

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

PATRICIA TRITA DIAS

**MEDIDA DE SEGURANÇA
A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO INDULTO COLETIVO**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

SÃO PAULO

2012

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

PATRICIA TRITA DIAS

**MEDIDA DE SEGURANÇA
A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO INDULTO COLETIVO**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Monografia apresentada como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, sob a orientação do Professor Dr. Hugo Crepaldi Neto.

SÃO PAULO

2012

MEDIDA DE SEGURANÇA
A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO INDULTO COLETIVO

PATRICIA TRITA DIAS

Aprovada em ___/___/_____

Prof. Dr. Hugo Crepaldi Neto

Conceito Final: _____

Dedico este trabalho a minha mãe Silvana e a meu irmão Fabio, pelo apoio durante toda esta jornada.

Dedico ao meu pai José Fernando, meu grande exemplo de vida (in memoriam).

Agradeço aos meus pais José Fernando e Silvana, que me brindaram com exemplos de caráter e me ensinaram a buscar sempre o melhor de mim, mas também a nunca deixar de lado a honra, a dignidade, o respeito e a humildade; e ao meu irmão Fabio, grande e eterno amigo.

Agradeço ao Professor Doutor Hugo Crepaldi Neto por ter coordenado o curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal com maestria, superando todas as dificuldades e me despertando o prazer de voltar a estudar.

Agradeço ao Professor Doutor Paulo Álvaro Chaves Martins Fontes por ter me apresentado ao Direito Penal, transformando esta matéria em uma verdadeira paixão.

Agradeço, ainda, aos Doutores Promotores de Justiça das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo por terem me ensinado sobre o assunto, auxiliando na criação de uma visão crítica sobre tema ainda pouco abordado na doutrina.

*Falo a língua dos loucos, porque não conheço a
mórbida coerência dos lúcidos*
(Fernando Veríssimo)

RESUMO

A medida de segurança passou por uma longa e intrincada evolução histórica, tendo sofrido influências marcantes das Escolas Penais, principalmente no que diz respeito ao positivismo criminológico, até adquirir sua diagramação atual. Não há dúvidas acerca de sua natureza jurisdicionalizada e autônoma, sendo sua finalidade bastante diversa daquela apresentada pela pena, isso porque visa, precipuamente, o tratamento e a cura do imputável ou fronteiriço e a sua posterior reinserção social. O indulto, por sua vez, é causa extintiva da punibilidade que funciona como meio de política criminal, destinando-se ao esvaziamento do cárcere e à solução de eventuais injustiças judiciárias. A presente pesquisa busca analisar a discrepância da aplicação deste instituto às medidas de segurança, havendo um profundo distanciamento entre o perdão da medida de segurança previsto pelo Decreto Presidencial nº 6.706/2008 e as disposições constitucionais, legais e principiológicas vigentes. Em um primeiro momento, entendemos que não há previsão constitucional para a aplicação de indulto aos internados ou submetidos a tratamento ambulatorial, tendo o Chefe do Poder Executivo extrapolado a atribuição que lhe foi expressamente conferida. Ademais, o indulto da medida de segurança não se coaduna com a legislação infraconstitucional existente, até mesmo porque permite a liberação de indivíduo ainda perigoso e não totalmente recuperado, inviabilizando a sua desinternação ou liberação condicional. Por fim, mas não menos importante, defendemos que, em se tratando de ato administrativo, o Decreto concessivo do perdão da medida de segurança encontra-se em descompasso com os princípios que regem a sua elaboração, sendo completamente desarrazoado, desproporcional e desigual. Assim, ainda que existam inúmeras dificuldades na execução das medidas de segurança, a aplicação de instituto concebido para as penas enseja subversão da ordem e, portanto, revela-se impraticável.

Palavras-chave: Medida de segurança – indulto – impossibilidade.

ABSTRACT

The safety measure has had a long and intricate historical development, having been marked by influences of Criminal Schools, especially with regard to criminological positivism, to acquire its current layout. There is no doubt about its juridical and autonomous nature, and its purpose quite different from that presented by the penalty, because it is aimed primarily, treatment and cure of the blameless and their subsequent reintegration into society. The forgiveness, in turn, serves as a political criminal, designed to empty the prison and judicial settlement of any injustice. This research seeks to analyze the discrepancy of the application of this institute to the safety measures. There is a severe disconnect between forgiveness of security measures provided by Presidential Decree No. 6.706/2008 and the constitutional, legal and principal commands. At first, we understand that there is no constitutional provision for the application of forgiveness to the hospitalized or undergoing outpatient treatment. The Chief Executive extrapolated assignment that has been expressly granted. Also, forgiving the safety measure is inconsistent with the existing legislation, as it allows the release of dangerous individual still not fully recovered, avoiding its conditional release. Last but not least, we argue that the decree of forgiveness is against the principals provided, being completely unreasonable, disproportionate and unequal. Thus, although there are many difficulties in the implementation of safety measures, the application of these penalties designed to institute gives rise to the subversion of order and therefore proves to be impractical.

Keywords: Safety measure – forgiveness - impossibility

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
Capítulo I - A MEDIDA DE SEGURANÇA COMO ALTERNATIVA À INSUFICIÊNCIA DA PENA NA PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE	12
1.1 Conceito e esboço histórico da medida de segurança	12
1.2 A influência das escolas penais na sistematização da medida de segurança .	14
1.2.1 Escola Clássica.....	15
1.2.2 Escola Correccionalista	17
1.2.3 Escola Positiva italiana	18
1.2.4 Escola Moderna alemã e o positivismo de Franz Von Listz.....	22
1.3 Anteprojeto de Karl Stoos	24
1.4 A medida de segurança na legislação pátria	25
1.4.1 A medida de segurança no Código Penal de 1940.....	27
1.4.2 A Lei de Execução Penal.....	33
Capítulo II - A MEDIDA DE SEGURANÇA COMO MEDIDA JURISDICIONALIZADA E SANÇÃO PENAL AUTÔNOMA	36
2.2 Medida de segurança e pena: uma análise comparativa	38
2.2.1 Finalidade da pena	39
2.2.1.1 Teoria Absoluta ou da Retribuição.....	40
2.2.1.2 Teoria Relativa, Finalista, Utilitária ou da Prevenção.....	41
2.2.1.3 Teoria Mista, Eclética, Intermediária ou Conciliatória	45
2.2.2. Finalidade da medida de segurança.....	48
Capítulo III - PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO E EXTINÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	53
3.1 Prática de fato ilícito-típico penal	53
3.2 Periculosidade criminal	57
3.3 Cessação da periculosidade e cessação ou desinternação condicional.....	61
Capítulo IV - O INDULTO COLETIVO E A MEDIDA DE SEGURANÇA	63
4.1 Considerações gerais sobre o indulto coletivo	63
4.2 Competência para concessão do indulto e natureza jurídica do ato concessivo	65

4.3 Limites à discricionarietà do Presidente da República67
4.4 Inviabilidade de concessão de indulto coletivo às medidas de segurança.....73

CONCLUSÕES83

REFERÊNCIAS87

INTRODUÇÃO

A medida de segurança nada mais é que a consequência jurídica impingida aos inimputáveis ou fronteiriços que tenham praticado uma infração penal e que revelem, como prognóstico, um estado de periculosidade criminal. Trata-se, em verdade, de sanção penal que busca tratar, curar, corrigir e, posteriormente, reinserir o delinquente a ela submetido à sociedade, protegendo esta última de novas práticas delitivas.

Através de uma análise da evolução histórica das medidas de segurança, pode-se depreender, sem sombra de dúvidas, que se trata de sanção penal autônoma, distinta da pena. Sua finalidade precípua, conforme já mencionado no parágrafo anterior, revela-se eminentemente preventiva, ao contrário da pena, cujos objetivos residem não só na prevenção, mas também na retribuição, no castigo, pela prática do delito.

Incontestemente, portanto, que não se pode dispensar o mesmo tratamento às penas e às medidas de segurança. Tanto é verdade que o próprio legislador pátrio sistematizou as sanções penais de forma bastante diversa, buscando atender aos seus objetivos.

Nada obstante, contrariando a ordem constitucional, a legislação infraconstitucional e os princípios norteadores dos atos administrativos, o Presidente da República, ao editar o Decreto nº 6.706/2008, inovou no ordenamento jurídico e previu a possibilidade de concessão de indulto coletivo aos indivíduos submetidos à medida de segurança.

O presente estudo busca, portanto, realizar uma análise crítica no que diz respeito à possibilidade do perdão das medidas de segurança. Pretende demonstrar que referido instituto assume um importante papel com relação às penas, mas se mostra inadequado às medidas de segurança, frustrando, inclusive, a sua finalidade curativa e assistencial.

O trabalho será organizado em capítulos, da seguinte forma:

O primeiro tratará da conceituação e evolução histórica da medida de segurança, bem como de sua sistematização no ordenamento pátrio, atentando para a grande influência das Escolas Penais, mais precisamente, do positivismo criminológico.

O segundo versará sobre a natureza da medida de segurança e seu distanciamento da pena, máxime no que diz respeito às diferenças existentes entre suas finalidades.

O terceiro capítulo cuidará dos pressupostos de aplicação das medidas de segurança e da sua forma de extinção.

O quarto e último capítulo discutirá especificamente a impossibilidade de aplicação do indulto às medidas de segurança, ressaltando-se a sua incompatibilidade com a ordem constitucional e legal vigentes e, ainda, com os princípios que norteiam a elaboração dos atos administrativos.

O método empregado é o da pesquisa bibliográfica em obras doutrinárias.

I – A MEDIDA DE SEGURANÇA COMO ALTERNATIVA À INSUFICIÊNCIA DA PENA NA PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE

1.1 Conceito e esboço histórico da medida de segurança

Através de uma análise etimológica do termo medida de segurança, pode-se depreender que a palavra *medida* é empregada no sentido de *meio*, *cautela*, *providência*. Já a palavra *segurança* (do latim *securatia*), exprime a real ausência de perigo, porque não existe, ou mesmo porque foram neutralizadas as suas causas (se, partícula privativa, e *cura*, cuidado; o que dispensa cuidado)¹.

Dessa feita, a medida de segurança nada mais é que uma providência, uma cautela do poder político, dispensada àqueles delinquentes semi-imputáveis ou inimputáveis, que cometeram um crime. Busca-se, dessa forma, impedir que indivíduos perigosos venham a reincidir na prática de delitos, submetendo-os ao tratamento necessário para a sua posterior reinserção social.

A aplicação da medida de segurança é bastante antiga em nossa civilização. As Leis de Manu continham dispositivos de caráter preventivo que não se assimilavam às penas, ademais, nas antigas leis romanas, havia o chamado instituto da relegação, o qual tinha como objetivo precípuo afastar os indivíduos perigosos à ordem pública².

Contudo, em sua origem embrionária, a medida de segurança não se destinava especificamente aos indivíduos que cometessem um delito, sendo aplicada como um meio preventivo às ações de menores infratores, ébrios habituais, ou vagabundos. Tratava-se, em verdade, de um instrumento de defesa social,

¹ NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*. Saraiva: São Paulo, 1937, p. 87.

² RABINOWICZ, Léon, *Mesures de Sûreté*, Paris, 1929, p. 8-14, por sua vez, funda nas *Pandectas* (Livro I, Título 18, Fragmento 14) a origem dessas medidas preventivas, relatando que, quando Marco Aurélio tomou conhecimento, por intermédio de um pretor, da trágica notícia de que um indivíduo, que tinha perdido a razão, havia praticado um parricídio, o imperador romano, depois de ponderar que ao criminoso faltava capacidade de imputação, em face de seu estado mental patológico, ordenou, todavia, que o pusesse em custódia, para evitar a reprodução de outros fatos criminosos e garantir a integridade individual e a segurança da ordem coletiva.

segregando aqueles que colocassem a sociedade em risco, ou mesmo que fossem precursores de um mau exemplo.

A partir do século XIX, a medida de segurança passou a assumir uma roupagem mais parecida com a que ostenta nos dias atuais. Com o Código Zanardelli, promulgado na Itália, em 1889, as medidas de caráter curativo, muito embora ainda não perfeitamente sistematizadas e ainda muito ligadas à aplicação da pena propriamente dita, se incorporaram, pela primeira vez, a um código penal³, deixando de fazer parte apenas da esfera administrativa.

O aumento irrefreável da recalcitrância criminosa e a insuficiência da pena para combater os graves e preocupantes fenômenos da delinquência habitual, da delinquência juvenil, da delinquência de indivíduos perigosos de mente mórbida, foram fatores determinantes para o surgimento de novas formas de defesa do meio social.

A pena é essencialmente retributiva, além de desempenhar uma função preventiva geral em face da grande maioria dos homens. Ocorre que seu objetivo não era alcançado em relação às figuras acima destacadas, as quais exigem uma resposta jurídico-penal diversa, de caráter eminentemente preventivo, na modalidade prevenção individual.

Percebeu-se, assim, que impor castigo a quem não possui noção de valor de seus atos torna a pena inócua, isso porque impede a sua consequência expiatória, intimidadora. Justamente por tais razões, a medida de segurança exsurgiu para abrir as portas das prisões, transferindo muitos delinquentes a hospitais e manicômios, onde receberiam o tratamento adequado a uma possível ressocialização.

³ Consoante se extrai da obra de SOUZA, Moacyr Benedicto de. *O problema da unificação da pena e da medida de segurança*. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 24: “Nem sempre se tem dado o devido valor à contribuição desse diploma repressivo no desenvolvimento do instituto que vimos estudando. Nele, notadamente, as medidas de caráter curativo, tiveram tratamento digno de aplausos. Dentre elas, cumpre destacar a que mandava internar em asilos os enfermos mentais perigosos (art. 46); a instituição de casas de saúde destinadas a receber delinquentes com pequenas anomalias mentais (art. 47, § V); a criação de estabelecimentos especiais para o acolhimento de alcoólatras habituais (art. 48, § III); e ainda diversos dispositivos de proteção e recuperação do menor delinqüente (arts. 53 a 55)”.

Ao analisar essa profunda transformação doutrinária, que passou a encarar a realidade dos criminosos, se contrapondo a uma visão abstrata do delito, J. C. Ataliba Nogueira ponderou que:

No tocante á realização do direito penal, não se deve ter em conta apenas a avaliação intrínseca do fato delituoso considerado em si mesmo, mas deve a lei prescrever ao juiz o perfeito conhecimento da personalidade do réu, levando em conta todo o complexo de fatores subjetivos, que tão poderosa influencia têm na ação delituosa. Atendendo, já ao crime, já aos fatores subjetivos, a lei determinará quando se deve punir e quando se não deve punir, para, neste ultimo caso, apenas colocar a pessoa perigosa em situação de não poder obrar o mal.

A crise da pena e a necessária manutenção da paz e da ordem pública legitimaram a criação e o aperfeiçoamento desse moderno meio de defesa social, capaz de auxiliar o Estado no combate à criminalidade e na busca pela justiça.

Toda essa evolução, contudo, não foi fácil. Consoante se demonstrará a seguir, a Escola Positiva Italiana, o Positivismo de Franz Von Liszt e o Anteprojeto de Karl Stoos foram elementos determinantes para o surgimento e consolidação da medida de segurança como sanção penal alternativa.

1.2 A Influência das Escolas Penais na sistematização da medida de segurança

É cediço que a legislação criminal na Europa, por volta do século XVIII, caracterizava-se pela excessiva tirania, sendo o Direito um verdadeiro instrumento gerador de privilégios, vez que os indivíduos eram julgados de acordo com a sua condição social.

Foi como uma reação a essas ideias que surgiram as correntes iluministas e humanitárias, cujo ápice foi atingido na Revolução Francesa, e que têm como precursores: Voltaire, Montesquieu e Rousseau. Tais doutrinadores criticaram a severidade das sanções penais aplicadas aos condenados, bem como propuseram a individualização da pena, obedecendo, assim, ao postulado da proporcionalidade.

Em meados do século XIX, despontaram diversas correntes de pensamento estruturadas de acordo com os princípios fundamentais. Essas correntes, convencionalmente chamadas de Escolas Penais, podem ser definidas como “o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções”⁴.

1.2.1 Escola Clássica

A denominação da Escola Clássica foi conferida, pejorativamente, pelos positivistas, como forma de combatê-la mais facilmente.

É claro que dentre os seus seguidores há inúmeras divergências, até mesmo porque derivaram de teorias bastante distintas entre si, sendo, contudo, possível destacar alguns pontos de convergência.

Não há dúvidas de que os estudos foram voltados para a figura do crime em si, ficando a vítima e o agente infrator em um segundo plano. Seu maior objetivo foi lutar contra o cruel e arbitrário direito punitivo vigente durante toda a Idade Média, buscando, dessa forma, dissipar uma maior consciência de justiça.

A doutrina clássica repousa seus fundamentos, em grande parte, na obra de Cesare Beccaria, *Dos delitos e das Penas*, em que foram sintetizados os princípios do Iluminismo, criticando-se a desumanização do delinquente em prol de uma necessária vingança coletiva⁵.

⁴ ASÚA, Luiz Jiménez. *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed., Buenos Aires, Losada, 1964, v. 2, p. 31.

⁵ Destaca-se o seguinte trecho da obra de BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, tradução de Paulo M. Oliveira. Bauru/SP: EDIPRO, 1ª ed., 2003, p. 23: “Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empregar os outros a mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassem a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior liberdade que o soberano conservar aos súditos”.

Desse movimento iluminista surgiram duas teorias, com fundamentos distintos: o jusnaturalismo, de Grócio, que defendia a ideia de um direito superior, natural, decorrente da própria natureza humana, imutável e eterno e, de outro lado, o contratualismo, de Rousseau, sistematizado por Fichte, segundo o qual o Estado nada mais é que o resultado de uma união de vontades, de um livre acordo, em que os homens abrem mão de parte de sua liberdade para receberem, em troca, a proteção estatal, visando à defesa da ordem e da segurança comuns. Ambas as teorias, apesar de substancialmente diferentes, possuem em comum a existência de um direito superior, limitador da atuação do Estado. Defendiam a supremacia da dignidade humana e o direito do cidadão, funcionando como fundamento do individualismo, que, por sua vez, inspirou o surgimento da Escola Clássica.

Referida Escola distinguiu-se em dois grandes períodos: a) o teórico-filosófico, em que predominou uma visão mais utilitarista, residindo o fundamento do Direito Penal na necessidade social. Seu maior expoente foi Cesare Beccaria, acompanhado de Filangieri, Romagnosi e Carmigiani e o b) técnico-jurídico, em que há um predomínio do jusnaturalismo e da função retributiva da pena. Seu principal doutrinador foi Francesco Carrara, símbolo da expressão definitiva da Escola Clássica.

Para Carrara, o crime não é um ente fático e sim um ente jurídico, isso porque não consiste em uma simples ação, mas sim em uma infração à Lei do Estado, resultante de um ato humano externo, positivo ou negativo.

Ademais, o mestre também defendia o livre-arbítrio como fundamento da punibilidade. Assim, um homem jamais poderia ser julgado por um crime que ele não quis ou não tinha condições de compreender, nem ser submetido a qualquer tipo de resposta penal em virtude de fatos sobre os quais não teve responsabilidade, sob o ponto de vista subjetivo.

A pena era encarada como uma retribuição àquele que, livremente, optou por descumprir a lei. Dessa feita, o indivíduo alienado mental e que, portanto, não tem condições de realizar essa opção, estaria fora das esferas do direito penal.

Por fim, preconizava o doutrinador que as ações somente poderiam ser convertidas em crime por intermédio de uma lei, consagrando, dessa forma, o princípio da reserva legal.

Destarte, podemos afirmar que a Escola Clássica tem como vigas mestras a ideia do homem racional, igual e livre; a teoria contratualista e o fim utilitário da pena, aliando o castigo às limitações éticas.

As maiores críticas em torno da referida Escola fundam-se no fato de que o delinquente, o próprio delito e a pena são encarados como abstrações apartadas do mundo real, ficando os meios preventivos reduzidos a *“mesquinhas e estéreis providências de polícia, pois esta também tinha ação relativamente mui restrita, ainda mais diminuída pela índole do regime”*⁶.

1.2.2 Escola Correccionalista

A finalidade retributiva da pena mostrou-se insuficiente para combater a criminalidade, sendo ineficaz na recuperação de criminosos que, no mais das vezes, voltavam a delinquir.

Essa situação, aliada à incontestável necessidade de defesa social, fez com que surgisse uma segunda escola, inspirada no pensamento clássico, mas cujo objetivo era a recuperação, o tratamento do delinquente.

O correccionalista de maior destaque foi, sem dúvida, o alemão Karl Roeder, segundo o qual o direito é um conjunto de condições dependentes da vontade livre, para o cumprimento do destino do homem.

Com os seus estudos, o direito penal passa a olhar o homem e não apenas o delito; mas não o homem abstrato, como ocorria no pensamento clássico, e sim o homem real, efetivo.

⁶ NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*. Saraiva: São Paulo, 1937, p. 78.

O delinquente passa a ser definido com um ser anormal, incapaz de uma vida jurídica livre, configurando um verdadeiro perigo para a sociedade, sendo indiferente a existência ou não de imputabilidade. O seu maior objetivo não é, portanto, punir o delito em si, mas recuperar o criminoso.

No que concerne à pena, o mestre alemão proporcionou um enorme avanço, defendendo que, se o seu objetivo é corrigir o delinquente, não pode ela ficar adstrita a um limite temporal. Assim, deveria a sanção durar o tempo necessário para o alcance do seu fim – a tutela social – permitindo-se, inclusive, a inocuização do delinquente, caso fosse preciso.

Percebe-se, portanto, que o pensamento correcionalista começou a dar indícios de um movimento que, mais tarde, ensejaria o abandono da sanção-pena como uma simples retribuição, um castigo institucionalizado, e a adoção de novos meios sancionatórios, mais eficientes para a recuperação do indivíduo; rumava-se, desse modo, para o surgimento e sistematização das medidas de segurança.

1.2.3 Escola Positiva Italiana

A Escola Positiva surgiu em contraposição à Escola Clássica e, com um aparato científico e criminológico⁷, buscou afastar as fórmulas e concepções abstratas de seus antecessores.

⁷ Conforme a obra de DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1997: “Independentemente da validade intrínseca das suas hipóteses explicativas – muitas delas parecendo hoje, pelo menos, bizarras –, a verdade é que tal escola representou um salto qualitativo no tratamento do crime. Com ela nasceu a criminologia científica, com disciplina construída segundo os métodos e os instrumentos das <verdadeiras ciências>. Constitui, de resto, um tópico recorrente na obra dos grandes da escola positivista a referência à idéia de mudança: a exaltação dos créditos de cientificidade da escola, a par das críticas às representações <metafísicas> da velha escola clássica. <Falamos duas linguagens> - escreve a propósito Ferri. <Para nós é o método experimental que constitui a chave de todo o conhecimento; para eles (sc., a escola clássica) tudo deriva da dedução lógica e do argumento de autoridade. Eles substituem os fatos por silogismos; nós consideramos que são os fatos que governam (E. Ferri, <Polêmica in defesa della scuola positiva>, apud T. Sellin, <Enrico Ferri> in: H. Mannheim, (n.5), pág. 295)”

Não há dúvidas, portanto, que o positivismo italiano pautou-se em métodos experimentais, dotados de alto grau de realismo, superando os métodos lógico-dedutivos, então considerados falhos.

Houve, na verdade, uma priorização dos interesses sociais em relação aos individuais. Assim, é certo que a ressocialização do delinquente caiu a um segundo plano, passando a aplicação da pena a ser encarada como uma reação natural do corpo social contra a atividade anormal de seus integrantes.

O aparecimento da Escola Positiva pode ser explicado pelos seguintes fatores: a) ineficácia das concepções clássicas relativamente à diminuição da criminalidade; b) descrédito das doutrinas espiritualistas e metafísicas e a difusão da filosofia positivista; c) a aplicação dos métodos de observação ao estudo do homem, especialmente em relação ao seu aspecto psíquico; d) os novos estudos estatísticos realizados pelas ciências sociais, os quais permitiram a comprovação de certa regularidade e uniformidade nos fenômenos sociais, incluindo a criminalidade; e) as novas ideologias políticas, as quais pretendiam que o Estado assumisse uma função positiva na realização dos fins sociais, mas, ao mesmo tempo, entendiam que aquele tinha ido longe demais na proteção dos direitos individuais⁸.

O núcleo embrionário do positivismo pode ser encontrado na obra de Lombroso, *L'Uomo delinquente* que, com inegável influência de Charles Darwin, partia da ideia básica de existência de um criminoso nato, cujas anomalias constituiriam um tipo antropológico específico e, portanto, facilmente identificável dentre os integrantes do corpo social.

Apesar de sua teoria ter se revelado um grande fracasso, a obra do mencionado doutrinador teve uma grande importância na fundação da Antropologia Criminal, ciência essa que busca encontrar uma explicação causal para o comportamento criminoso.

⁸ CANTERO, *La ciência Del Derecho Penal y su evolución*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 79.

Como discípulos de Lombroso, surgiram Raffaele Garófalo e Enrico Ferri, os quais, apesar de divergirem consideravelmente de seu mestre, e até mesmo entre si, possuíam em comum o postulado determinista, a rejeição do livre arbítrio e de seus pressupostos metafísicos.

A obra de R. Garófalo, assim como a dos demais positivistas, deixa transparecer uma grande influência do darwinismo e consegue dar sistematização jurídica à Escola Positiva, estabelecendo alguns princípios, tais como: a) a responsabilidade do delinquente encontra seu fundamento na sua periculosidade; b) a pena deixa de ter uma finalidade retributiva e passa a funcionar como uma forma de prevenção; c) o direito de punir passa a se fundar na teoria da defesa social, deixando em segundo plano os objetivos reabilitadores do indivíduo; d) o crime deixa de ser um ente jurídico e passa a ser um ente social⁹.

Referido doutrinador preocupou-se em dar uma explicação psicológica para o crime, sendo, até, bastante radical no que diz respeito aos chamados *delinquentes habituais*, em relação aos quais defendia a aplicação do método eliminativo, eis que não haveria ameaça séria, que não a pena de morte¹⁰.

Com traços correccionalistas, R. Garófalo defendia a incapacitação do delinquente, deixando de lado o fim ressocializador da sanção.

E. Ferri, considerado o pai da sociologia criminal, sustentou que a imposição da pena não se justificava pela capacidade de autodeterminação de um indivíduo, mas sim pelo fato de ele fazer parte de um corpo social¹¹.

Contrariando a doutrina de Cesare Lombroso e R. Garófalo, E. Ferri acreditava que a grande maioria dos criminosos poderia ser corrigida, classificando como incorrigíveis apenas os delinquentes habituais, dentre os quais uma pequena minoria ainda seria readaptável.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88-89.

¹⁰ Sobre o tema, ver GARÓFALO, Raffaele. Influência das leis. In: *Criminologia*. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1925.

¹¹ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Espanha: Centro Editorial de Góngor, 1909, t. 2, p. 3.

Sua inclinação sociológica fez com que defendesse a aplicação de medidas preventivas de natureza técnica e econômico-social, funcionando o Estado como instrumento fundamental de controle da vida em sociedade.

Das considerações acima expostas, pode-se extrair o núcleo da corrente positivista que, muito embora tenha sido superada na sua vertente antropológica-causal, possui grande influência no tratamento atualmente dispensado aos delinquentes.

A grande preocupação da Escola Clássica com os direitos dos indivíduos foi lentamente cedendo espaço aos direitos da sociedade, à necessidade de uma defesa social, cujo alcance passou a depender cada vez mais de um conhecimento aprofundado da personalidade do criminoso.

É neste contexto que emerge uma concepção diferenciada da reação criminosa, a qual não mais deve ter como ponto central o delito abstratamente considerado, mas sim a necessidade de ameaça – da temibilidade (para R. Garófalo) e da periculosidade (para E. Ferri) – do delinquente.

Consoante se extrai da obra de R. Garófalo, o que realmente importava medir não era a intensidade dos impulsos criminosos, mas sim a força de resistência a tais impulsos ou, o que significaria quase a mesma coisa, o senso moral do delinquente. Apenas essa medida poderia revelar o que nele há de temer. Assim, seria preciso apenas adequar o grau preventivo das sanções penais ao grau de temibilidade¹², fórmula essa que garantiria a realização da defesa social.

A medida de segurança nada mais seria que um instrumento de contenção da perversidade constante do criminoso. Bastaria uma análise do grau de inadaptabilidade social do delinquente, para que se adotasse o meio preventivo mais adequado, o remédio mais acertado para a falta de adaptação às relações jurídicas da sociedade.

¹² GARÓFALO, Rafele. *Criminologia*. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1925, p. 371 e seguintes.

Já para E. Ferri, o indivíduo somente poderia receber uma punição se estivesse presente a periculosidade criminal, cuja constatação se dava através da análise de três critérios: a) gravidade do crime; b) os motivos determinantes e c) a personalidade do agente. A conjugação de fatores indicativos de referida periculosidade autorizava a aplicação da medida de segurança, como decorrência do conceito de responsabilidade social.

Evidente, portanto, que a corrente positivista negava a existência de uma verdadeira liberdade, estando todos os indivíduos sujeitos às forças determinantes da natureza. Dessa feita, o fundamento do direito de punir residia na defesa social contra aquele que, por uma condição evolutiva, genética ou social, ameaçava os demais integrantes da sociedade, os quais não estariam sujeitos a esta mesma força criminógena¹³.

A pena assumiu, sem sombra de dúvidas, um caráter eminentemente preventivo. O grande objetivo dos positivistas foi traçar um paralelo entre o ato perigoso e a pessoa do delinquente, evitando a recalcitrância. Neste contexto, assumiu grande relevância o utilitarismo, sendo as medidas preventivas nada mais que um verdadeiro instrumento de eficácia e utilidade na repressão da criminalidade.

1.2.4 Escola Moderna Alemã e o Positivismo de Franz Von Listz

Com o intuito de superar o extremismo da Escola Clássica e da Escola Positiva, surgiram outras correntes que buscavam uma conciliação dos postulados defendidos por suas antecessoras.

Os pensadores ecléticos, como foram chamados os precursores dessas novas escolas penais intermediárias, foram responsáveis por uma evolução dos estudos das ciências sem, contudo, romper de forma definitiva com as construções doutrinárias até então reinantes.

¹³ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura*. Brasília: ESMPU, 2008, p. 130.

A Escola Moderna Alemã teve como seu maior expoente o mestre vienense Franz Von Listz. Em 1882 o positivista publicou o *Programa de Marburgo – a idéia do fim no Direito Penal*, oportunidade em que concebeu uma utilidade ao direito penal, qual seja, a proteção dos interesses da vida humana.

O renomado doutrinador desenvolveu o conceito de *pena-fim*, relegando a um segundo plano a finalidade retributiva da pena e priorizando a prevenção especial. Segundo ele: “a justificação da pena finalística está na necessidade dela para a manutenção da ordem jurídica e conseqüentemente para a manutenção do Estado”¹⁴.

Resta claro, portanto, que a defesa social foi também eleita como a principal justificação para a imposição da pena, integrando em um só tipo de sanção os fins retributivos e preventivos.

Não se olvidava, contudo, que a aplicação da pena deveria ter em conta não apenas a intenção delituosa em si, mas aquela demonstrada em um crime certo e determinado. Traço marcante da Escola Positivista, o realismo marca presença também na obra de Von Listz que, por considerar a pena uma medida ofensiva à liberdade individual e que inegavelmente afeta o bem estar social, defende a realidade como única causa justificadora da ação repressiva do Estado.

A punição passou a ser legitimada não só como uma resposta aos cidadãos de bem, demonstrando que o Estado efetivamente se preocupa com os seus preceitos, mas também como uma prevenção à prática de novos delitos, ocasião em que a medida de tratamento se justificava com fins de intimidação, recuperação ou inocuização.

No que tange aos alienados mentais, o autor deixou clara a sua preocupação com aqueles que, apesar de não entenderem o caráter ilícito da conduta, geram um inegável risco à sociedade. Para eles, ainda que a lei determine

¹⁴ LISTZ, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*, tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003, tomo I, p. 159.

a absolvição em virtude da ausência de imputabilidade, deve se providenciar a sua colocação de modo a ficar resguardado o corpo social.

Pode-se afirmar, portanto que a medida de segurança nasceu na obra de Franz Von Listz, por segmentação da pena. Ao passo em que a pena ficava encarregada da intimidação, a medida de segurança destinava-se à emenda e a segregação daqueles que sofriam de alienação mental¹⁵.

1.3 Anteprojeto de Karl Stoos

A medida de segurança foi prevista de forma esparsa em algumas legislações europeias, mas foi em 1893, com o Anteprojeto do Código Penal suíço, elaborado por Karl Stoos, que o problema foi enfrentado pela primeira vez de forma sistematizada, buscando a prevenção individual.

Sem sombra de dúvidas, o Anteprojeto de Karl Stoos representou um marco no Direito Penal mundial, transformando-se em modelo para as posteriores tentativas de codificação unificada do direito penal suíço, bem como um exemplo aos legisladores do mundo todo.

Através da concretização do pensamento positivista de Franz Von Liszt, idealizador das medidas de segurança como uma sanção complementar aos delinquentes ainda não recuperados, o professor suíço juridicializou o instituto.

A medida de segurança era aplicada a uma generosa gama de delinquentes: os irresponsáveis, os semi-responsáveis, os alcoólatras, os recalcitrantes, os vagabundos e os menores.

Consoante se extrai da tese apresentada por Eduardo Reale Ferrari, como exigência para a obtenção do título de Doutor em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

¹⁵ FIRMO, Anibal Bruno de Oliveira. *Medidas de Segurança*. Recife: S.N., 1940.

Disciplinada de forma sistemática no Anteprojeto, a medida de segurança apareceu pela primeira vez, ao lado da pena, possuindo, como características: a) atribuir-se prioritariamente ao juiz; b) pronunciar-se sob a forma de sentença relativamente indeterminada, com duração condicionada à cessação de periculosidade; c) basear-se na periculosidade do delinqüente; d) executar-se em estabelecimentos especializados e adequados ao tratamento do periculoso; e) constituir-se em medida complementar, algumas vezes substitutiva à pena, aplicando-se àqueles delinqüentes incorrigíveis cuja execução da pena seria ineficaz¹⁶.

Dispensou-se um tratamento diferenciado aos reincidentes que, mesmo depois de terem sido submetidos à pena, voltassem a delinquir em um período inferior a cinco anos, autorizando, assim, a aplicação de uma medida específica.

Resta evidente, que a medida de segurança foi concebida no Anteprojeto não como uma complementação à pena, mas sim como uma alternativa para os casos em que esta se mostrasse insuficiente, substituindo-a.

Apesar de ter influenciado a consagração da medida de segurança, vale a pena ressaltar que a obra de Stoos atribui ao instituto uma roupagem bastante diferente daquela que lhe foi conferida nos dias atuais. Basta observar que as medidas preventivas eram aplicadas independentemente da prática de uma conduta criminosa, estendendo-se não apenas aos inimputáveis, mas também aos jovens, alcoólatras e vagabundos.

Ainda assim, representou uma importante inovação no combate à criminalidade, tendo as suas propostas sido seguidas por diversas outras nações, tais como os Códigos Penais Alemão e Austríaco, de 1909 e 1910, respectivamente.

¹⁶ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. 2000. 370f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 23.

1.4 A medida de segurança na legislação pátria

No Brasil, a medida de segurança foi prevista em legislações bastante antigas. Mesmo antes da sistematização realizada por Karl Stoos, nos Códigos de 1830 e 1890, foram estabelecidas medidas direcionadas aos inimputáveis, posteriormente estendidas a outros tipos de delinquentes, tais como vadios, anarquistas, toxicômanos, etc.¹⁷.

Tais medidas, contudo, tinham a natureza de pena, ora principais, ora acessórias, ou ainda de meios processuais. Entretanto, sua estrutura em muito se assemelha às modernas medidas de segurança.

O Projeto Vieira de Araújo, elaborado no ano de 1893, como um esboço de reforma do Código Republicano de 1890, previa a necessidade de manterem-se os alienados mentais em hospícios penais ou, na ausência destes, em local separado nos hospícios comuns.

Tal preocupação foi também objeto do Decreto nº 1.132, de 22 de dezembro de 1903. Em seu artigo 1º, disciplinava que *“o individuo que, por molestia mental, congenita ou adquirida, comprometter a ordem publica ou a segurança das pessoas, será recolhido a um estabelecimento de alienados”*. Em seguida, já no artigo 11, reproduzia a necessidade de separação dos alienados delinquentes daqueles doentes mentais comuns.

Consoante se pode observar da leitura do primeiro dispositivo acima referido, as medidas eram destinadas não só aos alienados delinquentes, mas a todos aqueles que, de alguma forma, pudessem colocar em risco a ordem pública ou a segurança das pessoas. Tanto é verdade que o Decreto destinou-se a regularizar a assistência a alienados como um todo, e não apenas àqueles dedicados à criminalidade.

¹⁷ SOUZA, Moacyr Benedicto de. *O problema da unificação da pena e da medida de segurança*. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 27.

Em 1913 surgiu um novo Projeto, assinado desta vez por Galdino Siqueira, o qual não apresentou grandes alterações, enfatizando, uma vez mais, que os delinquentes alienados deveriam ser mantidos em local separado.

Posteriormente, em 1927, o Projeto elaborado por Virgílio de Sá Pereira foi o primeiro a acolher um conjunto de medidas de segurança. Com a denominação de “medidas de defesa social”, elas apareceram bastante tímidas e carentes de sistematização. Sua importância reside, ainda, na previsão dos “delinquentes de imputabilidade restrita” (artigo 29, § 3º), bem como na determinação para que o juiz decrete a internação daquele acusado absolvido por ausência de imputabilidade, desde que comprovada a sua “temibilidade” (artigo 171).

Apesar das incontestáveis contribuições dos Projetos e das legislações acima destacadas, foi com a edição do Código Penal de 1940 que as medidas de segurança receberam a devida sistematização, inaugurando-se, assim, uma nova era no combate à criminalidade.

1.4.1 A medida de segurança no Código Penal de 1940

O Código Penal de 1940, consoante já afirmado no item anterior, foi a primeira legislação pátria a efetivamente sistematizar as medidas de segurança.

Nada obstante, não adotou o sistema vicariante, atualmente vigente em nosso país, mas sim o sistema do duplo-binário, em que a medida de segurança é normatizada ao lado da pena, funcionando, algumas vezes, como um verdadeiro complemento, quando direcionada aos imputáveis ou, em outras ocasiões, como sua substituta, quando dirigida aos inimputáveis.

Ao contrário dos inúmeros Projetos que o antecederam, o Estatuto Repressor da década de 40 exigia, como condição de aplicabilidade da medida de segurança, não só a periculosidade do agente, mas também o cometimento de um crime. Tal postulado, contudo, não era absoluto, isso porque o artigo 76, em seu

parágrafo único, autorizava a aplicação de medida de segurança nas hipóteses de crime impossível (artigo 14) e de impunibilidade (artigo 27), desde que o indivíduo fosse considerado perigoso à ordem jurídica e à segurança coletiva, em virtude de suas condições morais, físicas e psíquicas (artigo 76, inciso II).

A própria legislação trazia algumas situações em que a periculosidade do agente era presumida (artigo 78), dispensando-se a realização do exame de verificação.

A duração da medida de segurança era indeterminada, devendo ela ser mantida até que se verificasse, mediante exame, que o indivíduo deixou de ser perigoso (artigo 81).

Percebe-se, portanto, que a medida de segurança não tinha qualquer autonomia como espécie de sanção penal, até mesmo porque sequer necessitava da prática de fato definido como crime para ser imposta àqueles que, da forma legalmente prevista, ameaçassem a defesa social.

Outra grande curiosidade é que o artigo 80, do Código Penal de 1940, admitia a submissão dos impuníveis (artigo 78, inciso I combinado com artigo 22) e dos ébrios habituais ou toxicômanos, no curso do processo, às medidas de segurança aplicáveis.

Frise-se que, apesar do enunciado do artigo 75, segundo o qual as medidas de segurança estariam submetidas ao princípio da legalidade, a legislação mostrava-se incoerente, isso porque no mesmo dispositivo negava a aplicação retroativa da lei mais benéfica ao tempo da execução.

O Código de 1940, em seu artigo 88, dividia as medidas de segurança em patrimoniais (interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação e confisco) e pessoais (estas se subdividiam em a) detentivas: internação em manicômio judiciário; internação em casa de custódia e tratamento e internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino

profissional e b) não detentivas: liberdade vigiada; proibição de frequentar determinados lugares e exílio local).

Passados alguns anos, em 1963, o Anteprojeto elaborado por Nelson Hungria previu algumas importantes alterações no capítulo das medidas de segurança.

Segundo Moacyr Benedicto de Souza¹⁸:

O Código Penal de 1969 (Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969), com alterações posteriores (Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973, retificada no Diário Oficial de 6 de março de 1974), já revogado sem ter sua vigência iniciada, e que resultou, fundamentalmente, do “Anteprojeto Nelson Hungria”, com alterações introduzidas, sucessivamente, por duas comissões revisoras, também modificou o sistema de medidas de segurança da lei penal brasileira em vigor. Resumidamente, cancelou toda a parte geral do Capítulo I, do Título VI, do Código de 1940; excluiu a internação em casa de custódia e tratamento, em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, por considerar que a pena deve ser cumprida como a medida de segurança detentiva; estabeleceu que a internação em manicômio judiciário, cuja duração mínima não deve depender da pena cominada ao agente, seja feita por tempo indeterminado, com um mínimo fixado em três anos; previu a internação em estabelecimento psiquiátrico, anexo ao manicômio judiciário ou ao estabelecimento penal; incluiu a interdição para o exercício de profissão entre as medidas de segurança; e considerou a transgressão das medidas não detentivas como forma especial de desobediência.

Além das sensíveis modificações elencadas pelo renomado jurista, faz-se mister ressaltar que o Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, também trouxe algumas transformações substanciais.

As hipóteses de presunção de periculosidade foram extirpadas do ordenamento, sendo necessária a constatação pericial do estado de consciência do criminoso.

¹⁸ SOUZA, Moacyr Benedicto de. *O problema da unificação da pena e da medida de segurança*. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 29-30.

Ademais, referido diploma normativo também dispensou tratamento diferenciado aos indivíduos semi-imputáveis, os quais, havendo necessidade de tratamento especial curativo, poderiam ter a sua pena substituída pela internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou ao estabelecimento penal, em seção especial de um ou de outro (artigo 94, *caput*).

Outra grande inovação do novo Código foi a impossibilidade de imposição cumulativa de pena e medida de segurança detentiva ao indivíduo inimputável (artigo 93).

Houve, portanto, uma verdadeira revolução na execução das medidas preventivas, fato esse que pode ser considerado como a inauguração do sistema vicariante no Brasil.

Ora, o Magistrado deveria optar pela classificação do delinquente como imputável ou inimputável. Entendendo ser ele imputável, seria cabível apenas a aplicação da sanção-pena. Caso, contudo, fosse constatada a sua inimputabilidade, somente seria possível a imposição de medida de segurança.

Nas hipóteses de semi-imputabilidade, ao Juiz era facultada a aplicação de medida de segurança de internação (artigo 94) ou a atenuação da pena (artigo 31, parágrafo único), sendo vedada, contudo, a aplicação conjunta das duas modalidades de sanção penal.

Apesar de ter dado tratamento diferenciado às medidas de segurança, encerrando o ciclo histórico do duplo binário no país, o Código de 1969, consoante já mencionado, foi revogado antes mesmo de entrar em vigor.

Assim, os juristas pátrios se depararam com um verdadeiro retrocesso. Com a manutenção da presunção de periculosidade, da aplicação de medidas de segurança aos imputáveis e do sistema do duplo binário, a medida de segurança revelou-se incompatível com o mundo moderno, exigindo uma imediata reformulação.

Neste contexto foi editada a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que reformou a parte geral do Código de 1940, adequando-a aos novos anseios da sociedade daquela época.

As medidas de segurança destinadas aos imputáveis foram extintas e adotou-se o sistema vicariante para os fronteiriços, o que significa dizer que não mais se permite a imposição conjunta de pena e medida de tratamento.

Nos termos do § 87, da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal¹⁹:

A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade-pena; periculosidade-medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável, não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada medida de segurança.

O imputável, na dicção do artigo 26 do Código Penal, é aquele que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Já o semi-imputável, definido no parágrafo único daquele artigo, é aquele agente que, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

Ao revogar o sistema do duplo-binário, inaugurando o ciclo vicariante, o legislador pátrio disciplinou que, aos inimputáveis, a única solução legalmente cabível é a imposição de medida de segurança, enquanto que, aos semi-imputáveis, caberá ao Magistrado optar entre a imposição da medida de tratamento ou, e nunca e, a redução da pena de um a dois terços.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. *Exposição de Motivos da Nova Parte do Código Penal*. Publicada no Diário do Congresso (Seção II), no dia 29 de março de 1984.

Frise-se que o novo Código de 1940 consagrou, de forma absoluta, a submissão das medidas de segurança ao princípio da legalidade, exigindo como condições de sua aplicabilidade a prática de um fato definido como crime e a constatação de periculosidade do agente.

Extinguiu-se a possibilidade de imposição das medidas preventivas àqueles que, apesar de não terem cometido qualquer delito, representavam uma ameaça à ordem e a segurança públicas, bem como àqueles considerados presumidamente perigosos. Houve, como se pode perceber, a conversão da medida de segurança em uma providência de caráter exclusivamente jurídico-penal.

O Estatuto Repressor prevê apenas duas modalidades de medida de segurança: uma detentiva, consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado e outra restritiva, qual seja, a sujeição a tratamento ambulatorial.

O critério para a fixação de uma ou outra medida reside na espécie de pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito. Ou seja, aos inimputáveis que tenham cometido crimes punidos com pena de reclusão, aplica-se a medida de segurança detentiva. Já àqueles que praticaram conduta delituosa punida com detenção, a lei reserva a medida de segurança restritiva.

Apesar desta divisão bem sistematizada, é certo que, em função do fim preventivo da medida de segurança, o próprio legislador autorizou a conversão do tratamento ambulatorial em internação, sempre que tal providência mostre-se necessária para fins curativos (artigo 97, § 4º).

O tempo de duração da medida de segurança é indeterminado, perdurando enquanto não cessar a periculosidade do agente. O prazo mínimo deverá ser de um a três anos, ao final do qual será realizada perícia médica (artigo 97, §§ 1º e 2º).

A legislação vigente admite, outrossim, que a pena imposta aos semi-imputáveis seja substituída por medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, sempre que necessária para fins curativos (artigo 98).

Finalmente, prevê o Código Penal que o internado deverá ser recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares, onde será submetido a tratamento (artigo 99).

1.4.2 A Lei de Execução Penal

O legislador pátrio, ao editar a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, consagrou a execução penal como um ramo autônomo do direito, cujos objetivos, nos termos do artigo 1º, de referido diploma normativo, consistem na efetivação da sentença ou decisão criminal, bem como na harmônica reintegração social do condenado ou internado.

Dessa forma, como não poderia deixar de ser, a Lei de Execuções Penais trouxe disposições relevantes acerca das medidas de segurança, sempre voltadas para a prevenção do cometimento de novos delitos e para a garantia de cura do autor do fato previsto como crime, desde que constatada a sua imputabilidade ou semi-imputabilidade.

Assim que transitada em julgado a sentença penal que determinar a aplicação de medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a sua execução (artigo 171).

A imprescindibilidade da guia de internamento ou de tratamento ambulatorial para o início do cumprimento da medida de segurança (artigos 172 e 173) deixa clara a inviabilidade de aplicação preventiva, tal como ocorria no antigo Código de 1940.

A legislação estabelece, ainda, que a cessação da periculosidade será averiguada no fim do período mínimo de duração da medida, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o procedimento descrito no artigo 175.

É certo que a qualquer tempo, poderá o juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar a realização de exame para que se verifique a cessação da periculosidade (artigo 176).

Faz-se oportuno ressaltar que a Lei nº 7.210/84 não traz qualquer limite temporal à medida de segurança, dando a entender que ela deverá perdurar até que se comprove a cessação da periculosidade.

Nas hipóteses de desinternação ou de liberação (artigo 97, § 3º, do Código Penal), deverão ser observadas as disposições constantes dos artigos 132 e 133 da Lei de Execução Penal, os quais elencam diversas condições de vigilância e de comportamento, devendo a situação anterior ser restabelecida se o agente, antes do decurso de um ano, praticar ato indicativo de periculosidade.

Por fim, o diploma regulamenta também duas espécies distintas de incidentes de execução, denominados de conversões (artigos 183 e 184).

A primeira hipótese, prevista pelo artigo 183 da Lei de Execução Penal, é aplicável quando, no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, oportunidade em que o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

A segunda hipótese, prevista pelo artigo 184, da Lei de Execução Penal, consiste em uma verdadeira regressão. Não se trata de uma substituição propriamente dita, mas da conversão de uma espécie de medida de segurança em outra. Ora, é possível que um semi-imputável condenado a uma pena de detenção

experimente a sua substituição por tratamento ambulatorial revelando, no curso da medida tratativa, incompatibilidade com a espécie eleita. Assim, é possível que a medida de segurança restritiva seja convertida em internação, buscando assim atingir o seu fim curativo.

Pode-se depreender, portanto, que tanto o Código Penal de 1984 como a Lei de Execução Penal constituem o sistema normativo aplicável às medidas de segurança, cuidando de sua regulamentação como um todo.

II – A MEDIDA DE SEGURANÇA COMO MEDIDA JURISDICIONALIZADA E SANÇÃO PENAL AUTÔNOMA

Consoante já mencionado no capítulo anterior, as medidas de segurança nem sempre tiveram a sistematização hoje apresentada. Originalmente, sua aplicação não se restringia apenas aos inimputáveis, estendendo-se a uma generosa gama de indivíduos, tais como os alcoólatras, os recalcitrantes, os vagabundos e os menores.

Ademais, é certo que o cometimento de crime nem sempre foi um pressuposto para a aplicação das medidas de tratamento. O próprio Código Penal Brasileiro de 1940, dentre seus dispositivos, trazia hipóteses autorizadoras da imposição de medida de segurança em caso de crime impossível, ou aos impuníveis, desde considerados perigosos à ordem jurídica e à segurança coletiva, em virtude de suas condições morais, físicas e psíquicas (artigo 76, inciso II).

Não há dúvidas, portanto, que as medidas de segurança assumiam uma natureza predominantemente administrativa, ainda que aplicadas pelo Poder Judiciário.

Atualmente, contudo, a situação é bastante diversa. Com a sistematização que lhe foi conferida pelo Código Penal de 1984, a medida de segurança assumiu uma natureza indiscutivelmente jurisdicional.

O Poder Judiciário, pautando-se sempre pela necessidade e subsidiariedade da medida, detém o monopólio de sua aplicação com fins de tratamento de readaptação social dos inimputáveis criminosos.

Além disso, a medida de segurança assumiu a roupagem de instrumento sancionatório, cuja aplicação depende não apenas da periculosidade social do agente, mas também da prática de fato definido como crime. Vedada, portanto, a sua utilização apenas para a manutenção da defesa social, sendo inviável a

segregação dos perigosos sociais nos moldes anteriormente permitidos em prol da prevenção administrativa.

Nas palavras de Figueiredo Dias²⁰, a jurisdicionalização da medida de segurança não nega a exigência de uma administratização da justiça, sendo relevantíssimo, nesse compasso, a atuação dos médicos e funcionários administrativos do estabelecimento penal, que orientarão o juiz quanto à evolução do tratamento e, conseqüentemente, à prescindibilidade de sua continuação.

Essencial, destarte, a interação entre o Poder Judiciário e a Psiquiatria Moderna, sem, contudo, subtrair o caráter jurisdicional da medida de segurança.

Superada a questão atinente à possível natureza administrativa das medidas de segurança, faz-se mister adentrar outra seara, não menos importante, qual seja, a da dicotomia entre pena e medida de segurança.

A própria evolução histórica do instituto em análise não deixa dúvidas quanto a sua autonomia em relação à sanção-pena.

Consoante explicitado no capítulo anterior, as medidas de tratamento surgiram em razão da insuficiência das penas para a consecução da finalidade preventiva em relação a uma determinada gama de criminosos, dentre os quais se encontravam os inimputáveis.

Tal fato, aliado à colocação do delinquente perigoso no cerne dos estudos científicos da Escola Positiva Italiana, ensejou a posterior sistematização do que hoje conhecemos por medida de segurança.

Paulatinamente, os contornos dessas medidas de tratamento foram sendo delineados de forma a permitir sua classificação como sanção penal autônoma da pena.

²⁰ DIAS, Figueiredo. *Direito Penal Português: as conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Noticias, 1993.

Em que pese constituam duas formas semelhantes de controle social, possuindo convergências substanciais²¹, é certo que a medida de segurança se destacou como alternativa aos réus perigosos e não culpáveis, desde que o especial tratamento curativo se mostre necessário.

2.1 Medida de segurança e pena: uma análise comparativa

As normas penais incriminadoras são sabidamente constituídas por dois preceitos distintos: o primário (*preceptum iuris*), em que há a descrição detalhada e perfeita da conduta que se pretende coibir e o secundário (*sanctio iuris*), cuja função é a cominação em abstrato da pena.

Uma vez praticada a conduta proibida, surge o *jus puniendi* do Estado, consistente no poder-dever de aplicação do preceito sancionador, através do devido processo penal.

Nas palavras de Liebman, sanção é termo reservado “às medidas estabelecidas pelo direito como consequência da inobservância de um imperativo”, podendo concluir-se que regra jurídica sancionadora “é aquela que, abstrata ou concretamente, ordena a atuação de uma dessas medidas”²².

Não há dúvidas, portanto, de que as medidas de segurança constituem espécie de sanção penal, isso porque derivam da prática de um fato ilícito e típico, estando incluídas no rol das consequências jurídicas do crime.

²¹ Como bem ressaltou BARREIRO, Jorge. *Las medidas de seguridad en El derecho español*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1976, p. 176-177, penas e medidas de segurança se identificam, pois ambas: a) possuem uma diminuição ou privação de certos bens jurídicos – como a liberdade do indivíduo com caráter aflitivo; b) pressupõem o cometimento de um ilícito-típico; c) desempenham – pouco importando a essência hierárquica – uma finalidade de prevenção geral e especial positivas; d) caracterizam-se jurisdicionalmente e e) visam ao mesmo fim: a defesa social.

²² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1946, p. 11.

Consoante se extrai dos ensinamentos de Luiz Regis Prado, as medidas de segurança *“consustanciam-se na reação do ordenamento jurídico diante da periculosidade criminal revelada pelo delinqüente após a prática de um delito”*²³.

Muitas são as diferenças entre penas e medidas de segurança, sendo as principais delas: a) a pena pressupõe a culpabilidade; a medida de segurança pressupõe a periculosidade; b) a pena tem seus limites mínimo e máximo predeterminados; já a medida de segurança é indeterminada, desaparecendo apenas com a cessação da periculosidade do agente; c) a pena exige a individualização, levando-se em consideração as condições pessoais do criminoso e as circunstâncias do fato; a medida de segurança é generalizada à situação de periculosidade do agente, limitando-se a apenas duas espécies (internação e tratamento ambulatorial) e d) as penas são aplicáveis aos imputáveis e aos semi-imputáveis; as medidas de segurança, por sua vez, não se destinam aos completamente imputáveis.

Nada obstante, para o desenvolvimento do presente estudo, assume especial relevância a divergência existente no campo da finalidade da pena e da medida de segurança, assunto este que será tratado mais detidamente nos próximos itens.

2.1.2 Finalidade da pena

A pena nada mais é que uma *“sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico”*²⁴.

A sua finalidade, contudo, nem sempre foi um consenso entre os estudiosos do assunto.

²³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 690.

²⁴ BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 632.

Partindo-se de um pensamento Iluminista, cujo maior representante em direito penal é Cesare Beccaria, bem como de concepções jusnaturalistas, as quais classificavam o direito como algo imutável, eterno e resultante da própria natureza humana, conclui-se que a investigação do fundamento de punir e dos fins da pena distribuiu-se por três correntes distintas: absolutas, relativas e mistas.

2.1.2.1 Teoria Absoluta ou da Retribuição

A teoria absoluta encontra em Kant seu maior expoente. Para o ilustre doutrinador, a pena é um imperativo categórico: pune-se porque se cometeu um delito. Assim, a resposta penal seria nada mais que uma consequência do desrespeito à norma, uma compensação pela prática do delito. Ao mal do crime, o mal da pena, preservando-se sempre a igualdade.

A aplicação da pena, segundo o mestre, decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios a sua essência.

Outro grande partidário da teoria da retribuição foi Georg Wilhelm Friedrich Hegel, segundo o qual:

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação dessa negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito²⁵.

Segue o autor afirmando que:

(...) a supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. Todavia, esta identidade fundada no conceito, não é

²⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1976, p. 95 (§ 97).

igualdade qualitativa, é a que provém da natureza em si do crime, a igualdade de valor²⁶.

O pensamento de Kant e Hegel em muito se assemelha, visto que ambos os doutrinadores trazem a ideia essencial de retribuição e o reconhecimento de que entre o delito praticado e a sua punição deve haver uma relação de igualdade. Nada obstante, para a teoria hegeliana, a pena possui caráter retributivo apenas porque se contrapõe ao crime.

Para os defensores da finalidade retributiva, qualquer tentativa de justificar a aplicação da pena por seus fins preventivos (razões utilitárias) – como era proposto, por exemplo, por Cesare Beccaria – implicaria em afronta à dignidade do delinquente, o qual seria utilizado como um verdadeiro instrumento para a realização de fins eminentemente sociais.

Atualmente, consoante se extrai do escólio de Luiz Regis Prado²⁷, a ideia de retribuição jurídica apresenta uma conotação um pouco diversa, isso porque a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio da justiça distributiva. A concepção moderna não corresponde, destarte, a um sentimento de vingança social, mas sim a um princípio limitativo, segundo o qual o crime praticado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do ilícito e da culpabilidade.

2.1.2.2 Teoria Relativa, Finalista, Utilitária ou da Prevenção

A teoria relativa, por sua vez, atrela a pena a um fim prático, qual seja, a prevenção geral ou especial. Não se trata de uma satisfação do imperativo de justiça, sendo o crime a ocasião e não a causa para a aplicação da pena, a qual aparece como uma necessidade social.

²⁶ *Idem*, p. 98-99 (§ 101).

²⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 526-527.

Um de seus grandes precursores, Feuerbach, afirma que a finalidade do Estado é a convivência humana, de acordo com o direito. Como o crime nada mais é que uma violação ao direito, será obrigação deste impedi-lo. Esta função é alcançada através de uma coação moral e até mesmo física, desempenhada pela pena.

A pena tem, como finalidade mestra, causar temor aos cidadãos, de forma a desencorajar a prática de delitos. Trata-se, portanto, de verdadeira ameaça legal, a qual será efetivada no caso do cometimento do crime. Busca-se, dessa forma, impingir uma coação psicológica através da pena, cominada abstratamente em lei e executada quando a cominação não for suficiente. Deve-se a este autor, portanto, o primado *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legale*, posteriormente sintetizado para *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Bentham, outro importante expoente da corrente relativa, considera a pena um verdadeiro mal, não só para o indivíduo que a sofre, como também para a coletividade, que lhe suporta o ônus. Em que pese seja um inegável sacrifício, a sua aplicação é plenamente justificada em razão de sua utilidade.

A prevenção geral, considerada o objetivo principal da pena, busca advertir o delinquentes em potencial para que se abstenha da prática ilícita. Referido autor não se olvidou, contudo, da prevenção individual, a qual deve se dirigir a três fins específicos: impedir o réu de praticar novos delitos; intimidá-lo e corrigi-lo.

Foi neste contexto que Bentham criou o *Panopticum*, figura arquitetural composta por uma construção em anel na periferia e uma torre no centro, esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel. A construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a

lado. Bastaria, então, colocar um vigia na torre central e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar²⁸.

A visibilidade seria uma verdadeira armadilha, sendo o principal efeito do Panóptico induzir no detento um estado consciente e permanente de vigilância, que permitiria o funcionamento automático do poder²⁹.

Como bem salientado por E. Magalhães Noronha³⁰, importante também é a obra de Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, que em seu § 263 declara que, se depois do primeiro delito se tivesse certeza moral de que não se seguiria outro, a sociedade não teria o direito de castigá-lo.

Para o renomado doutrinador, o direito penal é um direito de defesa contra a ameaça permanente do crime. A pena não é vingança, mas deve incutir no criminoso um temor, a fim de que ele não volte a delinquir. A sua medida deverá ser regulada pela qualidade e intensidade do impulso delituoso (*spinta criminosa*).

Feitas estas breves considerações, pode-se concluir que a teoria relativa atribui à pena uma finalidade eminentemente preventiva, nas vertentes da prevenção geral (negativa e positiva) e da prevenção especial (negativa e positiva).

A prevenção geral negativa nada mais é que uma espécie de prevenção pela intimidação, ou seja, a pena imposta ao delinquente tende a disseminar os seus efeitos em toda a sociedade, evitando-se, assim, que os demais cidadãos, sabedores da condenação de um de seus pares, aventurem-se na prática de uma infração penal.

Para Winfried Hassemer³¹, com a prevenção por intimidação:

²⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 165 e 166.

²⁹ *Ibidem*

³⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 69-70.

³¹ HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 34.

(...) existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça a sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.

Outra vertente da prevenção geral, conhecida por positiva, vai muito além dessa tentativa de intimidação dos cidadãos. Busca, em verdade, incutir na sociedade a consciência de que determinados valores devem ser respeitados, demonstrando a vigência da norma por meio da aplicação da sanção penal.

A prevenção especial, consoante já salientado anteriormente, também pode ser dividida em dois aspectos: negativo e positivo.

Pela prevenção especial negativa busca-se a neutralização daquele indivíduo que violou as normas de direito penal, segregando-o no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social impede que ele volte a colocar a sociedade em risco. Por razões óbvias, tal finalidade somente pode ser alcançada com a imposição da pena privativa de liberdade.

Já a prevenção especial positiva busca a reeducação do indivíduo, transmitindo-lhe valores que o impeçam de voltar a delinquir. Resta evidente, nesse aspecto, o caráter ressocializador da pena, como forma de permitir que o delinquente reflita acerca de seus atos e sopesse as suas consequências.

Para Cezar Roberto Bitencourt³², *“a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinqüiu para fazer com que não volte a transgredir normas jurídico-penais”*.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 97.

2.1.2.3 Teoria Mista, Eclética, Intermediária ou Conciliatória

As teorias mistas buscam reunir em um conceito único os fins da pena.

Seus defensores não excluem o caráter retributivo da pena, mas atentam também para outras finalidades, tais como a reeducação do delinquente e a sua intimidação – há traços, portanto, de um fim utilitário, preventivo.

Na verdade, a retribuição assume uma faceta diversa daquela que lhe foi conferida pela doutrina clássica, apresentando um fundamento próprio e relativizado. Isso significa dizer que a pena justa é aquela que melhor assegura a prevenção geral e especial, na medida em que é absolutamente compreendida pelos cidadãos e pelo próprio delinquente, o qual enxerga nela a possibilidade de sua expiação e reconciliação com o corpo social. Assim, a retribuição jurídica passa a ser um instrumento de prevenção, e a prevenção passa a encontrar na retribuição um limite a sua degeneração.

O fundamento da pena não poderia residir, portanto, apenas na prevenção geral e especial. Ora, a preponderância absoluta da prevenção geral implicaria na aplicação de penalidades injustas e desproporcionais para aqueles delitos de maior gravidade ou mais frequentemente praticados.

Por outro lado, a justificativa da pena apenas na prevenção especial também comprometeria a função maior do Direito Penal, qual seja, a proteção dos bens jurídicos com dignidade penal. Enquanto delinquentes ocasionais não receberiam qualquer sanção penal – visto que despiciendo um tratamento corretivo – aqueles mais perigosos receberiam penas desproporcionais, ainda que executores de delitos de menor gravidade.

A pena se funda, portanto, no delito praticado e no propósito de evitar que novos crimes sejam cometidos. Os defensores da corrente unitária negam a

pretensão de substituir a culpabilidade por exigências de prevenção geral ou especial, o que implicaria em uma negativa das necessidades de proporcionalidade.

Nada obstante, o fundamento da pena, ainda que de cunho neo-retributivo, entrelaça-se, sem dúvida, com as exigências de prevenção geral e especial, as quais reafirmam o conceito de direito positivo e colaboram para justificar a pena, podendo, inclusive, facultar a sua não aplicação ou substituição por alternativa que melhor se adéque aos fins preventivos³³.

Da leitura do artigo 59, *caput*, do Código Penal de 1984, pode-se concluir que a teoria adotada hodiernamente é a mista ou unificadora, isso porque foi expressamente conjugada pelo legislador a necessidade de retribuição com a prevenção do crime.

A possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade é o melhor exemplo do caráter retributivo da reprimenda, vez que impõe ao delinquente um estado deveras aflitivo, de segregação da sua liberdade por um determinado espaço de tempo, configurando-lhe um castigo pela conduta ilícita perpetrada.

É claro que a quantidade da pena deverá sempre ser proporcional ao gravame praticado, havendo uma justa correlação com o bem jurídico atingido.

Ao lado da função retributiva da pena, está também a sua finalidade preventiva, nas modalidades da prevenção geral (positiva e negativa) e especial (positiva e negativa).

Não há dúvidas de que a finalidade preventiva geral positiva prepondera sobre a negativa, o que significa dizer que a imposição da pena busca, em um primeiro plano, impingir na sociedade valores relevantes, conferindo validade ao ordenamento jurídico vigente.

³³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 535.

A prevenção geral negativa – também chamada de intimidação – ficaria relegada a um segundo plano. Aliás, muitas são as críticas a respeito dessa finalidade que, segundo muitos doutrinadores, não passaria de uma verdadeira falácia.

Ora, aquele que delinque não o faz como resultado de uma avaliação entre o custo e o benefício da prática criminosa, mas sim em virtude da ausência de valores morais consistentes. Dificilmente uma pessoa deixará de cometer a infração penal pela simples cominação em abstrato da pena. Prova disso é o constante aumento da prática de delitos atrozés, mesmo depois da edição da Lei de Crimes Hediondos.

Assim, podemos concluir que a prevenção geral negativa encontra suas raízes não na cominação em abstrato da sanção penal, mas na rapidez e seriedade de sua execução. De nada adianta a previsão de penas altíssimas, se reina entre os cidadãos a incerteza quanto à punição.

Enquanto na vertente preventiva geral dá-se primazia à reafirmação positiva do ordenamento jurídico, na vertente preventiva especial preza-se pela reintegração social, figurando a inocuização como um fim acessório.

A reeducação do delinquente assume, portanto, uma importância de grande destaque na imposição da pena e, principalmente em sua execução. Prova disso é a previsão de uma série de benefícios executórios, tais como a progressão de regime e o livramento condicional, ambos voltados à ressocialização daquele que deu mostras de efetiva absorção da terapêutica penal que lhe foi imposta.

Na execução da pena deve-se, portanto, procurar, através de meios educativos, infundir no condenado hábitos novos e, sobretudo, motivos psicológicos e sociais de melhor conduta futura.

Consoante já aduzido, a segregação é a *ultima ratio*, podendo o Magistrado valer-se de institutos como a substituição da pena privativa de liberdade pela

restritiva de direitos (artigo 44, do Código Penal), ou mesmo a suspensão condicional da pena (artigo 77, do Código Penal).

Dessarte, resta hialino que, atualmente, a finalidade preventiva assume um maior destaque quando comparada à finalidade retributiva. Como se não bastasse, os fins preventivos positivos sobrepõem-se aos negativos, sendo incontestes a preocupação com a efetiva recuperação do delinquente.

2.1.3 Finalidade da medida de segurança

No que tange à medida de segurança, as discussões acerca da finalidade da sanção penal não assumem proporções tão significativas, havendo um maior consenso quanto aos seus objetivos.

Historicamente, consoante já explicitado no capítulo anterior, a medida de segurança surgiu como uma alternativa à insuficiência da pena na repressão de novas ações delituosas por indivíduos que caracterizavam permanente ameaça à sociedade.

Com o passar dos anos e as diversas alterações realizadas em sua sistematização, as medidas de segurança assumiram uma roupagem bastante diversa daquela que lhe foi conferida embrionariamente. Assim, deixaram de ser impostas aos imputáveis e limitaram-se aos casos em que houvesse a prática de um ilícito-penal e a constatação da periculosidade do delinquente.

Ao contrário da pena, cuja finalidade é, ao menos em sua origem, eminentemente retributiva, a medida de segurança não tem como escopo castigar os indivíduos a ela submetidos, até mesmo porque, tratando-se de inimputáveis que sequer entendem o caráter ilícito da conduta, qualquer tentativa neste sentido revelar-se-ia inócua.

Consoante se extrai de escólio do ilustre doutrinador Basileu Garcia:

(...) tem-se dito que a pena continua a ser um castigo, ainda que, cada vez mais, se pretenda expungir-la do caráter retributivo e expiatório. Embora se intente, na sua execução, evitar afligir o condenado, causar-lhe um sofrimento que o faça recebê-la como uma punição, na verdade a pena jamais perderá, no consenso geral, a eiva de paga do mal pelo mal, *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*. Ora, em contraposição, as medidas de segurança não traduzem castigo. Foram instituídas ao influxo do pensamento da defesa coletiva, atendendo à preocupação de prestar ao delinqüente uma assistência reabilitadora. À pena – acrescenta-se – invariavelmente se relaciona um sentimento de reprovação social, mesmo porque se destina a punir, ao passo que as medidas de segurança não se voltam a pública animadversão, exatamente porque não representam senão meios assistenciais e de cura do indivíduo perigoso, para que possa readaptar-se à coletividade³⁴.

Não há dúvidas, portanto, que as medidas de segurança possuem, como finalidade precípua, a prevenção de novas condutas delituosas. Faz-se mister, contudo, investigar se tal finalidade desdobra-se nas vertentes geral (positiva e negativa) e especial (positiva e negativa), assim como ocorre nas penas.

Através de uma rápida análise do histórico e da destinação da medida de segurança, pode-se concluir que ela não apresenta a prevenção geral, em seu viés negativo, dentre os seus desígnios.

Assim como a imposição de um castigo não surtiria efeitos aos inimputáveis, a ameaça da aplicação de uma sanção penal, abstratamente cominada, também não teria o condão de impedi-los de incidir na prática delituosa, justamente por não se tratarem de indivíduos culpáveis.

De outro lado, figurando a prática de um ato ilícito como pressuposto de aplicação das medidas de segurança, não há como se negar o seu papel na proteção de bens jurídicos.

Neste diapasão, resta evidente a presença do fim preventivo geral positivo na sanção penal em comento: existe uma expectativa comunitária, ou de revalidação do ordenamento jurídico, conclusão esta que se extrai da utilização da gravidade do

³⁴ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, v. 1, t. II, p. 593-594.

ilícito como parâmetro para a aplicação de uma ou outra espécie de medida de segurança.

Segundo o artigo 97, do Código Penal, se o agente for inimputável, o juiz determinará a sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto for punido com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

A gravidade do crime perpetrado funciona, portanto, como indicativo de periculosidade em desfavor do indivíduo, sendo certo que o abalo social causado pelo inimputável delinquente exige a estabilização das expectativas da comunidade na validade da norma violada³⁵.

Ademais, segundo se extrai da disposição contida nos §§ 1º e 2º, do artigo 97, do Código Penal, a fixação do prazo mínimo de aplicação da medida de segurança também encontra seu principal norte na gravidade do delito praticado, sendo, em regra, proporcional à relevância do bem jurídico violado.

Incontestável, também, o fim preventivo especial das medidas de segurança, as quais buscam impingir no criminoso não culpável providências penais que o impeçam de praticar novos delitos.

A maior preocupação do legislador pátrio, ao regulamentar as medidas de segurança foi, sem dúvida alguma, o tratamento do inimputável perigoso, a fim de reinseri-lo de forma segura no meio social.

O fim curativo dessa espécie de sanção penal aparece de forma preponderante dentre os seus objetivos, consistindo verdadeira expressão da finalidade preventiva especial em sua modalidade positiva.

³⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. 2000. 270 f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 61.

Busca-se a ressocialização do delinquente, a qual somente será possível quando demonstrada a cessação da sua periculosidade – entendida como a probabilidade de recalcitrância.

Entretanto, não é correto afirmar que a medida de segurança possui um caráter exclusivamente terapêutico, até mesmo porque sua aplicação depende da prática de um crime.

Presente, portanto, de forma acessória, a finalidade preventiva especial negativa. Ao aplicar-se a medida de segurança em sua modalidade detentiva – internação – objetiva-se não apenas a imposição do tratamento mais adequado àquele sujeito, mas também a sua inocuização, de forma a garantir que a sociedade não estará exposta ao risco do cometimento de novas infrações penais, pelo menos enquanto perdurar a periculosidade.

Apesar das críticas à segregação do doente mental, o que, na acepção de alguns doutrinadores, aproximaria a medida de segurança da pena, não se pode olvidar que o tratamento aplicado aos delinquentes inimputáveis não tem natureza assistencialista, mas sim de sanção penal, sendo decorrência direta da prática de um crime.

Ainda que não tenham consciência da ilicitude da conduta praticada, as pessoas submetidas à medida de segurança – principalmente na modalidade internação – representam um alto risco à sociedade, sendo defeso equipará-las aos doentes mentais não criminosos.

É claro que a pura e simples segregação dos doentes mentais não se coaduna com o Estado Democrático de Direito em que vivemos, devendo assumir uma posição acessória em relação ao tratamento e justificando-se apenas em casos extremos, quando a ressocialização revela-se impossível.

Não se desconhece a prevalência da finalidade preventiva especial positiva sobre a negativa, existente inclusive no que diz respeito às penas, o que não

significa dizer que tais finalidades não devam ser ajustadas à segurança da sociedade.

Dessarte, desde que viável, o propósito de reinserção social deve sempre prevalecer nas medidas de segurança, sendo necessário compatibilizarem-se os anseios de defesa social e os direitos dos internados.

III – PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO E EXTINÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Consoante já explicitado nos capítulos anteriores, a medida de segurança é uma espécie de sanção penal, aplicável aos inimputáveis e semi-imputáveis, exigindo para a sua incidência a ocorrência de dois pressupostos essenciais: a) a prática de um fato ilícito-típico penal e b) a presença de periculosidade criminal. A seguir, abordaremos mais detidamente cada um destes pressupostos, bem como a forma de extinção das medidas de segurança.

3.1 Prática de fato ilícito-típico penal

O primeiro pressuposto essencial à aplicação da medida de segurança é a prática de um ilícito-típico penal. A medida de segurança que prescinde da ocorrência de tal requisito deve ser classificada não como sanção penal, mas como medida terapêutica administrativa. O delito é, portanto, a condição que justifica a atuação do Estado sobre o seu autor, através do Direito Penal, na luta contra a criminalidade.

Não se justifica, portanto, a imposição de sanção penal a estados de paradelinquência, infrações exclusivamente políticas ou marginalismo criminoso, já que nestas hipóteses está ausente a prática de fato definido como crime.

Como destaca E. Ferri³⁶, somente aqueles que cometem crimes são submetidos às medidas de segurança penais, ficando as demais situações a cargo do Estado – administração que poderá e deverá exercer a prevenção, empregando providências administrativas.

A existência prévia do delito pode ser entendida, portanto, como um verdadeiro divisor de águas entre as medidas de segurança como sanção penal e as

³⁶ *Princípios de direito criminal, o criminoso e o crime*, traduzido por Lemos D'Oliveira, São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva & Cia Ed., 1931 apud NOGUEIRA, Ataliba, op. cit. p. 138.

medidas administrativas. Estas, de caráter não penal, são aplicadas a todos aqueles que geram perigo social decorrente da prática de quaisquer ilícitos – não criminais – sendo as medidas de segurança, ao contrário, verdadeira salvaguarda contra indivíduos que cometeram crimes e, provavelmente, voltarão a cometer outros.

Questão importante que se coloca é se a conduta perpetrada por um inimputável constitui, ou não, uma ação criminalmente inserida na tradicional teoria geral do delito, a justificar a aplicação de sanção penal, na modalidade medida de segurança.

O conceito de ação passou por inúmeras reformulações, influenciadas pelas escolas causais, finalistas e sociais, sendo árduo chegar-se a um consenso relativo até mesmo às condutas perpetradas pelos imputáveis.

Em um primeiro momento, de acordo com a concepção causal ou clássica, a manifestação da vontade, o resultado e a relação de causalidade eram os três elementos do conceito de ação, abstraindo-se o conteúdo da vontade, que era deslocado para a culpabilidade (dolo e culpa). Ao longo dos anos, os autores passaram a considerar a ação não como um acontecimento natural, mas sim como a realização de um sentido posto pela vontade, transferindo a apreciação do dolo e da culpa ao momento da conduta e não da culpabilidade. Atualmente, com o predomínio da teoria funcional, a conduta nada mais é que a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade.

É claro que se considerarmos a ação como uma opção valorativa, intrincada ao desvalor, podemos concluir que o inimputável não age criminalmente, sendo inviável aplicar-lhe a teoria geral do delito tradicional.

Neste sentido, para parcela da doutrina, se a ação é dotada de uma carga axiológica, estando intrinsecamente ligada a um valor, inviável afirmar-se que o inimputável age criminalmente, eis que incapaz de compreender o significado valorativo de sua conduta. Parte, assim, de uma estrutura ontológica de ação, em

que o homem escolhe os meios idôneos à conservação dos fins almejados, fundando-se em valores³⁷.

Ao adotarmos referido entendimento, estaríamos admitindo que o inimputável e o semi-imputável não agem criminalmente, sendo certo que a aplicação de sanção penal não se fundaria na existência de uma ação criminal, mas tão somente na prática de um fato objetivamente previsto como crime e na presença de periculosidade.

Posicionamento diverso é aquele segundo o qual o inimputável e o semi-imputável sob tratamento, além de praticarem fatos ilícitos-penais, também agem, existindo uma distinção entre as ações dos imputáveis e dos delinquentes-doentes mentais. Neste sentido, para o mestre português José Figueiredo Dias, enquanto o imputável age motivado por valores internos – inexistentes no inculpável – o inimputável atua permeado por um específico sentido de desvalor jurídico-penal relacionado ao bem jurídico³⁸.

A despeito das respeitáveis opiniões em contrário, entendemos que os inculpáveis atuam com um dolo diferenciado dos imputáveis, consistente, em grande parte das vezes, na intenção de violar a norma jurídica e atingir o bem jurídico penal protegido. Há outras vezes, contudo, em que o indivíduo efetivamente tem a consciência da ilicitude do ato, realizando assim o necessário vínculo psíquico, em moldes bastante semelhantes aos imputáveis.

Grande problema surge em relação aos delitos que apresentam um elemento normativo, sendo a discussão direcionada sobre a compatibilidade entre a intenção daquele que não tem capacidade de valorar o seu próprio comportamento, com aquele que possui essa capacidade.

³⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, 2. ed. Revista, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 46 apud FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. 2000. 370f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 151-152.

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993. p. 460 apud FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. 2000. 370f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 152.

É evidente que, por tudo que foi dito até então, aos inimputáveis não pode ser estendido o elemento subjetivo do tipo, bastando que eles realizem objetivamente o ilícito-típico penal.

Não há dúvidas, portanto, de que a teoria tradicional do delito pode ser aproveitada aos inimputáveis e fronteiriços, sendo necessário proceder-se apenas a algumas pequenas adaptações, a fim de que os seus conceitos sejam aplicáveis também a esta gama de indivíduos.

Nada obstante, qualquer que seja o posicionamento adotado, não há como se admitir a impossibilidade de aplicação da sanção penal aos inimputáveis, os quais, ainda que não atuantes criminalmente, estão aptos a promoverem os mais variados ataques aos bens jurídicos com dignidade penal, o que, por si só, já justificaria a imposição de sanção penal, na modalidade medida de segurança, desde que, é claro, respeitados os requisitos legalmente estabelecidos.

Neste sentido, faz-se mister salientar escólio do ilustre doutrinador Anibal Bruno, segundo o qual:

Como o sistema das medidas de segurança se constrói fora do princípio da culpabilidade, não é preciso, como vimos, que a figura do ilícito se integre com a culpabilidade do agente. Basta que se realize objetivamente o injusto típico. O ato deve reproduzir uma das figuras típicas descritas na lei. Deve, além disso, ser um ilícito jurídico, um ato contrário ao Direito, a que nenhuma causa de justificação exclua o seu caráter de antijuridicidade. E, embora o ato não seja culpável, por ausência de imputabilidade no agente, deve prender-se a êste por um vínculo psíquico, que é a sua vontade consciente de praticá-lo ou a imprudência, negligência ou imperícia com que agiu. Isso torna possível que a absolvição do acusado, que deveria excluir, por si mesma, a possibilidade de um juízo de estado perigoso, conduza a afirmar, em certos casos, a perigosidade do agente, como acontece com os inimputáveis³⁹.

Destarte, para que seja possível a aplicação *in casu* da medida de segurança, é indispensável que o indivíduo inimputável, ou semi-imputável, tenha praticado um ilícito penal, a menos que haja alguma excludente de criminalidade ou

³⁹ FIRMO, Anibal Bruno de Oliveira. *Direito Penal: parte geral*, tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 300.

culpabilidade (erro de proibição invencível, coação irresistível e obediência hierárquica, embriaguez completa fortuita ou por força maior) – com exceção da inimputabilidade, ou ainda, se não houver prova do crime ou da autoria etc.

3.2 Periculosidade criminal

Outro pressuposto essencial à aplicação da medida de segurança é a periculosidade criminal, este de natureza subjetiva.

O surgimento deste conceito pode ser atribuído ao criminologista Rafeale Garófalo que, no ano de 1880, concebeu este estado, atrelando-o ao vocábulo “*temibilidade*”, ou seja, a “*perversidade constante e impulsionadora do criminoso e a quantidade de mal que se pode temer de sua parte, em outras palavras, sua capacidade criminal*”⁴⁰.

Já em sua obra *Principii di Diritto Criminale*, Enrico Ferri chama a atenção para a infelicidade da forma trazida por Rafeale Garófalo “*quer porque a temibilidade lembra mais uma impressão subjetiva do que a realidade efetiva, quer porque, como observou Arturo Rocco, a temibilidade de um indivíduo é a consequência do que é a sua periculosidade*”⁴¹.

Passados alguns anos, em 1920, Filipo Grispieni retomou o conceito de “temibilidade”, mencionado a “*capacidade evidente de uma pessoa cometer um crime*”. Já Eugenio Florian entende a periculosidade como uma característica pessoal do indivíduo, e a temibilidade como a repercussão de tal estado individual na avaliação dos demais, donde se pode concluir que a primeira traz um aspecto subjetivo e a segunda um elemento objetivo. Jimenez de Asúa, por sua vez, entende que a temibilidade e a periculosidade são conceitos que praticamente se equivalem⁴².

⁴⁰ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 354.

⁴¹ *Ibidem*, p. 354.

⁴² *Ibidem*, p. 354.

Das considerações até então apontadas, podemos concluir que a definição de periculosidade não se revelou uma tarefa das mais fáceis, havendo manifesta divergência entre os estudiosos do tema.

Em que pesem tais dissonâncias, muitas vezes até bastante tênues, acreditamos que a periculosidade criminal nada mais é que a probabilidade de o indivíduo voltar a delinquir.

Uma vez conceituado o segundo pressuposto para a aplicação das medidas de segurança, faz-se mister esclarecer como se atesta a sua presença no caso concreto, tarefa esta não menos árdua.

Não há dúvidas de que o cometimento do delito constitui um importante sintoma do “estado perigoso” de determinado indivíduo, sendo um de seus elementos mais demonstrativos.

Para Enrico Ferri, o grande mestre positivista, não há delinquentes não perigosos e delinquentes perigosos, *“mas todos os delinquentes, só pelo fato de haver cometido um delicto, por isso só se demonstram socialmente perigosos”*⁴³.

A despeito da imensurável contribuição deste renomado sociólogo, não há dúvidas de que ele confunde a aptidão para delinquir com a probabilidade de vir a delinquir.

A capacidade de delinquir é revelada pelo indivíduo com a prática do delito, sendo evidente que ele é capaz de reincidir. Mas, isso não significa que o cometimento do novo delito é provável, sendo este conceito de probabilidade que se exige para a aferição da periculosidade.

Ademais, ao adotarmos este posicionamento, estaríamos regredindo às concepções da antiga escola clássica, pois o que importaria para a aplicação da

⁴³ FIRMO, Anibal Bruno de Oliveira. *Perigosidade*. Recife: S.N., 1937, p. 41-42.

medida de segurança seria o delito em si e não o homem, com todas as suas complexidades.

Considerar o delito como o único indicativo da periculosidade ensejaria, ainda, outro problema. Ora, não há dúvidas de que determinados delitos, reveladores de uma personalidade violenta, desvirtuada e que constituem verdadeira perturbação à sociedade, poderiam ser fortes indicativos da periculosidade de um sujeito.

Nada obstante, há outros delitos em que a conduta perpetrada pelo indivíduo não recebe um tratamento severo do Direito Penal, mas, quando analisada em conjunto com a sua personalidade biológico-social, compõe um quadro indicativo da periculosidade criminal.

Assim, é inconteste que a análise deste pressuposto deve ser feita de forma mais aprofundada, sendo indispensável a atuação conjunta das ciências médicas, sociais e psicológicas.

Frise-se que, consoante já aduzido em oportunidade anterior, o Código Penal vigente não prevê as antigas hipóteses de presunção de periculosidade, existentes em nossa legislação pátria até o advento da Reforma Penal de 1984. Isso significa dizer que a periculosidade criminal, atualmente, somente pode ser aferida pelo juiz sentenciante, através da análise das circunstâncias do caso concreto e da personalidade do inculpável.

O diagnóstico da periculosidade se dá com a elaboração de laudo pericial, nos termos da lei processual penal. A conclusão pela presença deste segundo pressuposto advém da análise conjunta de seus dois momentos, isto é, da capacidade criminal e da inadaptação social. No diagnóstico da capacidade criminal são examinadas as fases da dinâmica da infração; o assentimento ineficaz, o assentimento formulado e o período da crise. Já na apreciação da inadaptação social, os elementos da adaptabilidade são deduzidos do exame criminológico,

sendo possível esclarecer-se a motivação, o grau de êxito e a diretriz do comportamento delinquencial.

Não se desconhece que, atualmente, as técnicas de verificação da periculosidade precisam passar por uma urgente reformulação, até mesmo porque o atestado de que o indivíduo poderá voltar a delinquir traz um alto grau de subjetividade, fato este preocupante na imposição de medida deveras gravosa ao sentenciado.

Como se não bastasse, o tratamento dispensado aos indivíduos submetidos à medida de segurança também deve sofrer drásticas alterações, de forma a permitir a cura efetiva. Os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico não podem se transformar em depósitos de inimputáveis, cujo maior objetivo é a inocuização dos sentenciados.

Justamente buscando este novo paradigma e a consecução dos reais objetivos da medida de segurança, as direções atuais dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Franco da Rocha, no Estado de São Paulo, inovaram e se tornaram modelo de administração.

Em visita realizada às dependências dos nosocômios⁴⁴, constatamos que, atualmente, são desenvolvidos inúmeros projetos, dentre eles atividades técnico-laborerápicas (os sentenciados aprendem técnicas de “pátina” e “découpage”, fazem bijuterias, pintam quadros etc), manutenção externa e interna do local, implantação de uma biblioteca, realização de sessões de cinema, dentre outros.

Todas essas mudanças contribuem para a socialização dos sentenciados, diminuem os índices de evasão e, em diversos casos, abreviam o tempo necessário à cessação da periculosidade, dando efetividade ao tratamento que é ministrado no interior dos Hospitais.

⁴⁴ Visita técnica às dependências dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico I e II – Franco da Rocha/SP, realizada aos 19 de março de 2012, na companhia dos Promotores de Justiça das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo/SP.

3.3 Cessação da periculosidade e desinternação ou liberação condicional

O exame de cessação da periculosidade, nos termos do artigo 97, § 2º, do Código Penal, deverã ser realizado ao fim do prazo mínimo fixado e deverã ser repetido de ano em ano, ou a qualquer tempo, se assim determinar o juiz da execução. Nada obstante, referido juiz poderã determinar, *ex officio*, a repetição do exame a qualquer tempo, desde que decorrido o prazo mínimo (artigo 175, inciso V, da Lei de Execução Penal).

Permite-se, contudo, que antes do decurso do prazo mínimo da medida de segurança, proceda-se a realização do exame de cessação da periculosidade, mediante provocação do Ministério Público, ou do interessado, seu procurador ou defensor (artigo 176, da Lei de Execução Penal).

Em que pese nã haja previsão legal acerca da possibilidade de intervenção de médico particular no exame de verificação da cessação de periculosidade, entende-se possível tal participação, posicionamento este que se justifica pela redação do artigo 43, da Lei de Execução Penal e, principalmente, pelo direito constitucional à ampla defesa, esculpido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Assim que realizado, o exame deve ser remetido pela autoridade administrativa ao juiz, em forma de minucioso relatório instruido com laudo psiquiátrico, justamente pelo fato de o diagnostico da periculosidade ser tarefa tão difícil, consoante já demonstrado no item acima.

Uma vez comprovada a cessação da periculosidade, o juiz da execução criminal procederã à desinternação (na hipótese de medida de segurança detentiva) ou à liberação (na hipótese de medida de segurança restritiva), em caráter provisório, aplicando ao beneficiário as condições próprias do livramento condicional, consoante disposição expressa do artigo 178, da Lei de Execução Penal.

Assim, não há como se falar em uma pronta extinção da medida de segurança, a exemplo do que ocorre com o cumprimento integral da pena, mas sim na sua suspensão, uma vez que a sanção penal somente será efetivamente revogada se, no prazo de um ano, o indivíduo não praticar nenhum ato indicativo de sua periculosidade (artigo 97, § 3º, do Código Penal).

Devemos nos atentar que a Lei de Execução Penal não se refere à prática de crime como condição para o restabelecimento da medida de segurança, mas tão somente de fato indicativo da persistência da periculosidade, razão pela qual concluímos que o simples descumprimento das condições impostas, da ausência ou recusa ao trabalho curativo etc., são suficientes para o retorno à situação anterior.

A regulamentação diferenciada da extinção da medida de segurança encontra suas raízes na própria finalidade da sanção penal. Ora, consoante já demonstrado anteriormente, a medida de segurança tem natureza curativa, destinando-se, precipuamente, ao tratamento do sentenciado. Assim, havendo dúvidas quanto à efetiva cessação da periculosidade, inevitável restabelecer-se a sanção, como forma de garantir-se a consecução de sua finalidade preventiva especial, na modalidade positiva.

IV – O INDULTO COLETIVO E A MEDIDA DE SEGURANÇA

Atualmente, questão importante que se coloca é a possibilidade de aplicação do indulto coletivo às medidas de segurança.

Instituto tradicionalmente aplicado às penas, ele foi estendido pela primeira vez às medidas de segurança pelo Decreto Presidencial nº 6.706, de 22 de dezembro de 2008⁴⁵, havendo disposição semelhante também nos Decretos seguintes, de 2009, 2010 e 2011.

Não se desconhece que o perdão da reprimenda cominada àqueles sentenciados que satisfaçam os requisitos impostos pelo Presidente da República é importante ferramenta de política criminal. Nada obstante, sua aplicação deve compatibilizar-se com o objetivo da sanção penal a ser extinta, sob pena de torná-la inócua.

Neste capítulo, cerne do presente trabalho científico, buscamos levar o leitor a uma análise crítica do indulto coletivo das medidas de segurança, traçando um paralelo entre a função social de referido instituto, a competência constitucional para sua disciplina e a finalidade da medida de segurança no Direito Penal moderno.

4.1 Considerações gerais sobre o indulto coletivo

O indulto, forma de clemência do Estado, nada mais é do que uma causa extintiva da punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso II, do Código Penal. Pode ser subdividido em individual (graça) e coletivo (indulto propriamente dito), este último mais relevante para os fins do presente trabalho.

⁴⁵ Art. 1º. É concedido indulto: (...)

VIII - aos submetidos à medida de segurança que, até 25 de dezembro de 2008, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei nº 7.210, de 1984, por período igual ao tempo da condenação, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição.

Trata-se de ato discricionário, constitucionalmente previsto dentre as atribuições privativas do Presidente da República, no artigo 84, inciso XII, passível de delegação às autoridades enumeradas.

O indulto coletivo mantém intacta a norma principal (tipo) e subtrai os autores da incidência da norma secundária (pena). Seu objetivo, como instrumento de política criminal, é perdoar diversos condenados, esvaziando os estabelecimentos prisionais.

O decreto de concessão do indulto coletivo normalmente inclui os beneficiários tendo em vista a quantidade das penas que lhes foram aplicadas, embora se exijam certos requisitos subjetivos (primariedade etc.) e objetivos (cumprimento de uma determinada fração da pena, exclusão dos autores de determinados delitos etc.).

Pode obter indulto, conforme dispuser o decreto, aquele que está em gozo de *sursis* ou livramento condicional, ou ainda aquele que tenha sido condenado ao cumprimento de pena restritiva de direitos.

O indulto não admite renúncia, exceto quando submetido ao preenchimento de uma condição ou exigência futura, tal como boa conduta social, obtenção de ocupação lícita, exercício de atividade benéfica à comunidade durante certo prazo etc. Nestas hipóteses, estaremos diante do chamado indulto condicional, o qual permite o reinício da execução da pena caso descumprida a condição imposta.

O Juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, depois de concedido o indulto e de anexada aos autos cópia do decreto, declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação (indulto parcial) (artigos 192 e 193, ambos da Lei de Execução Penal).

4.2 Competência para concessão do indulto e natureza jurídica do ato concessivo

Conforme já explicitado no item anterior, dentre as atribuições conferidas ao Presidente da República como Chefe de Governo está a possibilidade de conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei (artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal).

Tal atribuição pode ser delegada aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, nos termos do artigo 84, parágrafo único, da Carta Constitucional.

Importante questão que se coloca diz respeito à natureza jurídica do ato concessivo do indulto, se ato de governo ou ato administrativo. Tal diferenciação, em que pese se mostre, a princípio, prescindível, traz imensas implicações, máxime no que concerne às limitações impostas à discricionariedade do Presidente da República.

Segundo o escólio do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶, não se pode confundir atos da Administração com atos administrativos, sendo certo que a Administração Pública pratica uma série de atos que não interessa considerar como atos administrativos propriamente ditos. São eles: a) Atos regidos pelo Direito Privado, como, por exemplo, a simples locação de um imóvel; b) Atos materiais, tais como o ministério de uma aula, a cirurgia realizada por um médico, os quais sequer configuram atos jurídicos e c) Atos políticos ou de governo, praticados com grande margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política.

Para o ilustre doutrinador, o ato concessivo do indulto estaria incluído nesta última categoria de atos da Administração, razão pela qual se submeteria a regime jurídico diverso daquele previsto para os atos administrativos. Estes últimos, por sua vez, podem ser conceituados como *“declaração do Estado (ou de quem lhe faça as*

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 372-373.

*vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*⁴⁷.

Nesta senda, ao classificarmos o decreto de indulto como um ato de governo, estaríamos admitindo que o Presidente da República possui ampla discricionariedade na sua edição, jungindo-se apenas à Constituição Federal.

Isso porque, ao contrário do que ocorre na função administrativa, a qual se volta para a gestão concreta, prática, direta, imediata e, até mesmo rotineira dos assuntos sociais, a função de governo se ocupa com atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento das contingências extremas, pressupondo decisões eminentemente políticas. Não estão em pauta, ademais, comportamentos infralegais ou infraconstitucionais expedidos na intimidade de uma relação hierárquica⁴⁸.

Dada a devida vênia, filiamo-nos à corrente diversa, segundo a qual o ato concessivo do indulto classifica-se como ato administrativo, submetendo-se ao mesmo regime jurídico e, portanto, às mesmas limitações.

Dessa feita, nos termos da lição de Diogenes Gasparini, os atos da administração subdividem-se apenas em a) atos materiais; b) atos regulados pelo Direito Privado e c) atos administrativos. Daí a bipartição entre atos ajurídicos e atos jurídicos. Os primeiros, também chamados de fatos administrativos, não se preordenam à produção de qualquer efeito jurídico, traduzindo um simples trabalho ou operação técnica dos agentes públicos (como exemplo, podemos citar os atos de dar aula ou varrer uma rua). Já os atos jurídicos, estes sim se prestam à produção de efeitos jurídicos sendo, quase sempre, emanações de vontade, juízo ou conhecimento do Estado ou de quem lhe faça as vezes, orientados à obtenção de certos e determinados fins de direito. São dessa espécie os atos praticados sob

⁴⁷ *Ibidem*, p. 374.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 37.

regime de Direito Privado como, por exemplo, a doação de bens imóveis e os atos administrativos, como a requisição de bens e serviços⁴⁹.

Os atos de governo, portanto, assumem em nosso ordenamento a roupagem de atos administrativos e obedecem ao regime dessa espécie de ato jurídico, ainda que seu fundamento de validade seja retirado diretamente da Constituição.

Assim, ao classificarmos o decreto de indulto como um ato administrativo, podemos concluir que a liberdade que é outorgada ao Presidente da República para a sua elaboração – mesmo que o ato seja calcado em normas constitucionais – é a mesma liberdade que se reconhece a qualquer outro ato administrativo.

Não há dúvidas, portanto, que o espaço legítimo da discricionariedade administrativa, mesmo na elaboração de atos de governo, sofre limitação, não só principiológica, mas também legal, admitindo-se, aqui, a lei em sentido amplo, ou seja, como expressão da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais ou espécies normativas que a elas equivalham.

4.3 Limites à discricionariedade do Presidente da República

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade pode ser definida como *“A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”*⁵⁰.

Já Maria Sylvia Zanella di Pietro, anota que: *“a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”*⁵¹.

⁴⁹ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109-110.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 420.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 205.

Assim, podemos concluir que a discricionariedade nada mais é que um instrumento para a consecução da função imposta à Administração Pública, a qual possui o dever-poder de decidir conforme a melhor solução para o caso concreto.

Esta margem de liberdade de atuação, contudo, possui limites bem definidos em nosso ordenamento jurídico, não podendo, de forma alguma, ser confundida com arbitrariedade.

A discricionariedade administrativa é atribuída pela via legislativa. Dentre os poderes conferidos constitucionalmente ao Poder Legislativo está aquele de transferir ao Executivo a competência para editar normas complementares àquelas derivadas da fonte legislativa⁵².

A competência discricionária é, portanto, dependente, acessória e secundária em relação à competência legislativa, havendo necessidade de compatibilidade entre a norma administrativa e a norma legal no tocante ao conteúdo, espírito e finalidade.

O Poder Executivo não possui, portanto, competência para inovar a ordem jurídica, estando adstrito, inclusive, à principiologia do ordenamento.

A escolha da Administração Pública se faz pelo critério de conveniência ou oportunidade, ou seja, o também chamado mérito administrativo. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz o interesse público. De outro lado, há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público.

Nesta senda, importante consignar que além do aclamado princípio da legalidade, ao qual fizemos referência acima, há também a imprescindibilidade de respeito à razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé, lealdade e igualdade⁵³.

⁵² FILHO, Marçal Justen. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 162.

⁵³ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 234.

No que tange ao primado da razoabilidade⁵⁴, é certo que a Administração Pública deve agir em consonância com os critérios do homem médio, racionalmente aceitáveis, de forma a honrar as finalidades que ensejaram a outorga da competência.

Não pode o agente público agir ao seu gosto, em dissonância com o interesse público, fora daquilo que é considerado razoável, sensato e coerente.

Referido princípio não foi previsto de forma expressa pela Constituição Federal, mas decorre diretamente da legalidade e da finalidade, esta última encarada como o dever da Administração de alvejar sempre o fim normativo, de acordo com a razão de ser da norma.

Já a proporcionalidade⁵⁵ exige que as competências administrativas sejam exercidas na medida necessária para o atendimento do interesse público a que estão vinculadas. Trata-se, em verdade, de um aspecto do princípio da razoabilidade, sendo vedada a atuação em excesso ou escassez, sempre com vistas a salvaguardar o interesse dos administrados.

Aludido primado pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo Presidente da República, mas também a adequação desses

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 105. Nos dizeres do mestre administrativista “*não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada*”.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 436. Segundo o autor: “*O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, Direito Positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a arte não-escrita ou não-expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra, e que fazem inviolável a unidade da Constituição*”. Segue o professor afirmando: “*Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade*”.

meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização.

Consoante o subprincípio da adequação, as medidas interventivas adotadas devem ser capazes de atingirem os objetivos pretendidos. Já no que tange ao subprincípio da necessidade, nenhum meio menos gravoso para o indivíduo pode se revelar igualmente eficaz na consecução daqueles objetivos⁵⁶.

⁵⁶ “A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem “não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...)”, de tal modo que “Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (...)” (GILMAR FERREIRA MENDES, “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Repertório IOB de Jurisprudência*, no 23/94, p.475). Cumpre enfatizar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5o, LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público (procedural due process of law), mas, sobretudo, em sua dimensão material (substantive due process of law), que atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades normativas do Estado, que este não dispõe de competência para atuar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. Daí a advertência de CAIO TÁCITO (RDP 100/11-12), que, ao relembrar a lição pioneira de SANTI ROMANO, destaca que a figura do desvio de poder legislativo impõe o reconhecimento de que, mesmo nas hipóteses de seu discricionário exercício, a atividade normativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com o interesse público. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADIn 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). De outro lado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal tem prestigiado normas que não se revelam arbitrárias ou irrazoáveis em suas prescrições, em suas determinações ou em suas limitações: “A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, ajusta-se ao princípio do devido processo legal, analisado na perspectiva de sua projeção material (substantive due process of law). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.” (ADIn 1.407-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Conclui-se, portanto, que, se a norma revelar-se tismada pelo vício da irrazoabilidade, restará configurado, em tal anômala situação, o excesso de poder em que incidiu o Estado, o que compromete a própria função constitucional inerente à atividade de positivação do Direito, pois o ordenamento jurídico não pode conviver com atos estatais revestidos de conteúdo arbitrário. Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, indefiro o pedido de contracautela formulado pela União Federal” (STF, Suspensão de Segurança 1320, DJ de 14.4.1999, item nº 524).

Previsto expressamente pelo artigo 231, § 6º, da Constituição Federal, o princípio da boa-fé exige a observância dos valores de lealdade, honestidade e moralidade pela Administração Pública. Protege-se, assim, o valor ético das relações entre o administrador e os administrados, resguardando-se a confiança mútua.

Não há como se negar que referido princípio seja consectário do primado da moralidade, consagrado pelo artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Trata-se de verdadeira derivação da máxima romana de que nem tudo que é legal é honesto, podendo-se afirmar, portanto, que a moralidade é mais exigente que a própria legalidade.

A Administração Pública deverá agir com sinceridade e lhanza, sendo-lhe vedado qualquer comportamento astucioso, malicioso, realizado de forma a confundir, obstaculizar ou minimizar o exercício de direito por parte dos administrados.

Por fim, mas não menos importante, o princípio da igualdade, previsto pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, todos os administrados devem ser tratados da mesma forma tanto quando se concede um benefício, confere isenções, outorga vantagens, como quando prescreve sacrifícios, multas, sanções, etc.

Assim como os demais princípios, a igualdade não pode ser encarada de forma absoluta. Como bem salientado por Celso Antônio Bandeira de Mello em célebre obra sobre o tema, distingue dois ângulos da isonomia. O primeiro diz respeito a existência efetiva e real de uma diferença entre duas ou mais situações fáticas, o que somente pode ser atingido através de um exame da realidade, sempre norteado pela máxima de que duas situações nunca são exatamente idênticas. O segundo, por sua vez, consiste na seleção de um critério diferenciador, capaz de avaliar as diferenças e compatível com a razão de ser da diferenciação⁵⁷.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

Ademais, não se pode olvidar que o princípio da isonomia exige que a providência adotada pelo administrador seja compatível com o motivo autorizador da diferenciação. Essencial também que o critério diferenciador e o resultado atingido compatibilizem-se com a ordem jurídica e com os valores constitucionais em vigência.

Vedam-se, dessa forma, generalizações improfícuas e incorretas, sendo necessário que as providências administrativas se adéquem sempre às circunstâncias diferenciais, sob pena de tratar-se da mesma forma indivíduos em situações diversas, o que implica em flagrante violação ao instituto.

Feitas estas breves considerações, concluímos que a atividade do Presidente da República está sujeita a controle, nos mesmos moldes dos atos administrativos em geral.

A função política está presente em todas as atividades da Administração Pública e não pode ser utilizada como um artifício para a atuação arbitrária. Trata-se de gênero, dos quais são espécies as funções legislativa, executiva (ou administrativa) e judicial⁵⁸.

Não se pode olvidar que os governantes são meros gestores, subordinados à vontade geral formalizada pela lei e, assim, devem buscar sempre a realização dos interesses do povo, sob pena de se distanciarem do motivo que ensejou a atribuição de competência discricionária e se imiscuírem na atividade legislativa.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 543. Segundo o autor: “Quando apesar da rejeição do conceito no texto constitucional, se utiliza a fórmula ‘poderes do Estado’ pretende-se significar os complexos orgânicos do sistema do poder político dotados de funções ditas ‘supremas’, mas separados e interdependentes entre si. Bem andou, porém, a Constituição ao transitar dos poderes de Estado para órgãos de soberania. Na verdade, os poderes são sistemas ou ‘complexos de órgãos’ aos quais a Constituição atribui certas competências para o exercício de certas funções”.

4.4 Inviabilidade de concessão de indulto coletivo às medidas de segurança

O Decreto nº 6.706/2008 inovou ao prever a concessão de indulto aos sentenciados submetidos à medida de segurança. A despeito de referida medida parecer, aos olhos de alguns, um avanço no que diz respeito à legislação sobre o tema, sua adoção constituiu, em verdade, um verdadeiro retrocesso, consoante demonstraremos neste capítulo.

É inconteste que o indulto assume um importante papel de política criminal, principalmente no que diz respeito ao problema de superpopulação carcerária. Nada obstante, sua aplicação pelo Poder Executivo não pode ocorrer de forma arbitrária, estando submetida aos limites explicitados no item anterior.

Inicialmente, podemos afirmar que a expedição do decreto de indulto deve respeitar as balizas constitucionais, sendo a atribuição do Presidente da República limitada a “*conceder indulto e comutar **penas***” (cf. artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal) (g.n.).

Da leitura de referido dispositivo, depreende-se que o instituto ora estudado se destina somente às penas, inexistindo qualquer previsão no que diz respeito a sua extensão também às medidas de segurança que, como já exaustivamente debatido neste estudo, constituem espécie autônoma de sanção penal.

Como é cediço, o texto legal não contém palavras inúteis e, na interpretação do comando normativo, não se pode deixar de levar em consideração a redação do dispositivo em si.

Ora, caso o legislador constituinte quisesse incluir as medidas de segurança no rol de sanções que autorizam a expedição do decreto de indulto, certamente não teria se referido expressamente às penas, como fez questão de proceder. Até mesmo porque, as medidas de segurança já haviam sido devidamente sistematizadas pela reforma do Código Penal, ocorrida em 1984.

Contrariando referido posicionamento, os defensores da extensão do indulto às medidas de segurança afirmam, em sua grande maioria, que as sanções penais possuem semelhanças que não justificam tratamento tão dispare, bem como que o perdão da reprimenda seria uma forma de impedir a segregação perpétua de alguns doentes sob o fundamento de uma imperiosa “necessidade social”⁵⁹. Assim, entendem que o artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal se referiu às penas em sentido amplo, ou seja, às penas em sentido estrito e às medidas de segurança.

Ocorre que tal interpretação analógica esbarra na própria natureza da medida de segurança, a qual impede a aplicação do indulto aos inimputáveis em tratamento.

Consoante já mencionado em passagens anteriores, a medida de segurança exsurtiu como uma alternativa à pena, a qual se mostrou insuficiente à prevenção da criminalidade em determinadas situações de delinquência. Aos poucos, foi adquirindo a sistematização atual, de forma a se tornar uma sanção penal autônoma, aplicável aos inimputáveis e fronteiriços, desde que presentes os pressupostos legais, ou seja, a prática de um ilícito-típico penal e a periculosidade criminal.

Atualmente, não há dúvidas de que a pena e a medida de segurança sejam sanções penais distintas e autônomas, sendo vedada, inclusive, a sua imposição simultânea, em respeito ao sistema vicariante adotado.

É claro que existem inúmeras semelhanças entre as medidas sancionatórias, até mesmo porque ambas se inserem no rol de consequências jurídicas da prática de um crime, nada obstante, a principal diferença entre a pena e a medida de segurança reside, sem sombra de dúvidas, na finalidade de cada uma.

⁵⁹ FERRARI, Eduardo Reale. Medidas de segurança e o decreto de indulto: a esperança venceu o medo e GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O indulto natalino de 2008 e a promoção da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 195, p. 5-6 e p. 8-9, fev. 2009.

A medida de segurança assumiu uma roupagem indiscutivelmente preventiva, sendo inconteste o seu fim curativo. Dessa forma, diferentemente da pena, não busca impingir um castigo ao sentenciado, mas sim tratá-lo até que se ateste, por meio de avaliação pericial realizada por especialistas, a cessação da periculosidade.

Não é à toa, portanto, que o período de duração da medida de segurança é indeterminado e que sua extinção se dá de forma condicional, podendo haver o retorno à situação anterior caso o paciente pratique, no prazo anual, ato indicativo de periculosidade.

Neste diapasão, inconteste que a concessão do indulto inviabiliza o processo de extinção da medida de segurança, tal como previsto pela legislação infraconstitucional, reinserindo no seio social indivíduo ainda perigoso, cujo tratamento não foi concluído, ou seja, desnatura a própria sanção penal, equiparando-a, indevidamente, à pena.

A discricionariedade do Presidente da República, consoante já afirmado anteriormente, não chega a tanto. Ainda que os chamados atos de governo retirem o seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, eles não podem ser produzidos ao arpejo da sistemática do Código Penal e da Lei de Execução Penal.

Caso contrário, estar-se-ia conferindo ao chefe do Poder Executivo poder incompatível com a organização atual do Estado, visto que ele, sozinho, seria legitimado a alterar substancialmente as normas vigentes, sem sequer observar o processo legislativo previsto pela Carta Constitucional.

Não restam dúvidas, portanto, que a situação dos indivíduos em cumprimento de medida de segurança não pode ter equacionamento tão simples, sendo inviável a adoção de uma medida genérica, impessoal, como é o caso do indulto coletivo. Extinguir a medida de segurança de maneira prematura é medida

temerária, passível, inclusive, de responsabilização civil por eventual dano causado pelo deficiente ou doente mental.

Como se não bastasse, além de manifestamente inconstitucional e ilegal, a concessão de indulto à medida de segurança se revela também contrária aos próprios princípios que norteiam a atividade do Poder Público.

Afirmamos que a atividade do Presidente da República pauta-se por critérios de conveniência e oportunidade. Assim, temos que só é conveniente aquele ato que satisfaça o interesse público e cuja prática se dê no momento mais adequado para tanto.

A inclusão dos indivíduos em cumprimento de medida de segurança dentre os beneficiários do indulto, certamente, não atende aos requisitos explicitados no parágrafo anterior.

Pois bem, qual interesse público estaria sendo atendido com a reinserção social de indivíduo com probabilidade de voltar a delinquir, sem que lhe seja dispensado tratamento adequado a sua moléstia? Entendemos que nenhum, pois a sociedade e o próprio inimputável estariam sendo submetidos a um alto risco, evitável com a manutenção da medida sancionatória até a efetiva cessação da periculosidade.

Os problemas, contudo, vão além. A concessão de indulto aos indivíduos em medida de segurança revela-se absolutamente desarrazoada, quando analisada frente aos desígnios que ensejaram a outorga da atribuição presidencial. Consoante já aventado, o indulto é instituto de política criminal que tem como função primordial o esvaziamento do cárcere e a correção de eventuais injustiças judiciárias. Sua natureza, portanto, em nada se revela compatível com a espécie de sanção penal ora estudada, a qual vai muito além do castigo e da inocuização do sentenciado.

Aplicar-se instituto diagramado para as penas às medidas de segurança não traduz sensatez e muito menos coerência. Não há como se falar em perdão de

indivíduo que precisa de tratamento específico, sendo evidente que a sua reinserção prematura no meio social mostra-se contrária aos seus próprios interesses.

Frise-se que os decretos presidenciais que tratam do tema, não impuseram uma condição à aplicação do indulto como, por exemplo, a submissão a tratamento ambulatorial. O indivíduo deficiente ou doente mental é abandonado à própria sorte sem sequer ser submetido a um controle de medicação.

Há, é verdade, a previsão de que fica mantido o direito de assistência nos termos do artigo 196 da Constituição. Entretanto, é cediço que o número de hospitais psiquiátricos da rede SUS (Sistema Único de Saúde) não é suficiente para atender todos os indivíduos em cumprimento de medida de segurança. Ademais, não se pode olvidar que os beneficiários do indulto, em sua grande maioria, ainda apresentam periculosidade criminal, razão pela qual devem ser mantidos em local com segurança e profissionais especialmente capacitados, ou seja, nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico.

A concessão de indulto a indivíduos nesta situação carece, inclusive, de proporcionalidade. Ora, estar-se-ia perdoando um indivíduo doente e perigoso apenas para a liberação de uma vaga em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou para evitar que ele fique submetido à sanção penal por muito tempo.

Ora, sabe-se que o meio jamais será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção da medida que se revele, ao mesmo tempo, mais adequada e menos gravosa. Trazendo esses conceitos para a realidade do presente trabalho, podemos afirmar que os problemas acima aventados seriam solucionados ou, ao menos, minimizados, com a adoção de uma política diferenciada pela direção dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, a exemplo dos programas que vêm sendo desenvolvidos em Franco da Rocha - SP.

Como bem salientado no capítulo anterior, a submissão dos pacientes a atividades físicas, manuais, culturais, etc. assume um importante papel de sociabilização, reduzindo os índices de abandono e, em muitos casos, o período de

duração da medida de segurança. Um indivíduo ocupado, produtivo, bem integrado com os demais pacientes, tem a sua autoestima elevada e responde melhor ao tratamento que lhe é ministrado.

Assim, ao invés de liberar aqueles que ainda não tem condições para viverem em sociedade, muito mais adequado e menos gravoso investir em atividades que auxiliem no tratamento e cura da enfermidade que deu ensejo à aplicação da sanção penal.

Preserva-se, dessa forma, não só o direito do corpo social à segurança, mas também o direito do indivíduo submetido à medida de segurança a um tratamento digno e com efetivas chances de cura.

Não se trata de segregar os doentes mentais que praticam ilícitos típicos como bichos, mas de zelar para que cumpram a medida de segurança até a efetiva cessação da periculosidade. Inviável, nesta toada, equipará-los aos imputáveis em cumprimento de pena, sob pena de ferir de morte o princípio constitucional da isonomia.

De fato, o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, prega que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza.

Não há dúvidas, portanto, que o princípio da igualdade consiste em verdadeira limitação à atividade estatal, sendo certo que por mais discricionários que sejam os critérios da política do Poder Executivo, ele encontra no referido primado uma de suas restrições fundamentais.

Deve-se buscar, contudo, não a igualdade formal, segundo a qual é dispensado exatamente o mesmo tratamento a todos os indivíduos, mas sim a igualdade material, traduzida, de forma bastante simplista, na máxima de Aristóteles, segundo a qual é preciso que se tratem igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Referida solução, a despeito de ser bastante difundida, mostrou-se insuficiente ao longo dos anos, tendo sido sabiamente complementada pela obra do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual debruçou sobre a legítima eleição de um critério diferencial que não implicasse na quebra da isonomia, mas autorizasse o tratamento distinto a pessoas em situações jurídicas diversas⁶⁰.

A eleição do chamado *discrímen* não pode, por óbvio, criar favoritismos, sendo necessário que haja uma justificativa racional para sua adoção, bem como que exista correlação com os valores prestigiados pelo sistema normativo constitucional vigente.

Neste sentido, afirma o professor:

Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada⁶¹.

E continua:

Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impede que concorram quatro elementos: a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nela residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público⁶².

Tais considerações podem ser facilmente trazidas para o presente estudo, de forma a corroborar a legitimidade da vedação do indulto aos indivíduos submetidos à medida de segurança.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁶¹ *Idem*, p. 39.

⁶² *Idem*, p. 41.

Por primeiro, faz-se mister ressaltar que a desequiparação ora pretendida não atinge um único indivíduo, estendendo-se a todos aqueles que cumprem referida sanção penal e que, portanto, gozam da mesma situação jurídica.

As situações e as pessoas desequiparadas, por sua vez, de fato são distintas entre si. Não há dúvidas de que os sujeitos em cumprimento de medida de segurança necessitam de um tratamento diferenciado, o qual em muito se distancia daquele aplicado aos sentenciados em resgate de pena.

Essa impossibilidade de equiparação encontra explicação lógica, isso porque, como fizemos questão de ressaltar durante todo o estudo, os inimputáveis e fronteiriços em tratamento almejam, principalmente, a cura.

Diferentemente dos condenados ao cumprimento de uma pena, os indivíduos em internação ou tratamento ambulatorial somente podem ser ressocializados depois de atestada, por perícia médica, a ausência de probabilidade de voltar a delinquir, ou seja, a cessação da periculosidade, pressuposto de aplicação e manutenção da sanção penal.

Por fim, mas não menos importante, é certo que o *discrímen* da imputabilidade é pertinente em face dos interesses constitucionalmente protegidos.

O artigo 1º, da Constituição Federal, define a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo o seu respeito irrenunciável.

Trata-se, em verdade, de um super princípio que constitui a base de todo o ordenamento jurídico, englobando desde os direitos pessoais, os direitos sociais, os direitos dos trabalhadores até a organização econômica. Nas palavras de Eduardo Reale Ferrari: *“Consiste num valor autônomo e específico, inerente aos homens em*

*virtude da sua simples personalidade, obrigando a uma intensa densificação valorativa que tenha em conta seu amplo sentido normativo-constitucional”*⁶³.

Referido autor, parafraseando Maurício Antônio Ribeiro Lopes, afirma, ainda, que a imposição da sanção *“exige condições humanitárias que confirmam potencialidade ao cumprimento de suas finalidades legais ou filosóficas, de nada adiantando segregar o inimputável em casa de custódia e tratamento psiquiátrico que não ofereça o mínimo de possibilidade de recuperação”*⁶⁴.

Evidente que o delinquente-doente deve cumprir a sua sanção penal em um ambiente com condições mínimas de tratamento. Nada obstante, também é certo que referido tratamento deve ser ministrado de forma a possibilitar a sua efetiva cura, objetivo este que vai de encontro à concessão do indulto, instituto que possibilita a liberação prematura de indivíduo perigoso que, provavelmente, voltará a violar a ordem jurídica.

Podemos concluir, portanto, que a aplicação do indulto aos inimputáveis, apesar de ser defendida por grande parte da doutrina como verdadeiro corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, representa, ao contrário, a negação de referido primado. Isso porque, o indivíduo é simplesmente jogado de volta ao meio social, sem que esteja cessada a sua periculosidade e sem que tenha sido realizado um processo prévio e paulatino de ressocialização.

Seu tratamento é interrompido e não há sequer qualquer condicionamento do perdão à submissão do indivíduo a tratamento ambulatorial, por exemplo. O doente fica, neste diapasão, abandonado à própria sorte, submetendo-se a controle medicamentoso apenas se assim o desejar.

⁶³ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. 2000. 370f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 132.

⁶⁴ LOPES, Maurício Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 254 apud FERRARI, Eduardo Reale, op. cit., p. 133-134.

Como se não bastasse, a equiparação dos inimputáveis aos imputáveis em cumprimento de pena ensejaria, também, a violação ao direito fundamental da sociedade à segurança pública.

O legislador constituinte previu a “segurança” como direito fundamental basilar dos cidadãos, colocando-o ao lado de outros de elevada estrutura jurídica e axiológica⁶⁵.

Como já mencionado, o indivíduo beneficiado com o indulto da medida de segurança retorna ao meio social sem que sua periculosidade tenha sido cessada, colocando em risco toda a sociedade ordeira.

Com certeza esta não é a intenção do instituto, o qual deve compatibilizar os interesses do inimputável em tratamento com os do corpo social. Liberar indivíduo perigoso não soluciona os problemas supostamente combatidos com a implementação de política social, mas gera um elevado risco ao próprio paciente e à sociedade, a qual terá de conviver com um delinquente em potencial.

Traçadas estas derradeiras considerações, podemos afirmar que a impossibilidade de concessão do indulto aos indivíduos em medida de segurança não afronta o princípio constitucional da igualdade.

A diferenciação estabelecida entre os sujeitos submetidos a uma ou outra espécie de sanção penal justifica-se pelo abismo que há entre ambas as situações jurídicas e, ainda, pela finalidade das medidas sancionatórias. Ademais, eventual equiparação das categorias de delinquentes se revela absolutamente contrária aos anseios da Carta Constitucional, gerando um alto risco ao próprio paciente e uma desnecessária instabilidade social.

⁶⁵ Nas palavras de Valter Foletto Santin: “o termo ‘segurança’ constante do preâmbulo e dos arts. 5º, caput, e 6º da Constituição Federal, deve ser interpretado como relativo à segurança pública, predominantemente de caráter difuso, que visa tutelar a manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144), componente importante para a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º)” (apud ANDRADE, Vander Ferreira. 2010. 276f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 39.

CONCLUSÕES

Do presente trabalho podemos extrair as seguintes conclusões:

- A medida de segurança surgiu como um meio de defesa social alternativo à pena, visando suprir a sua ineficiência no combate de graves e perigosos fenômenos sociais, cujos protagonistas, por não possuírem noção de valor de seus atos, revelaram-se alheios à ameaça de castigo. A evolução de referido instituto sofreu importantes influências das Escolas Penais, destacando-se o positivismo de Franz Von Liszt.
- No Brasil, a medida de segurança teve sua origem embrionária nos Códigos Penais de 1830 e 1890, oportunidade em que foram previstas medidas direcionadas aos inimputáveis, posteriormente estendidas a outros tipos de delinquentes, tais como vadios, anarquistas, toxicômanos, etc. Referidas medidas, contudo, possuíam natureza de pena, ora principais, ora acessórias, ou ainda de meios processuais.
- Com a edição do Código de 1940, as medidas de segurança receberam sistematização semelhante à atual. Entretanto, foi com a Reforma Penal de 1984 que se completou o ciclo de diagramação do instituto estudado: as medidas de segurança destinadas aos imputáveis foram extintas e adotou-se o sistema vicariante para os fronteiriços, o que significa dizer que não mais se permite a adoção conjunta de pena e medida de tratamento.
- O Estado passou a aplicar a medida de segurança aos indivíduos inimputáveis ou semi-imputáveis que cometeram um crime, de forma a impedir que indivíduos perigosos reincidam na prática delituosa, submetendo-os ao tratamento necessário para sua posterior ressocialização.
- A evolução histórica da medida de segurança não deixa dúvidas, portanto, de que estamos diante de uma sanção penal autônoma, distinta da pena. A despeito de existirem algumas semelhanças entre ambas as espécies

sancionatórias, é certo que as diferenças também se revelam muito marcantes, máxime no que diz respeito à finalidade de cada instituto.

- Enquanto as penas assumem um fim retributivo-preventivo, as medidas de segurança possuem como finalidade precípua a prevenção de novas condutas delituosas, através da cura do delinquente.

- A legislação prevê dois pressupostos de aplicação às medidas de segurança, quais sejam: a prática de um ilícito-típico penal e a presença de periculosidade criminal, atestada por perícia médica.

- Justamente para garantir a consecução de seu objetivo eminentemente terapêutico, as medidas de segurança possuem algumas peculiaridades em sua execução. Em primeiro lugar, o seu prazo de duração é ilimitado, ficando a extinção da sanção condicionada à cessação da periculosidade do indivíduo. Como se não bastasse, a desinternação ou a liberação do sujeito internado ou submetido a tratamento ambulatorial é sempre condicional, podendo ele voltar ao estado anterior se, dentro do prazo anual, praticar ato indicativo de sua periculosidade.

- Apesar de todo esse cuidado que foi dispensado à construção do sistema aplicável às medidas de segurança, o Presidente da República, em ato discricionário, passou a conceder indulto aos indivíduos que tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial, por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada, ou no caso de substituição, por período igual ao tempo da condenação.

- Entendemos que o ato concessivo de referida benesse tem natureza de ato administrativo, submetendo-se ao mesmo regime jurídico e, portanto, às mesmas limitações. Dessa feita, a liberdade que é concedida ao Chefe do Poder Executivo para a sua elaboração - mesmo que o ato seja calcado em normas constitucionais - é a mesma liberdade que se reconhece a qualquer outro ato administrativo.

- O espaço legítimo da discricionariedade administrativa, mesmo na elaboração dos chamados “atos de governo”, sofre limitação, não só legal,

admitindo-se, aqui, a lei em sentido amplo, ou seja, como expressão da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais ou espécies normativas que a elas equivalham, mas também principiológica.

- Não há dúvidas, portanto, que os Decretos Presidenciais concessivos de indulto aos indivíduos em cumprimento de medida de segurança padecem de inconstitucionalidade, isso porque contrariam disposição expressa da Constituição Federal, disposta em seu artigo 84, inciso XII, segundo o qual é atribuição do Presidente da República “*conceder indulto e comutar penas*” (cf. artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal).

- Sendo a medida de segurança sanção diversa da pena, não é árduo dessumir que o legislador constituinte não abarcou as medidas de segurança como uma das hipóteses de sanção penal que autoriza o perdão da medida sancionatória.

- E nem há como se proceder a uma interpretação analógica de referido dispositivo constitucional, pois a concessão de indulto contraria toda a diagramação da medida de segurança. Ora, se o seu objetivo de referida sanção penal é a cessação da periculosidade do indivíduo com a sua conseqüente desinternação ou liberação condicionais, inviável permitir que pessoa ainda perigosa seja reconduzida ao meio social.

- Admitir uma situação como a acima narrada apenas porque o ato administrativo junte-se exclusivamente à Constituição Federal significa contrariar a própria ordem constitucional em vigência, eis que o Presidente da República estaria autorizado a, sozinho e sem a observância do processo legislativo, alterar o sistema normativo vigente.

- A própria natureza da medida de segurança, neste diapasão, revela-se contrária ao seu perdão. Ora, um indivíduo em desinternação ou liberação condicional, ao praticar ato indicativo de periculosidade, retorna à situação anterior. Já aquele cuja sanção foi indultada por força do Decreto Presidencial, assume a liberdade plena, sendo jogado à própria sorte.

- Como se não bastasse, a expedição de Decreto Presidencial nesta situação viola também alguns princípios que norteiam a elaboração do ato administrativo, dentre eles a razoabilidade, a proporcionalidade e a igualdade.

- Por tais razões, o indulto da medida de segurança é medida inconstitucional, ilegal e incompatível com o sistema principiológico vigente. Sua adoção revela-se temerária não só à sociedade, mas ao próprio indivíduo que terá seu tratamento interrompido. Concordar com esta indevida equiparação entre pena e medida de segurança enseja um verdadeiro retrocesso, sendo inviável corrigirem-se eventuais mazelas da execução das medidas de segurança através de absoluta subversão do sistema penal vigente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vander Ferreira. *Do direito fundamental a segurança pública: análise crítica do sistema constitucional de segurança pública brasileiro*. 2010. 276f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

ARAÚJO, J. Aureliano Corrêa. *Das Penas e das Medidas de Segurança no Vigente Código Penal do Brasil*. Recife: Imprensa Oficial, 1944.

ASÚA, Luiz Jiménez. *Tratado de Derecho Penal*. 3ª ed. Buenos Aires: Losada, 1964, v. 2.

BARREIRO, Jorge. *Las medidas de seguridad en El derecho español*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1976.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: EDIPRO – Edições Profissionais Ltda., 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTERO, José Antônio Sainz. *La ciência Del Derecho Penal y su evolución*. Barcelona: Bosch, 1975.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIAS, Figueiredo. *Direito Penal Português: as conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Noticias, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

DOTTI, Rene Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. 2000. 270 f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.

FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Espanha: Centro Editorial de Góngor, 1909, t. 2.

FIRMO, Anibal Bruno de Oliveira. *Medidas de Segurança*. Recife: S.N., 1940.

_____. *Direito Penal: parte geral*, tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: a história da violência nas prisões*. Tradução de Raquel Ramallete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, tomo II. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

GARÓFALO, Rafael. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1925.

GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais/ Luiz Flávio Gomes, Antônio García-Pablos de Molina; tradução Luiz Flávio Gomes, Yebbin Morote Garcia, David Tangerino*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009.

HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1976.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2008.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEVORIN, Marco Polo. *Princípio da legalidade na medida de segurança: determinação do limite máximo de duração do internamento*. 1999. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1946.

LISTZ, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003, tomo I.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millennium, 2000. v. 3.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1937.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PINHO, Demosthenes Madureira. *Medidas de Segurança: teoria geral*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1938.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

RABINOWICZ, Léon. *Mesures de Sûreté*. Paris, 1929.

REALE JÚNIOR, Miguel. et al. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SOUZA, Moacyr Benedicto de Souza. *O Problema da Unificação da Pena e da Medida de Segurança*. São Paulo: J. Bushatsky, 1979.