

LIZIANNI DE CERQUEIRA MONTEIRO

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E MEDIDA DE SEGURANÇA
CRIMINAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Direito Público da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Maria Auxiliadora Minahin

Salvador
2011

LIZIANNI DE CERQUEIRA MONTEIRO

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E MEDIDA DE
SEGURANÇA CRIMINAL**

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de
Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte
banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2011

À memória de meu pai.

À memória de minha vó Delice.

Às minhas filhas Maria Luiza e Carolina, que desenham e pintam a vida com as cores inocentes da infância, deixando meu mundo mais divertido.

AGRADECIMENTOS

À Professora Maria Auxiliadora Minahin, por acreditar em mim.

Aos Professores Rodolfo Pamplona Filho e Saulo Casali, pelas insubstituíveis aulas.

Aos funcionários do Programa de Pós Graduação em Direito da UFBA, pela gentileza em resolver minhas questões e incertezas.

Aos servidores da Vara de Execuções Penais de Salvador, que viabilizaram ampla pesquisa, fundamental ao trabalho.

E, principalmente, à minha mãe, que não me deixava esquecer a dissertação.

OS DANÇARINOS DO ARAME

Dentro das atuais coordenadas do espaço e do tempo, aqui nos
vamos equilibrando sobre este fio de vida...
Que rede de segurança, pensamos nós, cheios de esperança e
medo, que rede de segurança nos aparará?

Mario Quintana

RESUMO

Este trabalho visa a analisar o instituto da medida de segurança, prevista no art. 97 e parágrafos do Código Penal, aplicável aos inimputáveis, à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade, legalidade, igualdade, ampla defesa, do contraditório e da proibição das penas perpétuas. Entende-se que a medida de segurança não pode impor rigor maior que a pena, tampouco está imune aos preceitos constitucionais que regem o processo penal brasileiro. Busca-se demonstrar que o parágrafo 1º do art. 97 Código Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal, na medida em que prevê medida que restringe a liberdade do cidadão (internação) com prazo indeterminado e condiciona a liberação do internado à perícia médica, cujo laudo resultante deverá constatar a *cessação da periculosidade*. Trata-se, a periculosidade, de conceito não demonstrável objetivamente, o que o torna irrefutável, o que também é incompatível com a Carta Magna. O sistema de aplicação das medidas de segurança gira em torno do conceito de periculosidade (artigo 97 e parágrafos do Código Penal). O trabalho versa sobre esse conceito, cuja compreensão é imprescindível para aplicação da norma citada. As raízes da definição de periculosidade estão na escola positiva do direito penal e ainda subsidiam a doutrina sobre o tema. Pretende-se, com o esse estudo, demonstrar que a idéia de periculosidade não pode motivar a segregação da pessoa sujeita à medida de segurança de internação, por ser critério vago e impreciso, vazio de conteúdo e que apenas aparenta uma suposta cientificidade. Do mesmo modo, evidencia-se a inconstitucionalidade da sanção com caráter eterno – a pensar-se de forma diversa, os inimputáveis, que sofrem medida de segurança ao cometerem crimes, teriam tratamento mais severo do que às pessoas penalmente responsáveis. A diferença que existe entre a pena e a medida de segurança não permite tal divergência de tratamento, devendo ser aplicada à medida de segurança todos os princípios garantidores acima citados.

PALAVRAS CHAVES: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. MEDIDA DE SEGURANÇA. INIMPUTÁVEL. PERICULOSIDADE.

ABSTRACT

This work aims to analyze the institute of the security measure, stated on the article 97 a from the Penal Code, applicable to the unimputables, in accordance to the constitutional principles of proportionality, of legality, of equality, of the ample defense, of the contradictory and of the prohibition of lifelong sentences. It is known that the security measure cannot impose a higher severity than the sentence, and also that it cannot be immune to the constitutional precept that governs the Brazilian penal process. It was demonstrated that the 1st paragraph of the 97 article of the Penal Code was not accepted by the Federal Constitution, since it includes a measure that restrict the freedom of the citizen (internment) to an undetermined period, and regulates the release of the interned to a medical inspection, which results should detect the *periculosity cessation*. Periculosity is a concept that is not objectively demonstrable, thus, it is irrefutable; which is also not in accordance to the Magnus Letter. The system of application of the security measures is related to the concept of periculosity (article 97 and paragraphs from the Penal Code). This work addresses this concept, which comprehension is fundamental for the application of the aforementioned rule. The roots of the definition of periculosity are in the positive school of the Penal Law and still help the doctrine of the theme. The aim of this study is to demonstrate the idea that periculosity can not motivate the segregation of an individual submitted to the security measure of imprisonment, since it is a vague and imprecise criterion, lacks in essence and presents only some scientific base. In the same way, it is evidenced the unconstitutionality of the sanction with an eternal nature – since the unimputables that receive a security measure after committing a crime would have received a more severe treatment than those individuals that have penal responsibility. The difference between the sentence and the security measure do not allows such dissimilar treatment, and all the principles previously referenced should be applied to the security measure.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL PRINCIPLES. SECURITY MEASURE. UNIMPUTABLES. PERICULOSITY.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS	11
2.1 PROPORCIONALIDADE	17
2.1.2 A (des) proporcionalidade das Medidas de Segurança	26
2.2 IGUALDADE	42
2.3 LEGALIDADE	56
3 A SANÇÃO CRIMINAL	64
3.1 HISTÓRICO	66
3.2 ESCOLAS PENAIS	70
4 PENA CRIMINAL	76
4.2 TEORIAS DA PENA	76
5 MEDIDA DE SEGURANÇA	94
5.1 DISCIPLINA LEGAL E FUNDAMENTO	94
6 A PERICULOSIDADE	119
6.1 NÃO HÁ MÉTODO CIENTÍFICO NA INVESTIGAÇÃO DA PERICULOSIDADE	125
7 CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS	149

1 INTRODUÇÃO

O trabalho trata as medidas de segurança criminal em perspectiva constitucional, confrontando a disciplina legal do instituto com os princípios garantidores do Direito Penal. A partir do estudo da proporcionalidade, da legalidade, da igualdade, da vedação de penas perpétuas e cruéis, da individualização da pena e da garantia do contraditório e da ampla defesa, é discutido se as medidas de segurança criminal encontram respaldo em sistema jurídico-penal que preze pela observância dos direitos fundamentais do cidadão e que pretenda ser garantista.

Penas e medidas de segurança são sanções de natureza criminal, selecionadas a partir da imputabilidade ou inimputabilidade do agente. Para a aplicação de pena ou de medida de segurança é necessário o cometimento de fato correspondente a crime. Penas e medidas de segurança tem regramento legal diferenciado. O trabalho analisa a disciplina legal dos dois institutos sob a ótica do princípio da legalidade.

As medidas de segurança têm função de defesa social, com a prevenção de novos delitos pelo agente, o que se obtém com a internação. Também com a internação, pretende-se o tratamento do agente, de modo a possibilitar o retorno à sociedade sem oferecer risco. As medidas de segurança não escapam à análise da proporcionalidade. O trabalho questiona se de fato a defesa social justifica a restrição da liberdade individual decorrente da medida de segurança de internação.

O fundamento da medida de segurança está na periculosidade do cidadão. A partir do conceito de perigo em Direito Penal, é questionado se a perigosidade pode justificar a restrição da liberdade individual da pessoa. Também é questionada a idoneidade dos métodos utilizados para determinar a periculosidade do agente.

A perigosidade é definida como a probabilidade de prática de crimes. Cuida-se, pois, de conceito voltado para o futuro, que encerra previsão de fato – probabilidade de delinquir. O trabalho analisa se tal critério possui conteúdo substantivo suficiente para atender aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

A medida de internação destina o cidadão ao Hospital de Custódia e Tratamento, onde deve permanecer segregado da sociedade até que seja declarada a cessação da periculosidade. O cidadão deveria receber tratamento, mas, em realidade, é encarcerado. A execução das medidas de segurança em nada difere da execução da pena privativa de liberdade. Neste contexto, é questionado se tal internação pode ocorrer sem a observância do princípio da legalidade estrita e dos demais princípios garantidores do Direito Penal.

O trabalho enfoca a (im) possibilidade da presunção de periculosidade e da restrição da liberdade individual por tempo indeterminado. Questiona também se são legítimos os critérios usados para submeter pessoa a custódia do Estado por prazo indefinido, pelo fato de ser inimputável.

O inimputável necessita de tratamento psiquiátrico. O trabalho questiona se internação de agente inimputável em Hospital de Custódia e Tratamento, realiza efetivamente esse tratamento e se compete à Justiça Penal ministrar qualquer tratamento.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais de Direito Penal representam limite ao poder do Estado de punir. As sanções criminais consubstanciam-se em violência; são necessários, portanto, mecanismos que freiem o arbítrio estatal. Os princípios visam precipuamente proteger o cidadão da ação exacerbada do Estado quando investido no poder de punir.

O Estado tem o poder de impor a sanção penal, em razão de ofensa à bem jurídico relevante. A atuação do Estado no exercício deste poder – que detém com exclusividade, frise-se – não pode extrapolar os limites da dignidade do homem.

Cuidam-se os princípios constitucionais de garantia do cidadão contra o arbítrio estatal, dizem respeito à própria condição de pessoa e são intrínsecos a esta condição. As sanções criminais implicam, necessariamente, limitação, em alguma medida, da liberdade da pessoa e restrição de direitos fundamentais. Assim, a reprimenda penal deve estar cercada de garantias que assegurem ao indivíduo proteção contra o exacerbamento estatal quando investido no poder político de punir.

Neste sentido a doutrina de Ferrajoli:¹ “A pena expressa-se como limite ao poder estatal em termos de castigo e, simultaneamente, de proteção ao condenado, constituindo, nessa medida, o menos grave de todos os males sociais.” E mais adiante complementa: “O direito penal transforma-se, assim, na lei do mais fraco, protegendo-o das violências arbitrárias dos mais fortes”.

Afirma Roxin,² a propósito da função de garantia do Direito Penal, que o Estado deve proteger o indivíduo não somente *mediante* o Direito Penal, mas também *do* Direito Penal:

[...] El ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también há de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’.

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. p. 124.

² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, p. 137.

Os princípios de Direito Penal são os pilares em que se sustenta o sistema jurídico penal nos ordenamentos dos Estados Democráticos de Direito. Ao mesmo tempo em que o sistema penal é repressor, cominando e aplicando penas a condutas proscritas, representa garantia ao cidadão contra atuação do Estado quando investido no poder de punir dessas mesmas condutas.

Pertinente a lição de Régis Prado³ ao afirmar que “os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado [...]”. Em seguida, conclui o penalista: “[os princípios penais] servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal”.

É importante frisar que os princípios penais, não obstante refiram-se, não raras vezes, apenas à pena criminal, alcançam também as medidas de segurança. Pena e medida de segurança são espécies de sanção de natureza criminal, pois consistem em ingerência do Estado no direito à liberdade em razão da prática de fato definido como crime. Nos dois casos, o poder punitivo do Estado se impõe, em razão da violação de bem jurídico que o Direito Penal pretensamente assegura. A circunstância de não se cogitar de culpabilidade em relação à pessoa sujeita à medida de segurança (ela é aplicada em função da periculosidade do indivíduo, apenas) não serve de argumento para retirá-las da seara de proteção dos princípios penais.

Os direitos fundamentais do cidadão são princípios. Assim, podem entrar em conflito com outros princípios, sem que isso invalide qualquer um deles.

Os princípios possuem dimensão de peso, que se define no caso concreto e que é preenchida consoante as possibilidades fáticas e jurídicas. Desta forma, os direitos fundamentais, tal como a liberdade, não são absolutos, ao contrário: devem ser concretizados de forma ótima, de forma que melhor realizem seu conteúdo.

³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, pp. 128-129.

Assim, a restrição da liberdade imposta pela sanção criminal não é, *a priori*, ilegítima ou inconstitucional. No caso concreto é que deve se verificar se a reprimenda encontra amparo no sistema jurídico vigente. A sanção delitual justifica-se em função da prática de fato definido como crime, mas não pode ser imposta de modo arbitrário ou irrestrito. Os princípios penais constituem-se, desta forma, em limite à intervenção da liberdade pelo Estado, que só se legitima se exercida dentro destes mesmos limites.

Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar⁴ expressam entendimento neste sentido:

Verifica-se que nenhum dos princípios mencionados como limitadores do poder punitivo conhece uma aplicação absoluta. A observação corrente permite afirmar que se todos eles fossem enunciados de modo absoluto, urgiria admitir sua violação cotidiana. [...] Se os princípios limitadores fossem promovidos a regras de valor absoluto que passassem a corrigir a operacionalidade do poder punitivo, este sofreria uma radical redução. Tal comprovação provoca um desconforto na doutrina tradicional, a ponto de se chegar a considerá-los como princípios meramente orientadores, ante a evidência de que, aplicados de modo estrito, levariam a extinção da pena.

Os penalistas citados⁵ entendem os princípios penais como *enunciados provisórios, abertos em sua formulação*. Somente com esta concepção podem ser realizados plenamente na limitação do poder político de punir do Estado:

Os princípios limitadores impostos ao sistema, derivados da prévia decisão política indicativa de sua função, não apenas inacabados em sua elaboração como também abertos em seu enunciado. [...] Não tem cabimento enclausurar os princípios diante de um poder protético e em parte oculto. Portanto, toda elaboração desses princípios é transitória e perfectível e todo enunciado deles, provisório; marcam uma etapa a partir da qual é necessário avançar em sua realização e na conseqüente contenção e redução do poder punitivo.

A concepção dos princípios penais como enunciados relativos e abertos é a que melhor atende à concretização daqueles, pois os princípios cedem diante das impossibilidades fáticas ou jurídicas:⁶ há um deslocamento e uma conseqüente prevalência de um princípio

⁴ ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria do Direito Penal Brasileiro*, p. 200.

⁵ *Ibid.*, p. 201.

⁶ Ressalta Alexy, a respeito das impossibilidades de concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira: “A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem, ainda, uma outra qualidade que, para os problemas teóricos-

em relação ao outro, o que não determina a exclusão do ordenamento jurídico. Como afirmado, há apenas um deslocamento, que estabelece a primazia de um princípio de acordo com as circunstâncias concretamente consideradas.

Do mesmo modo, por se tratarem de *preposições abertas*, incorporam “novos conflitos, tecnologias, pretextos, violações, discursos e aportes de outras disciplinas, assim como o efeito de seu próprio avanço realizador”⁷ e permitem “sua permanente atualização, como revela a admissão de novos direitos humanos”⁸, decorrentes da própria Constituição ou de Tratados de Direito Internacional.

A opção pela teoria dos princípios incrementa a força normativa da Constituição, na medida em que impede que normas sejam consideradas não jurídicas em razão de suas impossibilidades fáticas de concretização. Contribui, portanto, a teoria dos princípios para evitar que a Constituição jurídica se torne uma *folha de papel* e não realize os fins a que se propõe, sucumbindo aos *fatores reais de poder*, que a conformam.⁹

O entendimento exposto espelha a ideia das possibilidades jurídicas de concretização de um princípio. O estabelecimento dos limites dos princípios dá-se pela ponderação de bens. Segundo Hesse, “la fijación de límites debe responder em cada caso concreto al principio de proporcionalidad: No debe ir más de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos”.¹⁰

A colisão entre princípios inerente à qualquer ordem constitucional. Segundo Konrad Hesse, é fundamental para a preservação da força normativa da Constituição a

constitucionais a ser tomados em consideração aqui, tem grande importância. Ela possibilita um caminho entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou invalidez. Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sob esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, p. 68-69).

⁷ ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria do Direito Penal Brasileiro*, p. 201.

⁸ Loc. cit.

⁹ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*, passim.

¹⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 46.

incorporação, em um mesmo texto, de estruturas contrárias.¹¹ Estas estruturas necessariamente limitam-se umas às outras.

Os princípios de direito fundamental são normas jurídicas e possuem força normativa constitucional, tal como quaisquer outras normas expressas na Constituição Federal. Segundo Alexy, deve-se opor com veemência qualquer tentativa de retirar a justiciabilidade dos direitos fundamentais, pois tais tentativas representariam o fim do Direito Constitucional.¹² A Constituição inteira é eficaz, não há como considerar algumas normas eficazes e outras desprovidas de eficácia jurídica. Sequer há critério válido para orientar essa distinção.

Consoante o entendimento de José Afonso da Silva, não pode existir distinção entre normas formalmente constitucionais e normas materialmente constitucionais, para efeito de eficácia jurídica da Constituição.¹³ Todas as normas inseridas no texto constitucional têm hierarquia constitucional, pouco importando seu conteúdo e, portanto, todas têm eficácia jurídica constitucional. Não interessa o conceito de normas materialmente constitucionais: todas as normas positivadas na Constituição são justiciáveis.

Importa para a delimitação da eficácia jurídica da Constituição apenas o conceito formal de Constituição:¹⁴

¹¹ Ibid., p. 21: “Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticolosa ponderação, parte da estrutura contrária. [...] Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente – no mais tardar em momento de acentuada crise – que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de por termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados”.

¹² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, p. 63.

¹³ A diferenciação estabelece-se de acordo com o conteúdo das normas. As chamadas normas constitucionalmente materiais podem ser entendidas em sentido amplo ou em sentido estrito. Em sentido amplo, “identifica-se com a organização do Estado, com regime político; significa a situação total da unidade e ordenação política [...]” e em sentido restrito “a constituição material designa as normas constitucionais escritas que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais do homem” (SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 37-38). Segundo a definição de Manoel Jorge da Silva Neto, constituições “materiais são aquelas que disciplinam exclusivamente temas vinculados à organização do Estado e aos direitos e garantias fundamentais. Formais são as constituições que inserem dispositivos que não guardam relação com o referido núcleo materialmente constitucional” (*Curso de Direito Constitucional*, p. 36).

¹⁴ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 39.

Constituição formal será, portanto, a peculiar forma de existir do Estado, reduzida, sob forma escrita, a um ou mais documentos solenemente estabelecidos pelo poder constituinte e somente modificáveis por processos e formalidades especiais previstos no texto constitucional. Todas as normas inseridas nesse documento-ato do poder constituinte são constitucionais, pouco importando seu conteúdo. Juridicamente, não há distinção a ser feita entre prescrições constitucionais escritas, para o fim de considerarem-se umas como de constituição e outras, não.

Como consequência, as normas constitucionais, providas todas elas de eficácia jurídica, potencialmente colidem entre si, o que não seria possível se se considerasse que somente determinada categoria de normas tem eficácia jurídica.

Neste contexto, a todas as garantias penais expressas na Constituição Federal, bem como nos Tratados de Direito Internacional (artigo 5^o, parágrafo 3^o, da CF),¹⁵ tem força normativa e eficácia jurídica.

A Constituição Federal elenca garantias penais que limitam o *jus puniendi* estatal e garantem o respeito à pessoa e a sua dignidade, postulado que deve orientar a interpretação de todas as outras normas jurídicas. Importante destacar algumas dessas normas garantidoras, todas elencadas no artigo 5^o da CF, que no *caput* estabelece o direito à igualdade e à liberdade:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;
XLVI - a lei regulará a individualização da pena [...];
XLVII - não haverá penas: [...] b) de caráter perpétuo; [...]; e) cruéis;
XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Afirmada a possibilidade de colisão entre princípios, cumpre estabelecer que a colisão de princípios resolve-se pela proporcionalidade. Dado que os princípios possuem uma dimensão de peso, a prevalência de um princípio sobre outro ocorre no caso concreto, de

¹⁵ Dispõe o texto constitucional mencionado: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. Abstratamente, nenhum princípio tem precedência absoluta sobre outro, nem possui natureza absoluta.¹⁶

2.1 PROPORCIONALIDADE¹⁷

As colisões de direitos fundamentais são inescapáveis. Não pode existir rol de direitos fundamentais sem que haja entre eles algum tipo de tensão. Essa constatação parte da premissa de que os direitos fundamentais (como positivação dos direitos humanos) possuem força vinculativa e natureza de princípios.¹⁸

As colisões de direitos fundamentais podem ser entendidas em sentido amplo e em sentido restrito, consoante classificação de Alexy.¹⁹ As colisões em sentido restrito ocorrem “quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais”.²⁰ podem ser classificadas, ainda segundo o autor citado, essas colisões em colisões de direitos fundamentais de direitos fundamentais idênticos e colisões de direitos fundamentais de direitos fundamentais distintos.²¹

As colisões de direito fundamentais em sentido amplo – que interessam diretamente a esse trabalho – são as colisões de direitos fundamentais com bens coletivos.

A defesa social é invocada, principalmente, quando há incremento nos índices de criminalidade. Com este fundamento, busca-se exacerbar as penas e suprimir direitos que consistem em garantias contra o ímpeto punitivo do Estado. A defesa social é o argumento que se utiliza o Estado para afastar princípios de direito penal e fazer prevalecer o poder de punir de modo irrestrito.

¹⁶ Admite-se, no entanto, que os princípios possuem pesos diferentes em abstrato, o que não elimina a solução tópica, como demonstrado no decorrer deste trabalho.

¹⁷ Humberto Ávila entende a proporcionalidade como metanorma – estrutura para aplicação de outras normas, e não como princípio. Nas palavras do autor citado, os postulados “estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos”, que são os princípios. (AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*).

¹⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*, p. 62/69.

¹⁹ *Ibid.*, p. 56-57.

²⁰ *Loc. cit.*

²¹ *Ibid.*, p. 57-60.

Há, portanto, uma constante tensão: de um lado, o poder político estatal de punir e, de outro, os princípios penais que consistem em segurança jurídica, em garantia do cidadão de que a sanção criminal imposta não irá ferir a legitimidade do jus puniendi estatal.

Cumprindo indagar em que medida os princípios penais que servem à garantia do indivíduo e asseguram limite ao Estado devem ceder em função da defesa social e da manutenção da ordem pública. Esta colisão torna-se mais evidente quando se trata de medidas de segurança.

O conceito de perigo surge com o positivismo do Século XIX. O aumento de conflitos sociais decorrentes da revolução industrial fez crescer também a criminalidade. A pena, então, passa a ser insuficiente aos indivíduos considerados perigosos. A pena, por ser limitada pela culpabilidade, não atendia às necessidades da defesa social.

Insta destacar a doutrina de Gracia Martín:²² “La pena, al estar limitada por las exigencias del principio de culpabilidad, era una reacción jurídica insuficiente para hacer frente a determinado grupos de criminales peligrosos”. Em seguida, complementa:²³

El derecho de medidas se plantea como alternativa e complemento del derecho de la pena para aquéllos casos em que a éste no le es posible cumplir satisfactoriamente sus fins de protección de los bienes jurídicos a consecuencia de las limitaciones que le imponen sus principios legitimadores, singularmente el principio de que la pena encuentra su fundamento em la culpabilidad y de que su medida no puede rebasar de la gravedad de la culpabilidad del autor el hecho realizado.

A doutrina penal acata a aplicação da proporcionalidade em relação às medidas de segurança. Nas palavras de Gracia Martín²⁴, “Las medidas de seguridad, como cualquier acto de injerencia estatal em la esfera de bienes y derechos de los ciudadanos, deben estar sometidas al principio da proporcionalidad”.

²² MARTÍN, Luis Gracia. Direito Penal Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Cerezo Mir. In: PRADO, Luiz Regis (coord). *Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social em el derecho español*, p. 42.

²³ Ibid., p. 43.

²⁴ Ibid., p. 57.

Neste contexto, importante destacar o conteúdo da proporcionalidade, para, em momento posterior, examinar se tal princípio é plenamente atendido ou, como é defendido neste texto, se existe ofensa à Constituição, justamente pela contrariedade a tal princípio constitucional.

As medidas de segurança têm a finalidade declarada de tratar o inimputável autor de fato definido como crime, para fazer cessar sua periculosidade e, assim, permitir seu reingresso na sociedade. Sem embargo, ao lado dessa função terapêutica, as medidas de segurança, em especial a internação, atendem aos reclamos da defesa social, ao retirar da sociedade aquelas pessoas consideradas perigosas, que apresentem risco à ordem pública, por apresentarem probabilidade de voltar a cometer fatos típicos e ilícitos.

As medidas de segurança são destinadas àquele que representa perigo concreto para a sociedade, uma vez que, praticado o fato correspondente a crime, presume-se a perigosidade do agente. As medidas de segurança se qualificam, pois, como instrumentos de defesa social, na medida em que segrega o sujeito e somente permite que volte a conviver quando declarada cessada a perigosidade. O que, em última análise, remonta à proteção da segurança pública: a internação de sujeitos perigosos seria meio para assegurar a segurança da comunidade.

Neste sentido se manifesta Basileu Garcia:²⁵ “Elas [medidas de segurança] constituem meios defensivos da sociedade. Visam preservar o ambiente social da ação nefasta do delinquente”

A regra do artigo 97 do Código Penal busca dar concreção à segurança pública, ao prever a retirada do convívio social daqueles indivíduos que se revelaram perigosos. E a condição para retornar à sociedade é a cessação da periculosidade, constatada por perícia médica.

A finalidade preventiva das medidas de segurança, tratar as pessoas consideradas perigosas, tem, portanto, duplo viés: propor o tratamento do inimputável e possibilitar a

²⁵ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, volume I, tomo II, p. 239.

reinserção em sociedade, livrando-a do mal que possam cometer. Garantem, assim, a segurança coletiva. Ao privar a sociedade do convívio dos indivíduos que representem perigo e impondo tratamento ressocializador, pretende-se diminuir o risco da ocorrência de crimes, argumento que segue a lógica da defesa social.²⁶

Deste modo, a ilação que se extrai é que as medidas de segurança não possuem prazo determinado, pois não se pode determinar de antemão quando alguém deixará de ser perigoso. Essa consequência revela-se particularmente grave quando se tem em vista a internação, que consiste em privação da liberdade individual do cidadão.

A questão que se impõe, portanto, é a seguinte: se a segurança pública justifica a restrição da liberdade por tempo indeterminado do indivíduo, com fundamento na perigosidade. Consta-se que a regra em questão (artigo 97 e parágrafo primeiro do CP) expõe uma escolha do legislador: a prevalência da defesa social em detrimento da liberdade do indivíduo.

O entendimento corrente orienta-se no sentido de que se justifica a restrição da liberdade individual quando esta colide com a evidenciada periculosidade do sujeito. A probabilidade de cometimento de ilícito penal afeta a segurança coletiva e em nome dessa segurança é autorizada a afetação no direito fundamental de liberdade.

Para responder a essa questão, Roxin²⁷ fala especificamente em *ponderação de bens*: “Según esto puede privarse de libertad cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad”. Faz o professor ainda a ressalva em relação à *proibição do excesso*, ao destacar que os danos e perigos provenientes do agente – revelados pela periculosidade – devem ser suportados – por

²⁶ Afirma Jorge de Figueiredo Dias (*Direito Penal: parte geral - tomo I*, p. 88): “A finalidade de prevenção especial ganha assim, também neste enquadramento, uma dupla função: por um lado, uma função de segurança, por outro lado, uma função de socialização”. O penalista português defende a idéia de que a função de ressocialização deve prevalecer sobre a função de segurança.

²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria Del delito*, p. 105.

toda coletividade –, apesar do interesse preventivo em evitar-los, quando são menores que a restrição da liberdade a ser experimentada pelo agente.²⁸

Pode-se argumentar, na esteira do entendimento do penalista citado, que não é qualquer juízo periculosidade que ensejaria a restrição da liberdade do indivíduo. A periculosidade, pois, teria graus. A indagação, contudo, não tem amparo no ordenamento penal pátrio, pois a periculosidade é presumida quando o agente pratica fato definido como ilícito criminal.

A análise da persistência da periculosidade é realizada somente depois de internado o agente. Não obstante, a possibilidade de constatação empírica da periculosidade é questionável, pois se orienta para o futuro, para a probabilidade de certo comportamento. Imagine-se, então, a dificuldade resultante da gradação em graus do perigo inerente à pessoa.

Em relação à aplicação da proporcionalidade às medidas de segurança, afirma José Cerezo Mir²⁹ que estas não devem ser necessariamente proporcionais à gravidade da infração penal cometida, mas devem ser proporcionais à gravidade das infrações que provavelmente possam ser cometidas pelo agente:

Esta regulación es inoportuna desde el punto de vista político-criminal y se basa en una concepción equivocada las medidas de seguridad no han de guardar necesariamente proporción com la gravedad de la infracción penal cometida, sino com la gravedad de las infracciones cuya comisión aparezca como probable em el futuro, es decir com la peligrosidad del delincuente.

Importante destacar que o referido autor critica as disposições do Código Penal espanhol que estabelecem limite para as medidas de segurança que prevêm privação da liberdade. As medidas restritivas da liberdade, no sistema penal espanhol, não podem ser aplicadas em relação a delitos que não haja a previsão da privação da liberdade e não podem durar mais que a pena que seria imposta se o agente fosse imputável. O penalista mencionado faz ressalvas às disposições do Código Penal espanhol justamente porque a regulação não atenta para a circunstância de que a proporcionalidade deve ser aferida

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral - tomo I*, p. 106.

²⁹ MIR, José Cerezo. *Derecho Penal: parte general*, p. 917.

tomando-se em consideração um prognóstico de comportamento futuro, e não o ilícito penal praticado.

Resta claro, também, que o autor mencionado alude à proporcionalidade como critério a legitimar a segregação do indivíduo, afirmando que ela se justifica na medida em que se constata a periculosidade do agente.

Jescheck³⁰ também considera a *proporcionalidade* como critério orientador para a imposição das medidas de segurança, pela grave ingerência que elas acarretam na esfera dos direitos fundamentais do indivíduo. Afirma o autor:

“En la proporcionalidad de una medida interesa, sobre todo, la importancia de los delitos previsibles, mientras que los ya cometidos puedan ofrecer menor relevancia, puesto que en las medidas ocupa en primer plano la necesidad de seguridad de la colectividad.”

Vale dizer, por meio da proporcionalidade, deve-se aferir se a periculosidade do agente – probabilidade de cometimento de ilícitos penais futuros – e a necessidade de garantir a segurança da coletividade contra o indivíduo considerado perigoso justificam a imposição de medida de segurança.

Do mesmo modo, a *proporcionalidade* é invocada por Jorge de Figueiredo Dias³¹ como fundamento que legitima a imposição de medida de segurança. Assevera o autor “que uma medida de segurança só possa ser aplicada para a 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”.

Expressa seu pensamento ao afirmar que a proporcionalidade é o limite de qualquer medida que implique restrição de direitos fundamentais. Note-se que o autor faz referência não apenas à periculosidade do agente, mas também ao fato ilícito-típico praticado, ressaltando que deve ser grave para pressupor a aplicação da medida de segurança. No entanto, sustenta que a alusão ao fato cometido – que deve ser grave –

³⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*, p. 733.

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral – tomo I*, p. 95.

não deve ser indicativo da periculosidade (esta, segundo o autor em comentário, também consiste em juízo autônomo), mas deve ser considerado em razão do abalo social causado na comunidade. Deste modo, justificam-se as medidas de segurança – tendo em vista sempre a periculosidade do agente – também em função de “razões particulares de tranquilidade social e de tutela da confiança comunitária nas normas a que [...] a política criminal tem que responder.”³²

A proporcionalidade é utilizada, portanto, como critério que legitima a imposição de medida de segurança aos indivíduos que não são capazes de culpa. O entendimento dos penalistas citados orienta-se no sentido de que é *proporcional* a restrição da liberdade individual do sujeito, embora inimputável, quando constatada a periculosidade. Na medida em que esta consiste na probabilidade do cometimento de ilícitos penais, põe em risco a segurança coletiva. Assim, o princípio que confere o direito fundamental da liberdade cede ao princípio da segurança pública e aos reclamos da defesa social.

O Superior Tribunal de Justiça entende de forma diversa a proporcionalidade em relação à medida de segurança de internação. Os julgados do tribunal em referência invocam a proporcionalidade, como também a razoabilidade, para mitigar a expressão literal do artigo 97 do Código Penal, que estabelece ser indeterminado o tempo de duração das medidas de segurança. Assim, não são contrapostos os interesses divergentes, abordagem ora enfocada, mas dirige-se a constatação da impossibilidade de sanção de natureza criminal – porque imposta em razão do cometimento de fato correspondente a delito – ter caráter perpétuo³³.

³² Ibid., p. 93-94.

³³ HABEAS CORPUS. ART. 129, CAPUT, DO CP. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. LIMITE DE DURAÇÃO. PENA MÁXIMA COMINADA EM ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE. 1. Prevalece, na Sexta Turma desta Corte, a compreensão de que o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, com fundamento nos princípios da isonomia e da proporcionalidade. 2. No caso, portanto, estando o paciente cumprindo medida de segurança (internação) em hospital de custódia e tratamento pela prática do delito do art. 129, caput, do Código Penal, o prazo prescricional regula-se pela pena em abstrato cominada a cada delito isoladamente. 3. Conforme bem ressaltou o Ministério Público Federal em seu parecer à fl. 112, "in casu, o paciente se encontra submetido a medida de segurança há mais de 16 (dezesseis) anos, quando a pena máxima abstratamente cominada ao delito que se lhe atribui é de 2 anos. Vai de encontro ao princípio da razoabilidade manter o paciente privado de sua liberdade por tão extenso período pela prática de delitos de menor potencial ofensivo, máxime quando possui condições de continuar sendo tratado por pessoa de sua família, com recursos médicos-psiquiátricos oferecidos pelo Estado." 4. O delito do art. 129, caput do Código Penal prevê uma pena de 3

A proporcionalidade e a igualdade são invocadas para respaldar o entendimento de que a duração das medidas de segurança não deve ultrapassar o máximo abstrato previsto na lei penal como quantidade de pena, não para fundamentar o entendimento da inconstitucionalidade do dispositivo legal (artigo 97 do Código Penal).

Note-se que o STJ conferiu interpretação mais favorável ao inimputável sujeito a medida de segurança que o próprio STF, ao preconizar que o tempo máximo de duração da medida de segurança criminal é o máximo da pena abstratamente cominada (e não trinta anos).

O STF decidiu que o tempo máximo que uma pessoa pode ficar sob a custódia do Estado, inclusive em razão de medida de segurança, é de trinta anos, pois o artigo 75 do Código

(três) meses a 1 (um) ano de detenção. Isso significa que a medida de segurança não poderia, portanto, ter duração superior a 4 (quatro) anos, segundo art. 109, V, do CP. Em outras palavras, tendo o paciente sido internado no Instituto Psiquiátrico Forense em 30/10/1992, não deveria o paciente lá permanecer após 30/10/1996. 5. Ordem concedida a fim de declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor do paciente, em razão do seu integral cumprimento”.

No mesmo sentido: “Medida de segurança (prazo indeterminado). Limite de duração (pena máxima cominada in abstracto). Princípios da isonomia e da proporcionalidade (aplicação). 1. A internação em hospital de custódia e tratamento ambulatorial, a despeito de não caracterizar pena, impõe ao custodiado limitações à sua liberdade em razão da prática de fato definido como crime. Dessa forma, à luz do disposto no art. 5º, XLVII, b, da Constituição, que afirma que “não haverá penas de caráter perpétuo”, deve-se buscar um limite temporal máximo para a execução da medida de segurança. 2. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 958332 / DF AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2007/0129288-0 Relator Ministro NILSON NAVES Data do Julgamento 11/12/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 03/05/2010)”.

“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL LEVE. PACIENTE INIMPUTÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA POR PRAZO INDETERMINADO. INTERNAÇÃO HÁ MAIS DE 14 ANOS. TEMPO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO REGULADO PELO MÁXIMO DA PENA ABSTRATAMENTE COMINADA AO DELITO. ORDEM CONCEDIDA. 1. “A medida de segurança se insere no gênero sanção penal, do qual figura como espécie, ao lado da pena. Por tal razão, o Código Penal não necessita dispor especificamente sobre a prescrição no caso de aplicação exclusiva de medida de segurança ao acusado inimputável, aplicando-se, assim, nestes casos, a regra inserta no art. 109, do Código Penal” (HC 41.744/SP). 2. Somente haverá prescrição da pretensão executória se, entre o trânsito em julgado (para a acusação) da sentença absolutória imprópria e o início de cumprimento da medida de segurança, transcorrer prazo superior ao tempo previsto no art. 109 do CP, considerada a pena máxima cominada ao crime praticado. 3. O tempo de cumprimento da medida de segurança não poderá superar a data do reconhecimento do fim da periculosidade do agente, bem como, independentemente da cessação da periculosidade, não poderá ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao crime praticado nem poderá ser superior a 30 anos. Precedente do STJ. 4. Ordem concedida para declarar o término do cumprimento da medida de segurança imposta ao paciente (HC 134895 / RS HABEAS CORPUS 2009/0078768-5 Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA Data do Julgamento 20/10/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 16/11/2009)”

Penal dispõe que o tempo do cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ultrapassar esse prazo.³⁴

As decisões do STF e do STJ não modificam a situação de manifesta desvantagem que o inimputável está em relação ao imputável. Enquanto o limite de trinta anos é favorável ao apenado, pois ainda que a pena imposta concretamente ultrapasse em muito esse limite, não poderá o condenado exceder esse prazo na prisão. Em relação ao inimputável, ao contrário, qualquer que seja o fato ilícito e típico, ainda que tenha previsão de pena em abstrato muito menor, se sujeitará a esse limite, que é, deve-se concordar, extremamente alto. Do mesmo modo, de acordo com o entendimento do STJ, o limite de internação do inimputável não deve ultrapassar o máximo a pena abstratamente considerado, o que também não é favorável à pessoa sujeita a medida de segurança, em relação ao apenado.

O artigo 97 e parágrafos do Código Penal espelham uma escolha feita pelo legislador, resultado do sopesamento dos interesses indicados: segurança pública em contraposição com o direito fundamental de liberdade. A opção explicitada na norma em comento reflete o entendimento da doutrina exposta.

2.1.2 A (des) proporcionalidade das Medidas de Segurança

³⁴ HC 84219/SP - SÃO PAULO - Relator: Min. MARCO AURÉLIO - julgamento: 16/08/2005 Publicação: DJ23-09-2005 Ementa: *MEDIDA DE SEGURANÇA - PROJEÇÃO NO TEMPO - LIMITE. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos). Vale transcrever parte do voto do Ministro Marco Aurélio: "Observe-se a garantia constitucional que afasta a possibilidade de ter-se prisão perpétua. A tanto equivale a indeterminação da custódia, ainda que implementada sob o ângulo da medida de segurança. O que cumpre assinalar, na espécie, é que a paciente está sob a custódia do estado, pouco importando o objetivo, há mais de trinta anos, valendo notar que o pano de fundo é a execução de título judiciário penal condenatório. O art. 75 do Código Penal há de merecer o empréstimo de maior eficácia possível, ao preceituar que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos. Frise-se, por oportuno, que o art. 183 da Lei de Execução Penal delimita o período da medida de segurança, fazendo-o no que prevê que esta ocorre em substituição da pena, não podendo, considerada a ordem natural das coisas, mostrar-se relativamente à liberdade de ir e vir, mais gravosa que a própria pena. É certo que o parágrafo primeiro do artigo 97 do Código Penal dispõe sobre prazo da imposição da medida de segurança para inimputável, revelando-se indeterminado. Todavia, há de se conferir ao preceito interpretação teleológica, sistemática, atentando-se para o limite máximo de trinta anos fixado pelo legislador ordinário, tendo em conta a regra primária vedadora da prisão perpétua. A não ser assim, há de concluir-se pela inconstitucionalidade do preceito".*

A proporcionalidade é composta por três elementos, ou máximas parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação e a necessidade relacionam-se com as possibilidades fáticas de realização de um princípio, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se com as possibilidades jurídicas.

Significa a adequação que a intervenção no direito fundamental deve ser idônea para atingir o fim que se almeja. Perquire-se no exame da necessidade, por seu turno, se a intervenção no direito fundamental é de fato necessária para alcançar o desiderato proposto, ou se existem meios menos gravosos para alcançar o mesmo fim. Caso se constate que a finalidade almejada pode ser alcançada por outras maneiras menos danosas ao princípio de direito fundamental atingindo, não está atendida a necessidade. Por fim, na proporcionalidade em sentido estrito realiza-se uma ponderação dos princípios envolvidos no caso concreto: a relevância do princípio prevalecente deve justificar a intervenção no princípio de direito fundamental desprestigiado.

Os princípios possuem uma dimensão de peso que permitem que em determinadas circunstâncias prevaleçam (ou não) em relação a outros princípios, sem que tal operação afete o seu âmbito de validade. Discute-se, aqui, as possibilidades jurídicas dos mandamentos de otimização em que consistem os princípios.

A lei da ponderação formula-se em três passos: primeiro deve-se verificar a intensidade da intervenção em relação ao direito fundamental (leve, mediana ou grave), em seguida analisar o fundamento da intervenção nos mesmos termos, para, somente então sopesar se o não cumprimento de um princípio justifica o sacrifício do outro.

Supõe-se que os princípios colidentes tenham pesos em abstratos iguais, situação que permite a plena aplicabilidade da lei da ponderação. No entanto, pode ocorrer que princípios possuam pesos diversos em abstrato, o que não significa dizer que um princípio de direito fundamental tenha necessariamente prevalência absoluta sobre qualquer outro. Segundo Alexy:³⁵

³⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, p. 148.

Já foi observado que em ponderações não só as intensidades de intervenção, mas também os pesos abstratos podem desempenhar um papel. Essa possibilidade torna-se real quando elas distinguem-se. Se os pesos abstratos são iguais, eles neutralizam-se. Se eles têm, pelo contrário, pesos diferentes, eles podem trazer à balança à inclinação.

Possuindo os princípios pesos em abstrato dessemelhantes, essa circunstância também deve ser posta na balança para a solução da colisão entre os princípios.

A solução para a colisão entre os direitos fundamentais, portanto, acatando-se a teoria dos princípios e, como consequência, o postulado da proporcionalidade, não prescinde da tópica.³⁶

Nessa linha de entendimento, não é possível determinar que o interesse coletivo deva necessariamente prevalecer em relação a um direito fundamental individual, apenas em razão de sua natureza de bem coletivo. Considera-se, ao contrário, que o direito individual possui *prima facie* peso superior ao interesse coletivo. A colisão entre os princípios, não obstante, resolve-se pela tópica, por meio da proporcionalidade. A prevalência em abstrato do direito individual não elimina a solução tópica, apenas reclama um esforço argumentativo maior para que, em concreto, possa prevalecer o interesse coletivo.

Assim, não se pode determinar *a priori* a prevalência absoluta de um ou outro princípio, descurando-se do caso concreto. Os diversos pesos abstratos devem-se, tão-somente, pôr-se na balança.

Neste sentido o entendimento Daniel Sarmiento, para quem a opção prévia entre a prevalência absoluta do interesse público ou de direito individual espelha uma opção ideológica entre o organicismo e o utilitarismo, ou o individualismo. Defende, então, uma concepção personalista, que se baseia na percepção de que “a prevalência há de ser

³⁶ “O aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o problema. (...) A tópica pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve comportar numa determinada situação caso não se queira restar sem esperança. Essa constitui-se, portanto, a técnica do pensar problematicamente”, em contraposição ao pensar sistematicamente. (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, p. 33-34).

aferida mediante uma ponderação equilibrada dos interesses públicos e dos direitos fundamentais, pautada pelo princípio da proporcionalidade”.³⁷

Ao lado das colisões entre princípios, há as restrições de direitos fundamentais. Conceituam-se as restrições de direitos fundamentais como “normas que restringem a realização de princípios de direito fundamental”.³⁸ Relaciona-se a definição com as possibilidades jurídicas de realização dos direitos fundamentais, resolvendo-se as tensões que recaem sobre a restrição e o direito restringido de acordo com a ponderação de bens.

Tratando-se de restrições a direitos fundamentais, pode-se falar em teoria interna e teoria externa.³⁹ Consubstanciando-se os direitos fundamentais em princípios, adota-se a teoria externa. Significa que existe um conceito de direitos fundamentais e ao lado, restrições que implicam relativização desses direitos. Há duas coisas: o direito e a restrição. O que é importante estabelecer são os limites dessas restrições: os direitos fundamentais são inteiramente relativos ou se admite que existe um conteúdo essencial intangível.

Do outro lado, a teoria interna consigna, em linhas gerais, que não existem restrições aos direitos fundamentais, pois quaisquer limitações já estariam contidas em seu conceito. Fala-se, assim, em limites imanentes dos direitos fundamentais, e não em restrições. A teoria interna relaciona-se com a teoria das regras, já que estas, sendo mandamentos definitivos, não possuem dimensão de peso e, assim, não podem ser relativizadas a partir

³⁷ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (org.). *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*. Sustenta que “a afirmação da supremacia do interesse da coletividade sobre os direitos pertencentes a cada um de seus componentes pode, do ponto de vista de uma teoria moral, ser justificada a partir de duas perspectivas diferentes, que, no entanto, mantêm alguns denominadores comuns: o organicismo e o utilitarismo. Para o organicismo, o interesse público seria algo superior e diferente ao somatório dos interesses particulares dos membros de uma comunidade política, enquanto, para o utilitarismo, ele confundir-se-ia com tais interesses, correspondendo a uma fórmula para sua maximização. Já a tese da supremacia incondicionada dos direitos individuais sobre os interesses da coletividade assenta-se sobre o individualismo”. (p. 271). Para o autor, “o personalismo latente na Constituição de 88 afasta-se tanto do organicismo e do utilitarismo, como do individualismo burguês. Ele não corresponde nem ao modelo ‘puro’ do liberalismo, nem à fórmula padrão do comunitarismo, localizando-se em algum ponto entre estes extremos. O personalismo afirma a primazia da pessoa humana sobre o Estado e qualquer entidade intermediária (...). Para o personalismo é absurdo falar em supremacia do interesse público sobre o particular, mas também não é correto atribuir-se primazia incondicionada aos direitos individuais em detrimento dos interesses da coletividade” (p. 292).

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 285.

³⁹ *Ibid.*, pp. 277-278.

de um caso concreto. Não admitem, pois, restrições. Seus limites já integram o próprio conceito do direito.

A questão da restrição de direitos fundamentais relaciona-se com as restrições que a própria Constituição expressamente estabelece ao dispor acerca de um direito fundamental (restrições constitucionais diretas) e com as restrições legais previstas (autorizadas ao legislador) na Constituição (restrições constitucionais indiretas).⁴⁰ No segundo caso, a restrição ao direito fundamental provém da legislação infraconstitucional, mas esta se fundamenta diretamente na Constituição.

O ponto que interessa a esse trabalho, contudo, refere-se aos princípios de direitos fundamentais em relação aos quais a Constituição não estabeleceu ela própria qualquer restrição nem permitiu ao legislador o estabelecimento de reserva.⁴¹ A Constituição, neste particular, não previu expressamente a possibilidade de intervenção legislativa.

A possibilidade de restrição de direitos fundamentais nestes casos legitima-se apenas pela ponderação de bens, meio para solucionar a colisão dos princípios de direitos fundamentais. Segundo Alexy, “princípios colidentes restringem materialmente as possibilidades jurídicas de realização de outros princípios”.⁴² Desta forma, restrição de direitos fundamentais sem previsão explícita na Constituição é justificada pelo caráter de princípios que possuem os direitos fundamentais.

A solução desta questão passa necessariamente pela proporcionalidade. Nessas situações, tem-se que o legislador ponderou os princípios em colisão e determinou a

⁴⁰ As restrições legais indiretas podem ser simples ou qualificadas: “no primeiro caso, limita-se o constituinte a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou finalidade da lei; na segunda hipótese, eventual restrição deve-se fazer tendo em vista a persecução de determinado objetivo ou o atendimento de determinado requisito expressamente definido na Constituição.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BLANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 306).

⁴¹ Ressalta Alexy, neste particular, que “há um terceiro grupo de casos, caracterizados pelo estabelecimento, por parte do legislador, de uma restrição que extrapola aquilo que é admissível em face do sopesamento dos princípios relevantes. Mas é inadmissível uma restrição a um princípio de direito fundamental que extrapole aquilo que é admissível em face do peso dos princípios colidentes” (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 295). Soluciona-se, portanto, a questão do mesmo modo que é resolvida quando não há explicitamente na Constituição previsão de reserva: pela proporcionalidade.

⁴² Ibid., p. 284.

restrição de um deles, fazendo seu próprio juízo racional da proporcionalidade. Conclui-se então que somente se legitima a restrição de um direito fundamental sem previsão expressa na Constituição (seja direta ou indireta) quando há colisão entre princípios: nestes casos é possível se falar em restrição de direitos fundamentais sem reserva.

Entende-se, portanto, que a legislação infraconstitucional foi objeto de ponderação dos direitos envolvidos, prevalecendo um princípio em detrimento de outro: a importância dada ao primeiro princípio compensa a restrição imposta ao outro.⁴³

Há regras cujos mandamentos já expressam o resultado de um sopesamento realizado pelo legislador. Espelham *relações de precedência* entre princípios contrapostos, dadas certas condições.

Então, diante de determinadas condições, estabelece-se a precedência de um princípio em relação a outro princípio, utilizando-se a ponderação para o sopesamento dos interesses conflitantes. Quando essa relação de prevalência materializa-se em uma regra, conforme as condições concretas, decorre a consequência jurídica do princípio que teve precedência. Desta forma, pode-se concluir que de uma regra pode-se extrair o resultado de um sopesamento entre princípios antagônicos efetuado pelo legislador.

Desta construção decorre o conceito de *suporte fático*: “as condições sobre as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.⁴⁴

Nestes termos, segundo Alexy, “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”.⁴⁵

⁴³ Segundo Alexy, as regras “contêm determinações em face de princípios contrapostos, na medida em que apresentam suportes e cláusulas de restrição diferenciados. Essas determinações têm, contudo, um caráter incompleto, já que por meio delas não são possíveis decisões independentes de sopesamento em todo e qualquer caso” (Ibid., p. 139).

⁴⁴ Ibid., p. 99.

⁴⁵ Ibid., p. 102

Observe-se que a norma atribuída, para irradiar as conseqüências jurídicas do princípio prevalente, deve ser *correta do ponto de vista dos direitos fundamentais*. Uma tal regra não escapa do controle de constitucionalidade, que deve ser aferida levando-se em consideração a ponderação realizada entre os princípios colidentes, em determinadas condições.

Importa indagar, neste ponto, se existe um limite absoluto dos direitos fundamentais, em relação ao qual não seria possível qualquer juízo de ponderação, se o conteúdo essencial é absoluto ou relativo. Sendo relativo, resolve-se a restrição de direitos fundamentais pela proporcionalidade: não importa que a restrição imposta avance no conteúdo essencial do direito fundamental restringido; basta que esta intervenção se justifique na medida da importância do direito fundamental colidente.

Adotando-se a teoria absoluta, deve-se partir de uma tomada de posição fixa:⁴⁶ existe um conteúdo essencial que não pode sofrer intervenção; parte-se do pressuposto que nenhum direito fundamental é relevante o suficiente para justificar a restrição do conteúdo essencial daquele primeiro direito fundamental.

Ponto importante no que se refere às restrições de direitos fundamentais é a definição do âmbito de proteção. Tal conceituação não prescinde a identificação dos bens jurídicos protegidos pela norma e as restrições diretamente ou indiretamente estabelecidas pela Constituição Federal, se existentes. Deste modo, cumpre indagar qual o objeto da proteção (a liberdade individual). Quanto maior, pois, for o âmbito de proteção, maiores são as possibilidades de o Estado realizar intervenção no direito.⁴⁷

Do exposto, conclui-se que o artigo 97 do Código Penal, ao estabelecer a imposição de uma medida de segurança, prioritariamente a internação, em face da presunção da periculosidade decorrente da prática de fato correspondente a crime, possui em si mesmo uma ponderação de bens levada a efeito pelo legislador: entendeu este que se justifica a

⁴⁶ Ibid., p. 299.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, p. 14-15.

restrição na liberdade individual quando a perigosidade for evidenciada pela prática de fato típico e lícito. Mais adiante será analisada pormenorizadamente a opção legislativa.

A análise da ponderação dos interesses em tensão realizada pelo legislador, que resultou na regra do artigo 97 do Código penal, passa pelo exame se o direito fundamental liberdade deve ceder em favor do bem público segurança, nas circunstâncias em que um indivíduo inimputável tenha praticado um ilícito típico penal. A periculosidade é presumida. Essa colisão deve ser resolvida pela proporcionalidade.

Parte-se aqui do pressuposto de que não existe um conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais – qualquer colisão resolve-se, em última análise, pela proporcionalidade. Não se pode partir da premissa de que não existam direitos importantes o bastante que em nenhuma circunstância possam fazer ceder outros direitos também relevantes.

Desta forma, não é considerado como ponto de partida uma tomada de posição pré-determinada e fixa. O limite em relação às restrições dos direitos fundamentais reside não em um conteúdo essencial intangível, mas na própria proporcionalidade de bens. Nas palavras de Alexy, “a garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade”.⁴⁸

Cumpra aqui fazer uma advertência: os três elementos que compõem a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) devem necessariamente ser analisados nesta ordem e relacionam-se entre si subsidiariamente. Vale dizer, somente procede-se ao exame da necessidade se se constatar que a intervenção no direito fundamental foi adequada e, por conseguinte, a análise da proporcionalidade em sentido estrito depende do resultado do exame da necessidade.⁴⁹

⁴⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 298.

⁴⁹ “A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de

Em um primeiro momento, deve-se indagar se a medida imposta é adequada para alcançar os fins que ela propõe. Vale dizer, se a retirada do convívio social de pessoas consideradas perigosas é meio hábil para garantir a segurança pública, pois a sociedade é privada da vivência com indivíduos com propensão para cometer crimes.

Interessa saber se é provável que o sujeito vá praticar qualquer ilícito penal: Sendo positiva esta resposta, pode-se defender que a medida de internação é idônea para assegurar a finalidade a que se destina, a defesa social e a segurança da coletividade.

No entanto, devem-se levar em consideração quais os critérios utilizados para a aferição dessa propensão para a prática de crimes futuros. Para que possa respaldar o exame da adequação da medida em relação à finalidade proposta, faz-se mister que os critérios utilizados para a determinação da periculosidade sejam precisos e, principalmente, refutáveis.

Para que se possa admitir a idoneidade da medida, é necessário que o indivíduo tenha condições de se defender da condição que lhe é outorgada (de pessoa perigosa). Sem essa possibilidade não se mostra viável a análise da adequação, pois o pressuposto para a aptidão da medida para o fim que almeja é a constatação da condição perigosa da pessoa.

Caso esta condição não possa ser aferida por critérios confiáveis, que viabilizem o pleno entendimento e a possibilidade de contestação, cai por terra a adequação. Em outras palavras: se não for possível definir quais são as pessoas perigosas, é inviável a análise da idoneidade da medida para atingir a segurança coletiva. Ou seja, a constatação da perigosidade é condição necessária para a configuração da adequação.

Juarez Cirino dos Santos, depois de expor o conceito de periculosidade dominante na doutrina, tece críticas acerca da possibilidade de se realizar uma prognose de

subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras” (SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, n. 798, p. 23-50).

comportamento futuro: ressalta, não sem razão, que o prognóstico de periculosidade criminal não é confiável, pois não possui o médico psiquiatra meios para aferir o comportamento futuro de ninguém. Afirma também que a aplicação de medida de segurança *estacionária* (ou *detentiva*, em cujo conceito está a internação) viola a proporcionalidade, pois não se relaciona com o fato praticado nem com a objetividade (ou falta dela) do prognóstico de fato criminoso futuro.⁵⁰

Ferrajoli também tece críticas ao modelo das medidas de segurança. Ao expor a disciplina que o Código Penal italiano⁵¹ confere ao tema, aduz que a disciplina legal dispensada às medidas de segurança não atende ao *princípio da estrita submissão à jurisdição*. Segundo o autor, o princípio “implica um modelo de processo penal com verificação empírica, em contraditório com o acusado, de um fato enunciado em uma hipótese acusatória presumivelmente falsa até prova em contrário”.⁵²

De fato. Ao lhe ser atribuída condição de perigoso, o indivíduo não se vê acusado de um fato com possibilidade de comprovação empírica, mas de uma adjetivação conferida à sua personalidade. Consoante Ferrajoli, “no procedimento de aplicação das medidas de segurança não existe nenhum fato a provar, mas só uma qualidade a declarar: a qualidade da pessoa ‘socialmente perigosa’”. Em seguida, conclui que a imputação desta qualidade importa uma “valoração prognóstica da personalidade do condenado”.⁵³

Quando se fala de pesquisar a personalidade, busca-se no modo de vida da pessoa indicadores de como se porta na vida social, investiga-se o *modo de ser* do cidadão. Ora, a natureza intrínseca da pessoa não é demonstrável, é eminentemente subjetiva e não é passível de prova em sentido algum.

⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*, p. 653-656.

⁵¹ A disciplina legal das medidas de segurança no Código Penal italiano tem semelhanças com as disposições do Código Penal pátrio: pressuposto para a imposição de medida de segurança é a periculosidade, também definida como probabilidade para cometer crimes. E, do mesmo modo, não possuem duração máxima determinada.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 723.

⁵³ *Ibid.* Loc. cit.

Percebe-se, de plano, que é impossível contradizer dados eminentemente subjetivos, como é a personalidade da pessoa. Não há como refutar afirmativas como *personalidade propensa a cometer crimes*, *tendência delituosa*, empregadas quando se que exprimir o perigo que a pessoa supostamente representa para a sociedade.

Para garantir ao cidadão a possibilidade de defender-se plenamente, impõe-se a clara exposição dos critérios utilizados para a determinação da probabilidade de cometer crimes. A impossibilidade dessa objetivação em relação à significação de periculosidade faz com que não seja legítimo utilizá-la como critério para a aplicação da medida de segurança.

Plenamente demonstrado, portanto, que o conceito de periculosidade – como probabilidade de reincidência do inimputável – implica predição incerta que não traz conteúdo que possa ser constatado. Desta forma, inviável se torna o exame da adequação das medidas de segurança ao seu desiderato declarado: a garantia da segurança coletiva.

Cumpre, entretanto, ressaltar que sendo possível a comprovação da periculosidade, estaria atendido o elemento da adequação: a retirada do convívio social de pessoas que são perigosas preenche o princípio da segurança coletiva.

Indaga-se, em seguida, se a medida imposta é necessária para a consecução da finalidade que se tem em vista: a segurança coletiva. Cabe aqui o questionamento acerca de outros meios menos gravosos ao indivíduo para se alcançar a defesa da sociedade contra pessoas tidas como perigosas.

Não há razão para o tratamento desigual entre o doente mental que praticou qualquer ilícito típico penal e o doente mental que não o fez. Ao Estado compete propiciar a efetivação dos direitos previstos para as pessoas que possuem transtornos mentais. Não se justifica a segregação do inimputável com o fundamento de que deve se tratar e que fora de um *Hospital de Custódia e Tratamento* não terá condições para tanto. Cabe ao Poder Público propiciar ao indivíduo com transtornos mentais o tratamento essencial que

o inclua socialmente, tratamento esse que passa ao largo das condições materialmente oferecidas pelo Hospital de Custódia e Tratamento.

A internação revela-se a solução mais fácil: uma vez que o sujeito inimputável comete um ilícito típico penal, presume-se a periculosidade e é internado nos ditos *hospitais* e somente podem sair dali com a determinação judicial, fundada em um laudo psiquiátrico. A desinternação se sujeita também aos meios e às condições de vida que o inimputável vai encontrar fora desse cárcere: assim é que liberações são negadas porque o cidadão não possui família que irá lhe cuidar⁵⁴.

Solução mais fácil, porém não a mais eficiente. O Relatório Final do Censo Clínico e Psicossocial da População de Pacientes Internados no Hospital de Custódia e Tratamento em Psiquiatria do Estado da Bahia, elaborado conjuntamente pelos Ministério da Saúde, Ministério da Justiça, pelas Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, Secretaria da Justiça e Direitos Humanos e Universidade Federal da Bahia conclui que a instituição não atinge ao desiderato para o qual existe: tratamento visando a ressocialização das pessoas que ali estão internadas. Apenas o caráter de cárcere é visualizado pelos pesquisadores envolvidos no senso, não preparando os internos ao retorno do convívio social. A conclusão é oposta: os longos períodos de internação contribuem para piorar a segregação dos indivíduos internados, o que faz com que seja necessário trabalho e esforço para que essas pessoas possam ser novamente reinseridas na comunidade. Em realidade, portanto, *tratamento* dispensado aos internos do HCT *dessocializa*, no lugar de ressocializar.⁵⁵

⁵⁴ Importante destacar trechos de laudos de exame de cessação de periculosidade obtidos na Vara de Execuções Penais de Salvador: “Diante do exposto, somos desfavoráveis ao retorno do paciente ao convívio social, haja vista n ao possuir nenhuma fonte de renda que lhe propicie a sobrevivência e não dispor de suporte familiar necessário que possibilite a sua reintegração social”; “Se considerarmos as funções psíquicas em si, há estabilidade e/ou compensação das mesmas que permitiria a retomada do convívio social familiar, se não fosse a perda dos vínculos familiares, um fato que torna inviável tal projeto. (...) Este laudo é no presente momento desfavorável \ desinternação do paciente pelos motivos citados no corpo do mesmo, até que sejam criados, conforme previsto na reforma psiquiátrica, instrumentos de acolhimento extra hospitalar, tal como residência terapêutica, inesistente em quase todo estado, onde possa ser inserido (sic)”.

⁵⁵ Cumpre transcrever, nesta oportunidade, trechos extraídos do dito relatório: “Com um projeto terapêutico apenas esboçado por alguns profissionais da equipe, mas não operacionalizado como um todo na instituição (não existe projeto terapêutico, portanto), prevalecem as normas disciplinares e restritivas, recursos humanos escassos e submetidos a condições de trabalho aviltantes e internos desassistidos.” (p. 10). “As dificuldades já relatadas e a falta de uma equipe de profissionais em número e habilitação

O internamento dos inimputáveis reflete, portanto, uma face perversa de um Estado omissivo e revela-se o caminho mais fácil para a alegada defesa social, porém não necessário, pois, como exposto, não mostra a via menos danosa ao cidadão.

Por fim, a medida de internação também não resiste à análise da proporcionalidade em sentido estrito. A privação do direito fundamental da liberdade não justifica o argumento da defesa social. Trata-se, aqui, da lei da ponderação. Cumpre sopesar os princípios em colisão para determinar se a restrição do direito individual preterido é compensado pelo fundamento dessa restrição.⁵⁶

Na hipótese, é elevado o grau de intervenção do direito fundamental à liberdade: o internamento nos chamados Hospitais de Custódia e Tratamento é verdadeira sanção restritiva da liberdade. O indivíduo permanece encarcerado até que tenha sido julgado apto para voltar ao convívio social.

Observe-se que a internação revela-se mais grave até que a pena privativa de liberdade. Note-se que a pena é limitada pela culpabilidade. Tem termo final certo, vale dizer, mesmo que o condenado não tenha direito a qualquer benefício durante a execução pena (livramento condicional, progressão de regime, detração etc) e tenha que cumprir a totalidade da pena imposta em regime integralmente fechado, ainda assim tem prazo certo para livrar-se solto, o que não ocorre com a medida de segurança de internação.

Segundo a lei penal, possuem as medidas de segurança prazo mínimo apenas. A duração do internamento não se relaciona com o crime praticado, mas apenas com a

adequados impedem que a instituição cumpra com a finalidade de tratamento e re-socialização do interno, sendo, ainda hoje, um presídio com os defeitos iguais ou maiores que os outros cárceres.” (p. 14). “Constatou-se a baixa frequência de atendimento clínico-psiquiátrico e de assistência social, somando-se ainda uma carente abordagem psicológica e de terapia ocupacional (tabela 12), pondo em questão a finalidade terapêutica da instituição, prevalecendo, enfim, o caráter de custódia sem um tratamento adequado.” (p. 43). “Constatou-se que o modelo manicomial ao executar uma política de reclusão e segregação dos pacientes, acaba por levar a deteriorização da sua capacidade funcional (...). Então, numa perspectiva de re-alocação desses indivíduos para a comunidade, torna-se imperiosa a necessidade de um programa intensivo de reabilitação psicossocial (...)” (p. 44). “Poucos médicos peritos, levando o retardo na elaboração dos laudos, a falta de atividades sistemáticas, o afastamento do convívio social e o abandono familiar acabam resultando na cronificação da doença.” (p. 45). “Esses fatos levam ao questionamento da finalidade terapêutica da instituição, evidenciando a deficiência na assistência, restringindo ao caráter de custódia.” (p. 47).

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*, p. 114.

periculosidade. Pode então o cidadão ficar por muitos anos encarcerado, até que se decida pela cessação da periculosidade, o que pode não acontecer nunca.

A pessoa submetida a medida de segurança de internação está em situação muito mais desvantajosa que a submetida à pena. Essa situação revela uma contradição: aquele que possui plena capacidade de culpa tem uma sanção menos desvantajosa que aquele que é julgado inimputável.

Revela-se, assim, a intensidade (alta) da intervenção do direito à liberdade no caso tratado. Por outro lado, o razão dessa intervenção – a segurança pública – não é relevante ao ponto de legitimar a intervenção no direito à liberdade nos casos em que se supõe que seja o indivíduo perigoso.

O motivo da intervenção no direito fundamental é garantir a segurança pública. Esta estaria garantida na medida em que fossem retirados de circulação os inimputáveis que tivessem cometido qualquer ilícito típico penal – a periculosidade estaria evidenciada e, então, somente quando essa periculosidade cessasse poderia ser novamente posto em liberdade.

Ocorre que, ainda que se admita sem ressalvas o conteúdo da periculosidade e a possibilidade de se aferir metodologicamente quem provavelmente irá praticar crimes, tal não é suficiente para justificar a privação da liberdade da pessoa.

A probabilidade – e não certeza, saliente-se, pois esta é impossível, pela absoluta incapacidade de se prever o comportamento humano – de o indivíduo vir a praticar um crime não pode servir de fundamento para seu encarceramento. Ainda que essa previsibilidade seja possível – não é, como já exposto –, o cidadão não pode ser privado de sua liberdade, pois nunca se saberá se o fato ilícito irá ou não ocorrer.

Evidencia-se, desta forma, que a privação da liberdade em relação ao inimputável considerado *perigoso* é inteiramente desproporcional ao proveito que se pretende alcançar. A segurança pública é bem coletivo que merece proteção da forma mais

completa *possível*; no entanto não há proveito justificável para a restrição da liberdade na hipótese em estudo.

Considerando-se que os direitos individuais possuem procedência *prima facie* em relação aos interesses coletivos, o esforço argumentativo para justificar o sacrifício de um direito individual para privilegiar um interesse coletivo deve ser maior. Esta circunstância influencia a balança de ponderação de bens: o fundamento para compensar a intervenção em direito individual deve ser forte o suficiente para vencer o *deficit* inicial – já que a balança pende, inicialmente, para a prevalência do direito individual.⁵⁷

A definição de periculosidade encerra uma suposição, revelando-se desproporcional a privação de liberdade em razão dessa probabilidade (não certeza) do cometimento de crimes.

O conceito de princípios engloba a premissa de que devem ser cumpridos da melhor forma *possível*, de acordo com as possibilidades *fáticas* e *jurídicas*. As possibilidades jurídicas consubstanciam-se na harmonização dos princípios num mesmo ordenamento. Segundo Alexy, “no princípio da proporcionalidade em sentido restrito [...], trata-se, pelo contrário, da otimização relativamente às possibilidades jurídicas”.⁵⁸

Outro argumento soma-se ao exposto. Uma das razões elencadas para o internamento das pessoas com transtornos mentais é a necessidade de tratamento. Assevera-se que a

⁵⁷ Neste sentido, Daniel Sarmiento: “[...] diante de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar, na linha de Alexy, numa ‘*precedência prima facie*’ dos primeiros. Esta precedência implica na atribuição de um peso inicial superior a estes direitos no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ônus argumentativo maior para que interesses públicos possam eventualmente sobrepujá-los. Assim, o interesse público pode até prevalecer diante do direito fundamental, após um detido exame calcado sobretudo no princípio da proporcionalidade, mas para isso serão necessárias razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a ‘vitória’ do direito fundamental” (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (org.). *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*, p. 313).

⁵⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 132.

internação presta-se não a punir o indivíduo, mas a tratá-lo, com vistas à ressocialização e à eliminação do perigo que apresenta para a sociedade.⁵⁹

Também sob este enfoque mostra-se desproporcional a privação da liberdade em função de um dito tratamento: o objetivo terapêutico não é razão relevante o suficiente para justificar a restrição extremamente grave na liberdade individual.⁶⁰

A solução da colisão entre princípios reclama sempre uma solução tópica, logo a conclusão aqui exposta serve apenas para o problema exposto no início desse trabalho. Qualquer alteração no quadro fático ensejará outros argumentos e *topoi*, que poderão levar a conclusão diversa.

Resta demonstrado, portanto, a manifesta inconstitucionalidade da regra do artigo 97 do Código Penal. A privação da liberdade prevista no referido dispositivo não encontra suporte na Constituição Federal.

Direitos fundamentais são os direitos do homem tornados positivos e a importância dessa positivação é justamente garantir que sejam cumpridos.⁶¹ O legislador ao ponderar interesses diante de determinadas condições deve fazê-lo de modo racional, a fim de que as escolhas realizadas não sacrifiquem um princípio dando prevalência a outro, que diante das condições concretas, mostrava-se mais relevante.

⁵⁹ A disciplina das medidas de segurança vai de encontro à concepção do tratamento de pessoas com transtornos mentais, que preconiza a desinternação como regra e a internação em casos realmente necessários, de acordo com o tipo de transtorno constatado.

⁶⁰ Neste sentido, refere-se Alexy a decisão do Tribunal Constitucional alemão (que sinaliza pela opção da teoria relativa em relação ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais), acerca de lei que previa a internação em instituições estatais para pessoas que tivessem uma especial fraqueza de vontade ou um descontrole em seus desejos naturais: “Visto que o objetivo de tratar um adulto não é suficiente enquanto razão relevante para a privação da liberdade pessoal”, o direito fundamental da liberdade pessoal resta afetado em seu conteúdo essencial. Essa argumentação corresponde exatamente à lei do sopesamento e, nesse sentido, à terceira parte da máxima da proporcionalidade: a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Uma intervenção intensa somente é justificada se estiver fundamentada com base em razões relevantes. No caso concreto há uma intervenção intensa, mas não uma razão fundamentadora relevante. A intervenção é, portanto, injustificada” (Id. Teoria dos direitos fundamentais, p. 298-299).

⁶¹ Id. Constitucionalismo discursivo, p. 44.

Demonstra-se, de plano, que uma análise mais detida dos elementos da proporcionalidade em relação à norma do artigo 97 do Código Penal evidencia que a prevalência do princípio da defesa social não é correta do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Na hipótese tratada neste trabalho, as razões invocadas para a prevalência da segurança coletiva não são relevantes o suficiente para justificar a intervenção no direito fundamental da liberdade.

O suporte fático do artigo 97 do Código Penal, ou seja, as condições concretas em relação às quais prevalece a segurança em contraposição à liberdade individual – o cometimento de ilícito típico penal e a periculosidade –, não justificam a consequência que se extrai da regra em comento: a privação da liberdade.

2.2 IGUALDADE

A Constituição Federal, no artigo 5o., *caput*, estabelece que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*. Trata-se da igualdade em sentido formal. A lei deve dispensar a todos – homens e mulheres, como estatui o inciso I do mesmo artigo – o mesmo tratamento. É vedada, por outro lado, qualquer forma de discriminação, objetivo fundamental da República federativa do Brasil (art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal), devendo a lei punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da Constituição Federal).

A norma citada destina-se ao legislador e ao juiz: a lei não pode conferir tratamento desigual aos cidadãos, bem como o magistrado não pode aplicar uma lei a certa pessoa e a outra não. Neste segundo sentido, a assertiva não expressa nada além do que a constatação de que a norma deve ser cumprida, se válida. Alexy, ao comentar sobre dispositivo semelhante existente na Constituição alemã, diz que o dever de igualdade “exige que toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por

seu suporte fático, e a nenhum caso que não o seja, o que nada mais significa que dizer que as normas jurídicas devem ser cumpridas”.⁶²

O enunciado do dever de igualdade dirigido ao legislador é o que cumpre analisar. O legislador tem o dever de, na criação das normas, estabelecer critérios de igualdade material, já que a igualdade não significa tratar indistintamente a todos da mesma forma. Segundo Alexy, “o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer distinção”.⁶³

As pessoas não são iguais em tudo; existem diferenças que moldam particularmente cada um. Diante desta constatação surge o postulado: tratar igualmente os iguais e tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Resta saber o que autoriza o tratamento desigual, *qual a medida da desigualdade*. Em outras palavras, que características ou atributos podem justificar a desigualdade de tratamento. Surge, então, a necessidade de formular um conceito material de igualdade, que atenda a essas diferenças e que propicie, de fato, tratamento isonômico a todos que estejam em uma mesma situação jurídica.

Comentando o enunciado acima exposto, é importante destacar a advertência de Alexy, no sentido de que o postulado, por si só, é vazio de conteúdo. É preciso que se delimite materialmente *quem são os desiguais*, para que se possa cumprir o dever de igualdade plenamente:

[...] mas também não há dúvidas de que esse postulado [o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente] não significa um grande avanço. Ele nada diz sobre que características, de que indivíduos, devem ser tratados de que forma. Se o enunciado geral da igualdade se limitasse ao postulado de uma prática decisória universalizante, o legislador poderia, sem violá-lo, realizar qualquer discriminação, desde que sob a forma de uma norma universal, o que é sempre possível. A partir dessa interpretação, a legislação nazista sobre judeus não violaria o enunciado “os iguais devem ser tratados igualmente”

⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 394

⁶³ *Ibid.*, p. 397.

Para se chegar a uma vinculação substancial do legislador, é necessário interpretar a fórmula “o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente” não como uma exigência dirigida á forma lógica das normas, mas como uma exigência dirigida ao seu conteúdo, ou seja, não no sentido de um dever formal, mas de um dever material de igualdade.⁶⁴

O tratamento desigual deve ser justificado de forma ótima, ou seja, é necessário uma carga argumentativa maior quando se pretende dispensar tratamento não isonômico a determinadas categorias de pessoas. É preciso que haja princípios contrapostos à igualdade que funcionem como razão suficiente para afastar o preceito isonômico. A desigualdade não se presume. Há, pois, tendência à igualdade. Não é necessário justificar o tratamento igual com a mesma intensidade com que se deve justificar o tratamento desigual.⁶⁵

É certo que como todo direito, a igualdade não é absoluta. Em vista de determinada situação concreta deve ser sopesada com os outros interesses em jogo, aferindo-se, na hipótese, qual princípio deve prevalecer. Assim, não é ilegítima toda e qualquer discriminação.

Deve-se, contudo, adotar critérios racionais para justificar o tratamento desigual. A discriminação não pode ser arbitrária ou destituída de qualquer racionalidade. Impende saber, no entanto, em que consiste a racionalidade do argumento, que autoriza a discriminação e o tratamento não isonômico.

Neste contexto, elenca Dworkin uma série de argumentos que são usados para justificar a discriminação em função da raça.⁶⁶ Põe em discussão se políticas públicas podem fundamentar a discriminação em razão da raça ou da cor. Aventa também se a pessoa tem ou não o direito a contestar os critérios estabelecidos por faculdade para admissão de seus alunos, pois qualquer critério necessariamente iria beneficiar uns e excluir outros

⁶⁴ Ibid., pp.398-399.

⁶⁵ Ibid., pp.411-415.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Cuida especificamente de dois casos nos Estados Unidos: no primeiro, a um candidato foi negado o acesso a Faculdade de Direito por ser negro. A Suprema Corte, nesse caso, entendeu que a Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos garantia que a nenhum homem pode ser negado igual proteção perante suas leis. No segundo, um candidato judeu foi recusado por outra faculdade, apesar de seu bom histórico escolar, mas a política de seleção da faculdade tinha critérios que favoreciam as minorias, das quais não fazia parte. Contestou o candidato a decisão da faculdade lançando mão da mesma Décima Quarta Emenda (p. 343-369).

candidatos. Aduz que a pessoa não tem direito que o critério de admissão em determinada faculdade seja a inteligência, pois à política pública que informa os interesses do órgão de ensino pode não ser conveniente a adoção de tal critério. Controverte se a conveniência política poderia preferir seleção que adote como critério a raça, sem que fosse infringido o princípio isonômico.

A discussão trazida por Dworkin revela a dificuldade de se estabelecer a racionalidade da discriminação, o que, em última análise, levará a sua legitimidade ou ilegitimidade. Impende saber em que medida um fundamento é racional e torna constitucional a discriminação.

Dworkin ao final conclui que os dois casos tratados em sua obra são distintos e, por conseguinte, a decisão deve ser diversa. No segundo caso (discriminação em função da condição de judeu do candidato), tratava-se de se incrementar a igualdade material, fomentando uma sociedade mais justa e *igualitária*. Nas palavras do autor citado, “o programa [de admissão na faculdade] estará justificado unicamente se servir a uma política adequada, que respeite o direito de todos os membros da comunidade de serem tratados como iguais”. Adiante adverte que é preciso “ter o cuidado de não usar a Cláusula de Igual Proteção para fraudar a igualdade”.⁶⁷ Já na primeira hipótese (não admissão do candidato negro), a discriminação infringe o preceito isonômico, como, aliás, foi decidido pela Suprema Corte americana.⁶⁸

A igualdade formal não é suficiente para atender ao preceito isonômico, senão poderia ser infringido o próprio princípio da igualdade, pois é imperioso levar em conta as

⁶⁷ Ibid., p. 368-369.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 357. O autor citado fundamenta a diversidade de tratamento dos dois casos mencionados, apesar de em ambos estar presente a discriminação em razão da classificação racial: “[...] é possível encontrar um fundamento adequado para a distinção. Trata-se de nossa idéia inicial de que os dois casos são, na verdade, muito diferentes. Esta distinção não se fundamenta, como fazem esses argumentos não convincentes, em características peculiares de questões de raça ou de segregação, ou mesmo em características peculiares de questões de peculiaridade educacional. Ao contrário, fundamenta-se em uma análise adicional da idéia, que era central para o meu argumento contra DeFunnis, de que em determinadas circunstâncias uma política que coloca muitos indivíduos em situação de desvantagem pode, mesmo assim, ser justificada, porque dá melhores condições à comunidade como um todo”.

desigualdades para promover uma sociedade mais justa e igualitária. Neste particular reside a dificuldade da questão.

Neste sentido se expressa Alexy:⁶⁹ “A igualdade de todos, em relação a todas as posições jurídicas não produziria apenas normas incompatíveis com sua finalidade, sem sentido e injustas; ela também eliminaria as condições para o exercício de competências”.

Desta forma, não é possível estabelecer, *a priori*, modelos de isonomia de tratamento, onde os casos práticos deveriam ser enquadrados. Ao contrário, a análise racional do argumento exige um pensamento zetético, voltado para o problema. Não satisfaz o modo de pensar que toma como ponto de partida preceitos dogmáticos.

Neste contexto, sobressai a tópica. A partir do problema são pensadas as premissas que serão colocadas em debate e serão objeto de fundamentação, chegando, a partir daí, à solução. Destaca-se, pois, o pensar problematicamente, guiado pela questão controvertida, situação em que não há solução previamente posta – a solução somente surge da discussão racional –, mas apenas pontos de vistas verossímeis que serão objeto da argumentação. Importante destacar a doutrina de Theodor Viehweg:⁷⁰

O aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o problema. [...] A tópica pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve comportar numa determinada situação caso não se queira restar sem esperança. Essa constitui-se, portanto, a técnica do pensar problematicamente.

E mais adiante complementa:

[...] procedendo-se de um sistema, tem-se como consectário, uma seleção de problemas. De modo contrário, se colocado o acento no problema, este busca igualmente um sistema que sirva de supedâneo no consentimento de uma solução. [...] Em outras palavras: partindo-se de um problema se tem como consequência uma seleção de sistemas, sem que seja demonstrada sua compatibilidade num sistema compreendido.”

Não são inconstitucionais as discriminações de raça, sexo, orientação sexual ou mesmo sanidade mental, em princípio, por elas mesmas. É necessário aferir o contexto em que

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 396.

⁷⁰ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*, p. 33-35.

se inserem, para que se possa concluir com acerto se tais discriminações são ou não são constitucionais. Assim, em dadas circunstâncias, uma discriminação de raça, ou de sexo, por exemplo, pode ser legítima e em outras, não. Como esclarece Celso Antonio Bandeira de Mello, “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”.⁷¹

O atributo da pessoa em si não é o que determina a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tratamento discriminatório. É preciso analisar em que circunstâncias ocorre a diversidade de tratamento, para se aferir se há afronta ao preceito isonômico. Vale dizer, resta avaliar se há correlação lógica entre o fator erigido como critério discriminatório e o contexto no qual se insere. Dito de outro modo, nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello:⁷²

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Alexy, ao comentar orientação do Tribunal Constitucional Federal alemão, fala em *proibição geral de arbitrariedade*.⁷³ Enfoca o autor citado a importância de se conferir um conteúdo material às desigualdades, prescindindo-se do aspecto meramente formal. É preciso estabelecer substancialmente em que consiste a igualdade ou a desigualdade, para que, assim, sejam afastados tratamentos arbitrariamente desiguais. A arbitrariedade no tratamento desigual relaciona-se com a impossibilidade de se encontrar razão plausível para a distinção, com a impossibilidade de se fundamentar racionalmente e objetivamente a desigualdade entre posições jurídicas diversas.

Não existe a igualdade absoluta, em todos os aspectos. As posições jurídicas sempre se diferenciam em alguma medida, mas nem sempre as diferenças são aptas a fundamentar

⁷¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 17.

⁷² *Ibid.*, p. 17.

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 401-407.

a desigualdade de tratamento. Nesta seara insere-se a noção de substancialidade. Para que se legitime o tratamento discriminatório, é necessário perquirir se a diferença lançada como causa ou motivo da discriminação (sexo, raça, altura, idade, religião) é substancialmente pertinente com a desigualdade de tratamento imposta em razão desta mesma diferença. Esse é o entendimento de Alexy⁷⁴:

Não é qualquer tratamento desigual de casos substancialmente iguais que é vedado, mas apenas o tratamento arbitrariamente desigual de casos substancialmente iguais. [...]

O enunciado da igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei; em resumo, se a disposição examinada tiver que ser classificada como arbitrária. [...]

Isso deve ser compreendido de forma que a arbitrariedade do tratamento desigual seja uma condição tanto suficiente quanto necessária para violação da igualdade.

Extrai-se a arbitrariedade de determinado tratamento desigual por meio do processo racional de se aferir se o atributo pessoal em função do qual foi estabelecido o tratamento desigual justifica (ou não) objetivamente o tratamento desigualador. Nas palavras do autor ora citado, “uma diferenciação é arbitrária e, por isso, proibida, se não for possível encontrar um fundamento qualificado para ela”.⁷⁵ Como exposto linhas acima, não há resposta preconcebida a esta questão. Cada caso deve ser tratado de forma única, sopesando-se todas as peculiaridades que lhe envolvem.

Formulando-se de outro modo a assertiva acima, conclui-se que se não há fundamento razoável que justifique o tratamento discriminatório, o tratamento igual manifesta-se *obrigatório*. Existe o *dever* de tratar igualmente posições jurídicas diversas quando não haja uma razão substancial que autorize e legitime o tratamento desigual.⁷⁶

Por outro lado, se não houver razão suficiente para o tratamento igual, não é obrigatório o tratamento desigual. Pensar-se de modo diverso seria colocar no mesmo patamar o dever de igualdade e a desigualdade, o que poria termo à *tendência geral da igualdade*. Como

⁷⁴ Ibid., p. 403-404.

⁷⁵ Ibid., p. 407-408.

⁷⁶ Ibid., p. 408: “A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual.”

exposto, o tratamento discriminatório é que exige um ônus argumentativo, não o tratamento isonômico.⁷⁷

Conclui-se, portanto, que a igualdade deve ser vista como princípio, o que equivale dizer que existe um direito ao tratamento isonômico, que, todavia, pode ser afastado se não concorrerem as possibilidades fáticas e jurídicas para sua concretização. O princípio da igualdade pode ceder se existirem razões suficientes para fundamentar racionalmente o tratamento desigual.

Alexy expõe a questão da seguinte forma:⁷⁸

A assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um princípio da igualdade, que prima facie exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se for justificado por princípios contrapostos.

O direito de igualdade, portanto, não é absoluto. Podem existir razões que autorizem o tratamento discriminatório, sem que a conduta seja inconstitucional. No entanto, a discriminação não pode ser arbitrária, sem pertinência lógica com a situação em que se introduz. Para que seja afastado o princípio da igualdade, é preciso que haja razões suficientes para justificar o tratamento discriminatório.

Neste diapasão, não é constitucional o tratamento desigual dispensado ao inimputável em razão desta condição para negar-lhe o acesso a direitos fundamentais inerentes ao processo penal moderno. Não significa essa afirmação que sejam absolutos esses direitos, mas que a carga argumentativa para afastá-los em uma situação concreta deve ser maior. Dado que os princípios possuem uma dimensão de peso, a prevalência de um princípio sobre outro ocorre no caso concreto, de acordo com as circunstâncias fáticas e

⁷⁷ Ibid., p. 409: “Mas isso [a simetria de tratamento entre o dever de igualdade e a desigualdade] teria como consequência o estabelecimento de um ônus argumentativo tanto para o tratamento igual quanto para o desigual, que eliminaria qualquer benefício em favor do tratamento igual (...). o enunciado da igualdade tornar-se-ia, assim, uma simples exigência de fundamentação de normas.

⁷⁸ Ibid., p. 411.

jurídicas. Abstratamente, nenhum princípio tem precedência absoluta sobre outro, nem possui natureza absoluta.⁷⁹

Os direitos e garantias fundamentais, dentre os quais estão as prerrogativas inerentes ao Direito Penal, podem ser restringidos desde que existam razões suficientes e racionalmente justificáveis para tanto. Neste particular, a carga argumentativa para afastar sua incidência em determinado caso concreto deve ser alta, pois tais princípios possuem um peso abstrato elevado, que faz pender a balança da ponderação. Não se defende – frise-se – a prevalência em abstrato de certo princípio, mas que em determinados casos o argumento para afastar alguns princípios deve ser robusto – o interesse que busca tutelar pelo outro lado deve compensar a não incidência do princípio restringido.

Como dito, há princípios que possuem pesos diversos em abstrato, o que não significa dizer que um princípio de direito fundamental tenha necessariamente prevalência absoluta sobre qualquer outro. Segundo Alexy:⁸⁰

Já foi observado que em ponderações não só as intensidades de intervenção, mas também os pesos abstratos podem desempenhar um papel. Essa possibilidade torna-se real quando elas distinguem-se. Se os pesos abstratos são iguais, eles neutralizam-se. Se eles têm, pelo contrário, pesos diferentes, eles podem trazer à balança à inclinação.

Possuindo os princípios peso em abstrato diversos, essa circunstância também deve ser posta na balança para a solução da colisão entre os princípios. A solução para a colisão entre os direitos fundamentais, portanto, acatando-se a teoria dos princípios e, como consequência, o postulado da proporcionalidade, não prescinde da tópica, como já explicitado.

Assim, não se pode determinar *a priori* a prevalência absoluta de um ou outro princípio, descurando-se do caso concreto. Os diversos pesos abstratos devem-se, tão-somente, pôr-se na balança. Nessa linha de entendimento, as garantias intrínsecas ao Direito Penal

⁷⁹ Admite-se, no entanto, que os princípios podem possuir pesos diferentes em abstrato, o que não elimina a solução tópica, como demonstrado no decorrer deste trabalho.

⁸⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 148.

possuem peso abstrato que deve ser considerado, exigindo, conseqüentemente, carga argumentativa maior para restringi-los.

Por outro lado, não se pode acatar que os imputáveis e os inimputáveis sejam tratados da mesma forma de modo absoluto. Não é concebível que se dispense aos alienados mentais o mesmo tratamento em matéria penal e de processo penal. Os inimputáveis não cometem crimes, não possuem capacidade de autodeterminação; logo, não devem ser responsabilizados penalmente pelas conseqüências de seus atos.

O artigo 97 do Código Penal estabelece que, constatada a inimputabilidade, a pessoa deve ser absolvida, aplicando-se uma medida de segurança. Ocorre que essa medida de segurança coloca o inimputável em situação de desvantagem em relação ao imputável, pois, não obstante a absolvição, é aplicada medida de segurança de internação, como regra, por prazo indeterminado, sem a observância de garantias penais importantes, como certeza e duração das penas.

As justificativas para se conferir tratamento diferenciado às penas e às medidas de segurança não convencem. As pessoas sujeitas às medidas de segurança (inimputáveis) devem ter os mesmos direitos das pessoas sujeitas à pena (imputáveis). Não se justifica que a pessoa com transtornos mentais esteja sujeita a uma sanção que contraria o princípio da legalidade. Mesmo se tratando as garantias intrínsecas ao processo penal de conceitos relativos, que devem ser sopesados caso a caso, não há razão plausível que justifique a restrição da liberdade individual do inimputável sem as garantias legais. O critério de diferenciação, a imputabilidade do cidadão, não é razoável.

É certo que os inimputáveis não podem sofrer as mesmas conseqüências pela prática de atos típicos e ilícitos que os imputáveis; existe a necessidade de tratamento diferenciado. No entanto, tal conclusão não autoriza a imposição ao inimputável de sanção de natureza penal sem as prerrogativas constitucionais. É imperativo uma disciplina legislativa diversa, a tutelar as duas ordens de pessoas. Não, entretanto, do modo que é estabelecido na legislação pátria: a ambos impõe-se uma restrição da liberdade individual, mas somente ao imputável se confere as garantias da ampla defesa, do contraditório, da vedação de

penas perpétuas, da individualização das penas. Essa distinção é que não é válida. O argumento da sanidade mental não é apto para justificar a discriminação. Trata-se de discriminação arbitrária, não acolhida pelo texto constitucional.

Todos são pessoa – não cabe a distinção entre imputável e imputável quando se tem em mente os preceitos constitucionais norteadores da aplicação e execução da sanção decorrente da prática de um fato típico e ilícito. Nos dizeres de Celso Antonio Bandeira de Mello, “aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação, pena de hostilizar o princípio isonômico”.⁸¹

A distinção de ser ou não imputável não se presta a conferir a uns garantias inerentes ao Direito Penal – e que são essenciais como limite ao poder punitivo do Estado – e a outros não. Não tem esse fator de diferenciação qualquer correlação lógica que a fundamente de modo razoável. Ademais, a existência de categoria de pessoas que pode ficar à margem de garantias essenciais vai de encontro aos preceitos da Constituição Federal e das normas de Direito Internacional.

Neste contexto, importante a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Melo⁸²:

[...] Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia entre eles.

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isso se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.

Depreende-se que, além de a capacidade (ou falta de capacidade) de entendimento e de autodeterminação não ser critério lógico que fundamente com razoabilidade a

⁸¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 32.

⁸² *Ibid.*, p. 21-22.

discriminação imposta pela legislação infraconstitucional, o tratamento diferenciado nos termos expostos encontra óbice nos princípios consagrados no texto constitucional.

Por outro lado, reputa-se válida a distinção entre imputáveis e inimputáveis quando se trata de excluir os últimos da seara de abrangência da esfera penal. Uma vez constada a inimputabilidade, nos termos do artigo 26 do Código Penal, deve sair de cena a justiça penal, uma vez que não deve estar em sua esfera de competência o tratamento da pessoa com transtornos mentais.

Ao *louco*, resta apenas o tratamento médico. E não cabe à justiça penal cuidar desse particular. À administração pública, sim, não à justiça. Ao Poder Judiciário compete o julgamento daqueles que tem capacidade de responder pelos seus atos, não de *tratar* quem não possui esse discernimento. Mesmo porque, observe-se, a Justiça não trata: a Justiça segrega da sociedade os inimputáveis, impondo a estes uma sanção criminal com o nome de medida de segurança. Os hospitais de custódia e tratamento não são centros de tratamento, são cárceres, onde o inimputável é colocado sem prazo para sair. Submete-se, tão somente, a um parecer de um psiquiatra da instituição, não de sua confiança, que tem, em sua caneta, o poder de vida e morte: liberdade ou prisão.

Costuma-se argumentar que se justifica a segregação do *doente mental*, com fundamento na periculosidade – probabilidade de cometer crimes no futuro –, pois a restrição da liberdade individual estaria racionalmente explicada e serviria a um bem maior, a segurança dos demais indivíduos, ameaçada potencialmente pela liberdade dos considerados perigosos.

Trata-se de um argumento enganoso. A alegação de que a segregação dos inimputáveis aumenta a segurança do restante da população é incompatível com o direito desses mesmos indivíduos de, não obstante terem praticado um fato típico e ilícito, serem tratados como igual, nos termos da constituição Federal. E ser tratado como igual, no caso presente, significa não lhe serem subtraídas as garantias elementares do Direito penal, como faz a legislação infraconstitucional.

Pretende-se especificamente com a medida de internação e a conseqüente segregação do sujeito tido como perigoso livrar a sociedade do risco de ele voltar a praticar crime. A internação é destinada àquele que representa perigo para a sociedade.

Identifica-se na assertiva o *argumento de política ideal*, segundo a doutrina de Dworkin.⁸³ Com vistas ao bem da comunidade, considerada como um todo (e não em relação aos seus indivíduos isoladamente) estaria justificada a restrição da liberdade e o tratamento desigual. Expõe o autor citado:

Os argumentos de ideal não se baseiam em preferências, mas sim no argumento independente de que uma sociedade mais igualitária será uma sociedade melhor, mesmo se seus cidadãos preferirem a desigualdade. Esse argumento não nega a ninguém o direito de ser tratado como igual.⁸⁴

Tem-se em vista um suposto bem à comunidade, na medida em que visa a retirar da sociedade as pessoas reputadas perigosas e, assim, garantir a segurança coletiva. Impõe-se a seguinte questão: o proveito que supostamente deve ser obtido (segurança da comunidade) justifica racionalmente o tratamento desigual conferido aos imputáveis e inimputáveis?

A resposta é negativa. A diferenciação é arbitrária: a distinção em função da sanidade mental não justifica racionalmente a restrição de garantias fundamentais. Não há, na hipótese, correlação lógica entre o objeto de discrimen e as conseqüências extraídas da situação analisada. Há, no caso, ofensa à igualdade. Ainda que fundada em um argumento de política ideal, a discriminação não se revela legítima e ofende ao direito constitucional de igualdade.

⁸³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, pp. 421-422: “Um governo que respeita a concepção liberal de igualdade somente pode restringir a liberdade, de maneira adequada, com base em certos tipos muito limitados de justificação. (...) Existem, em primeiro lugar, argumentos de princípio, que apóiam uma restrição específica á liberdade, com base no argumento de que a restrição é exigida para proteger o direito específico de algum indivíduo que seria prejudicado pelo exercício da liberdade. Em segundo lugar, existem os argumentos de política (policy), que apóiam as restrições a partir de um fundamento distinto, a saber, de que elas são necessárias para alcançar algum objetivo político geral (...). Os argumentos de política podem ser subdivididos da seguinte maneira. Os argumentos de política utilitarista argumentam que a comunidade como um todo estará em melhor situação porque – apresentando a idéia de maneira tosca – um maior número de seus cidadãos terá, em geral, mais daquilo que deseja, ainda que alguns deles venham a ter menos. Por outro lado, os argumentos de política ideais sustentam que a comunidade estará em melhor situação, não porque m maior número de seus membros terá mais daquilo que deseja, mas porque a comunidade estará, de algum modo, mais próxima de uma comunidade ideal, pouco importando se seus membros desejam ou não tal melhoria”.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 368.

Percebe-se claramente a necessidade de se delimitar *quem são os desiguais*, em que medida duas categorias de pessoas podem ser consideradas desiguais para que seja justificado o tratamento diferenciado, sem ofensa ao princípio isonômico. A sanidade mental, por si só, não é critério ilegítimo para justificar tratamento o diferenciado normatizado. Evidencia-se injusta a qualificação de *desiguais* para os inimputáveis para lhes excluir garantias que são elementares à pessoa, relacionadas ao direito criminal.

Não é suficiente a simples enunciação de que os desiguais devem ser tratados desigualmente. Permanece em aberto a questão de quem são os desiguais: em que medida as pessoas podem ser consideradas desiguais para justificar legitimamente tratamento discriminatório. É necessário que o enunciado venha acompanhado de um conteúdo material, pois em si mesmo é vazio de conteúdo.

Não há, ontologicamente, diferença entre penas e medidas de segurança, embora os pressupostos para aplicação de cada uma sejam diversos – na aplicação das penas deve-se levar em conta o fato definido como crime e a culpabilidade do indivíduo, enquanto nas medidas de segurança considera-se a perigosidade do sujeito.

A imposição de pena privativa de liberdade, assim como a internação do indivíduo por conta de uma medida de segurança, limita a esfera de liberdade do cidadão, pois fica ele sob a custódia do Estado. Ainda que se diga que o propósito da medida de segurança é a recuperação do internado, de molde a cessar sua periculosidade, enquanto a pena também tem caráter retributivo e preventivo especial, além da prevenção especial, é inegável que nos dois casos ocorre a segregação do sujeito, seu afastamento da sociedade.

As duas medidas possuem caráter aflitivo e implicam privação da liberdade do indivíduo. Assim, em essência, não há dessemelhança entre pena e medida de segurança⁸⁵. Cuida-

⁸⁵ No mesmo sentido: “Conclusivamente, distinção ontológica alguma há entre penas e medidas de segurança, pois ambas perseguem, essencialmente, os mesmos fins e supõem o concurso de idênticos pressupostos de punibilidade: fato típico, ilícito, culpável e punível. A distinção reside, portanto, unicamente nas conseqüências: os imputáveis estão sujeitos à pena e os inimputáveis, à medida de segurança, atendendo-se a critério de pura conveniência político-criminal ou de adequação.” QUEIROZ, Paulo de

se, como exposto, de sanções criminais que impõem ao indivíduo limitação da liberdade individual.

2.3 LEGALIDADE

Significa o princípio da legalidade que não há crime nem pena sem lei anterior que o defina. Trata-se de preceito basilar do Estado Democrático de Direito e constitui importante garantia do cidadão contra os desmandos do Estado na ânsia de criminalizar condutas e impor sanções criminais. Desta afirmação decorre uma série de conseqüências que vão além da mera legalidade formal.

A origem do princípio da legalidade remonta ao contrato social e ao período da Ilustração. Pressupõe a idéia de legalidade, segundo Santiago Mir Puig⁸⁶, “uma organização política baseada na divisão de poderes, na qual a lei fosse da competência exclusiva dos representantes do povo”. Em seguida, prossegue: “O cidadão só admite a passagem do estado de natureza ao estado civil em virtude de um pacto – contrato social [...]”.

Nesta transição, os homens cedem pequena parcela de liberdade e a soma destas parcelas de liberdade se constitui no fundamento do direito de punir.⁸⁷ Na expressão de Beccaria⁸⁸, “todo exercício de poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça [...]”. Prossegue o penalista:

A primeira conseqüência que se tira desses princípios é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representada toda sociedade ligada por um contrato social.

Do ponto de vista formal, o princípio da legalidade significa que a conduta criminosa e as penas a ela correspondentes somente podem ser definidas por lei emanada do órgão constitucionalmente investido para tanto, por meio do procedimento legislativo também

Souza. *Penas e medidas de segurança se distinguem realmente?*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.147, p. 15-16, fev. 2005.

⁸⁶ SANTIAGO, Mir Puig. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*, p. 88.

⁸⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 15.

⁸⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, pp. 15-16.

previsto na Constituição Federal. Dessa afirmativa depreende-se que as medidas provisórias não podem definir crimes ou cominar penas.

Neste contexto, assevera Roxin⁸⁹ que por mais que uma conduta seja danosa socialmente e evidencie a necessidade da pena, o Estado somente poderá aplicar a sanção criminal se ela estiver previamente definida na lei como delito.

A elaboração legislativa da conduta criminosa deve ser precisa e conter todos os elementos empíricos para definição exata do comportamento que constitui violação à norma penal. A conduta do cidadão, para ser típica, deve amoldar-se precisamente à conduta descrita pela lei penal.

Cuida-se, aqui, da taxatividade da lei penal, princípio garantidor do Direito Penal que decorre diretamente da legalidade. O princípio da legalidade não está inteiramente atendido se a lei penal não expressa com exatidão o comportamento incriminado. Nas palavras de Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar⁹⁰, “não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível, conforme ao princípio da máxima taxatividade legal”.

Neste diapasão, os penalistas citados defendem a inconstitucionalidade das leis penais em branco, pois além de não atenderem à legalidade formal,⁹¹ já que o preceito penal deve ser complementado por conceitos que não provêm do legislador, não possuem a necessária precisão técnica que exige a taxatividade da lei penal.

⁸⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general, tomo I*. p.137.

⁹⁰ ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria do Direito Penal Brasileiro*, p. 203.

⁹¹ Os penalistas mencionados ressaltam a hipótese de a lei penal em branco ser integrada por outra norma legal: “As únicas leis penais em branco cuja constitucionalidade é tolerável são as chamadas impróprias, ou seja, as que remetem a outra norma emanada da mesma fonte”. (ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria do Direito Penal Brasileiro*, p. 206).

A taxatividade da lei penal corresponde à *legalidade estrita*, na definição de Ferrajoli.⁹² Para o autor mencionado, a legalidade formal sozinha, por ele denominada de *mera legalidade*, não atende aos reclamos garantistas do Direito Penal, pois se constitui em regra de distribuição de poder, destinada ao juiz, que somente pode considerar crime a conduta assim definida pelo legislador. A legalidade estrita, por outro lado, é conceituada como “uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas [...]”. Em seguida, expõe:

O princípio de mera legalidade, que se limita a exigir que os pressupostos das penas estejam estabelecidos de antemão por um ato legislativo, constitui o princípio elementar somente do princípio de retribuição, que não se completa na falta daquele; o princípio da estrita legalidade, que exigem ademais, uma lei penal dotada de referências empíricas para que seja possível a sua aplicação em proposições verificáveis, pressupõe, ao contrário, todas as demais garantias – as penais (ou substanciais) da materialidade da ação, da lesividade do resultado e da culpabilidade, e das processuais (ou instrumentais) da presunção de inocência, do ônus da prova e do direito de defesa –, na falta das quais não se perfaz. [...] A lei, em outras palavras, se bem seja exigida em qualquer caso para a configuração do delito em virtude do primeiro princípio, exige, por sua vez, em virtude do segundo, uma técnica legislativa específica para a válida configuração legal dos elementos constitutivos do delito. Diremos, portanto, para expressar conjuntamente os dois princípios: *nulla poena, nullum crimen sine lege valida*.

Roxin⁹³, ao tratar da taxatividade da lei penal, afirma que uma lei indeterminada ou imprecisa não protege o cidadão da arbitrariedade, pois não limita o poder de punir do Estado. Não basta, pois, que as leis sejam formalmente legais, é necessário que sejam determinadas, nas palavras do autor referido, que descrevam as características que a conduta deve possuir para que seja configurado o ilícito penal.

Certo grau de indeterminação, todavia, é inevitável. Nas palavras de Roxin⁹⁴:

Nadie discute que un cierto grado de indeterminación es inevitable, porque todos los términos empleados por el legislador admiten varias interpretaciones. El punto neológico lo constituyen sobre todo los ‘conceptos necesitados de complementación valorativa’, que não proporcionan descripciones de la conduta prohibida, sino que requieren del juez un juicio valorativo.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. pp. 348-349.

⁹³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general, tomo I*, p.169.

⁹⁴ *Ibid.*, p.170.

O legislador atua, portanto, em seara que, se ultrapassada, ofende o princípio taxatividade da lei penal e, por conseguinte, acarreta a inconstitucionalidade do tipo legal com elevado grau de indeterminação. A questão passa, pois, em definir em que medida a indeterminação do tipo penal atende ao princípio da legalidade estrita. Consoante Roxin⁹⁵, a inconstitucionalidade da lei penal que possui conceito indeterminado – por ofensa à legalidade – deve ser declarada quando tal conceito não é redutível a um núcleo determinável.

Em relação à determinação da lei penal, faz-se mister ressaltar que a necessidade de precisão que decorre do princípio da legalidade se refere não somente à conduta incriminada, mas também às penas cominadas. Tanto o tipo de pena cominada como sua duração devem ser previamente determinadas pelo legislador.

Neste particular, infere-se ofensa à legalidade no que diz respeito às medidas de segurança. Uma vez absolvido o indivíduo inimputável, sujeita-se, em regra, à medida de internação, segundo a disposição legal do artigo 97 do Código Penal. As medidas de segurança são espécies de sanção criminal e como tal não escapam ao controle da legalidade estrita.

A duração das medidas de segurança, contudo, não é determinada de antemão. Também não é determinável por critérios seguros. No curso da execução da medida é que se define quando irá cessar a sanção. O cidadão não sabe, previamente, por quanto tempo irá durar o pretense tratamento de internação em HCT. Mesmo internado, fica a mercê de laudos médicos que sinalizem pela cessação da perigosidade, não possuindo ideia de quando irá retomar o estado de liberdade.

Do mesmo modo, embora a internação seja a regra, o juiz pode aplicar a medida de tratamento ambulatorial e revogá-la, sempre respaldado por conceitos indeterminados, sem clareza ou precisão suficientes para atender ao princípio da legalidade.

⁹⁵ Ibid., pp. 172-173.

Os parágrafos 3º e 4º do CP lançam mão de juízos valorativos que não se coadunam com a segurança que se espera do sistema penal. Referem os dispositivos legais a *fato indicativo* da persistência de periculosidade e a providência necessária para *fins curativos*.

A disciplina legal da duração das medidas de segurança não atende a disposição do artigo 5º, XXXIX, da CF: *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*. A legalidade estrita não se resume a legalidade formal. Decorre do princípio da legalidade que a lei penal deve precisa, determinada, que não deve se utilizar de conceitos abertos aleatoriamente.

A exigência da legalidade não fica adstrita, apenas, à conduta descrita nos tipos legais incriminadores, mas é imperativo da certeza e duração das penas. Não se sustenta, pois, a indeterminação das medidas de segurança, sobretudo porque se trata de medida extrema da restrição da liberdade. Cezar Roberto Bitencourt,⁹⁶ ao tratar sobre a legalidade, afirma que o referido princípio não se limita à tipificação de delitos, mas também às conseqüências jurídicas do crime.

Zaffaroni,⁹⁷ ao tratar da legalidade em matéria penal, expõe que as próprias leis penais não atentam para o princípio da legalidade, deixando determinada categoria de pessoas – menores, doentes mentais, idosos – ao arbítrio do Estado, permitindo a segregação, a estigmatização, em situação mais desfavorável que as pessoas diretamente afetadas pelo discurso jurídico-penal:

No entanto, uma leitura atenta das leis penais permite comprovar que a própria lei renuncia à legalidade e que o discurso jurídico-penal (saber penal) parece não perceber tal fato. Através da minimização jurídica reserva-se ao discurso jurídico-penal, supostamente, os ‘injustos graves’; através da ‘administrativização’ consideram-se fora do discurso jurídico-penal as instituições manicomiais, inclusive as dispostas pelo próprio órgão judicial; através da tutela são excluídas do discurso jurídico-penal as institucionalizações dos menores; através do assistencialismo afasta-se totalmente do discurso penal a institucionalização dos anciões.

A perversão do discurso jurídico-penal faz com que se recuse, com horror, qualquer vinculação dos menores (especialmente os abandonados), dos doentes mentais,, doa anciões e, inclusive, da própria prostituição com o discurso jurídico-

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, p. 13.

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*, p. 22.

penal, embora submetam-se todos esses grupos a institucionalizações, aprisionamentos e marcas estigmatizantes autorizadas ou prescritas pela própria lei que são, num todo, semelhantes – e, frequentemente, piores do que as abrangidas pelo discurso jurídico-penal.

Decorre também do princípio da legalidade o princípio da irretroatividade da lei penal. A lei penal não pode retroagir para alcançar condutas pretéritas, que ao tempo da ação – artigo 4º do CP – não eram criminalizadas.

Cláudio Brandão⁹⁸ trata especificamente da irretroatividade em relação às medidas de segurança. Assevera que o princípio da irretroatividade da lei penal proíbe que lei nova faça incidir medida não prevista ao tempo da prática do fato correspondente a crime.

Exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal é a retroatividade de lei mais favorável ao indivíduo. Não se deve olvidar que os princípios de Direito Penal constituem garantias ao cidadão. A irretroatividade é pensada em favor do indivíduo, para protegê-lo contra o ímpeto punitivo e desenfreado do Estado. Não se trata de um princípio que existe em si mesmo. Seria, portanto, um contra-senso se admitir que lei penal posterior ao fato delituoso, mais benéfica, não lhe fosse aplicada.

Deriva da legalidade penal a proibição da analogia na interpretação dos tipos penais. A interpretação da lei penal deve ser estrita. Não cabe alargar o alcance da lei penal, para alcançar condutas originariamente não previstas pelo legislador. Cláudio Brandão⁹⁹ esclarece o alcance da analogia:

A analogia é um processo de interpretação que integra uma lacuna existente na lei a partir de um argumento de semelhança. A analogia possibilita a regulação de um determinado caso que não se encontra tratado na perspectiva linguística-conceitual da norma, a partir de um processo de comparação.

Aceitar a analogia é criminalizar condutas que não foram tipificadas, o que ofende à legalidade em matéria penal. Segundo Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro

⁹⁸ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: parte geral*, pp. 81-82.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 58

Slokar¹⁰⁰, “[...] é necessário extremar os recursos para que só a lei formal seja fonte de criminalização primária, não podendo o juiz complementar seus pressupostos”.

A proibição da analogia *in malam partem* relaciona-se com o princípio da fragmentariedade, segundo o qual o Direito Penal seleciona as condutas que importem violação de bens jurídicos importantes para criminalizá-las. O caráter fragmentário do Direito Penal é explicitado por Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar¹⁰¹: “[...] o direito penal se estrutura como um sistema descontínuo de ilicitudes pontuais que não podem ser ampliadas pela interpretação, doutrinária ou jurisprudencial”.

Aqui também cabe a ressalva de que a analogia pode ser usada quando favorável ao sujeito, pelas mesmas razões que justificam a retroatividade da lei mais favorável.

Insta esclarecer que a analogia não se confunde com interpretação analógica. Segundo Cláudio Brandão¹⁰², pela analogia se supre uma lacuna da lei. Na interpretação analógica, “o intérprete não se afasta do teor da norma, mas, ao contrário, debruça-se sobre o sentido literal possível da regra jurídica”.

Consectário do princípio da legalidade é a proibição de criminalização por meio dos costumes. Ainda que a conduta seja reprovável, se não tipificada não pode ser fundamento para aplicação de reprimenda criminal.

O fato de determinado tipo penal ter se tornado obsoleto não implica revogação da lei. A norma penal não se revoga pelos costumes. No entanto, deve-se atentar para outro princípio penal, o princípio da lesividade. Ao cidadão não pode ser aplicada sanção criminal por conduta que não seja lesiva, que não viole bem jurídico. Do mesmo modo, a mudança de entendimento da jurisprudência não deve surpreender negativamente a

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria do Direito Penal Brasileiro*, p. 209.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 208.

¹⁰² BRANDÃO, Cláudio Brandão, *Curso de Direito Penal: parte geral*, p.61.

pessoa. Importante destacar a doutrina de ZAFFARONI, Nilo BATISTA, Alejandro ALAGIA e Alejandro SLOKAR:¹⁰³

[...] se é verdade que não se proclama a derrogação da lei penal por dessuetude, também é verdade que uma lei penal jamais aplicada ou interpretada pacificamente em um determinado sentido proibitivo (ou prescritivo) não pode, de surpresa, ser esgrimida contra um cidadão, só porque o poder desejou selecioná-lo. Um tipo penal não é um instrumento para que o poder surpreenda os cidadãos com sua arbitrariedade.

Conclui-se que a legalidade significa mais que princípio garantidor do cidadão contra o Estado investido no poder de punir. Representa um princípio que tem raízes no princípio republicano e na separação de poderes, que não pode ser olvidado na interpretação das leis, em especial das leis penais.

A concretização da norma penal deve levar em consideração, sempre, a legalidade estrita e todos os princípios que decorrem do enunciado. Não se deve transigir em matéria penal, por ser a ingerência mais grave que se submete a pessoa em seus direitos fundamentais. Desta constatação decorre que não se pode admitir a disciplina legal das medidas de segurança no Direito Penal brasileiro, pois não atende ao princípio da legalidade

3 A SANÇÃO CRIMINAL

¹⁰³ ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria do Direito Penal Brasileiro*, p. 203.

As medidas de segurança e as penas são espécies de sanção criminal, embora tenham fundamentos distintos e sejam disciplinadas diferentemente no pelo ordenamento jurídico-penal pátrio.

O fundamento das medidas de segurança é a periculosidade do indivíduo. Pressupõem prática de fato definido como crime na lei penal. O cometimento de fato típico e ilícito faz presumir a periculosidade e somente com a cessação da periculosidade, atestada pelo exame de cessação de periculosidade, tem a pessoa possibilidade de livrar-se da sanção.

A periculosidade, por seu turno, conceitua-se como a probabilidade do sujeito cometer novos crimes. Trata-se, pois, de um prognóstico. Depreende-se que as medidas de segurança têm finalidade preventiva, vale dizer, destinam-se a evitar o cometimento de novos crimes pelo sujeito que a ela se submete.

Os pressupostos para a aplicação das medidas de segurança são, portanto, a prática de fato correspondente a ilícito criminal e a periculosidade, que é presumida.

A pena é a sanção criminal reservada aos agentes imputáveis e tem como fundamento a culpabilidade. A quantidade de pena imposta é determinada levando-se em consideração o delito praticado, em observância ao princípio da individualização da pena. A individualização da pena se faz em três etapas distintas: inicialmente, pela lei penal, que comina abstratamente penas diversas a depender da gravidade da ofensa do bem jurídico, estabelecendo limites mínimos e máximos de quantidade de pena.¹⁰⁴ Em uma

¹⁰⁴ Discute-se a possibilidade do juiz aplicar a pena aquém do mínimo estabelecido pelo legislador, em determinadas situações. Contudo, esse entendimento não é sufragado pela jurisprudência – veja-se a o enunciado da súmula 231 do STJ: *A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*. No mesmo sentido, acórdão recente: PENAL. HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRITÉRIO TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA. PRIMEIRA E SEGUNDA FASES. LIMITES LEGAIS. PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL. ORDEM DENEGADA. 1. Ausente o interesse de agir no que se refere à fixação da pena-base no mínimo legal, quando os vários delitos praticados justificam a expressiva quantidade da reprimenda. 2. *No método trifásico de fixação da pena, na primeira e na segunda fases, não se permite a aplicação aquém ou além das balizas estabelecidas no preceito secundário do tipo penal*. 3. Ordem denegada. (HC 135746/RJ HABEAS CORPUS 2009/0087238-0 – Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA – Data de publicação/fonte: DJe 19/10/2009).

segunda etapa, a individualização da pena encontra ressonância no artigo 68 do Código Penal, que estabelece as etapas que o juiz deve cumprir para aplicar a pena em face de um sujeito que cometeu um crime.

Assim, deve analisar as circunstâncias judiciais, em seguida as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e de diminuição de pena.¹⁰⁵ Por fim, a individualização da pena atinge a execução, ao serem previstos mecanismos que conferem benefícios ao apenado, como a liberdade condicional e a progressão de regime, por exemplo.¹⁰⁶

A aplicação da pena, portanto, segue um protocolo, exposto no Código Penal, que deve nortear o juiz para a concretização da quantidade e qualidade da reprimenda imposta ao condenado. As medidas de segurança, contudo, não possuem tal regulação, permitindo aos inimputáveis a sujeição ao arbítrio na reprimenda que lhe é imposta. Não há individualização em relação à medida de segurança imposta a quem se sujeita a ela: todos os inimputáveis são perigosos e em regra são internados, sem prazo definido.

A explicação para o tratamento diferenciado e desproporcional está nas raízes históricas do instituto. A compreensão da origem das medidas de segurança, contudo, não lhes retiram a evidente ilegalidade. Um sistema penal garantista não se coaduna com a

¹⁰⁵ Considera-se inconstitucional os critérios baseados no *ser* do indivíduo, e não no fato criminoso objetivamente considerado. O que está em julgamento é o crime, o fato, e não a pessoa em si mesma. Por esta razão, a aferição da *personalidade*, elencada no artigo 59 do Código Penal, não se presta a fundamentar o incremento da pena base, pois se trata de circunstância que atine ao indivíduo em si, e não ao fato praticado.

¹⁰⁶ Um dos fundamentos para o STF declarar a inconstitucionalidade do artigo da Lei 8.072/90 foi justamente a violação do princípio da individualização da pena: ao se proibir a progressão de regime indistintamente a todos os condenados pelos crimes considerados hediondos não se permitiria que a execução se desenvolvesse de acordo com o mérito do apenado, como prevê, a propósito, a Lei de Execução Penal. A todos, indistintamente, seria imposto o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, sem a possibilidade de progressão, o que violaria a particularidade de cada condenado e, conseqüentemente, o princípio da individualização das penas, que também alcança a execução. Veja-se, a respeito, a ementa: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. *Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.* (HC 82959/SP - SÃO PAULO - HABEAS CORPUS Relator: Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 23/02/2006 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

existência de medidas de segurança. Tal instituto é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

3.1 HISTÓRICO

Penas e medidas de segurança são as sanções de natureza criminal previstas no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Atualmente, as penas são dedicadas exclusivamente aos imputáveis, enquanto as medidas de segurança destinam-se apenas aos inimputáveis, ou seja, àquelas pessoas incapazes de culpa, nos termos do artigo 26 do Código Penal pátrio.¹⁰⁷

A pena é a consequência jurídica do crime. Conceitua-se crime como a ação típica, ilícita e culpável.¹⁰⁸ Neste contexto, somente a pessoa capaz de culpabilidade pode se sujeitar à pena, como explicitado. Desta forma, não cometem delito os inimputáveis. Submetem-se, todavia, às medidas de segurança, na sistemática adotada pelo Direito brasileiro atual.

No direito penal brasileiro moderno, portanto, as penas e as medidas de segurança excluem-se mutuamente. A reforma do Código Penal de 1984 implantou no ordenamento penal brasileiro o sistema vicariante, em contraposição ao sistema do duplo binário, então vigente.

Antes da reforma penal referida, as medidas de segurança aplicavam-se concomitantemente às penas, nas hipóteses em que estas não se mostrassem suficientes para inibir a perigosidade dos apenados e defender a sociedade contra a ação anti-social dos delinquentes. A idéia de periculosidade e de medida de segurança adveio com a Escola Positiva do Direito Penal.

¹⁰⁷ Os menores de 18 anos são inimputáveis, mas não estão sujeitos a pena. Submetem-se a estatuto legal próprio.

¹⁰⁸ Adota-se, no presente trabalho, a definição tripartite de crime, em consonância com a posição dominante da doutrina. Entende-se que a culpabilidade integra o conceito de crime, não sendo apenas pressuposto da aplicação da pena. O pressuposto para a aplicação da pena é o delito, e não somente um elemento que o compõe. A respeito, veja-se BRANDÃO, Cláudio Brandão, Curso de Direito Penal: parte geral, p. 128-131.

O delito, na concepção clássica, é um ente jurídico. O fato criminoso deve ser punido, abstraindo-se considerações sobre a pessoa de quem delinque. Razões de política criminal fizeram o Direito Penal voltar-se à pessoa, diante das considerações de que as concepções da escola clássica não atendiam aos reclamos da defesa social e da prevenção de crimes.

A atenção volta-se, então, ao sujeito criminoso. Surgem, neste contexto, as idéias de temibilidade, de Garófalo, e de periculosidade, de Ferri. A sanção criminal deveria fazer cessar no delinquente o estado de perigo, estado esse que consistia em ameaça à sociedade e ia de encontro aos reclamos da defesa social.

A pena, aplicada isoladamente, tendo como fundamento o fato criminoso, era insuficiente para atender a esta nova expectativa em relação à função do Direito Penal, que visava assegurar à sociedade da ação criminosa das pessoas perigosas e, assim, atender aos clamores da defesa social. Ao lado das penas, então, surgiram as medidas de segurança, que tinham fundamento diferenciado: se as penas limitavam-se e fundamentavam-se na culpabilidade – reprovabilidade da conduta do sujeito, que não agiu de acordo com a norma, embora lhe fosse factível –; as medidas de segurança tinham como pressuposto a periculosidade do sujeito, ou seja, a probabilidade de voltar a cometer crimes.

Passou-se, pois, do Direito Penal do fato para o Direito Penal do autor, circunstância explicitada por Luis Jiménez de Asúa:¹⁰⁹

O Direito Penal começa já a olhar o homem, não exclusivamente o ato. E não só o homem como ente abstrato e em geral, senão ao homem real, vivo e efetivo, a sua total e exclusiva individualidade. A pena não atende só ao fato isolado, que quebranta o Direito, senão que o olha em relação em relação a toda vida anterior e posterior do sujeito.

[...]

Eis aqui, como, nas novas directrizes da ciência penal, vai perdendo importância o ato delituoso, passando o sujeito homem ao primeiro plano.

¹⁰⁹ ASÚA, Luis Jiménez. *O Estado Perigoso*, pp. 18-24.

A mudança de concepção foi exposta por Pagnella Boshi:¹¹⁰ “A idéia de retribuição da sociedade ao delinqüente – dos clássicos – seria substituída, então, pelos positivistas, pela idéia de defesa da sociedade contra os perigosos.”

É importante ressaltar o contexto histórico em que ascendeu a doutrina da defesa social e a análise antropológica dos criminosos. Era o auge das ciências naturais – para firmar-se como ciência, o Direito deveria ter comprovação empírica, no mundo dos fatos naturalísticos.

As ciências por excelência eram as ciências naturais. Os cientistas do Direito, por conseguinte, passaram a buscar fundamento para afirmar o Direito como ciência nas ciências naturais – importaram-se, pois, os métodos e as técnicas.

Surge, então, Cesare Lombroso e a análise dos crânios e das características morfológicas presentes nos delinqüentes. Formou-se, a partir daí, uma tipologia dos seres humanos, incluindo dos criminosos: determinadas características físicas indicariam a personalidade criminosa.

Lombroso é o criador da antropologia criminal. A criminalidade, para o cientista em questão, é inata e o delito tem raízes biológicas. Nas palavras de Jay Gold¹¹¹:

Além de sua repercussão específica, a antropologia criminal de Lombroso veio principalmente reforçar o argumento do determinismo biológico quanto aos papéis desempenhados pelos atores e seu ambiente: os atores obedecem a sua natureza inata. Para compreender o crime, é preciso estudar o criminoso, não a forma como este foi criado, sua educação ou as dificuldades que podem tê-lo incitado a roubar ou pilhar.

Ferri, por seu turno, trouxe à Escola Positiva a sociologia. Fez a tipificação do diversos tipos de delinqüentes: nato ou instintivo ou por tendência congênita; louco; habitual; ocasional e passional.¹¹² Como desdobramento de sua teoria, entendia que a sanção

¹¹⁰ BOSCHI, Paganella. *Das penas e seu critério de aplicação*, 106.

¹¹¹ GOLD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem*, p. 135.

¹¹² FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*, p. 241.

criminal deveria adequar-se ao tipo de criminoso, para tratá-lo. Mais importante que o crime em si, era a análise do tipo do delinqüente.

Ao lado dessa concepção de ciência, que valorizava as ciências naturais, tem-se a revolução industrial e a formação de uma nova classe social, o proletariado e, ao lado destes, os marginalizados do sistema econômico que então surgia. Os conflitos que afloraram desta nova ordem social, econômica e política fizeram crescer a criminalidade e, conseqüentemente, os reclamos para que o Direito Penal respondesse mais agilmente a tal circunstância.

José Luis Guzmán Dalbora¹¹³ analisa esta conjuntura histórica:

La revolución industrial em Inglaterra, el triunfo político de la burguesia em Francia y las transformaciones que entrambos fenómenos produjeron em la estructura social e económica de Europa dieron origen a La formación Del proletariado y de los marginados em las principales ciudades, al calor de una explosión y unos movimientos demográficos que corrian a las parejas de las crecientes posibilidades productivas. Los conflictos de todo orden surgidos de estas circunstancias no puddiern por menos que aumentar La criminalidad – em especial, La reincidente – y, sobre todo, infundir temor em los grupos hegemónicos, que cayeron em La cuenta de que las garantías Del Derecho penal por ellos construído como paladión contra El estamento que antes oprimió, representaban ahora una incómoda barrera, um lastre que entorpecía La apremiante necesidad de encarar más maviza e ilimitadamente las *clases peligrosas*, la *mala vida* que bullia em los centros urbanos.

Neste contexto, a pena passou a ser entendida como insuficiente para a prevenção dos delitos. Necessária outra forma de reprimenda penal, voltada para o autor do fato, como forma de coibir a criminalidade que crescia. Surge, então, em contraposição à Escola Clássica, a Escola Positiva, que pensa o crime sob o aspecto sociológico e coloca as luzes sobre o homem – e não sobre o fato criminoso.

3.2 ESCOLAS PENAIAS

¹¹³ DALBORA, José Luis Guzmán. Direito Penal Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Cerezo Mir. In: PRADO, Luiz Regis (coord). *Las medidas de seguridad. Distinción y relaciones entre penas y medidas de seguridad*, p. 75.

Definem-se as Escolas Penais como corpo de doutrina, mais ou menos coerentes, sobre os problemas em relação ao fenômeno do crime e, em particular, sobre os fundamentos e objetivos do sistema penal.

Para a Escola Clássica, os homens são todos iguais, posição que reflete o liberalismo imperante na época. O crime é a vontade livre e inteligente do agente. O livre arbítrio é a essência da responsabilidade moral e a base da responsabilidade pessoal.

O expoente desta linha de pensamento é Francesco Carrara.¹¹⁴ Para o penalista, o direito não é um ente de fato, mas um ente jurídico, porque a sua essência deve consistir forçosamente na violação de um direito. Ainda para o autor citado, as duas forças essenciais do delito são a vontade livre e inteligente e o fato exterior lesivo do direito ou a ele ameaçador. Da idéia de liberdade resulta a exigência unicamente retributiva da sanção criminal, o que exclui do conceito de pena qualquer objetivo de emenda do criminoso.

Para Carrara, a ciência do direito criminal vem a ser reconhecida como uma ordem racional que emana da lei moral-jurídica, e preexiste a todas as leis humanas, tendo autoridade sobre os próprios legisladores. O direito foi dado por Deus. O direito penal, portanto, tem sua gênese numa lei absoluta, porque constitutiva da única ordem possível à humanidade, segundo Deus. Os seus princípios racionais são impostos por Deus.

Carrara contesta a idéia de contrato social. Para ele, a lei eterna da ordem impele o homem à sociedade. Não existiria período de desagregação e de vida selvagem. Os homens – entes dirigíveis e responsáveis pelas próprias ações – não podiam submeter-se a apenas às leis físicas, uma lei moral nasceu com eles: a lei natural.

O fundamento do direito de punir é unicamente a justiça: Deus não pune o infrator para defender o homem, mas porque o delito é um mal e quer a justiça que quem praticou um mal sofra outro mal. Neste contexto, atribuir-se à punição o fundamento da defesa social,

¹¹⁴ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal. Parte Geral - vol. I*

acarretaria a permissão para punição de atos não perversos, com o argumento da utilidade pública.

Carrara pressupõe o livre-arbítrio e a imputabilidade moral do indivíduo. Diz que se o magistrado reconhecer que o sujeito cedeu a uma força irresistível deve absolvê-lo. Se for generalizado o postulado da irresistibilidade, deve-se absolver a todos.

Por esta razão, não se sujeitam a qualquer tipo de reprimenda criminal os inimputáveis. Esta categoria de pessoas, para a Escola Clássica, devem simplesmente ser absolvidas, pois não possuem entendimento ou determinação acerca do crime.

Com a ascensão do positivismo, o crime deixou de ser entendido sob o enfoque normativo, para ser compreendido em uma perspectiva criminológica. Surge, então, o conceito de periculosidade, que é intrínseco à noção de medida de segurança.

As diferentes concepções do crime adotadas pelas Escolas Penais resultavam em diversos modos de conceber a função da reprimenda criminal. Assim, ao tempo em que a Escola Clássica entende a função da pena como retribuição, a Escola Positiva pensa a função da pena em uma perspectiva de prevenção. O positivismo do século XIX, a revolução industrial, a ascensão da burguesia, a ideologia política de exclusão dos indesejáveis formaram o contexto histórico que fez florescer a noção periculosidade e de medida de segurança.

Para Ferri, todo *delinqüente* é um anormal, pois desadaptado à vida em sociedade¹¹⁵. O homem normal, que não comete crime, é ajustado socialmente, possui freios morais que barram os ímpetos delituosos. O crime, expressão da perigosidade do sujeito, revela uma personalidade anormal, desajustada, que necessita de tratamento para que a pessoa possa viver em sociedade sem oferecer risco ou perigo.

¹¹⁵ Para Ferri o *louco* não é necessariamente é criminoso. A *doença mental* não é o fator determinante para o cometimento de crime, mas antes uma “atrofia do senso moral”. Não há identificação da *loucura* com o tipo criminoso: “os loucos não criminosos têm tipo diferente dos loucos criminosos” (Ibid., p. 243, 233).

A distinção entre periculosidade criminal e periculosidade social também remonta a Ferri. Segundo o penalista italiano, somente a periculosidade criminal, ou seja, aquela evidenciada depois do cometimento de um crime, importa à justiça penal e à defesa social repressiva. Nessa medida, a sanção imposta ao *delinqüente* deve se amoldar à sua personalidade, ao grau de periculosidade que demonstra possuir, a fim de que tomadas as medidas terapêuticas necessárias, possa voltar ao convívio social sem apresentar perigo.¹¹⁶

Para o autor em perspectiva, não importa tanto o crime cometido, pois o delito é apenas a exteriorização de uma personalidade criminoso. Interessa, antes, a avaliação da personalidade do indivíduo, para que se possa aferir o grau de periculosidade que possui e, assim, adaptar-lhe a sanção.

A periculosidade social, a que chama de genérica, consiste na possibilidade de qualquer pessoa vir a praticar um crime. Aqui, não há um delito que evidencie uma personalidade perigosa; por essa razão, é chamada de pré-delitual e em relação a ela não se ocupa a justiça penal. Trata-se de questão afeita à polícia de segurança, segundo Ferri¹¹⁷.

Somente a periculosidade criminal importa à justiça penal. Cuida-se da probabilidade de reincidência, já que com o cometimento do crime, demonstrou o sujeito que possui personalidade perigosa. Cumpre, pois, ao direito penal fixar a reprimenda de acordo com a periculosidade do sujeito e para tanto é necessária uma incursão em sua personalidade. Segundo o autor ora tratado, a expressão “adaptação da sanção à personalidade do criminoso” é melhor que “individualização da pena”.¹¹⁸

Da ideia de tratamento, que pretende transformar a personalidade do *delinqüente* para torná-lo adaptado à vida normal, resulta a conclusão de que a sanção penal não pode ter prazo determinado. Se a reprimenda penal tem caráter terapêutico, não pode ter termo final. Somente a *evolução do paciente* pode dizer se possui um bom prognóstico para voltar a conviver em sociedade, se anulada a periculosidade que manifestou quando do cometimento do delito.

¹¹⁶ Ibid., p. 261-276.

¹¹⁷ Ibid., loc. cit.

¹¹⁸ Ibid., p. 296.

E o próprio Ferri se insurge contra o sistema das penas determinadas, afirmando que o fato de o juiz fixar pena certa para o sujeito equivale se “à porta do hospital o médico prefixasse os meses ou os dias de permanência do doente, que tem que ficar aí até o fim do prazo, mesmo se for curado antes, ou tem que sair do hospital no termo designado, mesmo se ainda não estiver restabelecido”.¹¹⁹

No mesmo sentido, afirma Garofalo¹²⁰ que todo *delinqüente* é um *anormal moralmente*: “estou convencido de que a anomalia *psychica* existe sempre, em maior ou menor grau, em todos os que, segundo a minha definição, merecem o nome de delinquentes [...]”

Para o autor, o crime é um *sintoma* da anomalia moral do *delinqüente*.¹²¹ Garofalo também não identifica anormalidade (que para ele é moral) com doença mental. Diz, inclusive, que se trata de um mal-entendido “a acusação feita á nossa escóla de tratar a criminalidade como um capítulo da loucura.”¹²²

Garofalo identifica o *delinqüente* com o selvagem, oriundo de civilizações não evoluídas. Deste modo, a anormalidade é entendida como a inadequação do sujeito à vida civilizada, pois na vida selvagem não existe o senso moral, que falta ao *criminoso*.

Se para a Escola Clássica o delito era uma infração à lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso, para a Escola Positiva, que lhe sucedeu no tempo, o crime era a exteriorização da personalidade perigosa do agente, que, por esta razão, necessitava de tratamento a fim de que pudesse retornar ao convívio social sem apresentar risco a comunidade

A Escola Clássica vê a pena apenas como retribuição do mal do crime. Aqui, não entram considerações sobre prevenção, seja ela geral ou especial. O homem era considerado um

¹¹⁹ Ibid., p. 297.

¹²⁰ GAROFALO, R. *Criminologia*, p. 80.

¹²¹ Ibid., p. 66.

¹²² Ibid., p. 101.

ser dotado de vontade livre e, por esta razão, tinha a capacidade de escolher entre praticar o crime ou não praticá-lo.

Desta forma, os inimputáveis não se submetiam a nenhuma sanção de natureza criminal, pois não possuíam o livre arbítrio e, conseqüentemente, não eram capazes de culpa. Eram, portanto, isentos de qualquer reprimenda de natureza criminal.

O Direito Penal Brasileiro refletiu a evolução das Escolas Penais. O Código Penal do Império dispunha:¹²³

Art. 10. Também não se julgarão criminosos:
1º Os menores de quatorze annos.

2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime.”
[...]

Art. 11. Posto que os mencionados no artigo antecedente não possam ser punidos, os seus bens comtudo serão sujeitos á satisfação do mal causado.

Art. 12. Os loucos que tiverem commettido crimes, serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas familias, como ao Juiz parecer mais conveniente.

O Código Penal de 1830 não prevê qualquer sanção para o agente inimputável. Simplesmente declara que *não serão julgados criminosos os loucos de todo gênero*. Já o Código Penal promulgado em 1940 dispõe expressamente sobre as medidas de segurança e sobre a periculosidade do agente. As medidas de segurança aplicavam-se a todos que fossem considerados perigosos. A periculosidade, por seu turno, era presumida ou reconhecida pelo juiz, quando presentes certas circunstâncias.¹²⁴

¹²³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm.

¹²⁴ Disposições (revogadas) do Código Penal de 1940, antes da reforma penal operada em 1984: Art.

76. *A aplicação da medida de segurança pressupõe: I - a prática de fato previsto como crime; II - a periculosidade do agente. Parágrafo único. (...) Art. 77. Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o agente: (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 1977). I - se seus antecedentes e personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinqüir; (Incluído pela Lei nº 6.416, de 1977). II - se, na prática do fato, revela torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 1977). § 1º (...) § 2º (...) Art. 78. Presumem-se perigosos: I - aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena; II - os referidos no parágrafo único do artigo 22; III - os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez; IV - os reincidentes em crime doloso; V - os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores.*

Conclui-se, portanto, que o fundamento das medidas de segurança era a periculosidade do cidadão. Não interessava se o sujeito era ou não imputável: em face da perigosidade do indivíduo, impunha-se a aplicação de uma medida de segurança, para cessar o perigo que a pessoa representava.

A reforma penal ocorrida em 1984 extinguiu o sistema do duplo binário no ordenamento penal brasileiro. As medidas de segurança somente são aplicadas em razão da prática de fato correspondente a crime por pessoa inimputável, na hipótese do artigo 26 do Código penal.

4 A PENA CRIMINAL

4.1 TEORIAS DA PENA

Uma das questões mais controvertidas do Direito Penal relaciona-se com a função da pena. Qual o fundamento que legitima a aplicação da pena e qual a finalidade que se pretende alcançar com a imposição de pena a um indivíduo que cometeu crime? A concepção que se adota em relação após fins da pena está estreitamente ligada ao

Art. 79. A medida de segurança é imposta na sentença de condenação ou de absolvição. Parágrafo único. (...) Art. 80. (...) Art. 81. Não se revoga a medida de segurança pessoal, enquanto não se verifica, mediante exame do indivíduo, que este deixou de ser perigoso. § 1º (...). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm.

contexto político correspondente. As diversas teorias sobre a finalidade das penas relacionam-se de modo indiscutível ao modelo sócio-econômico e à forma de Estado vigente à época de seu surgimento.¹²⁵

As teorias clássicas da pena classificam-se em teoria absoluta ou retributivista e teoria relativa ou preventiva. Essa última se subdivide em teoria de prevenção geral e teoria de prevenção especial. Há terceira categoria, formada por inúmeras teses, que combinam aspectos da teoria absoluta e da teoria relativa. As teorias desse terceiro gênero ressaltam primordialmente concepções de uma ou outra teoria (absoluta ou relativa), consoante o ponto de vista que defendam. Em suma, as teorias da pena, que buscam explicar sua finalidade e legitimação, têm como ponto de partida as teses acima citadas, que serão analisadas a seguir.

Ao lado das teorias clássicas que buscam legitimar a pena, há a teoria agnóstica. Para a teoria agnóstica, os discursos das teorias da pena buscam legitimar poder que não é exercido pelo Direito Penal, mas pelo Estado, investido no poder de punir, ao confiscar os conflitos e tomar para si o monopólio do *jus puniendi*.

O Direito Penal, pois, deve configurar-se como assegurador das garantias do cidadão contra a violência e a irracionalidade da pena imposta pelo Estado. A pena, não possui, desta forma, qualquer função que legitime o direito de punir. O Direito Penal serve-se à concretização dos direitos fundamentais.

Na teoria absoluta a pena é vista como mera retribuição do Estado ao crime cometido. Não se busca, aqui, qualquer finalidade preventiva,¹²⁶ mas tão somente a realização de um *ideal de justiça*. A sanção penal não tem fins utilitários, de prevenir futuros delitos, mas se impõe independentemente do contexto em que o crime foi praticado – por isso a teoria também é chamada de absoluta. Não importa a realização de qualquer fim. A pena

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, p. 83.

¹²⁶ O que não quer dizer que a pena não possua a *característica* de prevenção. Não obstante o reconhecimento de que a pena possa, eventualmente, ter a *qualidade* de prevenção, não é esta a função ou a finalidade da sanção penal. A prevenção não é pretendida. Pode ou não ocorrer em determinado caso, mas não necessariamente. É, até, irrelevante, do ponto de vista jurídico-penal.

existe somente como retribuição ao mal do crime, devendo guardar *correspondência* a este. Neste sentido, a doutrina de Claus Roxin.¹²⁷

La teoría de la retribución no encontra el sentido de la pena em la persecución de fin alguno socialmente util, sino que mediante la imposición de um mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de uma “teoría absoluta” porque para ella el fin de la pena es independiente, “desvinculado” de su efecto social.

Não obstante a teoria absoluta extirpe da função da pena qualquer desiderato finalístico, admite que a pena possui tal *característica*. No entanto, não é dada a essa circunstância qualquer relevância doutrinária. Não se atribui a esses aspectos secundários o condão de modificar a essência e a natureza da pena, vista apenas e tão somente como retribuição pelo ilícito cometido. Este é o pensamento de Jorge Figueredo Dias.¹²⁸

“Se, apesar de ser assim, a pena pode assumir efeitos reflexos ou laterais socialmente relevantes (de intimidação da generalidade das pessoas, de neutralização dos delinquentes, de ressocialização), nenhum deles contende com sua essência e natureza, nem se revela susceptível de a modificar: uma tal essência e natureza é função exclusiva do facto que (no passado) se cometeu, é a justa paga do mal que com o crime se realizou, é o justo equivalente do facto e da culpa do agente”.

É inegável que as tese retributivista acerca da finalidade das penas surgiu em um contexto em que o poder do soberano emanava de Deus, que fazia valer sua vontade por meio desses escolhidos. Dessa concepção surge a idéia de pena como castigo, expiação, necessária para combater o mal do crime e para fazer prevalecer a justiça como ideal. As origens religiosas são evidentes. A teoria da retribuição tem raízes na ideia de pecado e penitência. O crime, pecado, deve ser correspondido com uma sanção equivalente, para que o indivíduo *expie sua culpa* e *pague* o mal praticado. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt,¹²⁹ “a idéia que então se tinha da pena era de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido”.

¹²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito*, pp. 81-82.

¹²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral - tomo I*, p. 45

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, p. 85

A crítica que se faz a tal teoria reside justamente em seu fundamento religioso. O Direito Penal é uma instância de controle social, ainda que seja a última, em tese, ao menos. A função do Direito Penal, que tutela os bens mais relevantes para a vida em sociedade, não se dissocia da finalidade da pena. Esta tem necessariamente fins, uma vez que também serve como meio para o Estado atingir seus objetivos, dentre os quais a possibilitação da vida harmônica entre os integrantes de dada sociedade. Claus Roxin¹³⁰ evidenciou esta crítica à escola retributivista.¹³¹

No obstante, la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Pues, si, como se puso de manifiesto en los párrafos anteriores, la finalidad del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindiera de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria; pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social. Dicho de otra manera: el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo. Tampoco la tesis de una "culpabilidad" que hay que retribuir puede fundamentar por sí sola la pena; la culpabilidad individual está ligada a la existencia de una libertad de voluntad, cuya demostrabilidad la hace inadecuada como único fundamento de las intervenciones estatales.

Para a teoria absoluta, pena deve corresponder ao delito cometido, não deve superar o crime nem ser inferior a este. Ao mal do crime se responde com o mal da pena. Não se concebe, no âmbito dessa corrente de pensamento, possa a sanção criminal infligir ao cidadão castigo mais severo que o próprio delito; ao contrário: a pena deve corresponder ao crime praticado, de modo a satisfazer o ideal de justiça que pretende.

¹³⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito*, p. 84.

¹³¹ No mesmo sentido, Jorge de Figueredo Dias (*Direito Penal: parte geral - tomo I*, p. 48): “o Estado democrático, pluralista e laico dos nossos dias não pode arvorar-se em entidade sancionadora do pecado e do vício, tal como uma qualquer instância os define, mas tem de limitar-se a proteger bens jurídicos; e para tanto não pode servir-se de uma pena conscientemente dissociada de fins, tal como é apresentada pela teoria absoluta [...]. Daí que tão-pouco possa ver-se o Estado como instância destinada à realização terrena da idéia pura da 'Justiça' [...]”.

Para Hegel, esse ideal é alcançado quando a pena *anula* o crime, ou seja, a imposição da sanção penal nega a negação do Direito que é o delito. Consequentemente, a pena restabelece o Direito negado pelo crime. Claus Roxin¹³² expõe o pensamento de Hegel: “La anulación el delito es retribución em cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión”.

Kant, do mesmo modo, entende a pena como realização do ideal da justiça. A concepção do filósofo torna-se evidente ao afirmar que a pena é um *imperativo categórico*, ou seja, em qualquer circunstância histórica deve ser aplicada. Kant é citado por Roxin:¹³³

[...] “Pues, quando perece la justicia, ya no tiene valor alguno que los hombres vivam sobre la tierra”. Sí, para Kant tiene que haber pena incluso aunque el Estado y la sociedad ya no existieran; incluso si éstos se dissolvieran – dice –, “deberia ser previamente ejecutado el último asesino que se encontrara em prisión, para que cada qual sufra lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no há exigido esse castigo”.

O mérito da teoria absoluta reside justamente na imposição de um limite para a imposição da sanção penal. Ao preconizar a correspondência entre crime e pena, termina por consolidar o postulado segundo o qual o limite e o pressuposto da pena é a culpabilidade do cidadão: *não se legitima a pena sem a demonstração de culpa e o limite da pena é a culpabilidade do infrator*.

Somente com o positivismo a pena passou a ser vista como uma forma de prevenir futuros delitos. Entendia-se a pessoa que cometesse crime não como ser dotado de liberdade de escolha, mas como alguém predeterminado biologicamente para o cometimento de infração penal. Assim, a reprimenda criminal deveria tratar o delinquente, para que não voltasse a praticar ilícitos penais e, ao mesmo tempo, proteger a sociedade contra a ação destes mesmos delinquentes.

Surge, então, a medida de segurança, ante a constatação que somente a pena era insuficiente para atender as finalidades que então se impunham á sanção criminal. Assim,

¹³² ROXIN, op. cit., p. 83.

¹³³ Ibid., p. 82-83.

determinada a pena, se o apenado apresentasse periculosidade, o juiz lhe impunha uma medida de segurança, que era executada depois do cumprimento da pena.

A teoria relativa, no outro extremo, consiste em atribuir à pena uma finalidade profilática, qual seja, a prevenção de futuros delitos. Com a imposição da pena em qualquer de suas três etapas – legislativa (cominação da sanção em abstrato), judicial (aplicação em concreto da sanção pelo Poder Judiciário em vista a um crime cometido) e executiva (aplicação propriamente dita da sanção imposta pelo juiz) –, pretende-se evitar que novos crimes sejam praticados.¹³⁴ Essa prevenção pode ser geral ou especial.

Tal doutrina, desenvolvida com a com a ascensão do Iluminismo, não podia referendar a teoria da pena como simples retribuição. Fundamentada na razão e no livre arbítrio dos homens,¹³⁵ surge a teoria da prevenção da pena. Esta, agora, é vista como meio de evitar futuros crimes – o cidadão, livre em para decidir, pode sopesar os malefícios que advém do cometimento de crime escolher o caminho que melhor atende seus interesses. Assim, a pena serviria como agente desestimulador e, via de consequência, meio de prevenir futuros delitos. Neste sentido expõe Cesar Roberto Bitencourt:¹³⁶ “[...] substitui-se o poder físico, poder sobre o corpo, pelo poder sobre a alma, sobre a psique. O pressuposto antropológico supõe um indivíduo que a todo momento pode comparar, calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena”.

Diz-se prevenção geral a tese que busca inculcar nas pessoas, que não o infrator, o desestímulo à prática de delito. A pena teria, então, um caráter de prevenção de novos crimes, direcionados aos membros da sociedade.

¹³⁴ Consoante BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, p. 93: “para as teorias preventivas, essa necessidade da pena [um mal necessário] não se baseia na idéia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos”.

¹³⁵ Interessante essa passagem de Foucault, (*Os anormais*, p. 117): “Um criminoso é aquele que rompe o pacto [o pacto social], que rompe o pacto de vez em quando, quando precisa ou tem vontade, quando seu interesse manda, quando num só momento de violência ou de cegueira ele faz prevalecer a razão de seu interesse a despeito do cálculo mais elementar da razão”.

¹³⁶ BITENCOURT, op. cit., pp. 93-94.

Roxin,¹³⁷ ao expor o pensamento de Feuerbach, precursor da *teoria da coação psicológica*, diz que se imaginava a alma do delinquente potencial que havia caído na tentação como um campo de batalha, no qual contendem os motivos que empurram para a prática do delito e os motivos que resistem a este. Assim, deveriam ser provocadas na psique do delinquente sensações de desagrado que fizessem prevalecer os esforços para impedir a ação delituosa e, desta forma, pudessem exercer uma “coação psíquica” para que o indivíduo se abstinhasse do cometimento do fato criminoso.

A teoria da prevenção geral pode ser vista do aspecto negativo, intimidação dos indivíduos pelo exemplo da pena e serviria, e do ponto de vista positivo, à afirmação dos bens penalmente tutelados.¹³⁸ Segundo Roxin,¹³⁹ “el aspecto negativo se puede describir com 'el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes”. Ainda consoante o autor mencionado, o aspecto positivo consubstancia-se na conservação e no reforço da confiança do ordenamento jurídico. Desta forma, a pena tem a missão de “demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo”.

Cumprir destacar, aqui, que a função intimidatória da sanção penal (enfoque negativo), cumpre melhor o papel de prevenção geral quando há maior efetividade na aplicação concreta da pena dado determinado delito, que mais propriamente na ameaça geral e indistinta da cominação da pena em abstrato.

A prevenção especial, por seu turno, consubstancia-se em conferir à sanção penal caráter preventivo de novos delitos em relação à própria pessoa a quem a pena é dirigida.

¹³⁷ ROXIN, op. cit., p. 90.

¹³⁸ Jorge de Figueredo Dias discorre sobre a visão positiva e negativa da teoria relativa da pena, no que tange à prevenção, geral: “A pena pode ser concebida, por uma parte, como forma estatalmente acolhida de intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se inflige ao deinquente e cujo receio as conduzirá a não cometerem factos puníveis/; fala-se então a este propósito de prevenção geral negativa ou de intimidação. Mas a pena pode ser concebida, por outra parte, como forma de que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal; mas como instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham lugar e a reforçar, por esta via, os padrões de comportamento adequados às normas: neste sentido fala-se hoje de uma prevenção geral positiva ou de integração.” (*Direito Penal: parte geral - tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50-51).

¹³⁹ ROXIN, op. cit., p. 91.

Destina-se, pois, ao apenado. Tem a pretensão de evitar a reincidência e de ressocializar o *delinquente*, tornando-o *inofensivo* para a sociedade¹⁴⁰. Esta concepção da teoria da prevenção especial foi bem sintetizada por Cezar Roberto Bitencourt:¹⁴¹

A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. Os partidários da prevenção especial preferem falar de medidas, e não de penas. (...) Como o castigo e a intimidação não tem sentido, o que se pretende, portanto, é corrigir, ressocializar ou inocuizar”

As origens da formulação clássica da teoria da prevenção especial remete a Platão, como expõe Roxin,¹⁴² citando Séneca: “Ningún hombre sensato castiga porque se há pecado, sino para que no peque...”

Note-se que a pretensão da teoria relativa de, em última análise, evitar a prática de novos delitos pelo cidadão, tornando-o apto para a vida em sociedade, se desdobra em uma consequência importante: a pena seria uma espécie de *tratamento* a que estaria submetido o condenado. Por esta razão fala-se em medida, e não em pena.

Von Liszt confere ao direito penal a finalidade de proteger os bens jurídicos.¹⁴³

A protecção de interesses é a essência do direito [...]. Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. *Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido*. Todos os bens jurídicos são Interesses humanos, ou do indivíduo ou da

¹⁴⁰ Do mesmo modo, a prevenção especial pode ser vista em seu aspecto positivo e negativo. Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral - tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 54-55: “Para uns, a 'correção' dos delinquentes seria uma utopia, pelo que a prevenção especial só poderia dirigir-se á sua intimidação individual: a pena visaria, em definitivo, atemorizar o delinquente até um ponto em que ele não repetiria no futuro a prática de crimes. Enquanto para outros a prevenção especial lograria alcançar um efeito de pura defesa social através da separação ou segregação do delinquente, assim procurando atingir-se a neutralização da sua perigosidade social. Bem podendo então falar-se, em qualquer dessas hipóteses, de uma prevenção especial negativa ou de neutralização. De certo modo no outro extremo se situam aqueles que pretendem dar á prevenção individual a finalidade de alcançar a reforma interior (moral) do delinquente, uma suas autêntica metanoia – aquilo que bem poderia designar-se como emenda do criminoso, lograda através da sua adesão íntima aos valores que conformam a ordem jurídica. (...) Todas essas doutrinas se irmanam, todavia, no propósito de lograr a reinserção social, a ressocialização (ou talvez melhor, a inserção social, a socialização, porque pode tratar-se de alguém que foi desde sempre um dessocializado) do delinquente e merecem, nesta medida, que elas se considerem como doutrinas da prevenção especial positiva ou de socialização”.

¹⁴¹ BITENCOURT, op. cit., p. 97

¹⁴² ROXIN, op. cit., p. 85

¹⁴³ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I.

collectividade. E' a vida, e não o direito, que produz j interesse; mas só a protecção jurídica converte l interesse em bem jurídico.

Continua o penalista alemão: “O crime é pois simplesmente a offensa de um interesse juridicamente protegido, e todo interesse desta natureza pôde ser protegido pela lei penal”.

É importante frisar que Von Listz tenta conciliar as idéias das teorias absoluta e preventiva, afirmando-as não colidentes entre si.¹⁴⁴ O autor, contudo, não abandona a idéia de que a pena tem função preventiva e deve ser adequada ao *criminoso*, e não ao *crime* em si mesmo considerado.

¹⁴⁴ Afirma o penalista (LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I): “Segundo o nosso ponto de vista, a conciliação pôde ser tentada do seguinte modo. A justiça retribuidora exige que cada um sofra pelo que faz e que a pena seja medida conforme a gravidade da culpa. Cumpre pois entendermo-nos sobre o padrão, pelo qual se afere a gravidade do crime, idéa da justiça compensadora, à retribuição. O facto não compensado aflige; a pena é pois exigida como necessidade esthetica, mas, como à retribuição somente por amor da retribuição pertence á esphera da malevolencia, a pena precisa ainda de um motivo, e este é dado pelas) idéas ethicas do direito e da benevolência. Os defensores da justiça retribuidora encontram esse padrão no *facto concreto* sujeito á apreciação do juiz e determinam a gravidade do facto, antes de tudo, pelo valor que a ordem jurídica liga ao bem lesado. O homicídio é mais grave do que a offensa *physica*, o roubo mais grave do que o furto. É pois pelo *resultado* que se determina o valor da acção. Os defensores da idéa finalística, porém, encontram o padrão na intenção *delictuosa demonstrada pelo facto*. No julgamento do delinquente vão além do [facto individual que faz actualmente objecto da accusação, investigam-lhe o passado e d'elle tiram conclusões sobre o futuro. Releva notar: não se trata da intenção delictuosa em si, mas da intenção demonstrada por um crime certo e determinado. A imposição de pena é medida que tão profundamente offende a liberdade individual e tão immediatamente affecta o bem estar da collectividade que nunca a intenção só, isto é, a suspeita, mas sempre somente o facto, isto é, a realidade, pôde dar causa justificada á acção repressiva do Estado. Estas duas intuições não são entre si tão contrarias, como poderia parecer á primeira vista. Antes de tudo cumpre notar que os defensores da justiça retribuidora abandonaram desde muito o seu ponto de vista em duas importantes questões. Em todos os casos em que o direito vigente agrava a reincidencia, toma-se em consideração na graduação da pena não só o facto a julgar, senão também a sua historia, não só o resultado material, se não também e em primeiro logar a intenção delictuosa do agente. [...] O agente deve expiar conforme a sua *culpa*. Mas a gravidade da culpa não se determina, pelo menos em primeiro lugar, segundo o resultado material do facto, mas segundo o grau da revolta, que pelo facto se manifesta, da *vontade individual contra a ordem jurídica*. Os defensores da justiça retribuidora não podem regeitar pura e simplesmente esta tese. Ora, na culpabilidade jurídica dá-se uma distincção fundamental. A revolta da vontade individual contra o direito pôde ser uma reluctancia por principio, por estado, correspondente á natureza innata ou adquirida do delinquente, ou um desvio excepcional, eventual, episódico: *a luta de profissão contra a ordem jurídica e a aberração ocasional são os dois contrastes incisivos que se observam na culpa subjetiva*, e, já que determinam a gravidade do delicto, a elles devecorresponder, segundo as exigências da justiça, a gravidade da pena. Mas é este exactamente o mesmo resultado a que nos conduz (§ 14) a politica criminal dominada pela idéa finalística. Com profundar-se a idéa da culpa desaparece o antagonismo das duas intuições. O categórico imperativo da retribuição coincide com os respeitos de utilidade em que se inspira a politica.

Von Listz confere ao Direito à função de proteção de bens jurídicos, interesses socialmente relevantes e necessários para a vida social. Como consequência, a pena tem caráter finalístico e deve ser adequada ao tipo de criminoso.¹⁴⁵ Assevera o penalista:

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.

A pena destina-se, contudo, não somente ao próprio delinquente, mas aos demais cidadãos, “de intenções retas”, consoante as palavras de Von Listz. A estes, a pena “mostra, sob a forma mais expressiva, o valor que o Estado liga aos seus preceitos”.

Assim, segundo Von Listz, a pena, como resposta do Estado à infringência de bem penalmente relevante e, por esta mesma razão, protegido pelo Direito Penal – bem jurídico – tem finalidade preventiva e atua de diversas formas:

A execução actua 1.º sobre os membros da colectividade 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; 2.º igualmente sobre o offendido, a quem, além d'isto, proporciona a *satisfação* de que o attentado dirigido contra a sua pessoa não escapa á devida punição; 3.º e especialmente sobre o delinquente mesmo.

A pena deve adaptar-se às necessidades de política criminal, ou seja, deve sobressair uma ou outra de suas finalidades tendo em vista o caso concreto e o agente em si mesmo considerado. Nas palavras de Von Listz:

É sobretudo o effeito intencionado com relação ao delinquente que determina a natureza e a extensão da pena. A exigência da politica criminal cifra-se em que se

¹⁴⁵ Para Liszt (LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I), a pena deve ser adequada a personalidade do delinquente, e não ao fato objetivamente considerado. Listz contesta a doutrina de Lombroso, que tem como fundamento para a origem do crime causas eminentemente biológicas. Diz que o crime tem raízes sociológicas, tem origem no meio em que vive o agente. Não há, pois, um único tipo de criminoso, mas vários. A pena, portanto, deve se adaptar ás circunstâncias pessoais de cada um deles, e não ao fato em si mesmo. Afirma: “A politica criminal exige, em geral, que a pena, como meio, seja adequada ao fim (§ 12), isto é, seja determinada quanto ao género e á medida segundo a natureza do delinquente, a quem inflige um mal (lesa nos seus bens jurídicos—a vida, a liberdade, a honra e o p patrimonio) para impedir que no futuro elle commetta novos crimes. Nesta exigência encontra-se, de um lado, o seguro critério para a crítica do direito vigente, e, do outro lado, o ponto de partida para o desenvolvimento do programma da legislação futura”.

utilise a aptidão da pena a ser empregada como meio para fim tão completamente quanto fôr possível e que ella se adapte ás necessidades do caso concreto.

Importante ressaltar que na teoria relativa é evidenciado o carácter finalístico da pena; em princípio não se coloca como fundamental a equivalência entre o delito e a sanção penal. Assim, não haveria o próprio fato como limite à sanção, muito menos a aferição da culpa do agente. Não obstante a doutrina de Von Listz seja baseada na concepção finalística da pena, adverte o penalista sobre as conseqüências negativas em relação à ausência de limite da reprimenda penal, que tem o desiderato precípua de alcançar a finalidade preventiva:

Além do effeito da pena sobre o delinquente, cumpre ter em attenção os effeitos da pena em relação á collectividade. O exaggero da idéa da emenda é tão nocivo á consciencia jurídica do povo, quanto uma dureza destituída de toda consideração para com o delinquente de occasião ou uma brutal crueldade para com o incorrigível. A idéa finalística serve de limite e de protecção a si mesma: nunca ha de parecer conveniente levar o meio além do fim. Também o reconhecimento de que o crime tem as suas mais profundas raízes no meio social servirá de protecção contra os exaggeros da idéa finalística. A convicção da « culpa collectiva da] sociedade» refreará a acção repressiva do Estado; prevenir a pratica do crime parecerá cousa de maior monta e de maior valia, tanto para o individuo como para a sociedade, do que punir o crime commettido.

Levada ao extremo, a concepção da prevenção geral ultrapassa o minimamente aceitável em termos de preservação da dignidade da pessoa. Referenda o *terror estatal*, nas palavras de Roxin.¹⁴⁶ Neste contexto, o relato das execuções públicas feito por Michel Foucault¹⁴⁷ ilustra a crítica ora exposta:

O excesso de punição devia responder ao excesso do crime e devia prevalecer sobre ele. Havia, pois, necessariamente, um desequilíbrio no próprio ato de punição. Tinha de haver um algo mais do lado do castigo. Esse algo mais era o terror, era o carácter aterrorizante do castigo. [...] Enfim, nesse terror, deva haver a intimidação de todo crime futuro.

Percebe-se que o propósito de intimidação, ao expor publicamente a crueldade das penas corporais impostas aos condenados,¹⁴⁸ viola a dignidade do homem, transformando-o em coisa a serviço de um desiderato.

¹⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria Del delito*, p. 93.

¹⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Os anormais*, p. 103.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 105. O autor descreve os meios de suplício do condenado – “A *massola* consistia o seguinte: o condenado era preso ao pelourinho de olhos vendados. Em torno do cadafalso haviam sido dispostas

A teoria da prevenção especial também não atende aos parâmetros mínimos de respeito aos direitos humanos. Perceba-se que com a justificativa de *ressocializar o delinquente* tem-se a possibilidade de encarceramento perpétuo, pois sempre há a possibilidade de se sustentar que o apenado ainda não está *pronto* para a vida em sociedade, que ainda não foi *ressocializado*.

No mesmo diapasão, é inconteste que nem todos os condenados precisam ser *ressocializados*, tal como ocorre com as pessoas que praticaram um crime eventualmente, impelidas ou influenciadas por circunstâncias excepcionais que dificilmente voltarão a ocorrer. Para tais indivíduos, a pena seria inócua; logo, seguindo-se à risca a teoria, poderia ser dispensada. Esta conclusão também pode ser aplicada aos condenados considerados *incorrigíveis*. A pena, aqui, também não alcançaria sua finalidade.

Consequentemente, a pretensão de evitar a reincidência pode desvalar em via perigosa, de se investigar a perigosidade do cidadão, a fim de se perquirir se ainda apresenta *perigo* à sociedade, se pode voltar a cometer crimes. Com essa escusa também pode ser justificada e conferido ar de legalidade a prisão eterna do condenado. Com a sustentação de que o apenado pode voltar a praticar delitos, obtém-se o encarceramento, até que cesse (se um dia cessar) essa condição. Este argumento serviria, inclusive, como fundamento prévio para a restrição da liberdade individual dos condenados classificados como *incorrigíveis*. Pode, na mesma linha de raciocínio, fundamentar também a pena capital – considerando que o apenado não tem chances de *correção*, de voltar a viver em sociedade segundo as normas que esta estabelece, não restaria outra alternativa à defesa da sociedade senão a execução do apenado. Somente assim a pena atingiria seu desiderato.

estacas com ganchos de ferro. O confessor falava ao ouvido do penitente e, 'depois de far-lhe a benção, o executor, que tem uma maça de ferro, como essas que são utilizadas na escalda dos açougues, bate com ela com toda a sua força na têmpora do infeliz, que cai morto'. E é justamente depois da morte que o suplício começa." E, em seguida, conclui: "Porque, afinal de contas, não era tanto o castigo propriamente dito do culpado que se pretendia, não era tanto a expiação do crime, quanto a manifestação ritual do poder infinito de punir: era essa cerimônia do poder de punir, que se desenrolava a partir desse poder mesmo e no momento em que seu objeto havia desaparecido, deflagrando-se portanto contra um cadáver".

Roxin,¹⁴⁹ depois de evidenciar os méritos que entende possuir a teoria da prevenção especial, expõe com clareza os problemas que a teoria suscita.

Su defecto mais grave consiste probablemente em que, al contrario de la teoria de la retribución, no proporciona un baremo para la pena. Este consistiría, em atención a sus consecuencias, em retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. Esto debería conducir a la introducción de una condena com pena de duración indeterminada y también, em su caso, a que por un delito de poca importancia se pudiera aplicar una pena privativa de libertad de muchos años, em el supuesto de que como síntoma se presentase una profunda alteración de la personalidad.

Conclui o penalista alemão que tais intervenções estatais, permitidas pela teoria da prevenção especial, consistem em restrições da liberdade individual não referendadas pelo Estado Democrático de Direito.¹⁵⁰

Como visto, o entendimento da pena como meio de prevenção de crimes sofre severas críticas, como exposto. Destaque-se que encontra sério óbice ético a despersonalização do ser humano – na medida em que serve a um propósito definido, a pessoa não é tratada em sua plenitude, mas como coisa, a serviço de um ideal. A coisificação do homem lhe retira a dignidade e, conseqüentemente, não atende aos princípios do Estado de Direito.

A teoria relativa também confere ao Estado poder indiscriminado em relação à pessoa do infrator. E o Estado não raras vezes fez uso desse poder de forma exacerbada, lançando-se furiosamente contra o condenado com todos os meios que dispõe para alcançar o propósito almejado, sem atentar aos limites que o respeito à condição de pessoa reclama. As manifestações de poder do Estado – como o poder de, legitimamente, impor a violência da sanção penal – devem ser limitadas e qualquer teoria que justifique a

¹⁴⁹ ROXIN, op. cit., pp. 87-89: “En tanto la teoria preventivo especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy em primer plano, sus meritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien com el cometido del derecho penal, em cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; com ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta em el entrenamiento social y em un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución”.

¹⁵⁰ Ibid., p. 88.

sucumbência da pessoa frente ao poder desmesurado do Estado pode ser usada – e será, demonstra a história – a favor do arbítrio.

A medida da pena passa a ser aferida pela necessidade da prevenção, seja ela geral ou especial, e não pela culpabilidade do agente e pelo fato praticado. A culpa do apenado e o fato delituoso não são limites para a imposição da sanção penal, na medida e que esta visa apenas evitar novos crimes. Desta maneira, discrepâncias sérias podem ocorrer. Se razões de política criminal levam a conclusão no sentido de ser necessário uma exasperação da pena em razão do número elevado de crimes de pequena monta – com a finalidade de se prevenir generalizadamente esses pequenos delitos – ter-se-ia penas elevadas com a finalidade de coibir tais crimes. Por outro lado, algum crime de maior gravidade poderia não ter uma reprimenda alta, justamente por não ser necessária pena elevada para coibir o crime, de ocorrência rarefeita, ou, ainda, em razão da condição *ocasional* do apenado.

Não obstante tais considerações, os fundamentos teóricos da teoria da prevenção, seja ela geral ou especial, ainda são invocados para justificar razões de política criminal que pretendem combater a criminalidade crescente.

Várias situações podem ser elencadas quando se tem em vista somente a prevenção como finalidade da pena. A adoção da teoria relativa para justificar a imposição da pena não se sustenta sozinha. É preciso não olvidar que a pena, não obstante a finalidade buscada, tem como pressuposto e limite a culpa do agente. Esse preceito do Direito Penal moderno, que tem sua origem na teoria absoluta da pena, não deve sucumbir ante considerações de política criminal, que sempre são invocadas quando há aumento de criminalidade em determinado contexto social.

Nesta linha de raciocínio, Santiago Mir Puig¹⁵¹ expõe que as críticas expostas são procedentes se as teorias da pena forem entendidas em suas concepções extremas. No entanto, as objeções não procedem se a pena for considerada em suas várias facetas. Nos dizeres do penalista citado, “as críticas expostas a cada uma das posições extremas

¹⁵¹ SANTIAGO, Mir Puig. *Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito*, pp. 70-71

que podem ser adotadas ante a questão da função da pena [...] visam, principalmente, combater a exclusividade de cada uma destas concepções”. E em seguida, complementa: “entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um de um fenômeno complexo como a pena”.

No mesmo sentido, Roxin,¹⁵² que afirma que uma teoria mista que pretenda explicar a função da pena deve partir do entendimento – correto – de que nem a teoria da retribuição nem as teorias preventivas podem determinar sozinhas o fundamento e os limites da pena. Defende o autor uma concepção *dialética*, formada entre as teses retributivista e preventiva, onde os aspectos positivos de cada teoria seriam aproveitados, e os negativos, neutralizados, por meio de um sistema recíproco de complementação e restrição:

Por el contrario, la función de una teoría mixta o unificadora capaz de sostenerse en las condiciones de hoy en día consiste en anular, renunciando al pensamiento retributivo, los posicionamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos teóricos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción. Se puede hablar aquí de una teoría unificadora preventiva “dialéctica”, en cuanto a través de semejante procedimiento las teorías tradicionales, con sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis”.

Listz, como explicitado linhas acima, tentou conciliar as duas teorias, buscando limites para que a execução das penas não ultrapasse o necessário para que atinja seu desiderato – a prevenção geral e especial.

Conclui-se, pois, que não é cabível na moderna doutrina penal a aceitação de uma *teoria pura* acerca da finalidade da pena. Evoluiu a doutrina para a consolidação das teorias ecléticas. Embora cada uma destas dê ênfase maior a um ou outro aspecto da pena – retribuição, prevenção geral e prevenção especial –, e nisto reside a diferenciação uma das outras, elas tem em comum o fato de conciliar em uma só teoria as diferentes funções da reprimenda penal.

¹⁵² ROXIN, op. cit., pp 94-95.

Expostas as teorias que buscam a legitimação da pena, a função que a reprimenda penal deve possuir no ordenamento jurídico, faz-se mister ressaltar a teoria agnóstica da pena. Para tal corrente de pensamento, é prescindível qualquer consideração no âmbito jurídico sobre o *por que punir?* A razão da punição não deve ser levada em consideração na esfera jurídica. Não importa, pois, se a pena serve a fins de prevenção ou se é mera retribuição ao crime praticado.

A crítica às teorias legitimadoras parte do pressuposto de que as teorias legitimadoras da pena encerram discurso dissociado com a realidade e se prestam a corroborar a exclusão dos já marginalizados pelo sistema. Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar,¹⁵³ aduzem que as premissas das teorias legitimadoras da pena são fundadas em dados fáticos que não são verificáveis na realidade. Trata-se somente de discurso o que embasa as teorias legitimadoras, dissociado do mundo dos fatos e que visam tão somente manutenção de um estado de coisas.

Segundo os autores citados,¹⁵⁴ deve-se escolher entre o discurso legitimante, que proclama as funções da pena, não obstante a realização prática de tais funções não seja verificável realisticamente, e a constatação de que a pena não cumpre quaisquer das funções – declaradas – que lhe imputam (funções de retribuição ou de prevenção). A segunda opção redundaria em uma *teoria negativa ou agnóstica da pena e do poder punitivo*.

Neste contexto, o Direito Penal, no lugar de ocupar-se com as teorias que buscam a legitimação da pena, deveria se preocupar apenas com a aplicação da pena de modo a reduzir ao máximo os danos que a reprimenda penal ocasiona. O fundamento da pena (*por que punir?*) deve ser legado a teoria política, já que a pena consubstancia-se em

¹⁵³ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria do Direito Penal Brasileiro*, p. 71: “Baseado em falsos dados sobre fatos e relações sociais, as refutando qualquer correção dos mesmos por parte das ciências sociais, o saber jurídico-penal (direito penal) aceita a *naturalidade* da criminalização secundária. Por outro lado, com base na experiência obtida em alguns conflitos, ele generaliza o desempenho de uma função social positiva e racional da pena, sem submeter a extensão desse desempenho à verificação”.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 74.

manifestação do poder do Estado, que tem o monopólio da persecução penal. O Direito Penal, pois, sustenta discurso de poder que não exerce efetivamente.

Trata-se a pena de violência estatal e como tal o foco na esfera jurídica deveria estar na redução dos danos, de modo a realizar os direitos fundamentais de forma ótima. A pena é expressão concreta de poder do Estado e tem eminentemente feição política. A pena é uma realidade política. As teorias utilitaristas, que conferem à pena uma finalidade (como o tratamento ou qualquer outra), na verdade contribuem para violação dos direitos fundamentais.

Salo de Carvalho¹⁵⁵ defende que a negação das teorias da pena relegaria legitimação da reprimenda penal ao campo da política, já que se trata de expressão do poder estatal de punir. Ao Direito cabe, apenas, ditar os limites desse poder, reduzindo os danos e harmonizando a violência do Estado com os direitos fundamentais:

Negar as teorias da pena possibilitaria não apenas concentrar os esforços para minimizar os efeitos danosos produzidos pelos aparatos punitivos, mas igualmente eliminar do discurso penal seu viés declarado e (não cumprido), retomando sua natureza política. A pena, alheia a qualquer fundamentação jurídica e desapegada de qualquer fim nobre, retomaria ao campo da política, representando manifestação concreta de poder. Tal como a guerra (modelo sancionatório nas relações internacionais), a pena representaria resposta sancionatória extrema e cruel, isenta de quaisquer justificativas.

[...]

Entendida como realidade política, a pena não encontra sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico. Pena e guerra se sustentam, portanto, pela distribuição de violência e imposição incontrolada de dor. Não obstante seu caráter incontrolável, desmesurado, desproporcional e desregulado reivindica, no âmbito das sociedades democráticas, limite.

Assim, o direito penal e processual penal resultam ainda necessários como alternativas à política, apresentando-se como tecnologia de minimização da violência e do arbítrio punitivo.

Resta, portanto, ao Direito Penal, segundo a teoria negativa da pena, a função de garantia do cidadão contra a violência estatal consubstanciada na pena. Desta forma, os princípios penais expressos na Constituição Federal consistem em limite do poder político do Estado de punir e em garantia do indivíduo contra o exagero e a exacerbação da reprimenda

¹⁵⁵ CARVALHO, Salo. *Anti-manual de Criminologia*, pp. 137-138.

Neste contexto, importante mencionar o abolicionismo penal, que nega ao Estado o poder de punir, ao contrario das teorias legitimadoras, que partem do pressuposto da legitimidade do estado para definir e punir crimes e cominar penas como forma de controle social.

Paulo Queiróz¹⁵⁶ expõe que a teoria deslegitimadora do sistema penal parte do pressuposto de que o Direito Penal é um subsistema funcional de reprodução material ideológica do sistema global, ou seja, das relações de poder e da propriedade. A igualdade formal dos sujeitos de direito serve em realidade como instrumento de legitimação de profundas desigualdades materiais. O direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e isentar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos afeitos à elite. Todos os sistemas penais, quaisquer que sejam, apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que anulam o discurso jurídico-penal. Um sistema que somente reage em casos esporádicos se revela desnecessário, dele se podendo prescindir.

¹⁵⁶ QUEIRÓZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal.*

5 MEDIDA DE SEGURANÇA

5.1 DISCIPLINA LEGAL E FUNDAMENTO

As medidas de segurança destinam-se aos inimputáveis por *doença mental*, ou seja, àqueles indivíduos que praticaram algum fato típico e ilícito, mas se enquadram nas hipóteses do artigo 26 do Código Penal, de acordo com o sistema adotado pelo Direito Penal brasileiro.

O fundamento das medidas de segurança é a *periculosidade* do cidadão. O conceito de periculosidade consiste na probabilidade do inimputável, que já praticou fato definido na lei penal como crime, voltar a cometer outros fatos semelhantes.

Assim, por não terem capacidade de culpa, os inimputáveis são absolvidos. A periculosidade, no entanto, é presumida. Não obstante a absolvição, o agente é internado em HCT, para ser tratado.

A periculosidade, portanto, é presumida quando o cidadão inimputável pratica ato definido na lei penal como fato típico e ilícito. A regra é a internação, podendo o juiz, se o fato

definido como crime for punível com detenção, submeter o sujeito á medida de tratamento ambulatorial.

Note-se que prática de fato definido como delito faz presumir a periculosidade do agente, impondo a este, como regra, a medida da internação em hospital de custódia e tratamento. Neste momento, não cabe ao juiz a análise da perigosidade do cidadão, já que esta, como exposto, é presumida. Praticado o fato definido como crime, a periculosidade se presume e é imposta medida, que, em princípio, será a internação.

As medidas de segurança possuem, pois, fins terapêuticos, já que visam ao tratamento da pessoa perigosa. A perigosidade foi revelada com a prática do fato definido como crime e, conseqüentemente, é presumida. Não tem a finalidade de prevenção geral ou mesmo de retribuição. O desiderato do dispositivo legal em foco (artigo 97 do CP) é estabelecer um meio de defesa social (retirando da sociedade os indivíduos tidos como perigosos, como são considerados os inimputáveis que cometeram fato definido como crime) e de prevenção especial (tratamento do agente).

A prevalência da medida de internação em relação ao tratamento ambulatorial tem como escopo, além da defesa social, fins terapêuticos. Além de proteger á sociedade do risco que os inimputáveis que praticaram fato definido como delito representam para a ordem pública, a internação pretende tratar o doente mental.

A internação como medida preferencial ao inimputável está em descompasso com o processo de desinstitucionalização das pessoas que possuem transtornos mentais. A Lei 10.216/2001 – Lei da Reforma Psiquiátrica – dispõe sobre a internação como medida de exceção, quando esgotadas as possibilidades extra-hospitalares. Dispõe também que a internação psiquiátrica deve ser precedida por laudo médico que explicita seus motivos.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Não obstante as finalidades declaradas das medidas de segurança – prevenção especial e defesa social – não devem ser entendidas como meras medidas de cunho administrativo, em relação as quais não são aplicáveis as garantias próprias da pena.

Cumprir destacar a posição de Pierangeli e Zaffaroni, que afirmam que as medidas de segurança não têm natureza penal, mas administrativa, distinguindo-as, portanto, das penas: “Não se pode considerar ‘penal’ um tratamento médico e nem mesmo a custódia psiquiátrica. Sua natureza nada tem a ver com a pena, que desta se diferencia por seus objetivos e meios”.¹⁵⁸ Sem embargo, admitem: “A natureza materialmente administrativa dessas medidas não pode levar-nos a ignorar que, na prática, elas podem ser sentidas como penas, dada a gravíssima limitação à liberdade que implicam”.¹⁵⁹

Importante mencionar o entendimento de Régis Prado¹⁶⁰ ao discorrer sobre a natureza jurídica das medidas de segurança.

“Embora se insista em negar às medidas de segurança o caráter de sanção penal – sob o argumento de que tais medidas apresentam uma função administrativa de polícia, não pertencendo, pois, ao Direito Penal, mas sim ao Administrativo –, é assente o seu caráter especificamente penal”.

Roxin¹⁶¹ sustenta que os fins da pena e os fins das medidas de segurança não se diferenciam em essência, pois ambas perseguem finalidades preventivas. Distinguem-se, somente, em relação à *limitação*: as medidas de segurança não estão adstritas à culpabilidade do agente.

Defende o penalista citado, no entanto, que em certos casos, não obstante a existência de periculosidade, a medida de segurança não se imporá. Isso porque a aplicação de medida de segurança se adscrive ao *princípio da proporcionalidade*, ou seja, não é qualquer periculosidade que ensejará a imposição da medida, mas a periculosidade elevada, quando o agente ponha em risco bens jurídicos relevantes, que compensem a restrição

¹⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 855.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 124.

¹⁶⁰ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 624.

¹⁶¹ ROXIN Claus. *Derecho Penal: parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria Del delito*, p. 104-106.

da liberdade. Nas palavras do professor alemão, “los daños y peligros que partem del autor deben soportarse, a pesar del interés preventivo em evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que conllevaría la medida para el implicado”.

Importante destacar, contudo, que a disciplina legal conferida às medidas de segurança no Direito Penal brasileiro não autoriza ao juiz à análise do *grau* de periculosidade do agente inimputável, para se aferir se é necessária a imposição de uma medida de segurança. Como já ressaltado, uma vez praticado o fato definido como crime, a regra é a aplicação da medida de segurança de internação (exceção para os crimes apenados com detenção, em que o juiz pode aplicar o tratamento ambulatorial).

Basileu Garcia¹⁶² traça os diferenciais entre pena e medida de segurança, no que tange ao fundamento – culpabilidade e periculosidade, respectivamente –, esclarecendo que a pena é proporcional à gravidade do delito, o que não ocorre com a medida de segurança, que não leva em consideração o fato em si mesmo para sua aplicação (mas a periculosidade do sujeito momento da imposição da medida). Não obstante a distinção feita, adverte que a exteriorização tanto de uma como de outra é semelhante, pois ambas representam restrição da liberdade:

“Advirta-se, a esse respeito, que existe harmonia entre a externação prática das penas e a das medidas de segurança. Tanto aquelas como estas se endereçam às mesmas espécies de bens jurídicos. Quando se impõe uma pena, atinge-se o delinquente na sua liberdade ou no seu patrimônio. O mesmo acontece com a medida de segurança. Aí estão sumariados alguns dos pretendidos sinais distintivos, ficando também estabelecida a aproximação inegável entre umas e outras providências, através de importante aspecto: a identidade de natureza dos bens jurídicos atingidos pelas duas modalidades de combate ao delito”.

Frise-se que, no direito penal pátrio, o fato típico e ilícito praticado pelo agente inimputável é levado em consideração quando for apenado com detenção, exceção à regra da internação. Somente nesta hipótese o fato em si é considerado. Sendo punido com reclusão, o agente inimputável será internado em hospital de custódia e tratamento, uma vez que não permite a lei penal a análise do grau de periculosidade do cidadão, para determinar a internação ou não. A medida de segurança se impõe em face da presunção da periculosidade, que se manifestou com o crime.

¹⁶² GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, volume I, tomo II, pp. 241-242.

Afirma também a semelhança entre pena e medida de segurança Magalhães Noronha.¹⁶³ O penalista enfatiza que ambas representam reação contra o ataque ao bem jurídico e importam sanção de caráter aflagante: “Como a pena, é a medida de segurança sanção penal. Bem sabemos que esta concepção não é pacífica, mas ontologicamente, para nós, elas não apresentam distinção”. E em seguida complementa: “Pena e medida de segurança ainda se aproximam quando vemos que também nesta não falta o caráter aflagante que aquela apresenta, ao entrarem em jogo as detentivas”.

Jescheck¹⁶⁴ distingue as penas das medidas de segurança esclarecendo que as penas são a compensação de uma infração jurídica mediante a imposição de um mal que, adequado à gravidade do injusto e da culpabilidade, expressa uma reprobção pública do fato e, assim, se obtém a salvaguarda do direito. Já as medidas de segurança serviriam à proteção da coletividade e do próprio autor contra o perigo de reincidência pelo fato antijurídico que cometeu. Refirma o penalista em foco as finalidades das medidas de segurança: a defesa social e a prevenção especial.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, o objetivo das medidas de segurança seria o tratamento compulsório de autores inimputáveis de tipos de injusto, portadores de periculosidade criminal presumida, possibilitando, assim, intervenções na personalidade e fomentando a “segurança criminal de natureza estacionária ou ambulante”, esta última no interesse da sociedade, para evitar condutas anti-sociais.¹⁶⁵

No mesmo sentido manifesta-se Cerezo Mir:¹⁶⁶ “as medidas de segurança se aplicam aos delinqüentes perigosos, ou seja, aos delinqüentes que possuem uma maior ou menor probabilidade de voltar a delinqüir”. E em seguida complementa: “a pena ajustada à gravidade do delito pode não ser suficiente para fazer frente à perigosidade desses delinqüentes”.

¹⁶³ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, p. 302.

¹⁶⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*, p. 10-11.

¹⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*, p. 661.

¹⁶⁶ CERZEZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*, p. 54-55.

Jorge de Figueiredo Dias,¹⁶⁷ ao discorrer sobre o tema, assevera que a função ressocializadora das medidas de segurança não as justifica nem se confunde com seu fundamento, a periculosidade, que é a probabilidade do agente voltar a cometer fatos caracterizados como delitos: “O que a justifica e sempre e só a necessidade de prevenção da prática futura de factos ilícitos-típicos”.

Consentâneo com esse entendimento, Regis Prado¹⁶⁸ afirma:

“De primeiro, cabe frisar que se o fundamento das medidas de segurança reside na periculosidade do agente e seus fins são o da prevenção especial, tem-se que tal medida deverá ser proporcional à periculosidade do agente e à gravidade dos delitos que poderá praticar no futuro. Posto que as medidas de segurança visam a afastar lesão futura de bens jurídicos, resta claro que o fato já praticado não pode ter relevância para determinar a espécie ou a duração da medida”.

Consoante a disposição do artigo 97 do Código Penal pátrio, o fato praticado tem importância quando se cuida fato definido como delito punido com detenção, hipótese em que é dado ao juiz a possibilidade de submeter o agente inimputável a tratamento ambulatorial. Neste momento, não se fala em medida de segurança proporcional à periculosidade, pois qualquer que seja ela, alguma medida será imposta e, em princípio, será a internação. O que determina a exceção à internação é a natureza da pena privativa de liberdade cominada ao fato definido como delito pela lei penal.

As condições pessoais do sujeito, portanto, a vida pregressa, a família, o temperamento, a personalidade, as variantes do comportamento não importam para a imposição de medida de segurança,¹⁶⁹ não obstante sirvam como balizas, ainda que questionáveis, para a quantificação da pena imposta ao sujeito imputável. Para o inimputável, basta apenas o cometimento de fato definido como crime para a determinação da medida de segurança de internação, como regra.

¹⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral - tomo I*. pp. 88-89.

¹⁶⁸ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 630. Não obstante o penalista em questão defenda que as medidas de segurança devam ter prazo de duração indeterminado, devendo perdurar até quando persistir a periculosidade do sujeito, afirma que “não obstante, por razões de segurança jurídica, a lei deveria estabelecer um limite máximo, determinado em função da duração regular do tratamento cientificamente recomendado ao agente. Na sequência desse raciocínio, muito embora se transcorrido esse lapso temporal ainda persistisse o estado de periculosidade, nada obstará a liberação do internado, pois o poder de punir não pode se estender indefinidamente no tempo”.

¹⁶⁹ Essas circunstâncias são importantes quando se trata da desinternação, não no momento da internação, em que, como explicitado, a perigosidade é presumida e a regra é a internação do sujeito. Como visto, excepciona-se a internação se o crime for apenado com detenção.

Jescheck¹⁷⁰ adverte sobre essa disciplina das medidas de segurança,¹⁷¹ que deixa o indivíduo sujeito ao arbítrio estatal: os perigos das medidas de segurança provem da desvinculação do princípio da culpabilidade, de seus condicionamentos excessivamente amplos, da aproximação do cumprimento das medidas privativas de liberdade da pena carcerária, da insegurança dos prognósticos e da indeterminação de sua duração.

O inimputável é absolvido pelo fato que cometeu – não pratica crime. Não lhe cabe a pena, a reprimenda pela ilicitude perpetrada. Contudo, segundo o sistema penal pátrio, deve o juiz aplicar-lhe uma medida de segurança, por prazo indeterminado, já que a periculosidade é presumida.

As medidas de segurança, deste modo, sejam elas a internação ou o tratamento ambulatorial, são indeterminadas no tempo, possuindo, apenas, prazo mínimo. Regis Prado,¹⁷² a respeito, assevera que “o critério para fixação do mínimo exato de cumprimento da medida de segurança para cada caso varia de acordo com a maior ou menor periculosidade do agente, não mais estando relacionado [...] com a quantidade da pena privativa de liberdade cominada ao delito”.

Uma vez Internado, o indivíduo inimputável deve permanecer no hospital de custódia e tratamento até que seja submetido a perícia médica, que conclua pela cessação da periculosidade (parágrafo primeiro do artigo 97 do Código Penal).

Se for liberado – ou seja, se o laudo psiquiátrico indicar a cessão da periculosidade – o indivíduo submete-se por um ano a período de prova, o que equivale a dizer que se nesse prazo praticar *fato indicativo da persistência de sua periculosidade* a internação será restabelecida (parágrafo terceiro do artigo 97 do Código Penal brasileiro).

¹⁷⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*, p. 06.

¹⁷¹ Para Regis Prado, o princípio da legalidade em relação às medidas de segurança consiste na previsão legal da medida de segurança no momento em que o cidadão for considerado perigoso (PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 625).

¹⁷² *Ibid.*, p. 629.

Ressalta Cláudio Brandão¹⁷³ que o fato indicativo da persistência da periculosidade deve ser típico e ilícito:

Tal fato [indicativo da persistência da periculosidade], por óbvio, somente pode ser uma nova conduta que se encaixe na tipicidade de uma infração penal, já que a periculosidade – ou perigosidade – somente se verifica em face da probabilidade de violação de bens jurídicos, que são objeto de tutela dos tipos penais.

Destaque-se, finalmente, o parágrafo quarto do artigo 97 da lei citada: em qualquer fase do tratamento ambulatorial, o juiz pode determinar a internação do indivíduo, se a medida for necessária para fins curativos.

O sujeito inimputável internado deve se submeter ao exame de cessação de periculosidade periodicamente. Este exame, realizado por psiquiátrica pertencente ao quadro funcional do hospital de custódia e tratamento, é que irá afirmar se o cidadão, presumido perigoso, já fez cessar a periculosidade, estando apto ao convívio social.

O exame de cessação de periculosidade tem o desiderato de desvendar se o Estado conseguiu imprimir à internação o caráter terapêutico pretendido, ou seja, se o sujeito, então perigoso, tornou-se, com o tratamento dispensado, inócuo, não representando mais risco à sociedade. Com aval médico, pode voltar à situação de liberdade, esta, frise-se, condicional, pois se praticar fato indicativo de periculosidade, retorna ao hospital de custódia e tratamento, para lá permanecer, novamente por prazo indeterminado.

Pesquisa na Vara de Execuções Penais de Salvador identificou caso Interessante, que ilustra a situação: um paciente, internado no hospital de custódia e tratamento de Salvador, foi liberado e internado diversas vezes, o que mostra como a medida de segurança pode se prostrar de modo indeterminado no tempo, ainda que o sujeito tenha sido considerado não perigoso, depois de se submeter ao exame de cessação de periculosidade. A primeira internação ocorreu em 1991 e a última desinternação, até a data da pesquisa, foi em 2005. Submeteu-se a vários exames de cessação de periculosidade, quase todos concluindo pela cessação da perigosidade. Quando era posto

¹⁷³ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, p. 431.

em liberdade, este interno não seguia o tratamento, desobedecia as normas do salvo conduto, não se apresentava na data aprazada e era novamente internado. Transcrevo trecho da conclusão do último laudo elaborado, que data de 2005:

O Sr. [...] encontra-se internado neste hospital desde 1994, os períodos de liberdade tem sido curtos e as idéias são perseverantes, cada vez que consegue uma saída procura resolver seu 'problema físico', de forma inusitada, 'obrigando' a classe médica a fazer uma intervenção cirúrgica. Hoje me diz que não irá procurar os recursos em pessoa, mas procurará um advogado que o ajude. A situação clínica do periciando permanece inalterada, entretanto, percebe-se que o genitor já não o apóia nesta jornada, 'meu pai quer que eu deixe pra lá'. Há uma redução na periculosidade, indicamos sua liberdade e convívio social. Necessita manter tratamento psicoterápico e psiquiátrico de forma regular, situação pouco aceita por [...] até o momento. (grifos nossos)

O interno a que se refere o laudo acima era, na época que foi realizado o Censo Clínico e Psicossocial da População de Pacientes Internados no Hospital de Custódia e Tratamento em Psiquiatria do Estado da Bahia, em 2004, o único paciente que possuía curso superior completo.

Não obstante as penas privativas de liberdade e a medida de segurança de internação implicar restrição da liberdade individual, a aplicação e a execução das penas privativas de liberdade obedecem a critérios objetiváveis (artigo 68 do Código Penal brasileiro), e não à periculosidade do cidadão. Segundo Regis Prado,¹⁷⁴ “a pena é limitada pela gravidade do delito (injusto e culpabilidade), enquanto a medida de segurança, pela intensidade da periculosidade evidenciada pelo sujeito ativo e por sua persistência”.

O fundamento para imposição da medida de segurança é tão somente a prática de fato definido como crime. Se o sujeito for inimputável, a periculosidade é presumida. Nada mais é necessário para a imposição de uma medida de segurança, sendo, a principal delas, a internação.

O tipo de crime praticado pelo sujeito inimputável e a gravidade externada por este não é fator determinante para a aplicação da medida de segurança – o fato de ter praticado ilícito típico penal acarreta a presunção de periculosidade e a consequência legal é a

¹⁷⁴ PRADO, op. cit., p. 624.

imposição de uma medida de segurança, seja a internação (regra), seja o tratamento ambulatorial. A natureza da pena privativa de liberdade imposta ao crime, se reclusão ou detenção, pode determinar a aplicação de tratamento ambulatorial no lugar da internação, nos termos do artigo 97 do Código Penal, mas de qualquer forma, a periculosidade existe por presunção legal.

Depois de internado, interessa o grau de periculosidade do sujeito. Aqui, não importa primordialmente o crime ou a natureza da pena imposta a este. Não necessariamente, pois, o autor de um fato típico e ilícito de gravidade acentuada irá submeter-se a medida de segurança de longa duração. Do mesmo modo, o autor de fato pouco grave (até de menor potencial ofensivo) pode ser submetido à medida de segurança por longo período, se constada a persistência da perigosidade.¹⁷⁵

Observe-se, portanto, a disparidade de tratamento entre os inimputáveis e os imputáveis. Enquanto estes são julgados na medida de sua culpa e a pena é expressão do crime objetivamente considerado, os inimputáveis são presumidos perigosos, se praticarem qualquer fato definido como infração penal. Enquanto a medida das penas é a culpabilidade do indivíduo, o fundamento das medidas de segurança é a periculosidade do sujeito.

As medidas de segurança são de instrumentos de proteção social e de terapia individual, fundadas na periculosidade. Tem a pretensão de infligir tratamento curativo ao agente

¹⁷⁵ Esclarecedora a doutrina de Basileu Garcia: “Ao revés, no que concerne às medidas de segurança, não há indeclinável relação entre o delito e a maior ou menor intensidades 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 tremível e ter praticado infração insignificante. Nem por isso estará livre de medida de segurança das mais rigorosas, com restrição a um dos seus mais valiosos bens jurídicos – nomeadamente a liberdade” (GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, volume I, tomo II, p. 241).

Em sentido contrário, Jorge Jorge de Figueiredo Dias (*Direito Penal: parte geral – tomo I*, p 93), justificando o entendimento no ordenamento jurídico-penal português: “Depois, importa considerar que pressuposto da aplicação de uma medida de segurança não deve ser – logo por razões político-criminais óbvias, decorrentes as exigências da estadualidade de direito, directamente ligadas ao requisito da proporcionalidade como limite indispensável à aplicação de qualquer medida limitativa de direitos fundamentais – a prática de um qualquer facto ilícito-típico, mas só de um facto ilícito-típico grave”.

A proporcionalidade, aqui, é vista de duas maneiras: na primeira, entende-se que a medida de segurança deve ser proporcional à periculosidade do agente – a sanção não deve ultrapassar essa medida, que se relaciona com os interesses da defesa social. Na segunda, a proporcionalidade deve ser aferida em relação ao fato típico e ilícito praticado. Adota-se, neste trabalho, a primeira acepção.

inimputável, possibilitando a este o retorno ao convívio social sem abalar a ordem pública. O tratamento ressocializante conferido busca evitar que o sujeito pratique outros fatos definidos na lei penal como crimes.

Insta frisar que a periculosidade é presumida quando da prática do fato definido como infração penal. A regra, como exposto, é a internação do sujeito inimputável. Internado, o indivíduo fica à mercê de um laudo, chamado laudo de exame de cessação de periculosidade. Nesta análise, busca o médico psiquiatra antever a probabilidade de o sujeito voltar a praticar ilícito penal. Nisto consiste a perigosidade: a probabilidade de o cidadão voltar a cometer fato definido como crime.¹⁷⁶

Na medida em que as medidas de segurança fundam-se na periculosidade, são voltadas para o futuro; em contrapartida, as penas, que se fundam na culpabilidade, voltam-se ao passado.¹⁷⁷

Evidencia-se a impossibilidade da incumbência atribuída ao médico, pois nenhum método científico permite prever o comportamento. Ademais, as medidas de segurança, sobretudo a internação, não cumprem seu papel declarado: transformar condutas anti-sociais em condutas ajustadas.

Conclui-se que a finalidade declarada das medidas de segurança é eminentemente preventiva: evitar que o indivíduo volte a praticar outro fato típico e ilícito. Por esta razão fala-se em cessação de periculosidade. Todas as críticas tecidas à teoria da prevenção

¹⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*, p. 653-655.

¹⁷⁷ Basileu Garcia também expõe com clareza essa circunstância: “As penas encaram o passado. As medidas de segurança voltam-se para o futuro. As penas alicerçam-se no fato de autoria e responsabilidade do delinquente, fato já consumado. As medidas de segurança têm em mira os males que ele poderá ainda perpetrar, os delitos decorrem do seu estado perigoso, que necessita ser obviado” (GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, volume I, tomo II, p. 245). Roxin (*Derecho Penal: parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito*, p. 106) afirma que a assertiva parte da visão da teoria da retribuição, para a qual as penas se distinguem das medidas de segurança tanto em relação à finalidade quanto à limitação, pois a pena também se volta ao futuro, na medida em que tem também fins preventivos. No entanto, o sentido da assertiva do texto é em relação ao fundamento das penas e medidas de segurança, culpabilidade e periculosidade, respectivamente. O limite da pena é dado pelo fato cometido e pela culpabilidade do agente. À medida de segurança, por outro lado, importa a probabilidade de o sujeito voltar a cometer crimes.

especial cabem aqui, pois as medidas de segurança dirigem-se ao próprio agente inimputável.

A medida de segurança tem este fim declarado: fazer cessar a perigosidade do cidadão, para que ele não pratique outros atos anti-sociais – não necessariamente fatos tipificados na lei penal – e possa retornar à vida em sociedade. Os mesmos argumentos usados para sustentar a teoria da prevenção especial são utilizados para fundamentar a aplicação e manutenção da medida de segurança.¹⁷⁸

A esse respeito, assevera Roxin:¹⁷⁹ “En fin de las medidas de seguridad es, por tanto, de tipo preventivo. Dentro del mismo, su cometido primario es em todo caso preventivo especial porque, con la ayuda de la medida de seguridad, se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por ella”.

Consequência lógica da idéia de tratamento, que é intrínseca ao pressuposto das medidas de segurança, a periculosidade, é a indeterminação da duração da medida imposta ao cidadão. Ora, se se trata de tratamento, não se pode dizer, antecipadamente, a quantidade de tempo que irá durar. Somente no curso da medida é que se poderá

¹⁷⁸ Em sentido contrário, Magalhães Noronha, para quem as medidas de segurança também tem função de prevenção geral (NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, p. 303).

¹⁷⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito*, p. 104. O penalista alemão sustenta que as medidas de segurança também podem possuir efeito intimidatório sobre a comunidade, o que remete à prevenção geral. No entanto, ao se referir a este efeito, preventivo geral, fala especificamente de certos tipos de medida de segurança, como a proibição de conduzir, que não são previstas no ordenamento brasileiro. Quando Roxin discorre sobre a medida de internação, ressalta o caráter preventivo especial da medida: “Así, el internamiento preventivo o de seguridad manifiesta exclusivamente el componente asegurativo de la prevención especial, mientras que em el caso de hospitales psiquiátricos se colocan ciertamente al mismo nivel los fines de aseguramiento y resocialización”.

Jorge de Figueiredo Dias (*Direito Penal: parte geral - tomo I*, pp. 92-93) entende que a prevenção geral, no reflexo que tem sobre a sociedade em relação à aptidão para afastar as pessoas do cometimento de crime, também se configura finalidade das medidas de segurança, embora não se caracterize como sua função principal, mas secundária. Esse *efeito intimidatório*, característica da função da prevenção geral no aspecto negativo, não teria qualquer autonomia no âmbito da medida de segurança, “porque o homem normal não tende a tomar como exemplo o comportamento do inimputável”. De outro lado, defende o penalista que a função preventivo geral positiva (afirmação dos valores) está presente “de forma autônoma e não apenas da forma reflexa e dependente”, ainda quando se fala da medida de internação.

afirmar se o sujeito já se encontra apto à vida social, se já cessou a periculosidade existente à época da imposição da medida. Neste sentido a doutrina de Gracia Martín:¹⁸⁰

Por otro lado, dado que la medida se orienta a eliminar la peligrosidad del sujeto, mientras ésta permanezca subsistirá también el peligro de comisión de delitos y, por lo tanto, la necesidad de la medida. Y dado, finalmente, que la peligrosidad no es un hecho, sino un estado del sujeto que perdurará un tiempo mayor o menor, sin que pueda conocerse de antemano cuándo podrá cesar dicho estado, la duración de la medida y, por ello, la sentencia que se imponga, tienen que ser, em principio, indeterminadas, aunque sometidas desde luego a un control periódico y a revisión.

Regis Prado¹⁸¹ contesta o entendimento de que o limite das medidas de segurança deve ser informado pela quantidade da pena cominada, pois a perigosidade do cidadão não se relaciona, necessariamente, com a gravidade do crime. Sustenta que para se determinar o tempo máximo de duração das medidas de segurança, (que entende ser necessário, pois a punição não pode ser eterna, é preciso aferir o tempo médio de tratamento indicado pelo especialista para tratar o sujeito

O entendimento acerca da legalidade da aferição da periculosidade para fazer cessar a medida de segurança imposta, bem como da legalidade da presunção de periculosidade está consolidada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁸² e do Supremo Tribunal Federal.¹⁸³

¹⁸⁰ MARTÍN, Luis Gracia. Direito Penal Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Cerezo Mir. In: PRADO, Luiz Regis (coord). *Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social em el derecho español*, p. 58.

¹⁸¹ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 630.

¹⁸² Transcrevo os seguintes julgados, que ilustram bem a confiança cega nos laudos psiquiátricos de cessação de periculosidade. Note-se que não há a informação de como se chega à constatação da periculosidade, mas somente que ela é que determina a duração – indeterminada – das medidas de segurança (limitadas, segundo jurisprudência do Supremo, ao limite de trinta anos, tempo máximo que a pessoa pode permanecer encarcerada no sistema penal brasileiro, e ao máximo da pena abstratamente considerada, segundo entendimento do STJ). O entendimento do STJ é pacífico em relação ao tema. Na pesquisa realizada, não se encontrou qualquer julgado no âmbito deste Tribunal que destoasse do entendimento segundo o qual a manutenção da medida de segurança deve ficar condicionada à cessação de periculosidade do sujeito: “PENAL. RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA. INOCORRÊNCIA. PERSISTÊNCIA DA PERICULOSIDADE DO AGENTE. I - A medida de segurança prevista no Estatuto Repressivo possui prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade do agente. Via inversa, a desinternação ou liberação serão condicionadas à não ocorrência, no decurso de um ano, de prática de fato indicativo de persistência de periculosidade, nos termos do art. 97, § 3º, do Código Penal (Precedentes). II - Na hipótese, não foi constatada a cessação da periculosidade do agente, o que constitui motivo bastante para a continuidade da medida aplicada. Recurso Especial provido para afastar o reconhecimento da prescrição da pretensão

A ideia de que é atribuição da justiça penal o tratamento dos inimputáveis também está presente nos julgados dos Tribunais Superiores. Depreende-se claramente da jurisprudência do STF a respeito do tema a finalidade terapêutica da medida de segurança e a crença de que o sistema penal está habilitado ao tratamento eficaz dessas pessoas. Note-se que são tão evidenciados os fins curativos da medida que se chega a declarar extinta a medida de segurança e determinar a transferência do inimputável a hospital psiquiátrico *próprio*, por não ter sido cessada a periculosidade.¹⁸⁴ Ou se indica a *progressão do regime*, determinando a imposição de tratamento que não a internação, por permitir a providência a periculosidade do paciente.¹⁸⁵

punitiva estatal (REsp 1125174 / RS RECURSO ESPECIAL 2009/0130026-2 Relator Ministro FELIX FISCHER Data do Julgamento 23/02/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 03/05/2010)".

¹⁸³ O entendimento do STF também é no mesmo sentido. A periculosidade é aceita como critério norteador para a internação em medida de segurança. Não se faz qualquer ressalva ao caráter impreciso do conceito, ao revés, deposita-se crédito irrestrito aos laudos psiquiátricos: "AÇÃO PENAL. Réu inimputável. Imposição de medida de segurança. Prazo indeterminado. Cumprimento que dura há vinte e sete anos. Prescrição. Não ocorrência. Precedente. Caso, porém, de desinternação progressiva. Melhora do quadro psiquiátrico do paciente. HC concedido, em parte, para esse fim, com observação sobre indulto. 1. A prescrição de medida de segurança deve calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se-lhe o prazo com o início do seu cumprimento. 2. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. 3. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação. HC 97621 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 02/06/2009".

¹⁸⁴ "PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA MEDIDA, TODAVIA, NOS TERMOS DO ART. 75 DO CP. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/01. WRIT CONCEDIDO EM PARTE. I - Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal). II - Esta Corte, todavia, já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Precedente. III - Laudo psicológico que, no entanto, reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio. IV - Ordem concedida em parte para extinguir a medida de segurança, determinando-se a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/01, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente. HC 98360 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 04/08/2009".

¹⁸⁵ "EMENTA: AÇÃO PENAL. Execução. Condenação a pena de reclusão, em regime aberto. Semi-imputabilidade. Medida de segurança. Internação. Alteração para tratamento ambulatorial. Possibilidade. Recomendação do laudo médico. Inteligência do art. 26, caput e § 1º do Código Penal. Necessidade de consideração do propósito terapêutico da medida no contexto da reforma psiquiátrica. Ordem concedida. Em casos excepcionais, admite-se a substituição da internação por medida de tratamento ambulatorial quando a pena estabelecida para o tipo é a reclusão, notadamente quando manifesta a desnecessidade da internação. HC 85401 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator: Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 04/12/2009".

Revelador, aqui, o uso da expressão hospital psiquiátrico *próprio*. Admite-se, pela via transversa, que os hospitais de custódia e tratamento não são idôneos a finalidade a que de declaram, de tratar o paciente, tornando-o um ser capaz de conviver em sociedade.

Em sentido contrário se manifesta Foucault,¹⁸⁶ que, analisando o dispositivo do código penal francês de 1810 (artigo 64),¹⁸⁷ que diz que não há crime nem delito se o indivíduo estiver em estado de demência no momento do delito, conclui:

O exame [de sanidade mental] deve permitir, em todo caso deveria permitir, estabelecer a demarcação: uma demarcação dicotômica entre doença e responsabilidade, entre causalidade patológica e liberdade do sujeito jurídico, entre terapêutica e punição, entre medicina e penalidade, entre hospital e prisão. É necessário optar, porque a loucura apaga o crime, a loucura não pode ser o lugar do crime e, inversamente, o crime não pode ser, em si, um ato que se arraiga na loucura. Princípio da porta giratória: quando o patológico entra em cena, a criminalidade, nos termos da lei, deve desaparecer. A instituição médica, em caso de loucura, deve tomar o lugar da instituição judiciária. A justiça não pode ter competência sobre o louco, ou melhor, a loucura [*rectius*: justiça] tem de se declarar incompetente quanto ao louco, a partir do momento em que o reconhecer como louco: princípio da soltura, no sentido jurídico do termo.

O tempo de internação revelado por muitos julgados infirma, contudo, o discurso do tratamento. Seria de se esperar que uma pessoa internada por trinta anos seja minimamente reabilitada – afinal, essa a função declarada dos hospitais de custódia e tratamento. Por todo tempo está sob a custódia do Estado.

A própria manutenção de períodos tão longos de internação, contudo, desacredita a finalidade terapêutica da medida. A função declarada não passa de mero discurso – em realidade, ditos hospitais são centros de encarceramento, onde a finalidade real é unicamente retirar da sociedade os sujeitos que apresentem algum risco de por em desordem a frágil *ordem social*.

Interessante trabalho foi desenvolvido na Colônia Juliano Moreira, situada no Rio de Janeiro, destinada a doentes mentais, não necessariamente que tenham praticado algum ato ilícito. O trabalho foi realizado por Maurício Lougon,¹⁸⁸ psiquiatra, que colheu

¹⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, P. 39-40.

¹⁸⁷ No Brasil, o dispositivo correspondente seria o artigo 26 do código penal.

¹⁸⁸ LOUGON, Maurício. *Psiquiatria Institucional: do hospício à reforma psiquiátrica*, p. 107.

depoimentos dos atores envolvidos no universo da institucionalização psiquiátrica, concluindo que o hospital, que pretendia ser de tratamento, era, em realidade, “um lugar de marginalização, para onde a sociedade envia pessoas, muito mais por julgá-las indesejáveis segregando-as para fora de seu convívio, do que para tratá-las, recuperando-as para o retorno á sociedade de onde vieram”.

A internação sistemática, sobretudo de pessoas social e economicamente excluídas, atesta a incapacidade do Estado em estabelecer políticas públicas para lidar com seus doentes psiquiátricos. É importante salientar que não se afirma que o *doente mental* não precisa de tratamento adequado – evidentemente necessita de acompanhamento médico e psiquiátrico. Esse tratamento deve ser determinado pela instância própria, sem qualquer ingerência da justiça penal.

A determinação de internação psiquiátrica deve ser avaliada pelo médico especialista, e não pelo juiz. O psiquiatra deve estar a serviço do paciente, buscar o melhor tratamento dentre as alternativas viáveis ou o tratamento necessário para o caso, sempre tendo em mente a pessoa a ser cuidada. O laudo emitido pelo médico nas circunstâncias de internamento em hospital de custódia e tratamento não se presta a avaliação do sujeito, pois tem em vista apenas a periculosidade, a possibilidade da prática de novos crimes. O médico, aqui, tem em vista a *defesa da sociedade*. Não está a serviço do paciente, mas do Estado.

A necessidade ou não de internação deve ser aferida por psiquiatra estranho ao sistema penal, dentro de tratamento personalizado, adequado às reais necessidades do indivíduo. Não se discute, aqui, a necessidade de conhecimento técnico para lidar com essa categoria de pessoas, os doentes psiquiátricos, mas o (mau) uso desse conhecimento para respaldar medida atentatória à dignidade da pessoa, como o é a medida de segurança nos moldes que é executada.

Pesquisa na Vara de Execuções Penais de Salvador possibilitou estudo de diversos casos de pessoas internadas por longos períodos, com o fundamento de que eram perigosas para serem liberadas. E permaneceram encarceradas, sem qualquer possibilidade de real

tratamento e de inclusão social, à falta de qualquer política pública que lhes permitisse interagir socialmente, sem embargo da doença psiquiátrica que possuem.

Laudo de exame de cessação de periculosidade realizado em interno do Hospital de Custódia e Tratamento de Salvador expôs a seguinte conclusão, que ilustra a omissão do Estado neste particular, que transforma o sujeito em vítima de sua própria condição:

(nome) tem condições e indicação para retomar o convívio sócio-familiar e reingressar na busca do resgate da sua cidadania e dignidade humana, seriamente prejudicadas por uma patologia não diagnosticada a tempo e promotora de uma ação delituosa que culminou com a reclusão e o isolamento social de que é ele é, atualmente, a vítima.

A indeterminação do período da internação acarreta, não raro, segregação por tempo minimamente aceitável. Não são incomuns internações que perdurem por mais de dez anos, em razão de prática de fatos típicos, inclusive de pequena monta. Os exemplos são muitos e podem ser encontrados na jurisprudência do STJ,¹⁸⁹ que determina a extinção da medida de segurança, com a consequente desinternação, em razão do extrapolamento do tempo de trinta anos, do máximo da pena abstratamente cominada ou em face da ocorrência da prescrição.¹⁹⁰

¹⁸⁹ PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PACIENTE INIMPUTÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO HÁ MAIS DE 40 ANOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. NÃO-OCORRÊNCIA. TEMPO DE CUMPRIMENTO DA MEDIDA REGULADO PELO MÁXIMO DA PENA ABSTRATAMENTE COMINADA AO DELITO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. "A medida de segurança se insere no gênero sanção penal, do qual figura como espécie, ao lado da pena. Por tal razão, o Código Penal não necessita dispor especificamente sobre a prescrição no caso de aplicação exclusiva de medida de segurança ao acusado inimputável, aplicando-se, assim, nestes casos, a regra inserta no art. 109, do Código Penal" (HC 41.744/SP). 2. Somente haverá prescrição da pretensão executória se, entre o trânsito em julgado (para a acusação) da sentença absolutória imprópria e o início de cumprimento da medida de segurança, transcorrer prazo superior ao tempo previsto no art. 109 do CP, considerada a pena máxima cominada ao crime praticado. 3. O tempo de cumprimento da medida de segurança não poderá superar a data do reconhecimento do fim da periculosidade do agente, bem como, independentemente da cessação da periculosidade, não poderá ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao crime praticado nem poderá ser superior a 30 anos. Precedente do STJ. 5. Recurso parcialmente provido para reconhecer a não-ocorrência da prescrição da pretensão executória, declarando-se, porém, o término do cumprimento da medida de segurança (REsp 1103071 / RS RECURSO ESPECIAL 2008/0247227-0 Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA Data do Julgamento 02/03/2010)". Data da Publicação/Fonte DJe 29/03/2010).

¹⁹⁰ Neste particular, tem-se uma situação paradoxal: ao mesmo tempo em que se afirma que a medida de segurança é espécie de sanção penal – por isso aplicável o instituto da prescrição –, se assevera também que se trata de medida com fins terapêuticos.

Pesquisa de campo, realizada na Vara de Execuções Penais de Salvador, identificou pessoas encarceradas por longo período, cuja análise de desinternação sequer mencionava mais a periculosidade, mas a impossibilidade concreta de se por na rua essas pessoas, inteiramente desassistidas ao longo de sua vida, segregadas para todo o sempre, em razão de possuírem uma diferença em relação aos demais indivíduos, considerados *normais*.

Os critérios de determinação da pena não são vagos e imprecisos. O fundamento da pena, a culpabilidade, impõe um limite para a execução das penas, limite esse inexistente em relação às medidas de segurança. O fundamento das medidas de segurança é a periculosidade e, com este argumento, são justificadas as incursões na liberdade individual do sujeito. Não existe justificativa plausível para o tratamento diferenciado da mesma situação jurídica: restrição da liberdade individual em razão do cometimento de crime, em relação aos imputáveis, e de fato típico e ilícito, em relação àqueles que não possuem capacidade de culpa.

A esse respeito, diz Basileu Garcia,¹⁹¹ que “a despeito da diminuta valia dos critérios teóricos de diferenciação, o empirismo legislativo outorga às medidas de segurança uma regulação especial, que reclama atenção. Nela se entrevêem derrogações das normas instituídas para as penas”.

O sistema diferenciado das medidas de segurança faz com que estas tenham disciplina mais rígida que a das penas e impliquem intervenção do Estado mais grave na esfera individual do cidadão. O indivíduo submetido à medida de segurança não tem direito às medidas despenalizadoras previstas na Lei 9099/95, não tem direito à suspensão condicional da pena, ao livramento condicional, à progressão de regime, à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Some-se ao princípio da certeza e determinação das penas, o que não ocorre quando a pessoa é declarada inimputável e internada em hospital de custódia e tratamento.

¹⁹¹ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, volume I, tomo II, p. 244.

As implicações da disciplina legal conferida ao inimputável é um contra-senso: justamente a quem não pode responder por crime, em razão da ausência entendimento ou de autodeterminação, é reservada sanção mais rígida.

O próprio limite e fundamento das penas – a culpabilidade – implica *vantagem* à pessoa. O poder de punir do Estado não pode exacerbar essa fronteira, do evento praticado pelo agente e da reprovabilidade da conduta, para imprimir maior gravidade á reprimenda penal. Não cabem considerações sobre a periculosidade – na acepção empregada em relação às medidas de segurança – nem acerca de atributos pessoais do autor, de impossível refutação.

A internação, medida de segurança mais grave, segrega o indivíduo, afastando-o do convívio social. Trata-se de restrição da liberdade individual, tal como a pena de prisão. Os hospitais de custódia e tratamento são em realidade cárceres, onde se amontoam pessoas *alienadas*, que deveriam estar recebendo tratamento adequado para o transtorno psiquiátrico que possuem. Ao revés, estão trancadas nessas prisões, para supostamente proteger a sociedade.

Nem se diga que a função de tais *hospitais* não está sendo alcançada por falta de condições reais para que o objetivo seja alcançado. A impossibilidade de se obter qualquer êxito de tratamento e *cura* dos *alienados mentais* diz respeito à própria natureza do encarceramento. Não se obtém tratamento médico com a espada da justiça criminal sobre a cabeça. Os psiquiatras não estão a serviço do *paciente*, mas do Estado, que busca, com a segregação do indivíduo, coibir condutas indesejáveis.

Neste contexto, é importante destacar a identificação que o senso comum estabelece entre *doença mental* e *criminalidade*. O medo do transtorno mental decorrente do desconhecimento da possibilidade de tratamento e de inclusão social faz com que estejam relacionadas as ideias de perigo e de doença mental.

Cuida-se em realidade de forma de controle social. Indica a falência do Estado em promover a inclusão de pessoas que tenham algum tipo de diferença. Tais indivíduos são

simplesmente retirados da sociedade e, escondidos atrás dos muros dos ditos hospitais de custódia, são esquecidos, são como não existissem.

É importante a menção da história de uma interna do Hospital de Custódia e Tratamento, submetida a *tratamento* desde 1971, quando foi internada. A análise dos laudos de exame de cessação de periculosidade elaborados ao longo dos mais de 35 anos que permanece internada retrata bem a situação ora exposta.

Laudos datados de 1983:

(...) Apresenta-se ainda muito psicótica com delírio persecutório estruturado que não remitiu durante todo esse longo período de tratamento e que significa um prognóstico ruim tanto do ponto de vista psiquiátrico como social já que cometeu crime em decorrência do quadro delirante e por este ainda persistir é fator de periculosidade. Por outro lado, observa-se que a paciente não conta com o apoio familiar pois não tem nenhum contato com a família e que dificulta também sua volta ao convívio social. Portanto, a pericianda sem apresentar melhoras condições psíquicas para manter na sociedade sem contar com o apoio familiar que são elementos básicos para sua reintegração social, concluímos que, do ponto de vista médico-legal, a pericianda ainda não apresenta condições para retornar ao convívio social.

Laudos datados de 1985:

(...) Mas mantém-se psicótica no decorrer desses anos. O delírio persecutório estruturado não remitiu apesar do uso continuado de medicamentos anti-psicóticos. Também do ponto de vista sócio-familiar a situação não mudou. Não tem apoio familiar e não tem condições psíquicas para sozinha retornar ao convívio social. Como também não apresenta atitudes agressivas acreditamos que possa ser transferida para um hospital para crônicos.

Laudos datados de 1986:

(...) A estrutura delirante da paciente tem permanecido a mesma no decorrer dos anos. Apesar do uso constante de anti-psicóticos. Não apresenta comportamento agressivo e nos últimos tempos vem se mostrando desejosa de retornar ao convívio sócio-familiar. Mas do ponto de vista sócio-familiar não houve qualquer mudança e seu quadro mental não permitiria a ré-inserção no mercado de trabalho para permitir-lhe viver sozinha. Nos vemos premidos a opinar pela permanência neste Manicômio Judiciário, salvo melhor juízo.

Laudos datados de 1997:

(...) Trata-se de paciente portadora de doença mental de caráter processual. Mantém a estrutura delirante, apesar do uso constante de psicofármacos mas não apresenta comportamento agressivo. Estando portanto em condições de retorno ao seio familiar, porém as tentativas de reencontrar os seus familiares foram sempre infrutíferas e o que vemos é que não houve mudança na situação mental da paciente e nem mudança social. Portanto após 21 anos internada nesta instituição, não existe previsibilidade possível para sua alta.

Laudos datados de 2001:

(...) Trata-se de paciente com quadro delirante alucinatório crônico, além do quadro psiquiátrico apresenta também quadro de hipertensão arterial e diabetes. Temos portanto um agravamento de seu quadro somato-psíquico e sem qualquer mudança na situação social. São 29 anos nesta instituição e é improvável uma mudança favorável.

Laudos datados de 2006:

(...) Trata-se de uma interna, com história de institucionalização nos últimos 34 anos, apresentando quadro de esquizofrenia residual, sem referência de familiares ou vínculos extra-hospitalar, hoje, relata fatos da sua vida de forma fragmentada, necessita de cuidados no dia a dia, além de assistência psiquiátrica ambulatorial. Apresenta perfil para ser transferida para uma residência terapêutica, dentro do programa da reforma psiquiátrica brasileira.

É uma contradição em termos pretender a modificar o comportamento do sujeito, de modo a possibilitar a convivência em sociedade – função declarada das medidas de segurança –, segregando-o do convívio social. Ou (re) estabelecer vínculos afetivos e sociais isolando o cidadão em casa de custódia, rompendo os frágeis laços, se existentes. Nas palavras de César Bitencourt,¹⁹² “é impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não-liberdade”.

Maurício Lougon¹⁹³ discorre sobre a instituição psiquiátrica:

Apesar de consideráveis diferenças entre si, estas reflexões, surgidas no interior da própria psiquiatria ou no meio das ciências sociais, têm em comum a crítica aos efeitos prejudiciais acarretados pela permanência prolongada em estabelecimentos psiquiátricos. Os pontos fundamentais dessas críticas ao modelo assistencial baseado na hospitalização podem ser assim sumarizados: o caráter segregador que conduz ao isolamento; dependência crescente e consequências da 'síndrome do hospitalismo'; agravamento ou cronificação da doença pelo

¹⁹² BITENCOURT, Cezar. *Teoria geral do delito*. p. 111.

¹⁹³ LOUGON, Maurício. *Psiquiatria Institucional: do hospício à reforma psiquiátrica*, p.84.

hospital; características desumanizantes, despersonalizantes da instituição e o estigma gerado pela estadia no hospital psiquiátrico.

O que se constata, em realidade, é a manutenção da internação de pessoas sem condições financeiras de arcar com os custos de um tratamento adequado. Outras vezes, o Hospital de Custódia e Tratamento é a única *casa* que tem a pessoa. Não é desinternado simplesmente porque não tem para onde ir, ou família que o cuide.¹⁹⁴ De todo modo, a questão foge para o aspecto social e econômico.

Transcrevo a conclusão de laudo de exame de cessação de periculosidade estudado durante a pesquisa, que bem ilustra a situação exposta: “[...] Se considerarmos as funções psíquicas em si, há estabilidade e/ou compensação das mesmas que permitiria a retomada do convívio social familiar, não fosse a perda dos vínculos familiares, um fato que torna inviável tal projeto”. Este caso específico é de um internado havia 16 anos (da data da internação, em 1989 até a data da realização do exame mencionado, em 2006). O paradoxal é que períodos longos de internamento contribuem ainda mais para o desfazimento dos laços familiares e afetivos, considerados imprescindíveis para a soltura do interno.

Esta circunstância foi exposta em outro laudo, em relação a cidadão internado havia 21 anos: “[...] e a prorrogação do retorno ao convívio social, apenas fez distanciar uma possibilidade de melhora da qualidade de vida. Sugerimos encaminhamento a comarca, sugerindo participação da equipe de saúde do município no sentido de conseguir uma solução, para moradia, um lar protegido, onde possa usufruir de um benefício do INSS a que faz jus e ter assistência médica psiquiátrica ambulatorial”. Outros três exames de

¹⁹⁴ O relato de um funcionário do HCT ilustra a situação de muitos internos, que, infelizmente, não é rara “há pacientes que depois de liberados não são aceitos pelos familiares porque a instituição nada faz para socializá-los e os mesmos ficam perdidos, abandonados. Há pacientes que desejam voltar para o HCT/BA em função da alimentação que eles não tem lá fora, a exemplo de Régis, um ex-paciente que permanece na porta do hospital para poder se alimentar na hora de cada refeição diária” (Relatório final do censo clínico e psicossocial da população de pacientes internados no Hospital de Custódia e Tratamento em psiquiatria do Estado da Bahia, realizado pelo Ministério da Saúde, Ministério da Justiça, Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, Secretaria da Justiça e Direitos Humanos e Universidade Federal da Bahia).

cessação de periculosidade foram realizados. Todos eles mencionaram a ausência de estrutura familiar como óbice à desinternação.¹⁹⁵

É importante ressaltar que é dada importância ímpar a existência de estrutura familiar que acolha o doente mental. Sem o apoio familiar o médico psiquiatra não recomenda a desinternação, fazendo expressa menção a esta circunstância. De outro lado, possuir o internado família é condição determinante para a desinternação.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Transcrevo trechos dos laudos elaborados em razão do exame feito, no caso citado: primeiro exame realizado, laudo com data de 1985: “A remissão completa dos sintomas é uma possibilidade muito remota, a relativa melhora alcançada se deu graças a utilização maciça de medicação neuroléptica em megadosagem e se mantém com regularidade e o rigor da mesma em doses acima das usuais. Considerando este fato e também a falta de apoio da família, concluímos que o interno necessita manter-se em tratamento intranosocomial e sugerimos transferência do mesmo para a Colônia Lopes Rodrigues em Feira de Santana”.

Laudos com data de 1986: “O paciente em questão ainda exhibe intervalos reativamente curtos, surtos psicóticos que o impedem de retornar ao convívio social. Por outro lado, um outro entrave também conspira contra a saída do paciente, que é o aspecto sócio-familiar, haja vista que, neste período que permanece internado no Manicômio Judiciário, não recebe visita de algum familiar”.

Laudos com data de 1995: “Pelo quadro mental aqui apresentado poderíamos sugerir manutenção do tratamento a nível ambulatorial, entretanto até o momento não foi localizado os familiares do interno, apesar das diversas tentativas do serviço social deste hospital. Enfim, considerando as necessidades terapêuticas e sociais de (*nome*), sugerimos sua permanência neste hospital”.

¹⁹⁶ Importante transcrever trechos das conclusões dos laudos dos exames de cessação de periculosidade realizados nos internos do hospital de custódia e tratamento de Salvador, obtidos por meio de pesquisa na Vara de Execuções penais da comarca citada:

“[...] Além do que a situação sócio-familiar da paciente agrava-se. A curadora da paciente era mãe da vítima e como era de se esperar esquivou-se do compromisso e desde sua reinternação está sem receber sua pensão. Outra questão vista na sua evolução pelo Serviço Social. Recebeu esporádicas visitas de uma comadre e apesar de carta, etc, telefonemas ao último companheiro. Não há registro do seu comparecimento. Evidente que é indispensável que haja um respaldo sócio-familiar que possa garantir a continuidade de seu tratamento como apoio diário para o seu cotidiano”.

“[...] Após avaliação do prontuário no Hospital de Custódia e entrevistas com o periciando, passamos às conclusões finais. (*nome*) é portador de retardo mental leve, necessita de tratamento psiquiátrico ambulatorial, no momento. Há referência à estruturação familiar satisfatória. Sugerimos o encaminhamento à comunidade de origem, junto aos familiares, devendo manter tratamento a nível ambulatorial, como favoráveis à desinternação”.

“[...] Trata-se de examinado que se encontra compensado, calmo e coerente. Neste hospital tem evoluído satisfatoriamente. Tem bom reconhecimento de sua situação. Conta com respaldo de seus familiares, que o visitam com frequência, e que inclusive já mantiveram contato conosco (...)”.

Com a mesma conclusão dos laudos cujos trechos foram acima transcritos há inúmeros outros, relacionando a cessação da periculosidade com o apoio familiar que possa o então interno contar quando da liberdade. Ou ainda com as condições financeiras do recluso, como no seguinte caso: “Apesar da rejeição familiar, o paciente tem os meios de sobrevivência, pois possui renda própria e recebe regularmente os proventos de sua aposentadoria do INSS” (parecer do assistente social). A conclusão do perito no caso: “(...) Observamos que o caso psíquico do sr. (*nome*) encontra-se estável, ativo, pragmático, bom nível de relações interpessoais, em condições de retorno ao convívio social, devendo manter tratamento psiquiátrico a nível ambulatorial”.

A conclusão ora exposta, oriunda do estudo dos laudos de exames psiquiátricos dos internos do Hospital de Custódia e Tratamento de Salvador, não difere do perfil dos internados na Colônia de Alienados de Jacarepaguá (Rio de Janeiro), para onde eram levados os *doentes mentais*, não necessariamente depois da prática de ato típico e por ordem judicial. Existiam critérios para a internação, que se resumiam, consoante exposição de Maurício Lougon,¹⁹⁷ na obra citada, na cronicidade da doença e na ausência de recursos financeiros.

Esses critérios incluíam a permanência no hospital durante certo período de tempo sem obtenção de melhoras que possibilitassem a alta, ou a inexistência de recursos financeiros ou de familiares que pudessem cuidar deles. Cronicidade e indigência constituíam, portanto, os parâmetros fundamentais para o encaminhamento à Colônia.

O autor¹⁹⁸ relata também os critérios da triagem realizada na Colônia Juliano Moreira a fim de selecionar quem seria internado.

Evidencia-se, assim, na prática psiquiátrica, uma certa interferência de fatores espúrios. A psiquiatria, no momento de apropriar-se de seu objeto; o psiquiatra, no momento de diagnosticar e tratar de seu louco, deve respeitar, além dos sinais e sintomas próprios da doença, atributos outros como o prestígio e as posses da pessoa a ser classificada e tratada. Atributos estes que seriam, em princípio, estranhos ao processo de classificação nosológica da ciência natural que a psiquiatria se propõe a ser nesta época. A despeito da observação crítica feita por Juliano Moreira quanto ao período anterior, a triagem baseada em critérios socioeconômicos permaneceu nas décadas que se seguiram, durante os 60 anos de existência da CJM [Colônia Juliano Moreira]. A clientela potencial para ser diagnosticada e internada situa-se, no caso da CJM, nos estratos sociais mais baixos, entre os considerados 'expostos' que, por indigência de recursos, não podem opor-se à autoridade policial ou jurídica, instâncias estas que, como atestam os prontuários, são, junto com as família,s, os maiores encaminhadores de pacientes para a internação.

Note-se que, não obstante os critérios para internação em Hospital de Custódia e Tratamento e em instituições psiquiátricas, como as pesquisados pelo autor citado, a exemplo da Colônia Juliano Moreira e da Colônia de Alienados de Jacarepaguá, expressamente mencionadas na obra em comento, sejam diversos – periculosidade, no primeiro caso, e insuficiência de recursos e caráter crônico da doença, no segundo, o perfil das pessoas internadas é o mesmo.

¹⁹⁷ LOUGON, Maurício. *Psiquiatria Institucional: do hospício á reforma psiquiátrica*, p. 78.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 67.

O que se percebe, portanto, é o reconhecimento da necessidade de tratamento do inimputável – o que não se discute aqui – e a necessidade de o doente mental ser assistido. Na medida em que o Estado falha diariamente no propiciamento das condições de inclusão social das pessoas com necessidades especiais, resta o ônus à família. À falta desta, o cidadão fica indefinidamente recluso, sem perspectiva de retomar a vida em liberdade.

Maurício Lougon¹⁹⁹, no trabalho já citado, faz um mapeamento do perfil dos internos e da própria instituição, comparando o sistema brasileiro com o norte-americano, no que se refere ao processo de desinstitucionalização, decorrente do movimento de reforma psiquiátrica. Encontram-se semelhanças entre os internos de uma forma geral. Ao discorrer sobre uma pesquisa norte-americana sobre o tema, conclui:

[...] O trabalho aponta ainda que o ex-paciente estaticamente 'típico' de um hospital público de Chicago é indigente, negro, masculino, desempregado, desinteressado pelo tratamento tradicional, sem laços familiares ou comunitários, e sem nenhuma esperança real de conseguir se recuperar de seus distúrbios ou emergir das condições opressivas em que vive.

Estas condições aparentam ser menos um resultado de doença psiquiátrica e mais um produto direto da pobreza, estigmatização, aprisionamento e distanciamento da família e dos amigos. O principal foco da atenção assistencial para a desinstitucionalização deve se concentrar em ajudar os pacientes a dominar os pré-requisitos básicos para viver fora das instituições. Implicando possibilitar alojamento decente, emprego e fortalecer as relações interpessoais, sejam familiares ou comunitárias.

Trata-se aqui de considerar a complexidade do contexto social que envolve a doença mental e que a constitui em um transtorno que transcende as fronteiras do campo puramente médico, como sugerem os fatores sociopatogênicos apresentados nos estudos citados, e também os pré-requisitos necessários para evitá-los.

A atitude de abordar o transtorno mental como um fato médico similar a uma infecção bacteriana, que pode ser adequadamente tratada e curada com um antibiótico, implica uma abordagem reducionista e simplificadora. Deste modo, reconhecer o grande poder de resolução alcançado pela psicofarmacologia implica, por outro lado, a contrapartida de compreender seus limites, como dispositivo médico para resolver demandas de natureza social e econômica.

Destaque-se trecho do relatório final Relatório final do censo clínico e psicossocial da população de pacientes internados no Hospital de Custódia e Tratamento em psiquiatria do Estado da Bahia, realizado pelo Ministério da Saúde, Ministério da Justiça, Secretaria

¹⁹⁹ Ibid., pp. 174-175.

de Saúde do Estado da Bahia, Secretaria da Justiça e Direitos Humanos e Universidade Federal da Bahia:

“Quase a metade dos pacientes internados no HCT/BA (41,7%) não recebia tratamento psiquiátrico antes do internamento atual. Isso mostra ser evidente a necessidade de expansão da rede de serviços de atendimento extra-hospitalar ou comunitário de saúde mental, principalmente considerando que a maioria dos pacientes possui transtorno mental (esquizofrenia/transtornos delirantes), que demanda cuidados continuados, enfatizando a necessidade do acompanhamento psiquiátrico de longa evolução”.

6 A PERICULOSIDADE

A periculosidade consiste na probabilidade de o sujeito voltar a cometer crime.²⁰⁰ O delito é a exteriorização da perigosidade e evidencia a não adaptação do indivíduo à vida social. O fato de ter praticado um crime revela a *personalidade* criminosa da pessoa.

Chama-se também a probabilidade de o indivíduo cometer novamente um delito de periculosidade real – em contraposição à periculosidade social, que não autoriza a intervenção do Poder Judiciário para internar o cidadão. Deve-se levar em consideração o fato típico e ilícito praticado pelo sujeito declarado inimputável, além dessa suposta probabilidade de voltar a delinquir, a ser auferida por perícia médica.

O fato definido como crime é a exteriorização do perigo, contra o que a sociedade deve se precaver. Assim, é atribuído à Justiça Penal o tratamento do inimputável, para que se faça cessar neste a perigosidade manifestada com a prática do ilícito típico penal. Ou seja, pretende a Justiça Penal, com o tratamento dispensado por meio da internação, anular esse perigo evidenciado, de modo que não pratique outros fatos definidos como delitos. E como em toda terapêutica, deve o remédio ser *adequado* ao paciente.

A constatação da periculosidade é uma tarefa árdua, pois se trata de formulação voltada para o futuro: a perigosidade é a probabilidade de o sujeito cometer crimes; desta forma,

²⁰⁰ Em sentido diverso, ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 865. Para os autores, periculosidade é “o simples perigo para os outros ou para a própria pessoa, e não o conceito de periculosidade penal, limitado à probabilidade da prática de crimes.”

devem ser avaliadas as circunstâncias pessoais do cidadão para se aferir se possui dita propensão.

Trata-se de juízo de prognose, de previsão do futuro, de se saber se é provável que o indivíduo cometa fatos correlatos a crime, se posto em liberdade. Exige-se, pois, para a desinternação, a improbabilidade, declarada em laudo de exame de cessação de periculosidade, da prática novos crimes.

Não se espera a certeza, pois esta é impossível de ser alcançada em construção que visa a prever comportamento futuro. Não se pode afirmar com precisão exata se e quando alguém poderá praticar outro crime, tampouco se pode estabelecer a natureza desse novo delito.

Diz Aníbal Bruno que “fundamento das medidas de segurança é o estado perigoso do indivíduo, aquele potencial de criminalidade, que se define (...) como probabilidade de delinquir”.²⁰¹ Segundo o penalista citado, respalda-se esse conceito jurídico de perigosidade em uma acepção naturalística, que consiste no desajustamento do homem delinqüente para viver em sociedade. O sentido naturalístico fundamenta a definição jurídica, pois o não adaptado às normas da vida em sociedade revela uma personalidade criminógena, ou seja, propensa a prática de ilícito penal. O crime, também para esse autor, é a manifestação da perigosidade, que preexiste à infração penal²⁰².

Nelson Hungria²⁰³, por seu turno, afirma serem perigosos os sujeitos propensos à reincidência. Em relação a estes, diz, não basta o castigo da pena; é necessário tratamento ressocializador, para torná-los adaptados à vida social. Deve-se, pois, investigar a personalidade do sujeito a fim de modificá-la, tarefa que admite não ser fácil. Trata-se, pois, de um juízo de prognose: deve-se prever se o indivíduo vai voltar a praticar uma infração penal, hipótese que respalda e justifica sua segregação. Essa tarefa é dada ao psiquiatra forense. Com seus conhecimentos técnicos, deverá predizer qual indivíduo apresenta comportamento perigoso, ou seja, quem poderá voltar a cometer crime. Note-

²⁰¹ BRUNO, Aníbal. *Medidas de Segurança*. Recife: [s.n.] , 1940, p. 27.

²⁰² *Ibid.*, p. 30-32.

²⁰³ HUNGRIA, Nelson. *Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade*. Conferência pronunciada no Salão Nobre da Faculdade de Direito de Curitiba, em 5 de maio de 1956, *passim*.

se que não se exige um juízo de certeza: basta a probabilidade de o sujeito voltar a cometer delito que fica autorizada a manutenção da medida de segurança. Admite o autor citado que, por se cuidar de prognóstico, além da impossibilidade da certeza, está sujeito a enganos de avaliação. Não considera, contudo, tal circunstância motivo para eliminar o critério que termina por segregar o indivíduo tido como perigoso.

Ao contrário. Recomenda Hungria que os juízes devem ter cuidado ao acatar laudo psiquiátrico que conclua pela cessação da periculosidade. Para o penalista, a defesa social é elemento justificador da medida de segurança; deste modo, devem ser afastados da sociedade os indivíduos que representem qualquer perigo. Assim até que se ajustem novamente às normas de convívio social. Na dúvida, deve-se concluir pela internação do sujeito, solução preferível a reinserção em sociedade da pessoa que ainda possa apresentar sinais de perigo.

Conclui-se, pois, que a periculosidade é conceituada como a probabilidade de praticar crimes: na medida em que o indivíduo inimputável cometeu o fato definido como delito, revelou a personalidade perigosa, com propensão para a prática criminosa, o que evidencia a necessidade de tratamento, para fazer cessar a periculosidade e possibilitar ao sujeito o retorno ao convívio social sem oferecer risco à comunidade.²⁰⁴

A assertiva conduz a uma conclusão lógica: a pessoa sempre foi perigosa, mesmo antes de delinquir. O perigo lhe é inerente. A infração penal apenas revela essa personalidade.

O crime é a manifestação do caráter perigoso do indivíduo e, por esta razão apresenta a pessoa risco à sociedade. Consequentemente deve ser o sujeito tratado a fim de que essa periculosidade cesse. A definição de periculosidade não se alterou com o tempo – a diferença está somente em que a medida de segurança era aplicada concomitantemente com a pena, se averiguava a periculosidade tanto dos imputáveis como dos inimputáveis. Atualmente, somente os inimputáveis estão sujeitos ao juízo da periculosidade, no sistema jurídico penal brasileiro.

²⁰⁴ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral - Tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 90. Para o autor, a periculosidade que autoriza a imposição de medida de segurança é “aquela perigosidade apenas se e quando revelada através da prática pelo agente de um fato ilícito-típico.”

Como explicitado, a periculosidade é definida como a probabilidade de o indivíduo voltar a cometer crimes; justifica-se a segregação, por meio da medida de segurança da internação, com o argumento da defesa social: proteger a sociedade do indivíduo perigoso. O crime é a exteriorização da personalidade perigosa de seu autor.

Para Jorge Figueiredo Dias, o juízo da perigosidade é autônomo, e deve ser auferido analisando-se o indivíduo e sua personalidade²⁰⁵. No mesmo sentido, Gracia Martin, para quem a avaliação da periculosidade não deve se ater ao fato criminoso praticado, mas às circunstâncias pessoais do autor.

Afirma Ferri que a gravidade do crime é um indício de periculosidade, mas não é o único, tampouco é o principal critério para se medir o grau de periculosidade da pessoa. Deve-se, segundo o autor italiano, voltar os olhos para a pessoa do *delinqüente*, em relação a quem se deve adaptar a sanção penal pelo ilícito cometido.²⁰⁶

No direito brasileiro, contudo, o cometimento de fato definido na lei pela como crime revela a perigosidade do indivíduo inimputável, que é presumida e tem como consequência normativa a imposição de medida de segurança. A análise da persistência periculosidade somente é feita depois de imposta a medida de segurança: o cidadão deve se submeter periodicamente ao exame de cessação de periculosidade, para que seja desinternado. Da mesma forma, o indivíduo sujeito a tratamento ambulatorial pode ter a medida de segurança transmutada para internação, se a providência for necessária para fins curativos.

A assertiva de que “o perigo é um componente presente nas personalidades dos homens que delinqüem”²⁰⁷ reflete a idéia proveniente da Escola Positiva, de Ferri e de Garófalo, de que *todo delinqüente é perigoso e anormal*. Assim, é despicienda a investigação sobre a existência de perigosidade no sujeito que pratica crime; deve-se averiguar o *grau* dessa

²⁰⁵ Ibid., p. 93.

²⁰⁶ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal. O Criminoso e o Crime*. Tradução de Luiz Lemos D’Oliveira. Campinas: Russell, 2003, p. 292.

²⁰⁷ LEVORIN, Marco Pólo. *Princípio da legalidade na medida de segurança: determinação do limite máximo de duração da internação*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 104.

periculosidade²⁰⁸. Esse grau de periculosidade serviria para adequar o tratamento, não para determinar sua necessidade.

A medida de segurança, na atualidade do ordenamento penal brasileiro, é uma contingência ao agente inimputável. O *grau* de periculosidade do sujeito é tão somente o norte do *tratamento* conferido pelo hospital de custódia e tratamento.

Há uma incursão psicológica para desvendar a personalidade do indivíduo e, assim, *adequar-lhe o tratamento*, com a finalidade de impedir que o sujeito externe novamente seu potencial ofensivo, ajustando-o às normas sociais.

Pretende-se, então, perquirir sobre os caracteres que definem a personalidade. Consoante Paganella Boschi²⁰⁹, a personalidade não é estática, ela se forma com a vida da pessoa, não se resumindo às raízes genéticas. Não significa somente a conduta social do indivíduo, seu comportamento, não se resume a expressões como *desajustada, boa, má, agressiva, propensa ao crime*.

A tendência é que se considere um padrão de comportamento como *normal* e todos aqueles que não se amoldem nesse modelo moral se qualifique como desajustado, merecendo reprimenda. Segundo o autor citado²¹⁰, “resulta inviável a determinação a priori de um padrão de personalidade para ser usado comparativamente com a personalidade do réu.” A pretensão de modificar a personalidade do indivíduo não passa de uma suposta tentativa de amoldar o sujeito a um padrão de comportamento que foi convencionalizado, ou melhor, de marginalizar quem não se enquadre no estereótipo apropriado ao ajuste social.

A personalidade não se resume ao temperamento do indivíduo ou ao ajustamento ao que socialmente se convencionalizou ser adequado, é uma questão mais complexa. A questão

²⁰⁸ FERRI, op. cit., 2003.

²⁰⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e de seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 205-212.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 209.

não se limita à impossibilidade de se determinar a personalidade da pessoa, vai mais além: passa também pela impossibilidade de modificá-la.

Mesmo que houvesse condições de se estabelecer um juízo sobre a personalidade do sujeito (não há), esse critério ainda assim seria ilegítimo para motivar a internação do inimputável, pois consiste em julgamento pelo que a pessoa é, quando o julgamento deveria se referir ao que a pessoa fez, ao fato cometido. Como adverte Salo de Carvalho,²¹¹ “o problema que levantamos é que, mesmo se houvesse condições (de se estabelecer o juízo de periculosidade), esta avaliação seria ilegítima sobre um prisma de um direito penal de garantias balizado pelo princípio da secularização.”

Segundo Ferrajoli, disposições legais como a do parágrafo primeiro do artigo 97 do Código Penal constituem-se em *modelos autoritários*, em que o foco está na pessoa do *delinqüente*, cuja personalidade distorcida e anti-social justificaria a segregação. Segundo o autor, o direito penal não se ocupa somente com o crime, “mas (com) o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou anti-social e, para além dele (crime), a pessoa do delinqüente, de cuja maldade ou anti-sociabilidade, o delito é visto como uma manifestação contingente”.²¹²

Para tanto serve o laudo pericial, que termina por fazer uma *análise da personalidade anti-social* do inimputável, evidenciando que o fato ilícito é um desdobramento da personalidade do indivíduo. Ou, nas palavras de Foucault, “mostrar como o indivíduo já se parecia com seu crime antes de o ter cometido”.²¹³

O exame psiquiátrico não se limita a realizar eventual correlação do crime com alguma anomalia psíquica que o sujeito tenha e que de fato tenha alterado sua capacidade de culpa. Busca também delinear características que acabam por influir na percepção da

²¹¹ CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*, p. 59.

²¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 45.

²¹³ FOUCAULT, Michel. *Os anormais*, p. 24.

periculosidade. Essas características, muitas vezes, referem-se não a qualquer tipo de doença, mas ao próprio modo de ser do indivíduo.²¹⁴

Some-se a esses argumentos o fato de que o método utilizado para a aferição da periculosidade não é acessível à pessoa. Assim, não somente o conteúdo do conceito de periculosidade é incerto – também o é o método pelo qual se chega a ela.

O mesmo acontece com a personalidade. Os critérios de que se valem os psiquiatras para tentar defini-la (e não apenas o conteúdo do que se chama de personalidade) são inacessíveis e desconhecidos aos destinatários, em relação a quem o laudo pericial irá repercutir. A pessoa não pode questionar o que não conhece e não entende – não pode contestar a verdade exposta no laudo, tida como absoluta e aceita sem reservas pelo Poder Judiciário.

Esse modelo não garante ao indivíduo a ampla defesa e o contraditório, na medida em que é incompatível com o *princípio jurisdicional da refutabilidade das hipóteses*.²¹⁵

6.1 NÃO HÁ MÉTODO CIENTÍFICO NA INVESTIGAÇÃO DA PERICULOSIDADE

Quais os métodos utilizados para constatar a periculosidade criminal? Trata-se de um juízo de prognose, em relação ao qual se deve inferir, com o maior grau de certeza possível, se é provável que o sujeito pratique outro crime novamente. Necessário saber como se chega a esse juízo.

²¹⁴ Laudos de exame de cessação de periculosidade, obtidos na Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas de Salvador/BA, possuíam as seguintes expressões: “inteligência abaixo do nível da normalidade”, “pragmático”, “calmo”, “apresenta bom comportamento”, “conduta considerada adequada”, “o afeto está preservado e o humor, estável”, “afeto e volição com comprometimento moderado”, “de fácil abordagem”, “exame psíquico: apresenta-se sorridente, lúcido, orientado globalmente, ativo, pragmático”, “exame psíquico: apresenta-se com vestes adequadas, asseio corporal satisfatório”. Vê-se, pois, que a realidade é uma só. Os exemplos aqui trazidos assemelham-se aos exemplos de Foucault ao criticar esses laudos, ditos médicos. Confirma-se o quanto é difícil, para não dizer impossível, a análise da periculosidade.

²¹⁵ Expressão de Salo de Carvalho. CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*, p. 54.

Observe-se que não se exige a certeza do prognóstico, mas apenas a probabilidade, ou o *fundado receio*, pois um juízo dessa natureza é impossível de ser alcançado: não há como predizer comportamento futuro, sem que restem dúvidas a respeito da prognose.

É bastante, pois, o juízo de probabilidade de que o indivíduo volte a praticar infração penal para que tenha a periculosidade detectada e se mantenha a medida de segurança. Até que prove que não mais representa perigo para a sociedade, a pessoa permanece submetida a internamento, sem termo final.

Alguns métodos são propostos para se averiguar a persistência ou a cessação da periculosidade, inclusive o método estatístico.²¹⁶ De acordo com as regras de experiência e a observação, chega-se a uma classe de pessoas, portadoras de determinadas características, com determinado comportamento ou com certas doenças mentais, que *normalmente é perigosa*.

O cientista observa e, gradualmente, generaliza, partindo de casos particulares até chegar a uma regra geral. Então, as leis formuladas pretendem ser universais. Depois, busca-se confirmar essas leis, aplicando-as a situações novas ainda não testadas.²¹⁷

A existência de doença mental não implica necessariamente um juízo de periculosidade. Entretanto, essa é uma das balizas que se serve o perito para afirmar ou negar a periculosidade do indivíduo. Na medida em que fato típico e ilícito é praticado e seu autor é inimputável, a periculosidade se presume. Então, para que cesse a situação de perigo, é preciso que seja ao menos *controlado* o sujeito portador de alguma deficiência mental, para que não coloque em risco a sociedade para qual deseja retornar.²¹⁸ E assim perpetuam-se as internações, sob o fundamento de que o indivíduo está sendo tratado, quando em verdade se cuida somente de restrição da liberdade.

²¹⁶ MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e "in dubio pro reo*, p. 92-97.

²¹⁷ HEGENBERG, Leônidas. *Etapas de investigação científica: leis, teorias, método*, p. 124.

²¹⁸ A expressão *controlada* – assim como a expressão *compensada* –, referindo-se à doença mental, também são usualmente vistas em laudos periciais. Observa-se que se busca o controle da *doença* para se permitir o desinternamento. Supõe-se, por conseguinte, que a doença mental não controlada torna o indivíduo propenso à prática de crimes. Questiona-se, no entanto, se esse controle da doença mental é realmente competência da justiça penal.

Espera-se do médico psiquiatra a *previsão* de quem irá reincidir. Trata-se, como visto, de juízo de prognose: para desinternação, o perito deve fazer uma prognose negativa, afirmar que tal indivíduo está ajustado às normas sociais e não oferece perigo à sociedade. Insta destacar que, aqui, a dúvida não favorece ao acusado; ao revés, tem-se em vista, somente, política de defesa social.²¹⁹

Resta a indagação se é possível prever comportamento futuro que seja isento de dúvidas. Já foi exposto que o juízo de periculosidade encerra uma probabilidade, não se pretende certeza. É evidente a arbitrariedade. O Direito Penal não cumpre a função que se espera: de proteção dos direitos fundamentais e de limite à ação do Estado quando se trata de execução da sanção criminal.

O inimputável submetido a uma medida de segurança é deixado ao arbítrio de médicos psiquiatras que estão a serviço do Estado – e por esta razão não ministram tratamento adequado ao cidadão, mas cumprem o papel outorgado pelo Estado, de defesa social. O Direito Penal não cumpre seu papel de limite ao poder irracional do Estado ao aplicar a sanção criminal; ao contrário, legitima esse poder olvidando a função de garantia e de limite que possui.

A cooptação de critérios pseudocientíficos para legitimar a conclusão de um laudo médico que pretenda dar o prognóstico do sujeito remonta à antiga, contudo atualíssima, utilização da ciência como meio de propagar uma ideologia totalitária e autoritária e excluir os indesejáveis do convívio social. A conclusão já está posta; a depender dela, escolhem-se os argumentos.

A tipologia do desajustado está presente e com base nela elabora-se o laudo técnico²²⁰. Essa circunstância não é negada, ao contrário, é confessada ao se admitir que o perito se

²¹⁹ HUNGRIA, Nelson. *Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade*. Conferência pronunciada no Salão Nobre da Faculdade de Direito de Curitiba, em 5 de maio de 1956, *passim*.

²²⁰ Neste sentido se afirma que o médico psiquiatra se vale para elaboração do prognóstico também dos dados estatísticos. Idéia exposta em MONTEIRO, Cristina Libano. *Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”*, p. 100.

vale da freqüência de determinadas anomalias em relação a determinados distúrbios mentais para fundamentar os laudos.²²¹

O conceito de anormal somente pode ser obtido se confrontado com o que seja normal. A existência de uma moral diversa é que gera o estigma do inadequado socialmente. Cumpre perquirir quem determina essa moral, quem dita o padrão de comportamento que é tido como adequado. Certamente não são os marginalizados pelo sistema. Tem-se, pois, uma ideologia de dominação, que busca fundamentar o autoritarismo em um falso cientificismo; com o laudo de um perito psiquiatra pretende-se conferir confiabilidade ao sistema. Nos dizeres de Cristina Rauter, “[...] as avaliações ou exames técnicos de criminosos reproduzem todos os estereótipos e preconceitos, em suma, toda a ideologia que permeia a questão do crime”.²²²

Cuida-se, pois, de pseudociência. Segundo Mario Bunge,²²³ a pseudociência se nega a fundamentar suas doutrinas e a submetê-las à constatação mediante experimentação. A pseudociência é, em grande parte, incontestável, pois tende a interpretar os dados de modo que sua tese seja confirmada de qualquer modo; para tanto, oculta seus fracassos. A pseudociência não pode progredir porque trata o fracasso como confirmação e a crítica como ataque. As diferenças de opinião entre seus seguidores geram divisão na seita, e não progresso.

As colocações de Bunge aplicam-se inteiramente aos exames de cessação de periculosidade. Os dados tendem a ser interpretados de modo que a tese seja

²²¹ Em sentido contrário: FACCINI NETO, Orlando. *Atualidades sobre as Medidas de Segurança*. Disponível em <www.ibccrim.org.br>, acesso em 10 de abril de 2008: “E tanto um como outro atuam – juízes e psiquiatras –, inevitavelmente, diante dos objetos – fatos e pessoas –, que lhes são dados a conhecerem, impregnados por suas contingências, envoltos em suas compreensões e pré-compreensões, enfim, atuam como pessoas e não como máquinas. Isso, contudo, em nada retira a legitimidade de ambas as atividades, as quais, ao contrário, se legitimam e fundamentam no fato de que os homens ainda são mais confiáveis do que os computadores....Ademais, especificamente no concernente aos laudos psiquiátricos, são elaborados por dois profissionais – cujo conhecimento técnico propende às pré-compreensões necessárias à análise profícua –, devem vir fundamentados, sujeitam-se ao contraditório e podem ou não serem acolhidos pelo Juiz da execução penal. A carga de subjetividade, portanto, inerente aos laudos – e inerente a tudo que é humano – não lhes retira a validade dentro do sistema.”

²²² RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 87.

²²³ BUNGE, Mario. *La investigación científica*. Barcelona: Ariel, 1983, p. 55.

confirmada, tornando-se, via de consequência, incontestáveis. Os fatos são interpretados de forma que a premissa previamente adotada seja confirmada.

Trata-se, deste modo, de andar em círculos, pois a conclusão é posta antecipadamente e com base nela escolhem-se os fundamentos, que levam à conclusão. A pseudociência é blindada: suas teorias não admitem contestação e a observação empírica presta-se unicamente a confirmá-la. Consoante Bunge²²⁴, “el objetivo primario de la pseudociencia no es establecer, contrastar y corregir sistemas de hipótesis (teorías) que reproduzcan la realidad, sino influir em las cosas y em los seres humanos”.

Mario Bunge ressalta, quando trata das pseudociências, um traço que as caracteriza e que é comum a todas: a impossibilidade de refutação das teorias que são a base do conhecimento.

É isso o que ocorre quando se coloca o laudo médico como condição necessária para se auferir a periculosidade. Busca-se imprimir um ar de cientificidade em uma análise que nada tem de científica. Como se existisse método científico capaz de prever o futuro, ao fazer uma prognose de periculosidade.

Juarez Cirino dos Santos adverte sobre a confiança cega que se deposita nos laudos psiquiátricos, como se o médico especialista pudesse prever comportamentos futuros e medir o grau de perigo inerente à pessoa.²²⁵

Ao analisar a personalidade, a vida pregressa, a conduta social do sujeito, o médico, em realidade, está exercitando suas próprias pré-noções, para concluir, com base em seu

²²⁴ Ibid., loc. cit.

²²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, Lúmen Júris, 2008, pp. 654-655: “O problema começa com a falta de credibilidade do prognóstico de periculosidade criminal: se a medida de segurança pressupõe prognose de comportamento criminoso futuro, então inconfiáveis prognósticos psiquiátricos produzem consequências destruidoras, porque podem determinar internações perpétuas – em condições gerais ainda piores do que as da execução penal. Na verdade, parece comprovada a tendência de supervalorização da periculosidade criminal no exame psiquiátrico, com a inevitável prognose negativa do inimputável –, assim como, por outro lado, parece óbvia a confiança ingênua dos operadores jurídicos na capacidade do psiquiatra de prever comportamentos futuros de pessoas consideradas inimputáveis, ou de determinar e quantificar a periculosidade de seres humanos”.

próprio sistema de valores, se o indivíduo é ou não perigoso, vale dizer: se deve ou não permanecer internado.

Evidencia-se que essa regra é inconcebível em um sistema penal de garantias. Os valores não são passíveis de refutação: não podem servir de critério para determinar a periculosidade. A probabilidade de o sujeito cometer novos crimes é noção demais abstrata para servir como indicador de periculosidade do indivíduo e, conseqüentemente, para determinar sua restrição de liberdade.

Conforme explicitado, o conceito de probabilidade de reincidência do inimputável implica predição incerta que não traz conteúdo que possa ser constatado. A investigação da periculosidade demanda uma incursão na conduta social, vida pregressa, caracteres esses que comumente se atribuem à personalidade da pessoa, embora a personalidade não se resuma a essas características atinentes às qualidades morais do indivíduo.

Assim, quando se fala de pesquisar a personalidade, busca-se no modo de vida da pessoa indicadores de como se porta na vida social, investiga-se o *modo de ser* do cidadão. Ora, a natureza intrínseca da pessoa não é demonstrável, é eminentemente subjetiva e não é passível de prova em sentido algum.

Consoante Karl Popper, o progresso da ciência ocorre com teorias informativas, de alto conteúdo e, justamente por isso, altamente criticáveis, ou falseáveis, como afirma²²⁶. Segundo o filósofo, não pode haver avanço científico se as teorias que se pretendem as melhores possuem baixo conteúdo informativo e, por esta razão, não se sujeitam a críticas. As melhores teorias, assevera, não são validadas por afirmativas que pretendam confirmá-las; ao contrário, as melhores teorias são aquelas que pelo alto teor de informação que contém são falseáveis, mas resistem e sobrevivem aos testes.

Não se pode pretender uma tese científica se, uma vez elaborado o enunciado, apenas se busque confirmá-la, sem nunca submetê-la a testes para aferir sua capacidade de

²²⁶ POPPER, Karl. *Conjecturas e Refutações*. Tradução Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.

resistência. A ciência progride com erros, uma teoria científica não nasce da indução, da mera observação desinteressada dos fatos naturais.

Disso resulta que quanto maior a informação contida em uma teoria mais facilmente será falseada e menor será o grau de probabilidade de verificação empírica. Deste modo, na medida em que a teoria se revela menos provável de verificação, maior será o teor informativo e mais contribuirá para o avanço científico.

Não se pode contestar algo que seja vazio de conteúdo. Noções vagas e imprecisas são facilmente confirmadas empiricamente, justamente pela ausência de informação, mas não contribuem para a ciência. Ao revés, enunciados que possuem muita informação, que podem ser contestados empiricamente e, por esta razão, são refutáveis, são essenciais para o desenvolvimento científico.

Disso decorre logicamente que não se pode aceitar como tese científica a conclusão dos laudos técnicos firmados por peritos psiquiatras que analisam a periculosidade do inimputável. O conceito de periculosidade é vago e carece de dados empíricos e objetivos que lhe permitam a refutabilidade.

Trata-se de conceito que não pode ser demonstrado objetivamente e, por essa razão, torna-se incontestável. Apesar dessa constatação, a ideia de perícia médica remete a uma ideia – falsa, frise-se – de cientificidade, que legitima a subordinação da liberação do indivíduo ao laudo médico.

Saliente-se que não existem dados precisos para se constatar se o sujeito é perigoso ou não. A avaliação do perito é baseada em valores pessoais e ideias preconcebidas, de fácil confirmação empírica, mas de difícil refutação, justamente em função do caráter incerto das definições.

Forma-se, por conseguinte, tipologia do delinqüente, do desajustado, que agrega os preconceitos da sociedade e afasta, vez por todas, os indesejáveis.

A vinculação da desinternação do cidadão sujeito à medida de segurança à constatação da cessação de periculosidade é arbitrária e contribui para que a sanção se torne eterna. Sempre haverá argumentos subjetivos, vagos e imprecisos, fundados em condições pessoais, para perpetuar a segregação, que terminam por rotular o indivíduo como propenso a delinquir ou como possuidor de tendência delituosa.

É impossível contradizer dados eminentemente subjetivos, como personalidade da pessoa. Afirmativas como *personalidade propensa a cometer crimes*, *tendência delituosa*, empregadas quando se quer exprimir o perigo que a pessoa supostamente representa para a sociedade, são não verificáveis empiricamente nem refutáveis. O inimputável carrega este estigma: é presumidamente perigoso e somente cessada essa periculosidade pode ser novamente posto em liberdade.

Para garantir ao cidadão a possibilidade de defender-se plenamente, impõe-se a clara exposição dos critérios utilizados para a determinação da probabilidade de cometer crimes.

A impossibilidade dessa objetivação em relação à significação de periculosidade faz com que não seja legítimo utilizá-la como critério para a aplicação da medida de segurança. A assertiva é válida, sobretudo quando se refere à internação, pois implica restrição da liberdade individual e assemelha-se a sanção criminal. Ora, a natureza intrínseca da pessoa é algo não demonstrável, é algo eminentemente subjetivo e não passível de prova em sentido algum. Pode-se, sim, manipular ideologicamente esses dados para obter uma confirmação de uma conclusão que formou de antemão.

Popper traz a idéia de que somente há progresso científico com a contradição: a superação de uma teoria não retira dela o caráter científico, ao contrário, confirma esse caráter, e nisso reside o racionalismo crítico. Uma teoria científica não se afirma pela repetição de hipóteses que a confirme, mas pelas críticas que recebe e, ainda assim, sobrevive. Se não puder ser criticada, não se trata de ciência.

No mesmo sentido é o pensamento de Thomas Kuhn²²⁷. A respeito de teorias que outrora foram consideradas ciência e que hoje, inteiramente ultrapassadas, são tomadas como mitos, ou “crenças obsoletas”, adverte: “(...) a ciência inclui conjuntos de crenças totalmente incompatíveis com a que hoje mantemos.” E em seguida conclui: “Teorias obsoletas não são em princípio acientíficas simplesmente porque foram descartadas.” Disso resulta que o conhecimento científico não é cumulativo, o que integra a teoria de Popper sobre a refutabilidade da atividade científica.²²⁸

O senso comum informa que para ser aceito como verdade, o enunciado deve revestir-se da manta da cientificidade. Segundo Popper²²⁹, contudo, deve-se discernir a origem do conhecimento da verdade nele exposta. Vale dizer, as fontes do conhecimento não se confundem com as questões de validade. A verdade não se alcança indagando sobre as fontes do conhecimento, mas, ao revés, a verdade obtém “mediante um exame crítico do que foi afirmado, ou seja, os fatos afirmados em si.”

O enfoque em relação às fontes como instrumento legitimador do conhecimento invoca uma resposta autoritária: de onde parte o conhecimento, de onde ele vem? Donde a resposta seria: de Deus. Do próprio homem. Ou da ciência? Depende da época histórica em que se situe o destinatário da pergunta. Para Popper, quando se almeja a verdade, a pergunta não deveria se referir à origem do conhecimento, pois esta não importa para que se lhe confira validade, mas deveria se referir se a afirmação feita é verdadeira, ou seja, se concorda com os fatos. A validade do conhecimento se legitima pela crítica que se faz, ou seja, a pergunta seria: “como podemos esperar conseguir detectar o erro?”²³⁰

Atualmente que o foco não está mais em Deus, mas no homem e na ciência. Considera-se legítimo todo conhecimento que se respalde cientificamente. Nesse sentido já se

²²⁷ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 21.

²²⁸ O mesmo pensamento é expresso por Stephen Jay Gould (GOULD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem*. Tradução Valter Lellis Siqueira. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 343-344). Segundo o autor, “a ciência avança principalmente através da substituição, e não pela adição.”

²²⁹ POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Tradução Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006, p. 45.

²³⁰ *Ibid.*, p. 46.

manifestou Foucault:²³¹ “(...) o relatório dos peritos – na medida em que o estatuto de perito confere aos que pronunciam um valor de cientificidade, ou antes, um estatuto de cientificidade – goza, com relação a qualquer outro elemento de demonstração judiciária, de certo privilégio.”

A análise do médico psiquiatra sobre a personalidade da pessoa reveste-se de uma pseudoneutralidade científica, que não corresponde à realidade. Esse cientificismo falso confere legitimidade aos laudos de periculosidade, sem que o Poder Judiciário se ocupe em analisar e questionar os métodos utilizados.

Stephen Jay Gold, ao criticar o determinismo – em relação ao qual teve expressão relevante a escola positiva de direito penal –, salienta que o mundo não se divide entre deterministas que utilizam a ciência para consolidar preconceitos sociais e não-deterministas, que enxergam a ligação estreita entre a ciência e o poder e, desse modo, podem alcançar a verdade. censura o autor o mito segundo o qual a atividade científica deve ser neutra e o cientista deve “se libertar dos condicionamentos de sua cultura e ver o mundo como ele realmente é”.²³²

Ainda segundo Popper, “o cientista natural é tão partidário quanto às outras pessoas, e a não ser que pertença aos poucos que estão, constantemente, produzindo novas idéias, ele está, infelizmente, muito inclinado, em geral, a favorecer suas idéias preferidas de um modo parcial e unilateral”.²³³

Não há objetividade absoluta na formação da teoria científica, pois não é possível extirpar os valores extra-científicos da formação da ciência – objetividade há na crítica que se faz dela. Não existe objetividade nas ciências, mas apenas no método crítico que usamos para refutá-la.²³⁴

²³¹ FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 14.

²³² GOULD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem*. Tradução Valter Lellis Siqueira. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 5.

²³³ POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 22.

²³⁴ *Ibid.*, p. 24-25

A objetividade da ciência não se deduz da objetividade e neutralidade do cientista, pois ele, o cientista, não é desprovido de humanidade. Possui suas próprias crenças, valores pessoais, que são indissociáveis da sua pessoa. A objetividade está na refutabilidade da teoria. Essa a função do racionalismo crítico, nesse particular: separar o que seja ideologia das questões da verdade, e não eliminar as questões extra-científicas da atividade científica.

O que valida o conhecimento é a crítica. Segundo Popper,²³⁵ trata-se de equívoco a idéia de que o que justifica conhecimento são razões positivas, ou seja, as razões que visam a confirmá-lo. Uma tese científica não precisa ser confirmada positivamente, a verdade é um ideal, pode não ser alcançada. O que valida uma tese científica é sua falseabilidade, ou seja, embora não possa ser confirmada, pode ser rejeitada.

Inferir-se, por conseguinte, que não pode haver objetividade em um enunciado dito científico que não seja refutável. A crítica do racionalismo confere à atividade científica a objetividade que almeja toda ciência. Transplantando essa idéia para a questão da análise da periculosidade, observa-se que o conteúdo do conceito de perigo e os métodos de investigação não permitem essa contestabilidade. Como dito, não é possível refutar considerações acerca da personalidade e modo de ser da pessoa, como também não é possível contrapor argumentos contra juízo de prognose.

Conclui-se que os princípios da ampla defesa e do contraditório não são atendidos pela disciplina legal das medidas de segurança. O agente inimputável deve conhecer a *acusação*, deve conhecer os fatos que indicam a necessidade da manutenção da internação para que possa defender-se plenamente. O regramento legal das medidas de segurança, contudo, não lhe conferem esta possibilidade.

A violação dos princípios mencionados evidencia-se também na presunção de perigo, que acompanha, paradoxalmente, a absolvição e acarreta a internação, por prazo indefinido. O sujeito não tem possibilidade de demonstrar que não é perigoso, mesmo porque se trata de conceito fluido, não determinável objetivamente.

²³⁵ Id. *Conjecturas e refutações*. Tradução Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006, p. 51.

7 CONCLUSÃO

A disciplina legal das medidas de segurança no direito penal brasileiro relaciona-se com a própria função das penas e do Direito Penal. A concepção de que o Direito Penal presta-

se a coibir a criminalidade, conferindo a pena finalidade de prevenção geral e, particularmente, de prevenção especial coaduna-se com a finalidade das medidas de segurança, de assegurar a proteção da ordem social, segregando as pessoas consideradas perigosas, com o desiderato de lhes conferir tratamento ressocializador.

As medidas de segurança, contudo, não cumprem a função declarada. A disciplina conferida à matéria pelo Código Penal está em descompasso com a legislação mais recente e específica, a Lei de Reforma Psiquiátrica. A internação é medida de exceção, e não regra. A segregação do cidadão tem efeito contrário ao declarado: dissolve os laços sociais e familiares, deixando distante a possibilidade de inclusão social.

Medida que importa restrição da liberdade, tal como a internação, não pode ser justificada por conceito impreciso – periculosidade – e por esta razão, violador dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da legalidade. A disciplina legal da medida de segurança de internação escapa ao sistema de garantias do cidadão, expondo este ao arbítrio estatal.

O Direito Penal, em relação às medidas de segurança, não limita o Estado quando investido no poder de punir. A disciplina legal das medidas de segurança não observa os princípios constitucionais elementares ao próprio Direito Penal. O Direito Penal, neste particular, justifica a intervenção ilegítima na esfera de direitos individuais do cidadão, desprezando as garantias que deveria assegurar.

A Justiça Penal não deve ter a função de ministrar tratamento ao cidadão com transtornos mentais. O próprio sistema penal não se compatibiliza com a ideia de tratamento. A defesa social também não é atendida com a internação dos imputáveis – o Direito Penal não resolve os problemas de índole social e econômica. Especificamente em relação aos doentes mentais, faltam políticas públicas de inclusão social, que concretizem as diretrizes da Lei de Reforma Psiquiátrica. Em face de tais constatações, resta evidente que não há razão suficiente para previsão das medidas de segurança.

O sistema jurídico-penal trata os inimputáveis de maneira mais rígida que os imputáveis, ao sujeitá-los a restrição da liberdade individual pela prática de ato típico e ilícito. O paradigma da segregação, contudo, está ultrapassado. É evidente a incompetência dos centros de internação psiquiátrica judiciais para promover a inclusão social dos cidadãos com transtornos mentais.

O discurso jurídico-penal de tratamento imuniza as medidas de segurança em relação às garantias fundamentais inerentes ao Direito Penal. Disto resulta que os inimputáveis sujeitam-se a sanção mais grave que os indivíduos submetidos à pena. Não é legítimo que a inimputabilidade opere contra a própria pessoa que possui o transtorno psiquiátrico, de modo a agravar sua condição.

Conclui-se, portanto, que a pretendida ressocialização, inocuização do sujeito para que não pratique novos delitos definidos como crime não passa de mito. O discurso político-criminal é construído a partir dessas premissas, que são falsas. E o fundamento do *tratamento* da pessoa não justifica seja conferida ao indivíduo sujeito a medida de segurança disciplina mais rígida que aos apenados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Hech. 2ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *Apresentação de citações em documentos*, NBR 10.520/2001. Rio de Janeiro, 2001.

_____. *Trabalhos acadêmicos*, NBR 14.724/2002. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *Citações em documentos*, NBR 10.520/2002. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *Referências bibliográficas*, NBR 6.023/2000. Rio de Janeiro, 2000.

ASSUA, Luis Jiménez. *O Estado Perigoso: nova fórmula para o tratamento penal e preventivo*. Trad. J. Catoira e A Blay. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BITENCOURT, Cezar. *Teoria geral do delito*. Coimbra: Almedina, 2007.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: uma análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRUNO, Aníbal. *Medidas de Segurança*. Recife: [s.n], 1940.

BUNGE, Mario. *La investigación científica*. Barcelona: Ariel, 1983.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal: parte geral – vol. I e II*. Campinas: LZN, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DALBORA, José Luis Guzmán. *Direito Penal Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Cerezo Mir*. In: PRADO, Luiz Regis (coord). *Las medidas de seguridad. Distinción y relaciones entre penas y medidas de seguridad*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral - tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DUCLERC, Elmir. *Prova pena e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2007.

FACCINI NETO, Orlando. *Atualidades sobre as Medidas de Segurança*. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 10 abr. 2008.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução Luiz Lemos D'Oliveira. Campinas: Russell, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O poder psiquiátrico*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo. Martins Fontes, 2006.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Tratado da inimputabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GARÓFALO, R. *Criminologia. Estudo sobre o delito e a repressão penal*. Trad. Julio de Mattos. São Paulo: Teixeira e Irmãos Editores, 1893.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, vol. I, tomos I e II. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOLD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem*. Trad. Valter Lellis Siqueira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Norma e bem jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Direito Penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Willian Couto. *Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

HEGENBERG, Leônidas. *Etapas de investigação científica: leis, teorias, método*. São Paulo: E.p.uedusp, 1976.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HUNGRIA, Nelson. *Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade*. Conferência pronunciada no Salão Nobre da Faculdade de Direito de Curitiba, em 5 de maio de 1956.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4ª Ed. Granada: Camares, [19--].

KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª. Ed. São Paulo: Perspectiva: 2006.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEVORIN, Marco Polo. *Princípio da legalidade na medida de segurança: determinação do limite máximo de duração da internação*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Trad. José Higino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., 1899.

LOUGON, Maurício. *Psiquiatria Institucional: do hospício à reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2006.

MARTÍN, Luis Gracia. Direito Penal Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Cerezo Mir. In: PRADO, Luiz Regis (coord). *Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social em el derecho español*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BLANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas, 1994

MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal - vol. I*. São Paulo: Saraiva, 1993.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

PONTE. Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

POPPER, Karl Raymund. *Lógica das ciências sociais*. Trad. Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

_____. *Conjecturas e refutações*. Trad. Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral – vol. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIRÓZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Penas e medidas de segurança se distinguem realmente?*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.147, p. 15-16, fev. 2005.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTIAGO, Mir Puig. *Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

_____. *A criminologia radical*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (org.). *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

SENRA, Ana Heloísa. *Inimputabilidade: conseqüências clínicas sobre o sujeito*. São Paulo: Annablume; Belo Horizonte: FUMEC, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Pena e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alfien da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____; *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.