

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BRUNO JOSÉ JAREÑO

**A DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NA
PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

UBERLÂNDIA-MG
2016

BRUNO JOSÉ JAREÑO

**A DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NA
PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Uberlândia, como requisito
parcial à obtenção do título de mestre em Direito,
sob a orientação do Prof. Dr. Edihermes Marques
Coelho.

UBERLÂNDIA-MG
2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

J37d
2016

Jareño, Bruno José, 1988-
A duração das medidas de segurança na perspectiva do estado
democrático de direito / Bruno José Jareño. - 2016.
106 f.

Orientador: Edihermes Marques Coelho.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direitos fundamentais - Teses. 3. Direito -
Filosofia - Teses. I. Coelho, Edihermes Marques, 1968-. II. Universidade
Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
Título.

CDU: 340

BRUNO JOSÉ JAREÑO

A DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Uberlândia, como requisito
parcial à obtenção do título de mestre em Direito,
sob a orientação do Prof. Dr. Edihermes Marques
Coelho.

Manifestação do Professor Orientador e da Banca Examinadora quanto ao conteúdo do trabalho e
sua destinação:

1. () O trabalho não cumpriu os requisitos exigidos devendo o aluno ser reprovado.
2. () O trabalho cumpriu os requisitos para a aprovação do aluno.
3. () O trabalho apresenta qualidades que recomendam sua colocação em biblioteca como
base para outros trabalhos a serem desenvolvidos.
4. () O trabalho possui nível de excelência e é recomendado à futura publicação na Revista da
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Nota: _____

Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho
Professor da Universidade Federal de Uberlândia - UFU
Professor orientador e Presidente da banca examinadora

Profa. Dra. Simone Silva Prudêncio
Professora da Universidade Federal de Uberlândia - UFU
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges
Professor da Universidade Estadual Paulista "Júlio de
Mesquita Filho" - UNESP
Membro da Banca Examinadora

UBERLÂNDIA-MG, 22 de fevereiro de 2016.

DEDICATÓRIA

A meus pais, Faustino e Kadige.

A minha esposa Laena, com carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a minha família e aos
amigos por tudo.

Agradeço também a Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Uberlândia e, em
especial, ao meu orientador, por terem me
ajudado nesta caminhada.

“Ciência Penal não é só a interpretação hierática da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação de seu espírito e a compreensão de seu escopo, para ajustá-lo a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida.”

Nelson Hungria, jurista brasileiro.

RESUMO

O presente trabalho trata da busca, com base nos direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, de elementos que justifiquem que o tempo de duração máximo da medida de segurança não deve ultrapassar o limite da pena abstratamente cominada ao delito praticado, tendo como marco teórico o garantismo de Luigi Ferrajoli. Neste sentido, o texto inicialmente expõe ideias sobre o garantismo, o Estado Democrático de Direito e os princípios limitadores do *jus puniendi*, para poder abordar o tema proposto. A partir daí, são tratados argumentos contrários e favoráveis à estipulação de um prazo máximo de duração para as medidas de segurança. A ideia central do texto é fundamentada na impossibilidade de as medidas de segurança terem seu prazo máximo de duração indeterminado, na forma como atualmente dispõe o artigo 97, § 1º, do Código Penal brasileiro. O garantismo, como modelo jusfilosófico adotado neste trabalho, oferece instrumentos para que sejam estabelecidos limites ao prazo duração das medidas de segurança. Neste sentido, com a aplicação dos princípios da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade, da vedação das penas de caráter perpétuo, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, verifica-se que o artigo 97, § 1º, do Código Penal brasileiro não foi recepcionado pela Constituição e que cabe ao magistrado a fixação de um limite máximo para o cumprimento das medidas de segurança, no momento em que ele prolatar a sentença. Assim, a ideia é que deve existir a fixação de um prazo de duração máximo para as medidas de segurança e que a proposta que mais se coaduna com estes fundamentos, é a fixação de um prazo máximo de cumprimento das medidas de segurança tendo como limite a pena em abstrato para o crime.

PALAVRAS-CHAVE: MEDIDAS DE SEGURANÇA. GARANTISMO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA.

ABSTRACT

This paper deals with the search, based on fundamental rights and guarantees the rule of democratic rule, as may justify that the time of maximum security measure duration should not exceed the limit of the penalty abstractly restraint applied to the offense committed, with the March the theoretical garantismo Luigi Ferrajoli. In this sense, the text initially exposes ideas about garantismo, democratic rule of law and limiting principles of *jus puniendi* to address the theme. From there, they are treated arguments against and in favor of stipulating a maximum duration for the security measures. The central idea of the text is based on the inability of the security measures have their maximum duration is indeterminate, in the way currently to article 97, § 1, of the Brazilian Penal Code. The garantismo as *jusfilosófico* model adopted in this paper, provides tools for imposing any restrictions to the time duration of the security measures. In this sense, with the principles of legality, equality, proportionality, sealing the perpetual character of penalties, legal certainty and dignity of the human person, it appears that Article 97, § 1 of the Brazilian Penal Code It is unconstitutional and that it is up to the magistrate to fix a ceiling for the implementation of security measures at the time he pronouncing the sentence. So the idea is that there should be the establishment of a period of maximum duration for security measures and that the proposal more in line with these fundamentals is the establishment of a maximum term of compliance with security measures having as limit sentence in the abstract to the crime.

KEYWORDS: SECURITY MEASURES. GUARANTEEISM. DEMOCRATIC STATE. DURATION OF SAFETY MEASURES.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 GARANTISMO PENAL	12
1.1 O MODELO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI.....	12
1.2. GARANTISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
1.3 PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA NA VISÃO GARANTISTA	25
CAPÍTULO 2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	28
2.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITO PENAL.....	28
2.2 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO <i>JUS PUNIENDI</i>	35
2.2.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	36
2.2.2. PRINCÍPIO DA ISONOMIA	38
2.2.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	41
2.2.4. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DAS PENAS DE CARÁTER PERPÉTUO.....	43
2.2.5. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	44
2.2.6. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	45
2.2.7. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS	47
CAPÍTULO 3 MEDIDAS DE SEGURANÇA	49
3.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PENA E DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	49
3.2 O CONCEITO ATUAL DE MEDIDA DE SEGURANÇA	58
3.3 AS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	63
CAPÍTULO 4 A DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	69
4.1 FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS EM DEFESA DA DURAÇÃO DETERMINADA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	69
4.2 FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS EM DEFESA DA DURAÇÃO INDETERMINADA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	74
4.3 ANÁLISE CRÍTICA E SITUAÇÃO DO TEMA NO BRASIL: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....	76
CONCLUSÃO.....	92
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

O presente trabalho – *A duração das medidas de segurança na perspectiva do Estado Democrático de Direito* – tem por tema central o estudo das medidas de segurança sob a perspectiva Estado Democrático de Direito garantista, a fim de buscar um prazo máximo de duração das medidas de segurança, que hoje tem seu prazo máximo de duração indeterminado (artigo 97, § 1º, do Código Penal).

Este tema se justifica não somente pela importância e relevância prática do assunto, mas também pelo fato de que em pesquisas preliminares encontrou-se um baixo número de monografias e estudos sobre a temática, sendo que muitas vezes verificou-se que o tema das medidas de segurança recebe um enfoque mais aprofundado na área da psiquiatria (ciências médicas) do que na área jurídica.

O objetivo central do trabalho é buscar fundamentos dogmáticos, com base nos direitos e garantias fundamentais penais, que justifiquem que o tempo de duração máximo da medida de segurança não deve ultrapassar o limite da pena abstratamente cominada ao delito praticado, sob pena de se estar contrariando todo o sistema de garantias jusfundamentais penais do Estado Democrático de Direito.

A Carta Magna brasileira de 1988 positivou de forma expressa a proibição de penas de caráter perpétuo (artigo 5.º, inciso XLVII, alínea “b”), a individualização da pena (artigo 5.º, inciso XLVI), a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, inciso III) e o princípio da legalidade penal – *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* – (artigo 5º, inciso XXXIX), dentre outros dispositivos garantistas.

Diante disso coloca-se a seguinte problemática: conceber as medidas de segurança com um prazo de duração máximo indeterminado é uma afronta a todo o sistema de proteção e de garantias jusfundamentais e ao Estado Democrático de Direito?

Para este trabalho, o método de pesquisa utilizado foi o método hipotético-dedutivo traçando deduções teóricas e hipóteses verificáveis na busca do estabelecimento de um parâmetro teórico do tema.

Assim, a fim de alcançar o objetivo proposto, utilizou-se dos procedimentos da pesquisa bibliográfica e da pesquisa documental, iniciando-se a pesquisa com uma revisão

bibliográfica do tema, por meio de consultas a diversos textos, artigos e livros nacionais e internacionais, com a temática de medidas de segurança, Estado Democrático de Direito e garantismo.

Posteriormente, foram obtidos elementos de cotejo, por meio da pesquisa de documentos jurisprudenciais. Feito isso, a partir da análise da literatura e das informações jurisprudenciais obtidas, passou-se a refletir sobre questões significativas sobre o tempo máximo de duração da medida de segurança, visando estabelecer um limite máximo de duração para as medidas.

Assim, ao longo do trabalho, será verificado se é (in)aceitável que a medida de segurança possa ter sua duração por tempo indeterminado, quando analisada em face dos princípios jusfundamentais e garantias jusfundamentais penais do Estado Democrático de Direito.

O primeiro capítulo traça os fundamentos dogmáticos do garantismo, essenciais para a contextualização do tema. Dessa maneira, são abordadas questões referentes ao garantismo de Luigi Ferrajoli, garantismo e Direitos Fundamentais, além de questões referentes as medidas de segurança.

Já o segundo capítulo propõe uma análise do Estado Democrático de Direito, em busca dos princípios e fundamentos que regem este modelo de Estado e as limitações por ele impostas ao *jus puniendi*.

O terceiro capítulo busca uma conceituação das medidas de segurança. Para isso, é feita uma análise do panorama histórico deste instituto, para depois buscar na doutrina a conceituação de medidas de segurança no aspecto geral e sua situação no direito brasileiro.

Por fim, o quarto capítulo aborda a duração das medidas de segurança no Estado Democrático de Direito, trazendo argumentações favoráveis e contrárias a duração indeterminada das medidas de segurança, para enfim tecer reflexões críticas e trazer posições e questionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro.

CAPÍTULO 1 GARANTISMO PENAL

O presente capítulo irá abordar o modelo garantista de Luigi Ferrajoli, que foi eleito como marco teórico desta pesquisa, por ser o modelo dentre as teorias jusfilosóficas existentes que mais se coaduna com os ideais do Estado Democrático de Direito. Assim, serão delineadas neste capítulo as três acepções do termo garantismo, para traçar a Teoria Geral do Garantismo, que é caracterizada pela vinculação de todas as instituições e pessoas ao Estado de Direito; pela distinção entre justiça e validade e validade e vigência e; pela crítica da ilegitimidade das instituições vigentes e normas em desacordo com os direitos e garantias fundamentais. Além disso, serão abordadas as relações entre direitos fundamentais, penas e medidas de segurança com a teoria garantista, considerando a aplicação do princípio da secularização, no estabelecimento das medidas de segurança, a fim de que a aplicação deste instituto seja isenta de valores morais, e que sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

1.1 O MODELO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

Nos tempos medievais (meados do século V até século XV) o Estado era caracterizado por uma confusão entre a figura do público e do privado, com a supremacia do direito natural, em que o monarca exercia o poder submisso ao poder religioso, sendo que o poder do monarca era justificado como uma opção divina¹.

Nesse modelo de Estado, as penas eram caracterizadas pela arbitrariedade e pelos julgamentos obscuros e parciais, sendo o indivíduo desprovido de qualquer valor como pessoa, ficando o seu destino ao arbítrio de quem o julgasse, como caracteriza Beccaria².

No século XVIII, a ilustração trouxe a supremacia da razão em detrimento da visão divina de Estado. A legalidade passa a imperar como fundamento legitimador da atuação Estado e do *jus puniendi*.

¹ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 116-121.

² BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora CD, 2002. p.15-40.

Foi também com o Iluminismo que se fundou a base do Direito Penal, tal qual hoje é conhecido, vez que até o advento da ilustração, o crime e a pena sempre foram marcados por arbitrariedades e violações em sua aplicação.

Se antes crime e pena eram limitados e originados da vontade do soberano ou divina, com a ilustração e a formação do Estados liberais, eles passam a ser e limitados por cartas políticas de direitos e obrigações (constituições) – Estado de Direito.

O direito de punir – *jus puniendi* - prerrogativa do Estado não fica mais sujeito ao mero arbítrio do monarca ou autoridade maior do Estado, mas a lei e a princípios nela especificados.

O Estado de direito – como entidade predominantemente jurídica³ e submetida ao império da lei - passa a ser o próprio limitador do *jus puniendi*, vez que passa a ser também submetido a direitos e a obrigações com as cartas constitucionais.

O indivíduo no Estado de direito é dotado de direitos e garantias que o protegem contra a atuação arbitrária do Estado, tendo assim condições para exercer suas atividades econômicas e sua vida da forma que melhor lhe convier.

Assim, com o Iluminismo surgiu uma reação aos abusos que eram praticados com relação à imputação de crimes e as penas a eles cominadas. Régis Prado⁴ coloca que o movimento iluminista trouxe mudanças radicais no modo de utilização das penas pelo Estado. A Ilustração deu privilegio ao uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os seus aspectos, desvinculando o Direito de ordens morais, políticas, éticas ou religiosas.

Afirma Moncada que no Iluminismo,

a ânsia de conhecimento e a busca apaixonada da verdade teórica, assumem aí uma intensidade e uma generalização excepcionais que estão em contraste com o cego culto da autoridade das épocas anteriores. Nada terá agora validade, se não conseguir justificar-se perante o tribunal da razão⁵.

³ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 261.

⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1, p. 76.

⁵ MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do direito e do estado**: parte histórica. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1955. v. 1. p. 199.

Logo, as principais características do período Iluminista são o uso predominante da razão em detrimento dos costumes e tradições até então vigentes, a expressão de ideias utilitaristas e contratualistas e o jusnaturalismo.

E é exatamente por isso, que a partir do Iluminismo, com a separação entre o Direito Penal e sua fundamentação teológica⁶, que se costuma designar o nascimento da moderna Ciência do Direito Penal, apesar de haverem indícios de que a Ciência do Direito Penal remonta desde a antiguidade⁷. Merecem destaque três autores, que foram responsáveis pelo amadurecimento e formação da moderna ciência do Direito Penal: Beccaria, Feuerbach e Beling.

A publicação da obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em 1764 é considerado o marco inicial da criação das ciências penais como se conhece hoje. Beccaria foi responsável por dar base a muitos conceitos modernos de política criminal e criminologia e suas ideias serviram de base para a formulação de um Direito Penal garantista e de uma teoria que garantisse a legitimação do Estado para intervir na esfera das liberdades dos indivíduos⁸.

Apesar de o opúsculo de Beccaria não ser de natureza essencialmente penal, mas de natureza política, ele foi o primeiro autor a publicar uma obra na qual afirmava que as penas e os crimes deviam ser vistos sob a ótica de princípios e deviam ser sempre regidos por uma lei anterior que os estabelecesse⁹.

Como coloca Cerezo Mir, “Beccaria combateu o excessivo arbítrio judicial, a crueldade das penas do Antigo Regime, a desigualdade dos cidadãos perante a lei Penal, o confisco, etc.”¹⁰.

Já em 1801 von Feuerbach publica a primeira obra a sistematizar o Direito Penal. Feuerbach é o mais destacado autor do período racional-jusnaturalista, pois ele sintetizou com

⁶ MAURACH, Reinhart. **Derecho penal: parte general**. Atualizado por Heinz Zipz e Karl Heinz Gössel. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 65.

⁷ MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Los delitos y las penas en el código de hammurabi*. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 2, 1992. p. 623 *apud* MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia: acerca de su construcción*. Madrid: Dykinson, 1999. p. 38.

⁸ RAMÍREZ, Juan Bustos. **Introducción al derecho penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994. p. 97.

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1, p. 77.

¹⁰ MIR, José Cerezo. **Derecho penal: parte general**. São Paulo: RT, 2007. p. 121-122. Tradução nossa.

caráter científico o Direito Penal á sua época, nos moldes como hoje é conhecido, desenvolvendo o conceito de crime e suas consequências jurídicas¹¹.

Feuerbach pode ser considerado o pai do Direito Penal, pois conseguiu construir um sistema penal que sintetizou as ideias iluministas e foi o primeiro a se guiar na lei positiva na construção deste sistema¹². Feuerbach também inseriu o princípio da legalidade no Direito Penal, trazendo com ele reflexos na legislação positivada¹³.

Como coloca Bustos Ramirez¹⁴, a trabalho dogmático desenvolvido por Feuerbach serviu de início para toda a Ciência Penal posterior a ele, fundada na lei positiva e nas garantias individuais estabelecidas na lei.

Já Beling¹⁵ propunha que o único legitimado para exercer o *jus puniendi* é o Estado, sendo que a pena imposta pelo Direito Penal deve ter um sentido de contrariedade, de descontentamento e não de reparação do dano, uma vez que a reparação do dano cabe ao Direito Civil.

No entanto, ao longo dos anos, a tendência legalista imposta pelo pensamento Iluminista e dos autores que sucederam este período, consolidando suas conquistas, foi dando lugar a um movimento que “tentou transformar a pena em instrumento para neutralização ou transformação de personalidades, retomando a antiga e já ultrapassada confusão entre Direito e Moral e Direito e Natureza”¹⁶.

A Escola Positiva é um exemplo de movimento no século XIX que representou esta tendência. O positivismo criminológico ou científico representou, segundo García-Pablos de Molina, “de acordo com a famosa lei de Comte sobre as fases e estados do conhecimento humano, a superação das etapas mágica ou teológica (pensamento antigo) e das etapas abstrata e

¹¹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 55-79

¹² RAMIREZ, Juan Bustos. **Introducción al derecho penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994. p. 104.

¹³ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. P. 23.

¹⁴ RAMIREZ, Juan Bustos. **Introducción al derecho Penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994. p. 105.

¹⁵ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito tipo**. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 08-18.

¹⁶ MENEZES, Bruno Seligman. **Fixação da pena-base á luz do Garantismo Penal**. 1. ed. Campinas, Minelli, 2005. p. 33.

metafísica (pensamento ilustrado)”,¹⁷ para se atingir o pensamento empírico e positivo (pensamento positivista).

A Escola Positiva científica abandonou o modelo abstrato e jusnaturalista, consagrando a personalidade do agente como critério fundamental para as estruturas do delito¹⁸ e tendo seus fundamentos no determinismo.¹⁹ Porém, apesar de o Positivismo seguir um enfoque diferente do Iluminismo, aquele não deixa de ser vinculado a este. O positivismo colocava a observação frente à razão Iluminista, como coloca Bustos Ramirez²⁰.

Bettiol afirma que nesta Escola o delito é visto como fruto de uma anomalia do indivíduo, que determina a sua periculosidade e a criminologia substitui o Direito Penal como ciência que estuda os delitos²¹. A partir do positivismo, abandonou-se a metafísica e, como bem coloca Luiz Regis Prado, “a ciência deixa de ser contemplativa ou especulativa, reduzindo-se a pesquisa das causas eficientes como sucessões regulares de causas e efeitos (fatos), a partir das quais extraem-se as leis”²².

E é com este contexto, como leciona Menezes, fazendo uso de “um utilitarismo penal reformado”²³, a fim de repudiar as correntes anteriores que colocavam a pena como uma finalidade preventiva, que Ferrajoli propõe a Teoria do Garantismo Penal.

O termo garantismo refere-se ao pensamento do professor italiano Luigi Ferrajoli publicado na obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, originalmente lançada na Itália em 1990.

Ferrajoli apesar de não ser responsável pela criação do termo Garantismo, que como foi dito, tem origens no Iluminismo com as teorias de limitação da esfera de poder Estado sobre os cidadãos, inovou ao resgatar o tema num momento bastante conturbado do Direito Penal.

Como teoria jusfilosófica que melhor se adéqua ao contexto do Estado Democrático de Direito, “para o garantismo, a expansão da democracia deverá dar-se não somente pela

¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*. Madrid: Univesidad Complutense de Madrid, 1995. p. 317.

¹⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y processal: curso de lecciones para estudiantes de ciencias políticas*. Trad. Faustino Gutierrez Alvez y Conradi. Barcelona: Bosch, 1997. p. 41.

¹⁹ LYRA, Roberto. *Novísimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. p. 8.

²⁰ RAMÍREZ, J. B. *Introducción al derecho penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994. p. 122-124.

²¹ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y processal: curso de lecciones para estudiantes de ciencias políticas*. Trad. Faustino Gutierrez Alvez y Conradi. Barcelona: Bosch, 1997. p. 45.

²² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1, p. 80.

²³ MENEZES, Bruno Seligman. *Fixação da pena-base á luz do Garantismo Penal*. 1. ed. Campinas, Minelli, 2005. p. 34.

multiplicação de seus espaços de atuação, abrangendo também espaços não políticos, onde fica formalmente democratizados o quem e o como das decisões”²⁴, como afirma Cademartori.

Nas palavras de Copetti²⁵ o Estado Democrático de Direito agrega o núcleo liberal do Estado Liberal e o núcleo social do Estado Social, incorporando ainda a igualdade como conteúdo, oferecendo instrumentos para que esta igualdade possa ser alcançada por toda a sociedade.

No Estado Democrático de Direito o homem passa a ser considerado como pessoa, sujeito de direitos e garantias inerentes a esta condição, independentes de sua posição política, social ou econômica.

Assim, diferente do modelo garantista convencional de extrema legalidade, que tem seus fundamentos “precisamente nesta concepção, ao mesmo tempo nominalista e empírica do desvio punível, que remete às únicas ações taxativamente indicadas pela lei, dela excluindo qualquer configuração ontológica, ou em todo o caso, extralegal”²⁶.

O pensamento de Ferrajoli também buscava conciliar as garantias individuais com os direitos individuais, pois “de nada vale uma pena prevista em lei, sem ter oportunizado o contraditório ao acusado”²⁷.

Assim, garantia pode ser definida como “qualquer dever correspondente a uma expectativa e, portanto, também a um direito subjetivo: não somente suas garantias primárias e secundárias, como também a obrigação de obrigar (ou de proibir)”²⁸. Ainda, afirma este autor que “um direito que carece de garantias primárias e/ou secundárias não somente existe, como não é absolutamente certo que careça de garantias, pois implica sempre a garantia – uma meta garantia – consistindo na obrigação de introduzir as garantias primárias e secundárias ausentes”²⁹.

Além disso, Menezes assevera que

²⁴ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio. A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 27, n. 53, p. 145-162, dez. 2006. p. 160. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15097/13752>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2016.

²⁵ COPETTI, André. Direito Penal e estado democrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 58.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 31.

²⁷ MENEZES, Bruno Seligman. **Fixação da pena-base á luz do Garantismo Penal**. 1. ed. Campinas, Minelli, 2005. p. 38.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2006. p. 81. Tradução nossa.

²⁹ *Idem*.

para desenvolver sua teoria geral, Ferrajoli lidou com dois sistemas antagônicos. O mínimo e garantista (iluminista) versus o máximo. O primeiro representando um modelo utópico e irrealizável de garantismo máximo, como sendo um direito do *dever ser* e o outro como um modelo inquisitorial, da mesma forma ideal, negando o Direito Penal Iluminista. Ambos os modelos estão muito distantes da realidade. Enquanto no primeiro não se tem condições para o Estado suportar um Direito Penal Mínimo, não se pode também comprometer princípios protetores dos direitos individuais através do Direito Penal Máximo.³⁰

Em sua teoria o professor italiano apresenta três acepções do termo Garantismo, que possuem conteúdos distintos do ponto de vista formal, porém, todas contribuem para uma legitimação jusfilosófica dos direitos e garantias fundamentais na seara do Direito Penal contemporâneo.

Numa primeira acepção como um “modelo normativo de direito”³¹, no qual a lei é o fundamento de todo o ordenamento e que todas as pessoas e instituições estão sujeitas aos comandos normativos.

Neste sentido, o Estado de Direito é o modelo que se adéqua as premissas do garantismo. Ferrajoli ainda menciona que este modelo de Estado tem, num plano político, a missão de tutelar ao máximo a liberdade em detrimento do uso da violência e, sob um plano cognitivo, um sistema de poder mínimo³².

Já em uma segunda acepção o termo garantismo pode ser entendido como uma teoria do direito baseada na efetividade e na validade da norma. Assim,

a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito e; aliás, põe como questão teórica central a divergência existente nos ordenamentos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente anti-garantistas), interpretando-as como antinomias³³.

³⁰ MENEZES, Bruno Seligman. **Fixação da pena-base á luz do Garantismo Penal**. 1. ed. Campinas, Minelli, 2005. p. 36.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 785.

³² *Ibidem*. p. 786.

³³ *Idem*.

Com isso, Ferrajoli cria uma importante doutrina jurídica de legitimação para o Garantismo, ao gerar uma constante necessidade de pensamento crítico do direito positivo, em que os juristas devem sempre analisar o conflito de efetividade e validade da norma.

Ainda uma terceira acepção pode ser dada ao termo Garantismo, na qual o termo expressa uma “filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”³⁴.

Como bem coloca o professor Ferrajoli,

o garantismo, num sentido filosófico político, consiste essencialmente nesta fundamentação heteropoiética do direito, separado da moral (...). Precisamente, ele consiste, de um lado, na negação de um valor intrínseco do direito somente porque vigente, e do poder somente porque efetivo e, no primado axiológico relativamente a eles do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado á sua critica e transformação; e, por outro, na concessão e instrumental do Estado, finalizado apenas á satisfação das expectativas ou direitos fundamentais ³⁵.

Com a junção das três acepções do termo Garantismo, é possível delinear a Teoria Geral do Garantismo, que é caracterizada pela vinculação de todas as instituições e pessoas ao Estado de Direito; pela distinção entre justiça e validade e validade e vigência e; pela crítica da ilegitimidade das instituições vigentes e normas em desacordo com os direitos e garantias fundamentais.

Marina Gascon Abellán explica que “o Garantismo constitui uma completa filosofia do direito que inclui teses metodológicas, conceituais e axiológicas sugeridas ou defendidas em outras filosofias do direito”³⁶. Ainda coloca que, a ideia metodológica fundamental do garantismo também traz a distinção e ‘ser’ e ‘dever-ser’ , assim como os positivistas, porém a distinção reside que os positivistas enfrentam um “dever-ser” moral e um “ser” jurídico e o garantismo vai além, enfrentando um “dever ser” jurídico.

³⁴ *Ibidem*. p. 787.

³⁵ *Ibidem*. p. 815.

³⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. *La teoria general del garantismo: ragos principales*. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (coord.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento juridico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 35. Tradução nossa.

Na obra *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia* Ferrajoli comenta e debate diversas críticas que recebeu de sua teoria e ao final, chega a conclusão que a maioria das críticas que ele recebe não se referem a teoria do direito, mas a filosofia da ciência do direito, verificando a inexistência de fundamentos que questionem sua teoria do direito e verificando a necessidade de diferentes tipos de discurso (teórico jurídico, jurídico-dogmático, filosófico político, etc.) sendo todos fundamentais para o conhecimento pleno do direito³⁷.

Copetti mostra que na visão garantista “o direito é concebido como um sistema artificial de garantias, (...) por uma dupla artificialidade: o caráter positivo das normas produzidas e a sua sujeição ao próprio direito”³⁸.

Leciona Marco Antônio Ferreira Lima que

a Constituição Federal de 1988 trouxe implicações de natureza formal na estrutura dos chamados direitos individuais. Isso porque passou a consagrar, enquanto preceito fundamental, o garantismo como sendo um composto de princípios, voltados, de forma conjugada, harmônica, à preservação coletiva, preventiva e terapêutica na consolidação do Estado Democrático de Direito, inclinando-se, basicamente, como forma de proteção à dignidade da pessoa humana³⁹.

Ainda continua este autor, ao lecionar que “passa a garantia a integrar a própria dignidade da pessoa humana. O garantismo passa a ser uma consequência da própria existência humana, servindo como instrumento de preservação e não somente de proteção”⁴⁰.

Ainda, como coloca Rosa, “não resta dúvida que a proposta de Ferrajoli se constitui como uma primeira revolução ao pensamento paleopositivista reformulando o fundamento democrático do Direito, o qual demanda o respeito e efetivação dos Direitos Fundamentais”⁴¹.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2006. p. 127. Tradução nossa.

³⁸ COPETTI, André. *Direito Penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 108.

³⁹ LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Acesso à Justiça Penal no Estado democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 111.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 120.

⁴¹ ROSA, Alexandre Morais da. A vida como critério dos direitos fundamentais: Ferrajoli e Dussel. In: COELHO, Edihermes Marques (coord.). *Direitos Fundamentais reflexões críticas: teoria e efetividade*. Uberlândia: IPEDI, 2005. p. 40.

Afinal, como coloca Borges, “o garantismo coaduna com o equilíbrio entre o direito á segurança, de um lado, e a dignidade humana, liberdade e igualdade, de outro”⁴². Continua o autor, ao afirmar que “o Direito Penal será verdadeiramente democrático, quando os princípios constitucionais permearem todo o sistema jurídico e alcançarem até as práticas cotidianas das delegacias de policia, dos fóruns e das penitenciárias”⁴³.

Assim, o Garantismo se mostra como sendo a teoria mais adequada no contexto do Direito Penal adequado ao Estado Democrático de Direito, sendo capaz de resolver a crise da legalidade, manifestada pelo abuso de poder estatal no uso do *jus puniendi*, legitimando os direitos e garantias fundamentais, que serão abordados no tópico a seguir.

1.2. GARANTISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Magna Carta, assinada em 1215, na Inglaterra, assinalou um marco no contexto dos direitos fundamentais, uma vez que pela primeira vez se restringiu o poder de atuação do Estado. Representando na verdade uma carta para proteger os interesses da classe burguesa diante dos nobres feudais⁴⁴ a Magna Carta assinala o início dos direitos e garantias fundamentais.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁴⁵ definem os direitos fundamentais como “direitos público subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”⁴⁶.

Bobbio⁴⁷ chama atenção para o conceito tautológico de direitos humanos que estabelece que “direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”, ou seja, são direitos que devem ser estendidos a todos os homens (espécie humana) pelo simples fato de serem homens.

⁴² BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal democrático**. Franca: Lemos e Cruz, 2005. p. 75.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 52.

⁴⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 49.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 13.

Para Fachin⁴⁸ a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos é dada geralmente pela doutrina como uma diferenciação com relação ao aspecto geográfico, ou seja, se entendido em nível internacional, o termo utilizado é direitos humanos. Já, se tendido a nível nacional e positivado, o termo utilizado é direitos fundamentais.

Neste sentido leciona Copetti⁴⁹ que,

adiante da consolidação e institucionalização dos direitos humanos, devem eles ser considerados como parte do direito positivo de um Estado. Deve ser ultrapassada a sua consideração dentro de um plano ideal, como solenes declarações de intenção, de esperanças ou postulados genéricos inatingíveis ou irrealizáveis. Muito mais do que isso, são eles princípios de legalidade, componentes de um pacto social traduzido em uma Constituição, e para a sua realização não basta a observância do princípio da maioria nos processos decisórios. Exige a concretização dos direitos humanos o cumprimento da Constituição não só pelos cidadãos componentes da população de um Estado, mas, principalmente, pelos próprios poderes públicos que tem uma função de proteção. Com isso, realizam-se no plano concreto as pretensões dos destinatários dos direitos fundamentais positivados no que se refere ao seu significado de proteção, seja em relação aos outros cidadãos, seja contra as instâncias de poder público ou privado.

Com base na Teoria Garantista, Ferrajoli redefine os direitos fundamentais como sendo “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos, enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”⁵⁰.

As cartas constitucionais consagraram os direitos fundamentais. Ferrajoli comenta a relação existente entre garantismo e constitucionalismo, vislumbrando que “o Estado Constitucional de direito é a única ordem institucional em que é possível realizar-se o projeto garantista, por meio dos vínculos substanciais que a positivação do ‘dever ser’ constitucional impõe ao próprio direito positivo”⁵¹.

Neste sentido, Ferrajoli descreve o paradigma constitucional ou paradigma garantista como

⁴⁸ FACHIN, Melina Girardi. Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva. Porto Alegre, Nuria Fabris, 2007. p. 58.

⁴⁹ COPETTI, André. **Direito Penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 84.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9.

⁵¹ *Ibidem*, p. 16. Tradução nossa.

um sistema de limites e vínculos substanciais, quaisquer que eles sejam, impostos a totalidade dos poderes públicos por normas de grau hierarquicamente superior as produzidas em seu exercício. É precisamente em seu caráter formal e, portanto no reconhecimento do caráter contingente no plano teórico jurídico dos seus conteúdos, onde reside, ao meu entender, a inegável e não opinável força vinculante do paradigma constitucional⁵².

O professor Luigi Ferrajoli ainda coloca que

a análise da estrutura das atuais democracias constitucionais desenvolvida pela teoria do direito, permite reconhecer o grau superior das normas constitucionais em relação ao ordenamento, permitindo ainda classificar como antinomias e como lacunas, as possíveis divergências deónticas entre os dois níveis normativos e, conseqüentemente, permite assinar um caráter também crítico e normativo as disciplinas jurídico positivas; as que impõe denunciar as antinomias e lacunas e, portanto, criticar o direito vigente, promovendo sua correção e, em todo caso, promover a solução dos inevitáveis problemas, conflitos e aporias gerados pela complexidade estrutural de seu objeto⁵³.

Copetti⁵⁴ coloca que o marco caracterizado e inovador do Estado Democrático de Direito consiste na incorporação dos princípios do Direito Natural, tornando-os fontes de legitimação interna do Estado e não mais externas. Esses princípios adotados pelo Estado são os chamados direitos fundamentais.

Como coloca Sarlet, “os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos, integram a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais da ordem normativa”⁵⁵.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2006. p. 42. Tradução nossa.

⁵³ *Ibidem*. p. 73. Tradução nossa.

⁵⁴ COPETTI, André. *Direito Penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 56.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 72.

Ainda manifesta este autor, que a redemocratização do Brasil após a ditadura militar, foi responsável por estabelecer uma “umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional”⁵⁶.

Assegurado pelos direitos e garantias fundamentais, o cidadão pode viver sem que o Estado interfira em sua esfera de ação, tendo assegurado o direito a propriedade, a liberdade, a intimidade, dentre outros elencados.

Desse modo, os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, “são pretensões, que em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade da pessoa humana”⁵⁷.

Assim, para Canotilho⁵⁸

os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Dessa forma, os direitos e garantias fundamentais exercem um papel fundamental em um Estado Democrático de Direito, uma vez que visam assegurar a limitação da atuação do Estado, de acordo com as normas e princípios contidos na Constituição e na Lei.

Assim, com base nos princípios da teoria garantista do professor Ferrajoli – principalmente com o primado da subordinação do Estado e dos indivíduos ao ordenamento jurídico – é possível conceber um modelo de Direito que consagre e legitime os direitos e garantias fundamentais.

⁵⁶ *Ibidem.* p. 75

⁵⁷ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 116.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1993. p. 541.

1.3 PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA NA VISÃO GARANTISTA

Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho definem o termo secularização como sendo um termo “utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da(s) ciência(s)”⁵⁹.

Na seara do Direito Penal, Ferrajoli⁶⁰ leciona que a secularização se manifesta em três campos distintos: no delito, no processo e na pena. Com relação ao delito a secularização importa afirmar que o Direito Penal visa evitar ações elencadas como criminosas e não impor uma determinada moral. No processo, a secularização impõe que o juiz leve em consideração a conduta praticada e não a moral do indivíduo que está sendo julgado.

Em relação a pena, a secularização “comporta que a sanção penal, da mesma forma, não deve possuir nem conteúdos nem finalidades morais”⁶¹. Isso significa afirmar que o Estado “não possui o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins”⁶². A união destas três formas de manifestação da secularização é responsável por estabelecer os limites de atuação do Estado no campo do Direito penal.

Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho afirmam que

a satisfação dos direitos fundamentais pelo operador do direito indica sua maior ou menor adesão ao sistema normativo do Estado democrático de direito. Não adianta, portanto, existirem princípios limitativos ao arbítrio legislativo na esfera da individualidade se, na prática forense, estas normas são totalmente inobservadas. Torna-se ineficaz o princípio constitucional da secularização se o artesão do direito não o entender como regra vinculativa que impõe conduta comissiva⁶³.

⁵⁹ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 5.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 208.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Idem*.

⁶³ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 31.

Assim, o momento da aplicação da pena, do ponto de vista garantista, também deve trazer o princípio da secularização, a fim de que o julgado seja isento de valores morais e ambíguos.

O conceito de pena, para Luigi Ferrajoli, corresponde “a sanção de um crime preestabelecido pela lei no tipo e nos limites máximos, e estabelecida por um juiz na forma e com a garantia do processo penal”⁶⁴.

Neste sentido, ainda para o citado autor, pode-se verificar que o conceito de pena é acompanhado por três princípios fundamentais, a saber: retribuição da pena – como consequência do crime; estrita legalidade e estrita submissão das penas a jurisdição.

Já, medidas de segurança, para Juarez Cirino dos Santos⁶⁵, representam instrumentos de controle e proteção social baseados em critérios de periculosidade do agente inimputável que pratica determinada conduta tipificada como delituosa.

Tendo um caráter jurisdicional e não administrativo⁶⁶, as medidas de segurança se fundamentam na periculosidade do agente, enquanto que as penas de fundam na sua culpabilidade⁶⁷.

Neste sentido, comenta Ferrajoli⁶⁸ que

é certo que a maior contribuição à introdução das medidas de segurança no nosso ordenamento, ou quanto menos a sua legitimação ideológica, foi um legado da "Escola Positiva", ou antropológica do direito penal, que, como se viu, substituiu a categoria da responsabilidade por aquela da periculosidade, e concebeu o crime como "um sintoma" de patologia psicossomática, devendo enquanto tal ser tratado e prevenido mais do que reprimido, com medidas pedagógicas e terapêuticas destinadas a neutralizar as causas exógenas.

Ferrari leciona que “num Estado Democrático de Direito imperiosa será a existência de limites de intervenção do Estado, figurando patente que todo o conteúdo garantístico existente nas penas deve valer automaticamente para as medidas de segurança criminais”⁶⁹.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 577-578.

⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 639-640.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 626.

⁶⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 42.

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 625.

Salo de Carvalho e Amilton de Carvalho questionam se o princípio da secularização, que é a base do modelo jurídico-penal garantista, está explicitamente citado na Constituição Federal de 1988, chegando a conclusão que ele é implícito no texto constitucional, vez que o “princípio está incorporado em nossa realidade constitucional, não sendo dedutível dos demais valores e princípios, mas sendo ‘o’ princípio do qual aqueles são dedutíveis”⁷⁰.

Assim, a aplicação da pena e medida de segurança, sob a ótica garantista, deve considerar o princípio da secularização, para que o julgamento seja isento de valores morais, e sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Como conclui Ana Claudia Bastos de Pinho em sua obra *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, “a Constituição é o convite ao (re)pensar. O garantismo, o estímulo ao (re)agir”⁷¹.

Afinal, o garantismo se mostra como a teoria necessária para embasar a aplicação do *jus puniendi* no Estado Democrático de Direito, vez que reafirma o ideal dos direitos e garantias Fundamentais, em busca de sua efetiva implementação e propondo estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal.

Assim, penas e medidas de segurança devem sempre ser aplicadas tendo em vista os corolários da Teoria Garantista. No próximo capítulo serão abordados aspectos da relação entre Direito Penal e Estado Democrático de Direito, ainda inseridos dentro de um contexto da Teoria Garantista, visando apresentar os princípios de limitação do *jus puniendi*.

⁶⁹ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 177.

⁷⁰ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 15.

⁷¹ PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2006. p. 123.

CAPÍTULO 2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O ideal de Estado Democrático de Direito da maneira como hoje é conhecido se formou em decorrência de um extenso processo da evolução da forma como as sociedades foram se organizando ao longo dos séculos, culminando neste modelo de Estado que tem como fundamento a participação popular e a primazia dos direitos e garantias fundamentais. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não somente positivou direitos e garantias fundamentais basilares do Estado Democrático de Direito, como colocou mecanismos e instrumentos capazes de buscar a efetividade desses direitos, dentre os quais merecem destaque os princípios limitadores do *jus puniendi*, que também serão abordados neste capítulo.

2.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITO PENAL

Para os autores que consideram o Estado como tendo um fim em si mesmo, ele é definido como “uma nação politicamente organizada”⁷². A nação seria conceituada como “um conjunto homogêneo de pessoas ligadas entre si por vínculos permanentes de sangue, idioma, religião, cultura e ideais”⁷³.

Já Estado, levando em consideração uma conceituação de cunho democrática e não de cunho como Estado tendo um fim em si mesmo, é conceituado como “uma instituição nacional, um meio destinado á realização dos fins da comunidade nacional”⁷⁴. Assim, o Estado seria definido como “o órgão executor da soberania nacional”⁷⁵. Esta será a conceituação que será adotada para este trabalho.

O Estado Democrático de Direito foi fruto de um processo da evolução da organização e conquistas políticas, econômicas e sociais dos indivíduos frente aos detentores do poder ao longo dos séculos. Para José Afonso da Silva, o Estado Democrático de Direito é a

⁷² MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 22.

⁷³ *Idem.* p. 16.

⁷⁴ *Idem.* p. 22.

⁷⁵ *Ibidem.*

junção do Estado de Direito com o Estado Democrático, “não como uma simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um comportamento revolucionário de transformação do *status quo*”⁷⁶.

Neste sentido, este autor advoga que o Estado de Direito, que tem cunho eminentemente liberal, se baseia três características principais: submissão ao império da lei; divisão dos poderes e enunciado e garantias dos direitos individuais”⁷⁷. Já, o Estado Democrático “se funda no princípio da soberania popular”⁷⁸, em que a participação do povo ocorre efetivamente na gestão pública e no Estado. Assim, o Estado Democrático de Direito, corresponde a junção destes dois modelos, representando um novo conceito de Estado.

Também para Mir Puig o Estado Democrático de Direito representa a síntese do Estado Social e de Direito, em que se manifesta a liberdade real e a liberdade formal característica única em cada um destes Estados ⁷⁹.

Bonavides coloca que

o Estado constitucional da Democracia participativa é Estado onde se busca levar a cabo, em proveito da cidadania/povo e da cidadania/nação, concretamente dimensionadas, os direitos da justiça, mediante um Constitucionalismo de normas indistintamente designadas como principais, principais, princípiológicas ou de princípio⁸⁰.

Como leciona Menezes⁸¹, “com o advento do Estado Democrático de Direito, houve uma primazia da vertente constitucional nas demais ramificações das Ciências Jurídicas”. O Estado Democrático de Direito, nas palavras de André Copetti, impõe “à ordem jurídica e a atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”⁸².

No Estado de Direito todos são iguais frente ao Estado; porém no Estado Democrático de Direito existem mecanismos e instrumentos capazes para que essa igualdade se desenvolva e ocorra participação da sociedade.

⁷⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 112

⁷⁷ *Ibidem*. p. 113.

⁷⁸ *Ibidem*. p. 117.

⁷⁹ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006. p. 100.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 51-52.

⁸¹ MENEZES, Bruno Seligman. **Fixação da pena-base á luz do Garantismo Penal**. 1. ed. Campinas, Minelli, 2005. p. 25.

⁸² COPETTI, André. *Direito Penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 58.

Leciona Bettiol que “o Direito Natural do Iluminismo, que vive e opera no pensamento político liberal, é derivação direta do racionalismo absoluto do século XVIII”⁸³ e ele foi importante por estimular reformas nas legislações penais arcaicas, que não protegiam direitos e garantias fundamentais do cidadão. Assim, o Estado seria caracterizado por estar limitado a uma carta política de direitos, preservando os direitos e garantias individuais. No entanto, com o advento do Estado Democrático de Direito em detrimento dos modelos de Estado liberal e Estado social, surge a tentativa de conciliar direitos sociais com os limites de atuação do Estado, sempre na tentativa de buscar a real Democracia⁸⁴.

Como coloca Dalmo de Abreu Dallari⁸⁵, o Estado Democrático de Direito,

dotando-se de uma organização flexível, que assegure a permanente supremacia da vontade popular, buscando-se a preservação da igualdade de possibilidades, com liberdade, a democracia deixar de ser um ideal utópico para se converter na expressão concreta de uma ordem social justa.

Reale afirma que “o fundamento do processo ideológico coincide com o dos chamados direitos humanos, em visão dos quais se constitui o leque das opções políticas julgadas mais idôneas para a realização concomitante do bem individual e do bem comum”⁸⁶.

Ainda esclarece o autor que “é o valor da pessoa humana que constitui o fundamento da ideologia ecológica, pois se protege a natureza em razão dos interesses existentes na criatura humana, desde os vitais aos estéticos”⁸⁷.

Para Borges, “o Estado Democrático de Direito contempla a tutela histórica do direito à segurança, à liberdade, à igualdade, mas passa a ter como eixo central a dignidade da pessoa humana, que abrange todos aqueles direitos e deve irradiar por todo o ordenamento jurídico”⁸⁸.

Levando em conta o contexto da formação e nos princípios do Estado Democrático de

⁸³ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal: curso de lecciones para estudiantes de ciencias políticas*. Trad. Faustino Gutierrez Alvez y Conradi. Barcelona: Bosch, 1997. p. 19.

⁸⁴ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1955. p. 33. Tradução nossa.

⁸⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 309-310.

⁸⁶ REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 99-100.

⁸⁷ *Ibidem*. p. 111.

⁸⁸ BORGES, Paulo César Corrêa. *Direito Penal democrático*. Franca: Lemos e Cruz, 2005. p. 225.

Direito brasileiro ficou bem claro que o Direito deveria nascer e se manifestar livre e originalmente pelo povo, assinalando a passagem do Estado de Direito posto no regime militar, de caráter formal, para um Estado de Direito materialmente democrático⁸⁹.

O Estado brasileiro ao longo dos mais de cinco séculos após a chegada dos europeus ocidentais passou por diversas mudanças advindas das ideias e revoluções liberais-burguesas trazidas do “Velho Continente”.

Independente de Portugal em 1822, o Brasil se transformou em um império e sua primeira Constituição foi outorgada em 1824 pelo Imperador Dom Pedro I. Mas o que é uma Constituição? O polonês Ferdinand Lassalle⁹⁰ durante uma conferência em Berlim em 1862, quando dissertou acerca desta pergunta, esclareceu que:

os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

Assim, Lassalle esclareceu que a Constituição é o reflexo da forma de poder num determinado Estado. Desse modo, se o Estado aspira por ideais democráticos, a Constituição é democrática; se o Estado aspira ideais autoritários, a Constituição é autoritária.

O Brasil experimentou regimes autoritários durante o período denominado “Estado Novo” (1937-1945) e durante o regime militar (1964-1985), tendo também um breve período democrático durante a chamada “terceira república” (1945-1964), com eleições diretas e maior importância aos valores democráticos.

Todavia, a caracterização do Brasil como se tem hoje, como um Estado Democrático de Direito, é recente e remonta a Constituição Federal de 1988 a qual dispõe logo em seu artigo 1º, *ipsis litteris*: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os

⁸⁹ REALE, Miguel. O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 02.

⁹⁰ LASSALLE, F. **Que é uma constituição?** Tradução de Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. p. 01. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicaool.html>>. Acesso em: 09 de abril de 2015.

valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

É interessante observar como cada Constituição brasileira ressalta as características marcantes de seu contexto histórico. Dessa forma, tem-se que a Constituição de 1824, se preocupou em colocar o Brasil como Estado independente perante o colonizador, enquanto a Constituição de 1891 se preocupou em colocar o Brasil como Estado Republicano, o que confirma a ideia de “Constituição real” de Lassalle.

Dessa forma, os legisladores constituintes anteriores à Constituição de 1988 não deram tanta ênfase a expressões democráticas devido ao contexto histórico, no qual as Constituições estavam inseridas. A Constituição Imperial de 1824, por exemplo, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, colocava, que “Governo é Monarchico Hereditário [sic], Constitucional, e Representativo”, expressando as diretrizes da monarquia recém-instalada no Brasil⁹¹.

O triunfo da Constituição de 1988 foi colocar em somente um texto legal, as várias discussões políticas, econômicas e principalmente sociais, que ocorreram durante o longo período do regime militar brasileiro.

Por isso, a Constituição brasileira de 1988 ficou conhecida como *Constituição Cidadã*, uma vez que ela buscou atender vários segmentos da sociedade e ao bem estar de todos os cidadãos, tendo ampla participação popular em sua elaboração.

A *Constituição Cidadã* instituiu em seu texto o Estado Democrático de Direito, fundamental em uma sociedade democrática e pluralista. Com ele, há a supremacia dos princípios democráticos, aliada com a garantia da lei, ou seja, a lei assegura que Estado e cidadãos seguem normas e princípios democráticos, a fim de assegurar limitações na atuação do Estado.

Assim, limitar o poder de atuação do Estado, é afirmar que ele não poderá exercer seus poderes fora do âmbito que lhe é permitido pela lei e pela Constituição. Dessa forma, a Constituição e as normas infraconstitucionais servem para limitam a sua atuação, como forma de garantir que o Estado não possa suprimir a vontade do povo em favor de interesses de particulares.

⁹¹ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 22 de Abr. de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 21 junho 2015.

O princípio da legalidade é a principal restrição ao *jus puniendi* do Estado, uma vez que somente a lei pode selecionar quais dentre as condutas juridicamente relevantes serão reprovadas pelo Estado, na forma de tipos penais.

A Constituição Federal estabelece o limite máximo da atuação penal, projetando quais condutas podem ser reprováveis e quais não podem ser, de acordo com os princípios e normas que regem o Estado Democrático de Direito.

No Estado Democrático de Direito o Direito Penal exerce a função de estabelecer os limites da pena e os critérios mínimos de atuação do Estado na limitação da liberdade dos indivíduos⁹².

Afirma Ferrajoli que

o paradigma do Estado Constitucional de Direito – ou seja, o modelo garantista – não é outra coisa que a dupla sujeição do sujeito de Direito, que afeta ambas as dimensões de todo fenômeno normativo: a vigência e a validade; a forma e a substância; os signos e os significados; a legitimação formal e a legitimação substancial, ou se preferir, a ‘racionalidade formal’ e a ‘racionalidade material’ weberianas. [...] Assim, todos os Direitos fundamentais equivalem a vínculos de substancia e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e expressam, ao mesmo tempo, os fins a que estão orientadas este moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito⁹³.

Assim, o Direito Penal no Estado Democrático de Direito deve ter como única função a proteção dos bens jurídicos fundamentais, levando em consideração os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade em busca de um Direito Penal mínimo. Os direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, que tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser observados pelo Direito Penal na aplicação do *jus puniendi*.

Optar por um abandono dos direitos e garantias fundamentais do cidadão seria uma forma de colocar o cidadão a serviço do Estado e não o contrário, como deve ser em um Estado Democrático de Direito.

Com isto, observa-se que para que haja o cumprimento efetivo da Carta Magna de 1988, o Direito Penal brasileiro deve se manter seu núcleo nos princípios democráticos e da

⁹² MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 31.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi, *El derecho como sistema de garantías*. **Nuevo Foro Penal**, Madrid, n. 60, p. 59-75, jan.-abr. 1999. p. 65-66. Tradução nossa.

dignidade da pessoa humana. As conquistas do período da ilustração jamais podem ser abandonadas. O Direito Penal de um Estado Democrático de Direito deve sempre tutelar bens jurídicos fundamentais⁹⁴, sem que para isto rompa com os Direitos e garantias fundamentais.

Como coloca Mir Puig,⁹⁵ no Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve tutelar bens jurídicos fundamentais e a pena deve ser um instrumento de proteção dos indivíduos, por meio da prevenção (geral e especial), sempre considerando os princípios da culpabilidade, legalidade, proporcionalidade, fragmentariedade, subsidiariedade e da estrita proteção dos bens jurídicos. No Estado Democrático de Direito o Direito Penal não pode ser um instrumento de combate à criminalidade, uma vez que esta deve ser feito por meio de políticas públicas.

“A identificação de um Estado como social e democrático de direito constitui um bastião garantista para o cidadão em suas relações sociais”⁹⁶. A Teoria Geral Garantista e Estado Constitucional de Direito tem como base o mesmo fundamento de legitimador, que é a identificação do indivíduo enquanto pessoa humana, e a necessidade do Estado e do Direito estabelecerem instrumentos para a tutela dos direitos inerentes aos seres humanos (direitos e garantias fundamentais).

Neste sentido, o *jus puniendi* do Estado deve ser limitado como um mecanismo de garantir o cumprimento da atuação arbitrária do Estado.

Pinzon conclui que “vivemos em um Estado Democrático de Direito laico. Com a modernidade e com a laicização do Estado e do Direito, não podemos mais admitir resquícios da moral religiosa em nossa legislação, especialmente nas áreas penal e processual penal”⁹⁷.

Como coloca Chaves Camargo

A observância dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito é exigência por parte de todos os órgãos públicos. Assim, no âmbito penal, quando o Estado se utiliza dos meios mais graves de controle social, que é a sanção penal, somente se justifica a

⁹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.p. 94.

⁹⁵ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 37-44.

⁹⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema Penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 119.

⁹⁷ PINZON, Natalia Gimenes. O discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: CARVALHO, Salo de. (coord.). **Leituras constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 318.

ação do poder público quando houver base suficiente para a intervenção e esta for equilibrada, demonstrando coerência e proporcionalidade ⁹⁸.

Assim, “deve-se ter em conta que para a aplicação de medidas de segurança e de penas simultaneamente é necessário o cumprimento de todas as garantias do Estado de Direito”, sempre com obediência de todos os princípios que regem o Estado Democrático de Direito⁹⁹.

Dentre estas limitações de atuação do Estado que se encontram presentes no contexto do Estado Democrático de Direito – no campo dos direitos e garantias fundamentais – é que estão inseridos os princípios de limitação do *jus puniendi*.

Esses princípios, que representam limites de atuação do Estado, são consideradas cláusulas pétreas, ou seja, não pode haver modificações tendentes a abolir ou limitar tais princípios.

Assim, como explica Levorin que “no Estado de Direito, não há poderes sem regulação e atos de poder incontrolláveis: nele todos os poderes se encontram limitados por deveres jurídicos, relativos não só a forma, mas também aos conteúdos de seu exercício”¹⁰⁰. Os princípios envolvidos com a temática de limitação das medidas de segurança serão vistos nas linhas a seguir.

2.2 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO *JUS PUNIENDI*

A Constituição Federal de 1988 inovou positivando vários princípios que objetivam limitar o *jus puniendi* e proteger os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Levorin explica que “que é a partir das leis (princípio da legalidade) que se dará a limitação do poder, o

⁹⁸ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Direitos humanos e Direito Penal. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método, 2001. p. 80.

⁹⁹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema Penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 228.

¹⁰⁰ LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da legalidade na medida de segurança**: determinação do limite máximo de duração da internação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 20

combate ao abuso do poder, porque a lei e somente a lei tem este condão de impedir o exercício do poder além do previamente nela positivado”¹⁰¹. Nesta etapa do trabalho serão abordados alguns destes princípios envolvidos com a temática de limitação das medidas de segurança.

2.2.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade é o mais importante instrumento de defesa do cidadão no Estado Democrático de Direito. Ele impõe que “o Estado, ou o poder público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei”¹⁰².

Como bem coloca Humberto Ávila¹⁰³

além de fixar ideais a serem buscados, a partir de cuja análise se podem deduzir ideais mais restritos ou mais amplos capazes de justificar a adoção de determinados comportamentos por parte do Estado, a CF/88 também opta por prescrever diretamente determinados comportamentos cuja adoção produz efeitos que contribuem para a promoção do estado de confiabilidade e de previsibilidade do (e pelo) ordenamento jurídico baseado na sua inteligibilidade.

Neste sentido, o princípio da legalidade expresso no artigo 5º, inc. II, da Constituição prescreve que somente a lei é capaz de obrigar um cidadão a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, contra a sua própria vontade.

Salo de Carvalho coloca que “a preocupação central na edificação de um modelo jurídico-penal de garantias, portanto, é a de delimitar estratégias normativas e dogmáticas idôneas para maximizar os direitos fundamentais”. E conclui o citado autor que “o princípio da legalidade

¹⁰¹ *Ibidem.* p. 17.

¹⁰² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 420.

¹⁰³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 234.

representa o primeiro mais potente instrumento (ou a primeira garantia) de controle dos atos dos poderes punitivos”¹⁰⁴.

No campo do Direito Penal, existe ainda o chamado princípio da legalidade penal – *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* (expresso no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal).

Neste sentido, Marco Polo Levorin comenta que “o princípio da legalidade estabelece contornos rígidos para a limitação da liberdade da pessoa humana, (sic) não poderá haver sanção penal indeterminada”¹⁰⁵. Assim, conclui “se houver sanção indeterminada teremos uma violação ao princípio da legalidade e, pior, a desconsideração do direito penal, e uma violação ao direito fundamental a liberdade”¹⁰⁶.

Assim, leciona Ferrajoli ¹⁰⁷

que, enquanto o princípio de mera legalidade, ao enunciar as condições e existência ou de vigência de qualquer norma jurídica, é um princípio geral de direito público, o princípio de estrita legalidade, no sentido que tem sido associado até o momento de metanorma que condiciona a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos e à decidibilidade da verdade jurídica de suas aplicações, é uma garantia que se refere só ao direito penal. Efetivamente, somente a lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não somente as formas, senão também, por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais, a substância ou os conteúdos dos atos que a elas se aplicam. Esta é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado "de direito" do direito penal dos Estados simplesmente "legais", nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei.

Como assevera Pinho, Ferrajoli distingue o princípio da legalidade em duas acepções. O princípio da mera legalidade que a reserva legal dirigida ao juiz e o “princípio da estrita

¹⁰⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 254.

¹⁰⁵ LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da legalidade na medida de segurança**: determinação do limite máximo de duração da internação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 8.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 305-306.

legalidade a reserva absoluta da lei, ou seja, uma norma dirigida ao legislador para que observe a taxatividade (clareza na formulação legal) e a precisão empírica”¹⁰⁸.

Para Ferrari “o princípio da legalidade impede a aplicação de medidas de segurança não criminais, ou não previstas previamente na legislação, á época da infração, sob pena de afrontar-se a Constituição”¹⁰⁹.

Ainda para este autor, para realizar uma “(re)construção garantista da legalidade”¹¹⁰ é preciso que a lei possa sempre levar em consideração os princípios constitucionais e direitos e garantias fundamentais, a fim de evitar que a lei se torne um instrumento ilegítimo.

No caso das medidas de segurança, verifica-se que a ingerência do Estado deve ser mínima na aplicação das penas e das medidas de segurança. Assim, surge a necessidade de também se adequar os parâmetros mínimo e máximo das medidas de segurança ¹¹¹.

Neste sentido, coloca Busato que “ o princípio da legalidade no âmbito das medidas de segurança proíbe que se possa impor a um inimputável ou semi-imputável uma medida de segurança não prevista como tal na lei penal”¹¹². Continua este autor afirmando que a legalidade também traz consigo as implicações da necessidade de existência de lei regulando as medidas de segurança, proibição de retroatividade, expressão exaustiva do texto da lei e proibição do uso de analogia em matéria de medidas de segurança.

2.2.2. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Este princípio, chamado ainda de princípio da igualdade, também, juntamente com o princípio da legalidade, representam as bases do Estado Democrático de Direito. A isonomia, em

¹⁰⁸ PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**: uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Lumen Juris, 2006. p. 82-83.

¹⁰⁹ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 93.

¹¹⁰ PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**: uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Lumen Juris, 2006. p. 86.

¹¹¹ CARVALHO, Amilton Bueno *et al.* **Garantismo aplicado á execução penal**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007. p. 202.

¹¹² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um sistema Penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 218-219.

sua acepção legal, está inserida no texto da constituição com o dispositivo do art. 5º, *caput*, afirmando que: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Como coloca Borges, “deve se ter presente que a igualdade estabelecida só pode ser a material, dentro do Estado Democrático e Social de Direito, como se observa dos objetivos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988”¹¹³.

José Afonso da Silva¹¹⁴ destaca que a isonomia está presente na Constituição tanto em seu sentido formal (todos são iguais perante a lei), como em seu sentido material, de concretização da igualdade (constante na premissa de igualdade entre homens e mulheres, vedação a formas de discriminação, igualdade tributária, entre outros).

Saló de Carvalho argumenta acerca da não aplicação do princípio da isonomia as medidas de segurança. Explica ele que

embora as formas de limitação do tempo máximo das medidas de segurança (...) representem importantes avanços em relação à indeterminação normativa, ainda há uma profunda lacuna, em termos de isonomia em relação às penas, exatamente em prejuízo de uma pessoa que demanda maiores cuidados. Imagine-se, p. ex., uma situação de prática de furto simples em concurso de agentes por uma pessoa imputável e uma inimputável, ambos primários, com bons antecedentes, confessos e menores de 21 (vinte e um) anos à época do fato. Na sentença condenatória do imputável, o juiz aplicaria a pena, dosando as circunstâncias judiciais e legais. Em razão dos elementos expostos (confissão, menoridade, bons antecedentes e primariedade), dificilmente a pena definitiva ficaria acima do mínimo legal cominado ao furto qualificado pelo concurso de agentes que é de 2 (dois) anos (art. 155, §4º do Código penal). Ao inimputável, porém, restariam três hipóteses quanto à duração máxima da medida de segurança: (a) tempo indeterminado pelo critério do art. 97, §1º do Código Penal; (b) limitação em 30 (trinta) anos conforme a diretriz do Supremo Tribunal Federal de aplicação do art. 75 do Código Penal; e (c) tempo máximo da pena abstratamente cominada ao delito, no caso 8 (oito) anos (art. 155, § 4.º do Código Penal), nos termos da incipiente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ocorre que, por mais que se adote a postura mais garantista (hipótese ‘c’), é incontestável perceber a falta de isonomia de tratamento e o prejuízo ao inimputável – sujeito que, repita-se, pela sua especial condição psíquica, deveria ter uma situação jurídica mais favorável. Note-se, ainda, que a questão ultrapassa o tempo de

¹¹³ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal democrático**. Franca: Lemos e Cruz, 2005. p. 147.

¹¹⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 420.

sanção, pois a determinação da pena desdobra inúmeros outros efeitos, como p. ex., redefinir o prazo de prescrição (prescrição em concreto), orientar os direitos do preso na execução (detração, remição, comutação, indulto, progressão de regime, livramento condicional)¹¹⁵.

No mesmo sentido, afirma Ferrari que “os infratores-doentes mentais não podem ser tratados de forma mais severa se comparados aos imputáveis. Devem possuir os mesmos direitos e instrumentos garantísticos enunciados em nossa Constituição Federal”¹¹⁶. Em relação à duração indeterminada das medidas de segurança, “o inimputável, portanto, acaba sendo tratado de forma desigual pelo Estado em virtude da incerteza quanto á duração máxima de sua sanção, enquanto o imputável terá ciência do limite máximo de seu castigo”¹¹⁷.

Assim também coloca Levorin¹¹⁸ que

Neste sentido, as garantias conferidas ao Sentenciado no cumprimento da pena devem ser estendidas para o Internado no cumprimento de medida de segurança. Assim, se o apenado não pode ser submetido a torturas e tratamentos cruéis, o internado em HCTP não poderá também ser submetido nem a torturas e tratamentos cruéis. Se o Acusado tem direito a ser sancionado no máximo em 20 (vinte) anos no caso de cometimento de um homicídio simples; assim também aquele a quem foi conferida uma medida de segurança pela prática de um homicídio simples. Se o sentenciado tem direito a um prazo determinado na privação de sua liberdade, também o internado deverá ter. A legalidade na sua plenitude vale tanto para quem está submetido a pena como a medida de segurança. Recepcionando o princípio da igualdade a nossa Constituição prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, contemplando-o no art. 5.º da CF. A indeterminação das medidas de segurança também ofende este fundamental princípio constitucional na medida em que confere tratamento desigual ao inimputável ou semi-imputável que necessita de tratamento, comparados com o imputável ou semi-imputável que não necessita de tratamento.

¹¹⁵ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 514-515.

¹¹⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 124-125.

¹¹⁷ *Ibidem*. p. 125.

¹¹⁸ LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da legalidade na medida de segurança: determinação do limite máximo de duração da internação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 149.

Com isso, verifica-se que o princípio da isonomia deve ser utilizado na aplicação das medidas de segurança, garantindo aos inimputáveis e semi-imputáveis os mesmos direitos que são garantidos aos imputáveis.

2.2.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Desde o Talião, é conhecida a preocupação com a proporcionalidade. O “olho por olho, dente por dente”, já demonstrava a necessidade de se adequar a pena a conduta praticada. No entanto, passada essa forma primitiva de proporcionalidade, é com a Ilustração que se consagrou o princípio da proporcionalidade, em que as penas devem ser proporcionais à gravidade do delito praticado ¹¹⁹.

Paulo Bonavides¹²⁰ coloca que

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.

Assim, “a proporcionalidade deve ser respeitada pelo legislador, a partir de uma escala de valores fundamentais fixada pela própria Constituição Federal, que determina qual bem jurídico do criminoso pode ser sacrificado, como sanção jurídico-penal”¹²¹.

Ana Cláudia Bastos Pinho¹²² coloca que

¹¹⁹ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal democrático**. Franca: Lemos e Cruz, 2005. p. 204-205.

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 434.

¹²¹ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal democrático**. Franca: Lemos e Cruz, 2005. p. 209.

¹²² PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2006. p. 106.

Se por um lado é evidente inexistir uma correspondência biunívoca natural entre pena e delito (no sentido de que não é possível –nem de um ponto de vista prático, nem jurídico-constitucional – buscar espécies de castigos que correspondam, em natureza, aos crimes praticados), por outro não se pode negar a necessidade de determinar um critério lógico-racional que permita encontrar os limites da pena (quantidade) de acordo com a gravidade do crime. Buscar, assim, uma proporcionalidade jurídica (e não naturalista) entre crime e castigo. Essa proporcionalidade reformada, fruto da racionalidade iluminista, vem acompanhada dos demais postulados do Direito Penal moderno, tais como o princípio da legalidade e as noções de igualdade, certeza, mensurabilidade, tudo dentro da mais perfeita coerência teórica, que busca, antes de tudo, estabelecer limites para o poder do Estado.

Assim, com relação às medidas de segurança explica o professor Marco Polo Levorin, que “o princípio da proporcionalidade caracteriza a exigência de uma proporcionalidade entre a gravidade do ilícito-típico praticado e a duração da medida de segurança (...) visando-se impedir um excesso punitivo¹²³. Assim, “ o princípio da proporcionalidade veda um excesso punitivo, ou seja, só se admite restrição de direitos fundamentais quando for estritamente necessária, surgindo verdadeira proibição de excesso na limitação de direitos fundamentais ¹²⁴.

Para Ferrari, “a aplicação da medida de segurança criminal, diante do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, deve condicionar-se à sua necessidade, adequação e limitação de seus objetivos”¹²⁵.

Ainda para este autor, já “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito impede a aplicação de medidas penais terapêuticas, desproporcionais ao ilícito-típico praticado e á periculosidade do agente, vedando-se a carga desigual, desajustada e excessiva”¹²⁶.

¹²³ LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da legalidade na medida de segurança**: determinação do limite máximo de duração da internação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 119.

¹²⁴ *Ibidem*. p. 120.

¹²⁵ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 101.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 104.

2.2.4. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DAS PENAS DE CARÁTER PERPÉTUO

A Carta Magna brasileira de 1988 positivou de forma expressa a proibição de penas de caráter perpétuo (artigo 5.º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal). No campo do sistema regional de proteção aos direitos humanos verifica-se que o sistema americano, do qual o Brasil faz parte, estabeleceu na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992), em seu artigo 5.º, que: ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Como coloca Moraes, “a vedação às penas de caráter perpétuo decorre do princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas e compatibiliza-se com a garantia constitucional à liberdade e à dignidade humana”¹²⁷.

Assim, defende Levorin que assim como as penas, as medidas de segurança devem ser limitadas pela pena máxima prevista no tipo penal, bem como pelo limite máximo de cumprimento de 30 (trinta) anos, fixado no artigo 75 do Código Penal. Ainda afirma, que as medidas de segurança indeterminadas não foram recepcionadas pela Constituição, tendo em vista a afronta a este princípio contido na Carta Maior ¹²⁸.

Neste sentido, ainda afirma este autor que

O nosso ordenamento jurídico prevê uma duração indeterminada para a internação e tratamento ambulatorial no que se refere à liberação do internado. No que tange ao prazo mínimo o Código Penal prevê de um a três anos. Destarte, a duração indeterminada fere o princípio da legalidade por não estabelecer um limite da intervenção estatal, que repese-se por perpétua. (...) Ademais, o autor do dano punível, conservadas as devidas distinções de sua especial posição, tem o direito de saber antecipadamente qual o limite máximo esperado de privação de liberdade a qual estará sujeito ¹²⁹.

¹²⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 239.

¹²⁸ LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da legalidade na medida de segurança: determinação do limite máximo de duração da internação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 153-154.

¹²⁹ *Ibidem*. p. 207.

Ademais, o direito de saber o limite máximo de duração da sua pena está intimamente relacionado com o princípio da segurança jurídica. Em um Estado Democrático de Direito, um dos aspectos da segurança jurídica, é o que visa dar ao cidadão a previsibilidade das ações e medidas do Estado. Neste sentido, o conhecimento do tempo que a liberdade será restringida é de fundamental conhecimento. O princípio da segurança jurídica será tratado a seguir.

2.2.5. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é um princípio inerente ao Estado Democrático de Direito e nele se fundamentam todos os princípios acima expostos, possuindo íntima relação com os direitos e garantias fundamentais.

Sem segurança jurídica o cidadão não pode exercer suas atividades em sua plenitude, vez que sempre estará sujeito à imprevisibilidade das decisões e da atuação do Estado.

Como bem coloca Fabio Ulhoa Coelho¹³⁰,

A imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar a economia de qualquer país. Os investidores, atentos à elevação do risco, tendem a não se contentar com retornos razoáveis (os que estimariam como tais em outras economias com marcos institucionais estabilizados). Ao invés de investidores de longo prazo, aos quais interessa um maior comprometimento com o lugar da inversão, esse desequilíbrio acaba atraindo especuladores, *risk makers*, interessados unicamente em aportar seus capitais onde terão, a curtíssimo prazo, o melhor retorno.

Canotilho¹³¹ coloca que “o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de direito o princípio da segurança jurídica”.

Assim, a segurança jurídica é um direito fundamental do cidadão e elemento fundamental de um Estado Democrático de Direito, que visa dar estabilidade nas relações, por

¹³⁰COELHO, Fábio Ulhoa. **A justiça desequilibrando a economia.** Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica/59-a-justica-desequilibrando-a-economia.html>> Acesso em: 05 de agosto de 2015.

¹³¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 371.

meio da adoção pelo Estado de comportamentos coerentes. Qualquer relação que cause abuso ou imprevisibilidade na atuação do Estado é vista como causadora de insegurança jurídica.

Neste sentido, a imprevisibilidade de não se conhecer o limite máximo de duração da medida de segurança causa uma insegurança jurídica aos cidadãos, afrontando aos princípios do Estado Democrático de Direito.

Assim, a segurança jurídica impõe a necessidade de que toda a sanção tenha um prazo estabelecido anteriormente ao cumprimento, “representando característica fundamental do Estado Democrático de Direito que a intervenção estatal na liberdade do cidadão seja regulamentada e limitada, não podendo furtar-se desta situação a medida de segurança criminal”¹³².

2.2.6. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana se encontra positivada no artigo 1.º, inciso III, da Constituição Federal) e tem seus fundamentos desde o período da ilustração. “A justificação iluminista para a necessidade das penas mínimas reside na racionalidade, no reconhecimento (moral e político) da dignidade do ser humano, sem absolutamente nenhum rasgo utilitário”¹³³.

Como coloca Moraes, “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consiste e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por partes das demais pessoas”¹³⁴.

Werner Maihofer¹³⁵ entende que a personalidade do ser humano é indisponível e que o ser humano não pode ser equiparado a um mero objeto. Assim, a dignidade da pessoa humana visa proteger essa indisponibilidade do ser.

Ainda coloca este autor que sempre que o Estado tiver que escolher entre garantir a liberdade ou limitar a liberdade, deve sempre se decidir em favor da primeira, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana dos cidadãos¹³⁶.

¹³² FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 178.

¹³³ PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2006. p. 103.

¹³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 60.

¹³⁵ MAIHOFFER, Werner. **Estado de derecho y dignidad humana**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008. p. 13-14.

Segundo Borges, “o princípio da humanidade representa a materialização da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, no Brasil, conquanto seja uma conquista histórica da humanidade”¹³⁷.

Para Salo de Carvalho em Direito Penal, o princípio representa duas dimensões, sendo uma que proíbe penas de morte e outra que proíbe penas cruéis e que atentem contra a dignidade da pessoa humana¹³⁸.

Como ensina Ingo Sarlet

a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Nessa trilha, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente¹³⁹.

Ainda afirma este autor que a relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais está em constante processo de reconstrução, em que um complementa o outro em constante processo dialético¹⁴⁰.

Para Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴¹, a dignidade pode ser dividida em quatro postulados: a) reconhecimento do outro como sujeito; b) reconhecimento do outro como também merecedor de direitos; c) reconhecimento da autodeterminação e; d) reconhecimento como parte integrante de um grupo social. Assim, se reconhece nesta conceituação os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade.

¹³⁶ *Ibidem.* p. 123.

¹³⁷ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal democrático**. Franca: Lemos e Cruz, 2005. p. 79.

¹³⁸ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 269.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 51.

¹⁴⁰ *Ibidem.* p. 102.

¹⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Constituição, direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2006. p. 119.

Com relação à aplicação deste princípio as medidas de segurança, Levorin¹⁴² conclui que

Portanto o tratamento degradante, aviltante, violento ministrado aos sentenciados numa penitenciária ferem brutalmente o princípio da humanidade. É preciso ademais incluir os casos de prisão perpétua que igualmente ferem a dignidade da pessoa humana. Assim também a pena indeterminada, onde não se pode vislumbrar o término da intervenção porque não há prazo de duração. Frise-se que a indeterminada pode levar a prisão perpetua. A dignidade da pessoa humana aponta para a necessidade de uma nova leitura dos conceitos dos conceitos de reeducação e reinserção social porque tais conceitos na prática podem levar a uma violação do princípio da humanidade, como aliás ocorre a olhos vistos nas nossas dependências carcerárias. Ou seja, a ressocialização deve ser limitada a aplicação de um mínimo de sofrimento ao sentenciado.

No campo da execução penal Levorin ainda coloca que o princípio da legalidade impõe que “toda a execução penal esta submetida ao primado da legalidade penal”¹⁴³. Assim, toda pena ou medida de segurança, deve ser cumprida da forma como descrita na lei, a fim de garantir a dignidade mínima imposta em lei dos presos e dos agentes sujeitos a medidas de segurança.

Com isso, ainda para este autor, “o princípio da dignidade da pessoa humana exige que as autoridades administrativas confirmem ao delinquente-doente condições mínimas de tratamento”¹⁴⁴.

2.2.7. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS

A individualização da pena (artigo 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal) também se encontra positivada no ordenamento. Como explica Borges, este princípio representa

¹⁴² LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da legalidade na medida de segurança**: determinação do limite máximo de duração da internação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 140.

¹⁴³ *Idem*.

¹⁴⁴ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 123.

a “materialização do princípio da igualdade, uma vez que a partir da proporcionalidade das penas fixadas pelo legislador, para cada um dos crimes, determina um tratamento específico para o condenado”¹⁴⁵.

Para Moraes, “o princípio da individualização da pena exige uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão”¹⁴⁶.

Carvalho coloca que “a individualização judicial é instrumentalizada na sentença criminal condenatória, etapa final do juízo de responsabilização pelo ilícito, numa operação complexa em face das exigências legais de análise impostas pelo Código Penal”¹⁴⁷.

O Código Penal ao trazer em seu artigo 97, § 1º que a internação ou tratamento ambulatorial do agente sujeito à medida de segurança será por tempo indeterminado, mostra uma afronta ao princípio da individualização das penas, uma vez que, coloca a indeterminação como “regra geral” a todos os agentes, sem levar em consideração no computo do tempo de duração das medidas de segurança fatores como nível de periculosidade, condição de saúde e mental do agente, entre outros.

Assim, neste capítulo foi possível verificar o conceito de Estado Democrático de Direito e estabelecer alguns princípios limitadores do *jus puniendi* aplicáveis a penas e as medidas de segurança, bem como antever algumas implicações destes princípios no campo das penas e especialmente das medidas de segurança. Com isso, o próximo capítulo passará a expor acerca da conceituação das medidas de segurança, bem como suas características no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁴⁵ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal democrático**. Franca: Lemos e Cruz, 2005. p. 201.

¹⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 235.

¹⁴⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 262.

CAPÍTULO 3 MEDIDAS DE SEGURANÇA

A medida de segurança tem como fundamento a periculosidade do agente, sendo uma consequência jurídica do crime, aplicada aos inimputáveis e semi-imputáveis, constituindo medida de caráter terapêutico e não punitivo.

Porém, como coloca Moncada “não basta conhecer os problemas; é preciso conhecer também a história deles”.¹⁴⁸ Assim, no presente capítulo será estabelecido um panorama histórico das penas e das medidas de segurança para depois buscar os fundamentos dogmáticos destes institutos, em especial das medidas de segurança, bem como a forma que este instituto é integrado na legislação brasileira.

3.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PENA E DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A origem certa da pena ainda não é conhecida pelo homem. Todavia, Maurach¹⁴⁹ indica que a ideia de vingança foi algo determinante no contexto do surgimento do Direito Penal, assim como as diversas instituições sociais em seus contextos históricos – a família, os clãs, as união de tribos e, por fim, o Estado moderno.

Contudo, sabe-se que antes do surgimento do Direito Penal, como quebra da ordem jurídica tutelada pelo Estado, a pena já teve como fundamentos a transgressão a ordem dos deuses ou a ordem de uma ou mais tribos, nas quais a aplicação das penas era marcada por excessos e pela arbitrariedade, como afirma Luiz Regis Prado¹⁵⁰.

Dessa forma, Luiz Regis Prado divide a história da vingança penal em três fases centrais, sendo elas: a) a vingança divina, na qual o crime é um atentado a vontade de uma divindade e a pena tem a finalidade de satisfazer este elemento divino; b) a vingança privada, na

¹⁴⁸ MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do direito e do estado**: parte histórica. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1955. v. 1, p. 07.

¹⁴⁹ MAURACH, Reinhart. **Derecho penal: parte general**. Atualizado por Heinz Zipz e Karl Heinz Gössel. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 57.

¹⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1, p. 64.

qual o crime é um atentado a uma pessoa ou a um grupo determinado de indivíduos, sendo que cabe a pessoa ou ao grupo que foi atentado aplicar a pena e; c) a vingança pública, na qual ocorre a institucionalização do crime e da aplicação da pena, cabendo a uma autoridade ou ao Estado disciplinar os crimes e as penas¹⁵¹.

Como coloca Beling¹⁵², a partir do Iluminismo o sistema penal da antiguidade fora lentamente sendo substituído por um sistema mais humano, no qual: a) a pena de morte passou a ser uma exceção; b) foram extintas as penas de flagelo, as penas que eliminavam partes do corpo do indivíduo e as penas de expulsão do território nacional e; c) as penas privativas de liberdade passaram a ser a regra geral, no que diz respeito às sanções penais.

Foucault observa que as punições ao corpo foram substituídas pelas restrições a liberdade (a alma)

o afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente. Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos — daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou — é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma¹⁵³.

Afirma Bettiol que “o Direito Natural do Iluminismo, que vive e opera no pensamento político liberal, é derivação direta do racionalismo absoluto do século XVIII”¹⁵⁴ e ele foi importante por estimular reformas nas legislações penais arcaicas, que não protegiam direitos e garantias fundamentais do cidadão. Assim, o Estado seria caracterizado por estar limitado a uma carta política de direitos, preservando os direitos e garantias individuais.

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito tipo*. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 11.

¹⁵³ FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 18.

¹⁵⁴ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y processal: curso de lecciones para estudiantes de ciencias políticas*. Trad. Faustino Gutierrez Alvez y Conradi. Barcelona: Bosch, 1997. p. 19.

A Ilustração foi responsável por promover o questionamento da legitimidade do Estado em usar de seu poder para punir, isto é, houve o questionamento da legitimação do *jus puniendi*, uma vez que o Estado moderno também teve início com o Iluminismo, como assevera Bustos Ramirez¹⁵⁵ e como foi retratado no capítulo anterior.

Feuerbach formulou um sistema penal baseado na lei e no princípio da legalidade sob a influência das ideias iluministas¹⁵⁶. Neste sentido, a pena para Feuerbach consiste em uma forma de intimidação para a prática de delitos, trazendo os primórdios da pena no fim de “prevenção geral”.

Explica Roxin que

Feuerbach deriva sua doutrina da prevenção geral de da chamada "teoria psicológica da coação". Se imaginava que na alma do delinquente havia um potencial que havia caído em tentação como em um campo de batalha entre os motivos que o levaram ao delito e os que o fariam resistir a ele; opinava que havia que provocar na alma do indeciso algumas sensações de desconforto, que fizeram prevalecer os esforços pela omissão e, desta maneira, puderam exercer uma "coação psíquica" para se abster da prática do fato¹⁵⁷.

Após a rápida divulgação das novas expressões e ideias sobre as ciências criminais trazidas pela Ilustração, deu-se início ao período de surgimento das escolas penais. Dessa forma, Roberto Lyra coloca que “as escolas formaram-se em torno do fundamento da responsabilidade, dos conceitos de crime e pena e, principalmente, do método e da posição do Direito Penal”¹⁵⁸.

A chamada Escola Clássica de Direito Penal é um exemplo de uma destas escolas. O termo “Escola Clássica” se trata, na verdade, de um termo irônico. Este nome foi cunhado pelos positivistas, para designar de forma jocosa os pensadores que não compartilhavam suas ideias.

Caracterizada por seu cunho liberal e humanitário, como coloca Luiz Regis Prado¹⁵⁹, a Escola Clássica sustenta o Direito no jusnaturalismo e na justiça. Pode-se afirmar que na Escola

¹⁵⁵ RAMÍREZ, Juan Bustos. *Introducción al derecho penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994. p. 19.

¹⁵⁶ *Ibidem*. p. 104.

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 89-90. Tradução nossa.

¹⁵⁸ LYRA, Roberto. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. p. 5.

¹⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1, p. 78.

Clássica ocorreu o “amadurecimento” das ideias iluministas que passaram a ser focadas mais no aspecto jurídico do que no filosófico e político.

Como afirma o penalista italiano Giuseppe Bettiol para os clássicos o “delito está em um fato humano, não em seu pensamento (*de internis non curat praetor*) ou em seu modo de ser (periculosidade do indivíduo que comete um delito)”¹⁶⁰.

Cabe ainda mencionar o surgimento da Escola Positiva, que surge em meados do século XIX, como forma de reação a Escola Clássica. Antonio García-Pablos de Molina¹⁶¹ aponta que o surgimento desta Escola está intimamente ligado com a consolidação da criminologia como disciplina científica e empírica.

Para Moncada¹⁶² a palavra positivismo pode ter duas acepções distintas: uma restritiva, que coloca o positivismo como o sistema de ideias introduzido por Augusto Comte e; uma em sentido amplo, na qual o positivismo nomeia de forma ampla, distintas correntes no campo da política, da sociologia, do Direito, etc.

Porém, coloca Juan Goytisolo¹⁶³ que apesar de o positivismo em sentido amplo se apresentar sobre múltiplas facetas, uma característica é comum a todas elas: a negação ao Direito natural.

Esta Escola teve suas bases assentadas na biologia e na filosofia,¹⁶⁴ uma vez que seu surgimento se encontra intimamente ligado às ideias evolucionistas de Charles Darwin e as teorias sociológicas de Auguste Comte¹⁶⁵.

Afirma Mir¹⁶⁶ que a Escola Positiva italiana fundamentou a pena na periculosidade do agente e não em sua culpabilidade, assim como repudiou o livre arbítrio e a responsabilidade, uma vez que a base do delito era determinada pela natureza do próprio homem e não por sua conduta.

¹⁶⁰ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y processal: curso de lecciones para estudiantes de ciencias políticas*. Trad. Faustino Gutierrez Alvez y Conradi. Barcelona: Bosch, 1997. p. 39.

¹⁶¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*. Madrid: Univesidad Complutense de Madrid, 1995. p. 317.

¹⁶² MONCADA, Luís Cabral de. *Filosofia do direito e do estado: parte histórica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1955. v. 1. p. 307.

¹⁶³ GOYTISOLO, Juan Berchmans Vallet de. *Metodologia jurídica*. Madrid: Civitas, 1988. p. 217.

¹⁶⁴ BEIRAS, Iñari Ribeiro (coord.). *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 55.

¹⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1, p. 80.

¹⁶⁶ MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT, 2007. p. 137-138.

O instituto da medida de segurança tem suas origens na Inglaterra, que foi o primeiro país a criar medidas (por meio do *Criminal Lunatic Asylum Act* de 1860), que davam uma consequência jurídico-penal distinta aos que fossem considerados penalmente irresponsáveis, baseada em tratamentos psiquiátricos e terapêuticos em asilo de internados¹⁶⁷.

No entanto, como coloca Jacobina, as medidas de segurança somente encontram suas origens e fundamentos como hoje são conhecidos, nos encontros dos conceitos da Escola Clássica e da Escola Positiva, ocorrendo um “meio-termo”¹⁶⁸ entre essas escolas.

Ainda merece destaque as novas ideias que surgiram no final do século XIX, sob os reflexos da transformação do Estado Liberal em Estado Social e influenciada pelo Positivismo. Essas ideias têm como expoente máximo o penalista alemão Franz von Liszt¹⁶⁹.

Von Liszt preceitua o delito sob uma concepção causal e se aprofunda nas questões de política criminal, discutindo a pena sob uma finalidade preventiva e propõe uma Ciência Conjunta do Direito Penal, na qual todas as ciências penais seriam conjuntamente estruturadas.

Ele ainda tinha a pena como justificativa “ora por retribuição pelo mal praticado, ora por prevenção, diante do perigo da reiteração da conduta, legitimando a medida de tratamento com fulcro na recuperação na intimidação ou na inocuização”¹⁷⁰. Neste sentido, a pena para von Liszt, é a legítima consequência do fato tido como crime, sendo o “direito penal é o conjunto de regras jurídicas estabelecidas pelo Estado”¹⁷¹.

Pena sob a ótica estatal para von Liszt “é um mal que o juiz penal aplica ao delinquente, como causador do delito, para expressar a reprovação social acerca da prática do seu ato”¹⁷². As medidas de segurança para von Liszt é “são todos aqueles meios pelos quais se trata de obter a adaptação do indivíduo a sociedade”¹⁷³.

¹⁶⁷ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 686.

¹⁶⁸ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**. Brasília: ESMPU, 2008. p. 130.

¹⁶⁹ ALONSO, Esteban Juan Pérez. *Las revoluciones científicas del derecho penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal*. In: OLIVARES, G. Q.; PRATS, F. M. (coord.). **El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz**. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 596-597.

¹⁷⁰ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 29.

¹⁷¹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 226. Tradução nossa.

¹⁷² LISZT, Franz Von. **Tratado de derecho penal**. Trad. Luis Jimenez de Asua. 20. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1972. p. 197. Tradução nossa.

¹⁷³ *Idem*.

Assim, coloca Ferrari que “o grande mérito de von Liszt foi traçar as diretrizes político-criminais para as futuras medidas de tratamento, apesar de críticas considerarem sua teoria de pena-fim ampla e vaga”¹⁷⁴.

Karl Stooss foi o primeiro autor a sistematizar as medidas de segurança. Ele foi autor do Anteprojeto do Código Penal Suíço de 1893 e nele inseriu as ideias de medida de segurança que haviam sido elucidadas por von Liszt.

Assim, “enquanto von Liszt se constituiu no idealizador da medida de segurança, Stooss a positivou juridicamente”¹⁷⁵. As ideias de von Liszt alteram sobremaneira o Direito Penal sendo que suas teorias tiveram reflexo até surgimento de Hans Welzel com sua Teoria da Ação Final.

As ideias de Welzel têm como contexto histórico o pós-Segunda Guerra Mundial, no qual ainda predominavam resquícios das ideias nazifascistas e pelo contexto dos estudos da fenomenologia¹⁷⁶.

Welzel introduz a ação final e com suas estruturas lógico-objetivas e ontológicas, transfere a categoria do dolo e da culpa da culpabilidade para o tipo penal. Além disto, no âmbito da teoria da pena, Welzel aborda um novo sentido retributivo da pena¹⁷⁷.

Assim, para Welzel, pena é um “mal que se impõe ao autor de um fato culpável”¹⁷⁸ e “o fundamento real da pena tem caráter indispensável para manter a ordem na sociedade”¹⁷⁹. Já medida de segurança, para Welzel, baseadas na periculosidade, servem para complementar a limitação da retribuição da pena aos autores culpáveis¹⁸⁰.

Assim, as medidas de segurança “não são impostas com o objetivo de uma compensação retributiva pela transgressão culpável do direito, mas para a segurança futura da comunidade frente às possíveis violações ao direito por parte do autor”¹⁸¹.

¹⁷⁴ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 29.

¹⁷⁵ *Ibidem*. p. 30.

¹⁷⁶ ALONSO, Esteban Juan Pérez. *Las revoluciones científicas del derecho penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal*. In: OLIVARES, G. Q.; PRATS, F. M. (coord.). **El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz**. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 598.

¹⁷⁷ *Ibidem*. p. 599-601.

¹⁷⁸ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yanez Perez. 11. ed.. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1970. p. 326. Tradução nossa.

¹⁷⁹ *Ibidem*. p. 328. Tradução nossa.

¹⁸⁰ *Ibidem*. p. 333. Tradução nossa.

¹⁸¹ *Idem*.

Mas é a partir de meados da década de 1960 se inicia a época mais frutífera das ciências penais, quando vêm à tona as ideias de Claus Roxin e Jakobs. Roxin inseriu o conceito de política criminal em sua teoria do delito e, com isto, procedeu à chamada abertura do sistema penal, no qual o sistema fica aberto para constante troca de conteúdo com o meio, diferentemente dos modelos neokantista e finalista.

Como coloca Roxin¹⁸², não se pode negar os avanços que o finalismo trouxe para a dogmática jurídico-penal e para o Direito Penal, porém também não se pode esquecer-se de considerar os elementos normativos do Funcionalismo.

Neste sentido, a pena para Roxin representa a consequência de uma conduta delitiva¹⁸³. Com relação aos fins da pena, como assevera o professor Ricardo Breier “Roxin parte da dicotomia de bem jurídico e de ressocialização, caracterizando a pena em duas funções: prevenção de natureza geral abstratismo (proteção dos bens jurídicos) e especial concretismo (ressocialização do agente infrator)”¹⁸⁴.

Ainda para este autor, Roxin teria verificado a fragilidade das teorias da pena vigentes à época, e, por isso, sugeriu uma terceira teoria, que unifica a teoria retributiva da pena com a teoria preventiva, o que ele chama de teoria unificadora¹⁸⁵.

Assim, Silva Sanchez¹⁸⁶ comenta que o modelo funcional-teleológico de Roxin deve ser compreendido um como modelo que leva em consideração os fins das penas (prevenção geral e prevenção especial) na elaboração dos conceitos dogmáticos, bem como elementos valorativos, legados a perspectivas principiológicas funcionalistas.

Com isso, para Roxin,

Pena e medida de segurança são portanto o ponto de referência comum dos dois preceitos jurídico-penais, o que significa que o Direito penal no sentido formal é definido por suas sanções. Se um preceito pertence ao Direito Penal, não é porque regula normativamente a infração de mandatos ou proibições — pois isto também fazem

¹⁸² ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 59-63.

¹⁸³ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 41.

¹⁸⁴ BREIER, Ricardo. Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 94-119, jan.-fev. 2004, p. 103.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *Política Criminal em La Dogmática: Algunas Cuestiones sobre su contenido y límites*. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **Estudios de Derecho Penal**. Lima: Grijley, 2000. p. 199-200.

muitos preceitos de direito civil ou administrativo —, mas porque esta infração é sancionada mediante penas ou medidas de segurança¹⁸⁷.

Neste sentido, para este autor

Toda pena pressupõe culpabilidade do sujeito quando comete um fato, e em compensação, toda medida de segurança pressupõe uma continua perigosidade do sujeito para o futuro. Assim este prescrito no § 46 I 1: "a culpabilidade do sujeito é a base para aferição da pena". Portanto, se falta a culpabilidade, por exemplo, por transtornos mentais, ou por um erro de proibição invencível (§ 17), está excluída a punição do sujeito. Em troca, se falta a culpabilidade, é perfeitamente possível impor uma medida de segurança se o sujeito, em consequência de seu estado "é perigoso para a coletividade" (§ 63 I), como, por exemplo, um assassino enfermo mental não pode ser castigado por lhe faltar a culpabilidade e por ele deve ser absolvido da acusação de haver cometido um delito de homicídio punível; em seu lugar pode ser imposto a ele os pressupostos do § 63, a medida de segurança de "internação em um hospital psiquiátrico"¹⁸⁸.

Já Jakobs procede a uma renormatização dos conceitos vigentes na sociedade, sem a necessidade de se renunciar nenhum ponto instituído.¹⁸⁹ Para isto, ele parte da missão do Direito Penal, que é demonstrar a vigência de uma norma jurídica que infringida com a prática da conduta delituosa.

Em defesa do Direito Penal como protetor das normas jurídicas, Jakobs critica os juristas que concebem o Direito Penal como tutelador de bens jurídicos, pois eles estariam em defesa de um Direito Penal restritivo, que nada mais é do que uma opção de política criminal jurídica¹⁹⁰.

¹⁸⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 41. Tradução nossa.

¹⁸⁸ *Ibidem* . p. 42. Tradução nossa.

¹⁸⁹ VALLEJO, Manuel Jaén. *Los puntos de partida de la dogmática penal*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, fasc. 1, tomo 48, p. 57-69, jan.-abril. 1995. p. 68-69.

¹⁹⁰ JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2004. p. 59.

Neste sentido, para Jakobs as normas são dirigidas a destinos construídos comunicativamente (pessoas) e não aos indivíduos. Dessa forma, as pessoas são construções do mundo normativo sujeitos de Direitos e deveres¹⁹¹..

Desse modo, como coloca Chamon Junior, “no plano comunicativo, a pena restabeleceria a vigência da norma, outrora perturbada – a vigência da norma a partir do momento em que o sujeito comete um delito, estria perturbada, negada por seu comportamento”.¹⁹² O restabelecimento da norma manteria a fidelidade ao ordenamento jurídico.¹⁹³ A pena, assim, atua como um instrumento para reestabelecimento da ordem jurídica.

Dessa forma, colocam Mélia, Ramos e Gonzalez¹⁹⁴ que a prevenção geral positiva na teoria de Jakobs, se manifesta sob três aspectos distintos, sendo eles: a) a pena como confirmação da vigência da norma; b) a pena como orientação ao exercício de finalidade ao Direito e; c) a pena como consequência da violação de uma norma e a infração a norma como conexão entre a conduta e a pena.

Assim, para Jakobs, “pena é uma mostra da vigência da norma em face de um responsável. Daí surge um mal, mas a pena não comete seu fim com este efeito, mas com a estabilização da norma lesionada”¹⁹⁵. Neste sentido, para Jakobs, a medida de segurança representam uma compensação a quem perdeu sua liberdade interna (no sentido de sanidade mental), vez que para estes, não é possível uma liberdade social completa, por não possuir liberdade interna¹⁹⁶. Assim, as medidas constituem medidas terapêuticas (internação em hospital psiquiátrico entre outras) e jamais natureza penal, frente à ausência de comportamento culpável do autor.

¹⁹¹ *Ibidem.* p. 16-37.

¹⁹² CHAMON JUNIOR, Lucio Antonio. **Do giro finalista ao funcionalismo penal:** embates de perspectivas dogmáticas decadentes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 72.

¹⁹³ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona em uma teoria de um derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996. p. 18.

¹⁹⁴ RAMOS, Enrique Peñara.; GONZALEZ, Carlos Suarez.; MELIA, Manuel Cancio. **Um novo sistema do direito penal:** considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003. p. 03.

¹⁹⁵ JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal : parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 9. Tradução nossa.

¹⁹⁶ *Ibidem.* p. 39-41. Tradução nossa.

3.2 O CONCEITO ATUAL DE MEDIDA DE SEGURANÇA

Nas palavras de Ferrari, “medida de segurança, constitui uma providência do poder político que impede que determinada pessoa, ao cometer um ilícito típico e se revelar perigosa, venha a reiterar a infração, necessitando de tratamento adequado para sua reintegração social”¹⁹⁷.

Como conceitua Luiz Régis Prado

As medidas de segurança são consequências jurídicas do delito, de caráter penal, orientadas por razões de prevenção especial. Consubstanciam-se na relação do ordenamento jurídico diante da periculosidade criminal revelada pelo delinquente após a prática de um delito. O objetivo primeiro da medida de segurança imposta é impedir que a pessoa sobre a qual atue volte a delinquir, a fim de que possa levar uma vida sem conflitos com a sociedade¹⁹⁸.

Para Dotti, “a medida de segurança é uma reação criminal, detentiva ou restritiva, que se liga á prática, pelo agente, de um ilícito típico e tem como pressuposto a periculosidade”¹⁹⁹.

As medidas de segurança são aplicadas aos inimputáveis e aos semi-imputáveis. Imputabilidade “é a plena capacidade (estado ou condição) de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e de querer e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (o imputável responde por seus atos)”²⁰⁰. Já inimputável é aquele que não tem nenhuma capacidade de culpabilidade, vez que nele há “ausência das condições pessoais mínimas de desenvolvimento biológico e de sanidade psíquica”²⁰¹. E, semi-imputável, é aquele que possui “capacidade relativa de culpabilidade”²⁰².

¹⁹⁷ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 15.

¹⁹⁸ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 690.

¹⁹⁹ DOTTI, René Ariel. Visão Geral da medida de segurança. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método, 2001. p. 311.

²⁰⁰ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 421.

²⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 289

²⁰² *Ibidem*. p. 293.

Neste sentido, “para o direito penal, o portador de sofrimento ou transtorno mental apresenta déficit na capacidade de querer e de entender, sendo, pois, incapaz de vir a juízo na qualidade de cidadão. Na qualidade de se lhe impor uma pena, em sentido estrito”²⁰³.

Do ponto de vista histórico do desenvolvimento da doença mental, num primeiro momento, na chamada fase Demonológica, predominava “a crença de que o comportamento anormal é causado por forças sobrenaturais que assumem o controle da mente ou do corpo”²⁰⁴. Assim, acreditavam que o comportamento anormal era decorrente de possessão por forças sobrenaturais, como deuses irados, maus espíritos e demônios.

Ainda segundo Holmes²⁰⁵ com Hipócrates (460-377 D.C) tem início a fase das Explicações Fisiológicas. Ele foi o primeiro a tentar explicar que o comportamento anormal tem causas naturais, ao invés de causas divinas ou sobrenaturais. Com o trabalho de Hipócrates foi possível identificar o comportamento anormal como uma doença fisiológica.

O século XVI foi marcado pelo fato de surgir pela primeira vez a ideia de que as pessoas perturbadas precisavam de cuidado e atendimento e não de exorcismo ou condenação. É a chamada fase do Cuidado Humanitário. Depois do advento do atendimento humanitário foi necessário melhorar as condições nas quais as pessoas perturbadas eram tratadas. É a fase das Explicações Psicológicas, em que nos últimos dois séculos, as explicações psicológicas para o comportamento anormal evoluíram da sugestão para conflitos inconscientes, para condicionamento e depois para processos de pensamento. No século XX surge a fase do Interesse Renovado nas Explicações Fisiológicas, em que a existência de novos métodos fisiológicos apresentaram resultados positivos quando aplicados sobre os indivíduos de comportamentos anormais, nascendo a Psicofarmacologia.

Hoje, segundo Holmes²⁰⁶, o transtorno mental é geralmente implicado á aqueles indivíduos que apresentam um chamado comportamento anormal. Quando definido o comportamento anormal do ponto de vista do indivíduo, a atenção é focalizada primeiro no sofrimento desse indivíduo e, em segundo, focalizada na incapacidade do indivíduo.

²⁰³ MATTOS, Virgílio de. **Crime e psiquiatria: uma saída**. Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 91.

²⁰⁴ HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. Trad. Sandra Costa. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007. p. 26.

²⁰⁵ *Ibidem*. p. 26-27.

²⁰⁶ *Ibidem*. p. 31-33.

Ao definir o comportamento anormal do ponto de vista cultural, a atenção se volta para os desvios da norma, ou seja, o grau no qual o indivíduo se desvia nas normas culturais. É possível que anormalidade difira de indivíduo para indivíduo, de cultura para cultura e de época para época.

O autor chega a mencionar que para alguns pensadores do campo da psicologia, o conceito de doença ou transtorno mental não passa de um mito, pois é um termo que não tem fundamento, uma vez que a anormalidade nada mais é do que comportamento diferente do comum.

Assim, as medidas de segurança, juntamente com as penas, constituem espécies do gênero denominado sanções penais. No entanto, enquanto as penas apresentam um caráter retributivo, as medidas de segurança demonstram uma natureza de tratamento individual e proteção social²⁰⁷. Para Ferrari, “quanto aos fins, inegável a ausência da retribuição, existindo apenas o fim preventivo”²⁰⁸ nas medidas de segurança.

Afirma Almeida que “a associação direta entre transtornos mentais e ‘periculosidade’, ainda presente na legislação penal brasileira, é no mínimo anacrônica”²⁰⁹, tendo em vista o movimento da reforma psiquiátrica de ocorreu nos últimos anos. Ainda se questiona este autor: “qual a necessidade de manter pessoas que tenham cometido crimes em decorrência de transtornos psíquicos sob a competência da legislação penal?”²¹⁰ Para ele, considerando os atuais debates em torno da psiquiatria, não existe nenhuma justificativa, senão a tradição.

Como coloca Salo de Carvalho²¹¹, a periculosidade é o fundamento das medidas de segurança. Já o instrumento jurídico capaz de verificar a existência ou não de periculosidade é o incidente de insanidade mental, que é regulado pelo Código de Processo Penal.

Segundo este autor,

²⁰⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 639.

²⁰⁸ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 60.

²⁰⁹ ALMEIDA, Francis Moraes de Almeida. Medida de segurança: um debate necessário. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de (coords.). **A crise do Processo penal e as novas formas de administração da Justiça Criminal**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2006. p. 235.

²¹⁰ *Ibidem*. p. 235-236.

²¹¹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 502.

o reconhecimento do estado de periculosidade (fundamento da aplicação da medida de segurança) produz significativos efeitos sancionatórios. Em razão de a periculosidade ser entendida como um estado ou um arbítrio natural do sujeito – o indivíduo carrega consigo uma potência delitiva que a qualquer momento pode se concretizar em um ato lesivo contra si ou contra terceiros –, a resposta estatal não pode ser determinada *ex ante*. Se a pena é fixada por meio de um extenso procedimento judicial (art. 59 do Código Penal) e a sua execução é expressamente limitada no tempo (art. 75, Código Penal), a finalidade curativa do tratamento realizado no cumprimento da medida impede estabelecer prazos de duração²¹².

Interessante ainda verificar a argumentação que faz este mesmo autor, no sentido de afirmar que logicamente falando, sem levar em conta os demais argumentos, as medidas de segurança não podem ter um tempo definido de duração, uma vez que não se sabe quando a periculosidade será cessada.²¹³ No entanto, não se justifica sujeitar o indivíduo a medida de segurança por um prazo maior do que o da pena em abstrato que seria aplicada a um imputável pelo crime por ele praticado, vez que o fato praticado é o mesmo e ambos têm os mesmos direitos e deveres no contexto do Estado Democrático de Direito.

Assim, “como a pena, a medida de segurança é sanção penal”²¹⁴. No entanto, ainda afirma este autor que, enquanto a pena tem seu fundamento baseado na culpabilidade, a medida de segurança tem suas bases na periculosidade. “A medida de segurança é um reforço à prevenção, já antevista na pena”²¹⁵.

Pena e medida de segurança representam duas possíveis consequências jurídicas de uma conduta²¹⁶. De tal sorte, Direito Penal na realidade deveria ser chamado de Direito Penal e de medidas, vez que ambas são consequências jurídicas do delito²¹⁷.

Neste sentido, Jacobina chega a considerar o ideia de que a medida de segurança não deve estar contemplada no âmbito do Direito Penal, não podendo ser considerado uma sanção, mas sim como medida de direito sanitário²¹⁸.

²¹² *Ibidem*. p. 502-503.

²¹³ *Ibidem*. p. 503.

²¹⁴ LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da legalidade na medida de segurança**: determinação do limite máximo de duração da internação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 162.

²¹⁵ *Ibidem*. p. 163.

²¹⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 41.

²¹⁷ *Ibidem*. p. 42.

²¹⁸ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**. Brasília: ESMPU, 2008. p. 135.

Continua este autor mencionando que “o direito – e o direito penal de forma especial – vem tratando a loucura e a insanidade de forma quase que inercial, enquanto que, o direito sanitário vem, paulatinamente, positivando uma abordagem mais arejada na lida com a questão”²¹⁹.

Neste sentido, coloca Jacobina

O Direito Penal será forçado a rever seus próprios pressupostos, principalmente aqueles atinentes á medida de segurança. Fica bastante evidente que a medida de segurança não tem conteúdo terapêutico nem identidade sanitária e está em profundo descompasso com a moderna legislação de saúde, que, se não realizou sua revogação, expressou, criou condições para proclamar-se sem descompasso intrínseco com o restante do ordenamento²²⁰.

Porém, Ferrari²²¹ alerta acerca da necessidade das medidas de segurança estarem sob a esfera do Direito Penal e não do Direito Administrativo. Segundo ele,

A medida de segurança criminal possui uma natureza monopolizadora do Poder Judiciário, configurando-se sua aplicação condicionada á necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade da medida terapêutica. Partindo-se apenas da premissa de que o Estado Democrático deve proteger não apenas os indivíduos, mas também o próprio Estado, acreditamos constituir a medida de segurança uma providência estatal, condicionada aos limites do exercício jurisdicional. Ao nosso ver, não há razão válida para insistir na ideia equivocada de considerar-se a medida de segurança criminal como um instrumento meramente administrativo, mesmo porque as prevenções administrativas não possuem finalidades particulares de tratamento e de readaptação do criminoso-doente, mas dos perigosos sociais.

Assim, as medidas de segurança se caracterizam como consequência jurídico-penal, ao lado da pena, que tem seus fundamentos na periculosidade do autor, e visa impor medidas terapêuticas com o fim de evitar o cometimento de ilícitos típicos pelo autor.

²¹⁹ *Ibidem*. p. 139.

²²⁰ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**. Brasília: ESMPU, 2008. p. 142.

²²¹ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 76..

3.3 AS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código Penal brasileiro (Decreto-Lei 2.848/1940) em seu Título III trata da imputabilidade penal, que é um dos elementos da culpabilidade. Assim, a imputabilidade já foi definida como “a plena capacidade (estado ou condição) de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e de querer, e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (o imputável responde por seus atos)”²²².

O agente que não tem capacidade de culpabilidade para que lhe seja atribuída determinada conduta é chamado de inimputável. Dentre as hipóteses elencadas pelo Código Penal que caracterizam a incapacidade de culpabilidade (ou inimputabilidade penal) tem-se a doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, quando o agente é incapaz de entender o caráter ilícito do fato (artigo 26 do Código Penal).

A consequência jurídica da inimputabilidade penal por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado é a aplicação de medidas de segurança, conforme disposto nos artigos 96 e 97 do Código Penal – e não de pena como para os demais agentes.

Como descreve Foucault²²³, a loucura caracterizada como doença mental é recente. Até a Idade Média e o Renascimento, o louco era tratado como um ser possuído por entidades ou sob o efeito de feitiços ou bruxarias. Era comum que os loucos ficassem aprisionados em grilhões e presos em masmorras isolados do contato de tudo e de todos. A objetividade científica da doença mental somente foi iniciada em meados do século XIX, quando o a loucura finalmente alcança o *status* de doença.

Continua este autor afirmando que “as dimensões psicológicas da loucura não podem então ser reprimidas a partir de um princípio de explicação ou de redução que lhes seria exterior”. No entanto continua afirmando que, “elas devem situar-se no interior desta relação geral que o homem ocidental estabeleceu há praticamente dois séculos”²²⁴.

²²² PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 421.

²²³ FOUCAULT, Michel. **Doença mental e psicologia**. 6. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000. p. 75-80

²²⁴ *Ibidem*. p. 97.

No Brasil, desde 1903, com o Decreto 1.132 de 1903, havia a previsão de medidas de tratamento, no entanto, as mesmas ainda denominadas de pena. O anteprojeto do Código Penal de 1913 e 1927 continham propostas de sistematização das medidas de segurança²²⁵.

Porém, no Brasil, as medidas de segurança somente foram sistematizadas no Código Penal de 1940 (redação anterior da parte geral hoje vigente), sendo tal instituto para a época considerado uma “inovação capital”, como descrito na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, em que as medidas de segurança “são medidas de prevenção e assistência social relativamente ao ‘estado perigoso’ daqueles que sejam ou não penalmente responsáveis, praticam ações previstas na lei como crime”²²⁶.

O entendimento doutrinário dominante coloca que as medidas de segurança têm como natureza jurídica o caráter jurídico-penal, sendo uma espécie do gênero sanção penal²²⁷. O Código Penal vigente ainda adotou o Sistema Vicariante²²⁸ quanto à aplicação das medidas de segurança, que veda a aplicação cumulada de pena e medida de segurança ao semi-imputável (artigo 26, parágrafo único do Código Penal - aquele que em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato), possibilitando ainda a redução da pena quando aplicada ao semi-imputável.

Assim, as medidas de segurança são aplicadas somente ao agente inimputável, que é todo “agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”, de acordo com o disposto no artigo 26 do Código Penal.

Já Código Penal brasileiro de 1940, com relação à aplicação das medidas de segurança, havia adotado o sistema duplo-binário. O sistema duplo-binário, também conhecido como dualista, coloca que “é permitida a imposição a um mesmo indivíduo de pena e de medida

²²⁵ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 32-33.

²²⁶ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 421.

²²⁷ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 690.

²²⁸ *Ibidem*. p. 691.

de segurança, sucessivamente”²²⁹. Já na reforma da parte geral do Código penal em 1984, o sistema adotado foi o vicariante.

Nas palavras de Marco Polo Levorin²³⁰, o sistema vicariante garantiu uma evolução em relação ao respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da limitação da atuação do Estado na esfera individual, uma vez que veda a aplicação de pena cumulada com a medida de segurança, em que a pena era uma punição e a medida de segurança um tratamento (primeiro cumprir a punição, e depois realizar o tratamento).

Neste sentido, como assevera Eduardo Reale Ferrari “o juízo de prognose é uma das grandes dificuldades para a constatação da presença ou não da inimputabilidade, sendo importantíssima a participação de técnicos”²³¹ a fim de avaliar a condição do agente e se este é ou não inimputável.

De acordo com o artigo 96 do Código Penal brasileiro, as medidas de segurança podem ser aplicadas em duas modalidades: I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado e; II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Já o artigo 97, *caput*, do Código Penal traz o parâmetro para a aplicação das duas modalidades. Se o fato típico apontar pena de reclusão, a modalidade de medida de segurança será a de internação; já se o fato típico apontar pena de detenção, a modalidade de medida de segurança será a de internação.

Salo de Carvalho explica que “a internação psiquiátrica determina o cumprimento da medida de segurança em hospital de custódia e de tratamento psiquiátrico (HCTPs) ou outros estabelecimentos adequados com características similares”²³². Já o tratamento ambulatorial tem como característica “a imposição do acompanhamento médico-psiquiátrico sem a obrigatoriedade de que o paciente permaneça recluso na instituição”²³³.

²²⁹ *Idem*.

²³⁰ LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da legalidade na medida de segurança**: determinação do limite máximo de duração da internação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 213.

²³¹ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 163.

²³² CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 506.

²³³ *Ibidem*. p. 507.

Todavia, apesar de as medidas de segurança serem reconhecidas pela doutrina com o *status* de sanções penais, a elas a jurisprudência ainda não é unânime na aplicação de todos os princípios e garantias assegurados as penas.

Tem-se ainda a aberração jurídica do artigo 97, § 1.º, do Código Penal, que coloca que as medidas de segurança de internação, ou tratamento ambulatorial, serão por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade.

No entanto, é necessário compreender o citado artigo 97, 1.º, do Código Penal, de acordo com a Constituição Federal de 1988 que sedimentou diversas garantias jusfundamentais penais, estabelecendo assim, um limite de duração das medidas de segurança.

Assim, verifica-se que jurisprudência já avançou muito nos últimos anos com relação ao estabelecimento de um limite máximo de duração para as medidas de segurança. Tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça já tem entendimento firmado que a Constituição Federal de 1988 taxativamente no artigo 5º, inciso XLVII, aliena “b” vedou penas de caráter perpétuo e, sendo as medida de segurança uma espécie do gênero sanção penal (pena *lato sensu*), não podem ter seu prazo de duração por tempo indeterminado.

Todavia, as mencionadas cortes ainda divergem na fixação do prazo máximo de duração para as medidas de segurança. O Supremo Tribunal Federal, por meio do *Habeas corpus* n.º 107.432/RS de 24 de maio de 2011, firmou entendimento que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no artigo 75 do Código Penal, que é de trinta anos.

Já alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça firmaram algo além deste entendimento. O Tribunal da Cidadania, levando em consideração não somente o preceito do artigo 75 do Código Penal – que estabelece o limite máximo de cumprimento de pena como sendo de trinta anos – mas também o Princípio da Isonomia, Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade, entende que o prazo de duração das medidas de segurança não pode ser maior do que a pena abstrata cominada no Código Penal para o delito praticado. No entanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal já é consolidado e o do Superior Tribunal de Justiça ainda é incipiente.

Neste sentido, por exemplo, se um agente que é inimputável – e por isso, sujeito às medidas de segurança – comete um crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal), cuja pena máxima em abstrato é de vinte anos, este indivíduo somente pode cumprir a medida de segurança

por no máximo vinte anos. Não se justifica o cumprimento da medida de segurança por até trinta anos, vez que deve haver razoabilidade entre a conduta praticada e a sanção penal imposta.

O *Habeas corpus* n.º 174.342/RS de 11/10/2011 que teve como relator o ministro Sebastião Reis Júnior e o Recurso Especial n.º 964.247/DF de relatoria da ministra Laurita Vaz de 13 de março de 2012 firmou este entendimento na corte.

Malgrado a aplicação das penas ter consolidado tanto na doutrina, como na jurisprudência, o estabelecimento de um alto nível de proteção com a sujeição integral das penas as garantias jusfundamentais penais, as medidas de segurança ainda são vistas tanto por grande parte dos operadores do direito, como pelos tribunais como “exceções” as garantias jusfundamentais penais.

A guisa de exemplo assevera Juarez Cirino dos Santos²³⁴ que, no Brasil, o Princípio da Legalidade (artigo 5.º, inciso XXXIX e artigo 1.º do Código Penal) é aplicado com relatividade pelos tribunais quando se trata de medidas de segurança, apesar de a doutrina dominante repudiar este entendimento.

Souto²³⁵ explica que

Desde a autoritária legislação penal de 1940 até os discursos neodefensistas incorporados pela reforma de 1984, os direitos fundamentais dos inimputáveis vem sendo suprimidos por práticas direcionadas a partir dos estudos e investigações oferecidos pela criminologia no modelo integrado de ciências criminais, em que negada a noção de livre arbítrio, sendo o sujeito naturalmente determinado ao desvio – a perigosidade assumirão posto de pressuposto da sanção penal e da própria definição de delito. Neste contexto, garantias processuais basilares do sistema processual acusatório (como os princípios da legalidade e jurisdicionalidade e os demais que dele derivam) essenciais ao Estado Democrático de Direito (incorporado pela Constituição de 1988) são vulneradas no processo de imposição de medidas de segurança por ingerências de cunho ontológico e substancialista que objetificam os indivíduos. Ante tal constatação, podemos afirmar com convicção que restam deslegitimadas todas as normas de qualquer natureza (penal, processual ou executória), presentes na ordem jurídico-penal brasileira, que preconizam interferência de cunho moralizante ou regenerativo ao inimputável –

²³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 642.

²³⁵ SOUTO, Rony Soares de Brito e. A (i)legitimidade do processo de imposição das medidas de segurança no direito penal brasileiro: Diagnóstico garantista. In: CARVALHO, Salo de. (coord.). **Leituras constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 362.

portanto, padece também de vício de inconstitucionalidade a finalidade preventiva especial positiva conferida as medidas de segurança – na mesma linha, é flagrante a deslegitimação das práticas dos poderes públicos que atuam na execução de tais medidas.

Assim, a autora sugere que a fim de buscar uma “(re)legitimação” acerca da aplicação das medidas de segurança no Brasil, deve-se extinguir o conceito de periculosidade do agente, que é a base das medidas de segurança, a fim de acabar com a diferença entre pena e medida de segurança e ainda acabar com as “práticas psiquiatrizadas de controle”²³⁶.

É também evidente que o artigo 97, § 1º, do Código Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal, uma vez que impõe uma pena (em sentido amplo) com prazo de duração indeterminado.

Neste sentido, as medidas de segurança se desenvolveram ao longo dos anos, sempre aos lados dos conceitos de doença mental e Direito Penal. Fundamentada na periculosidade do agente e constituindo medida de caráter terapêutico e não punitivo, no Brasil, as medidas de segurança se aplicam aos inimputáveis e semi-imputáveis, tendo em vista o sistema vicariante vigente na legislação brasileira. Assim, depois de estudados todos esses conceitos, chega o momento de estudar o tema do prazo máximo de duração das medidas de segurança no Estado Democrático de Direito.

²³⁶ SOUTO, Rony Soares de Brito e. A (i)legitimidade do processo de imposição das medidas de segurança no direito penal brasileiro: Diagnóstico garantista. In: CARVALHO, Salo de. (coord.). **Leituras constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 362.

CAPÍTULO 4 A DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É inconcebível que as medidas de segurança tenham seu prazo máximo duração indeterminado, quando analisado sob a perspectiva dos princípios da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade, da vedação das penas de caráter perpetuo, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, basilares do Estado Democrático de Direito. Assim, faz-se necessária a imediata fixação de um prazo máximo pré-estabelecido para a duração das medidas de segurança. Neste capítulo final serão analisados argumentos favoráveis e desfavoráveis acerca da duração (in)determinada das medidas de segurança no Estado Democrático de Direito, bem como será estudada a situação da duração das medidas de segurança no contexto brasileiro tanto na doutrina como na jurisprudência.

4.1 FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS EM DEFESA DA DURAÇÃO DETERMINADA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Pinho²³⁷ alerta que apesar de a Constituição ter se preocupado em estabelecer limites para a aplicação do Direito Penal, tendo características essencialmente garantistas, a legislação ordinária não mostra preocupação semelhante. Assim, “mesmo depois de incorporados os princípios vetores do Direito Penal democrático, a efetividade das garantias ainda continua a ser uma tarefa do porvir”²³⁸.

A Constituição estabelece que o limite máximo de cumprimento de pena como sendo de trinta anos. Verifica-se que “o caráter sancionatório e punitivo das medidas de segurança impõe que o texto constitucional seja interpretado de forma ampla, na qual o termo pena deve adquirir conceitualmente o sentido de sanção penal”²³⁹, a fim de estabelecer os ditames do Estado

²³⁷ PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**: uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Lumen Juris, 2006. p. 34.

²³⁸ *Ibidem*. p. 34-35.

²³⁹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 513.

Democrático de Direito. Neste sentido, “ o comando do art. 5º, inc. XLVII, b, da Constituição, que veda a perpetuidade da pena, inexoravelmente alcança as medidas de segurança”²⁴⁰.

Neste sentido, sendo a medida de segurança caracterizada como uma pena em sentido *lato deve* também a medida de segurança ter um prazo máximo de trinta anos de duração. Assim, é necessário estender as medidas de segurança, os mesmos direitos e princípios que são aplicadas as penas.

Ao comentar sobre a duração *ad eternum* das medidas de segurança previstas no ordenamento jurídico italiano, Ferrajoli²⁴¹ assevera que

isto é que é o mais grave: não há predeterminação legal, nem determinação em via definitiva pelo provimento de aplicação, tampouco a duração das medidas de segurança. Esta indeterminação da duração, e a ausência de quaisquer garantias de certeza acerca do momento da cessação, representa, seguramente, o aspecto mais vexatório das medidas de segurança pessoais.

Ainda continua este autor afirmando que

A indeterminação da duração se resolve muitas vezes em uma espécie de segregação perpétua para os internos nos hospitais psiquiátricos: prisões-hospitais ou hospitais-prisões, onde se consuma uma dupla violência institucional - cárcere mais manicômio – e onde jazem, esquecidos do mundo, aqueles sentenciados por enfermidade mental (art. 222, parágrafos 1.º e 2.º) e também os condenados a pena diferida (art. 222, parágrafo 3.º) e os imputados que aguardam julgamento depois da comissão do crime (art. 71 do Código de Processo Penal).

Assim, este “aspecto vexatório” que coloca o professor Ferrajoli, também pode ser verificado na legislação penal brasileira, que no artigo 97, § 1º, do Código Penal brasileiro coloca que as medidas de segurança tem seu prazo de duração indeterminado, levando as medidas ao patamar de “penas” de caráter perpétuo.

Levando em consideração a aplicação dos princípios da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade, da vedação das penas de caráter perpétuo, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, basilares do Estado Democrático de Direito, deve-se entender que o

²⁴⁰ *Idem.*

²⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 627-628.

prazo de duração das medidas de segurança para os inimputáveis não pode ser maior do que a pena abstrata cominada no Código Penal para o delito praticado e, para os semi-imputáveis, o prazo máximo deve ser o fixado na sentença.

Um fundamental destaque também merece o princípio da legalidade na questão da imposição de um limite máximo de duração das medidas de segurança. Nenhuma pena (em sentido amplo) pode ser imposta sem que haja previsão legal. Isso inclui a duração da pena, que deve ser conhecida anteriormente pelo sujeito e estar prevista em lei.

Assim, argumenta Levorin²⁴², que

O princípio da legalidade incide na medida de segurança para garantir a limitação da intervenção do Estado na liberdade individual do cidadão, garantindo ademais o Estado Democrático de Direito, a tipicidade, a perigosidade, a intervenção mínima, a proporcionalidade, a taxatividade, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a reserva legal, a anterioridade da lei penal, a irretroatividade da *lex gravior*, a prescrição etc. O princípio da legalidade, os seus corolários e os princípios decorrentes do modelo garantista levam inexoravelmente à conclusão de que a medida de segurança não pode ser indeterminada. A indeterminação fulmina qualquer possibilidade de existência do Direito Penal da liberdade e de garantias a direitos fundamentais.

André Copetti²⁴³ ainda entende como uma violação ao princípio da legalidade as normas que possibilitam a aplicação das medidas de segurança. Para ele, as medidas de segurança consistem em privações de liberdade em conjunto com a sujeição a tratamentos médicos forçados, sendo também consequências jurídicas do delito.

Afirma este autor que se aos imputáveis – que são capazes e entender a realidade e de discernir-se com este entendimento - se deve a aplicação do princípio da legalidade, se deveria muita mais a aplicação aos inimputáveis, com base no princípio da igualdade material.

Assim, levando em consideração os aspectos qualitativos, Copetti avalia que os inimputáveis ficam sujeitos a aplicação de qualquer técnica pelos médicos psiquiatras responsáveis, sem nenhum limite legal as técnicas que são impostas.

²⁴² LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da legalidade na medida de segurança**: determinação do limite máximo de duração da internação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 202.

²⁴³ COPETTI, André. **Direito Penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 184.

Já do ponto de vista quantitativo, Copetti avalia que a indeterminação da duração das medidas de segurança é totalmente inadmissível, vez que elas não podem ter a duração maior do que a pena que seria aplicada se o inimputável tivesse cometido um delito. Ainda considera que, do ponto de vista do o prazo de duração, quem responde totalmente por este, são os médicos psiquiatras, vez que um juiz raramente irá desmerecer um parecer médico para libertar um inimputável, vez que ele não tem co conhecimento técnico para isso.

Já Ferrari assevera que

Diante do princípio da legalidade, não pode o Estado interferir indefinidamente no sagrado direito da liberdade do cidadão, devendo haver um limite máximo temporal pré-definido. Ao nosso ver, inconstitucional configura-se a ausência de limites máximos de duração às medidas de segurança criminais, afrontando a certeza jurídica e o Estado de Direito, em plena violação ao art. 5º, inc. XLVII, letra b, combinado com a cláusula pétrea enunciada no art. 60, § 4º da Carta Magna. Para a imposição da medida de segurança criminal – presente num verdadeiro Estado Democrático de Direito –, categoria deve ser a absoluta obediência ao princípio da legalidade, adotando-se tanto sua vertente formal como material, cabendo-nos analisar, a seguir, a aplicação da lei penal no tempo e sua incidência nas medidas de segurança criminais²⁴⁴.

Assim, “o princípio da legalidade constitui a garantia mais valiosa dentro do Estado Social e Democrático de Direito. Os governos totalitários encontrariam suas mais fortes críticas na falta de submissão a este princípio”²⁴⁵.

Ainda continua este autor, afirmando que a existência de um limite máximo a duração das medidas de segurança se encontra não somente neste princípio, como em outros a ele vinculados, como a proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, pois a indeterminação da duração das medidas de segurança, é incompatível com a existência do Direito Penal, Estado Democrático de Direito e Direitos Fundamentais, sendo que a indeterminação se coaduna com um regime de exceção²⁴⁶.

²⁴⁴ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 95-96.

²⁴⁵ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um sistema Penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 131.

²⁴⁶ LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da legalidade na medida de segurança**: determinação do limite máximo de duração da internação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 9-10.

Para ele, ainda é possível verificar que o Judiciário não tem legitimidade para estabelecer o fim da medida de segurança, sendo ainda que na maioria dos casos não é nem o julgador que estabelece esse lapso, mas o psiquiatra perito através do exame médico-legal (artigo 97, §1.º do Código Penal). Somente a lei tem a faculdade de estabelecer o limite máximo de duração das medidas de segurança²⁴⁷.

Neste sentido, o exame médico-legal não poderia estabelecer o fim da medida de segurança, uma vez que os critérios para o encerramento da medida estariam estabelecidos pelo médico perito e pelas regras da medicina, quando o correto é que esses limites estejam previstos anteriormente em lei.

Descreve Foucault acerca dos exames médico-legais

Temos pois, no total, um sistema em partida dupla, médico e judiciário, que se instaurou a partir do século XIX e do qual o exame, com seu curiosíssimo discurso, constitui peça de certo modo central, a pequena cavilha, infinitamente fraca e infinitamente sólida, que mantém de pé o conjunto. E é aqui que vou chegar ao objeto do curso deste ano. Parece-me que o exame médico-legal tal como o vemos funcionar agora, é um exemplo particularmente notável da irrupção ou, mais verossimilmente, da insidiosa invasão da instituição judiciária e da instituição médica, exatamente na fronteira entre as duas, por certo mecanismo que, justamente, não é médico e não é judiciário. Se falei tão detidamente do exame médico-legal, foi para mostrar, de um lado, que ele fazia a junção, que ele cumpria a função de costura entre Judiciário e o médico. Mas tentei o tempo todo mostrar a vocês como ele era estranho, tanto em relação à instituição judiciária como em relação à normatividade interna do saber médico; e não apenas estranho, mas ridículo. O exame médico viola a lei desde o início; o exame psiquiátrico em matéria penal ridiculariza o saber médico e psiquiátrico desde sua primeira palavra. Ele não é homogêneo nem ao direito e nem a medicina²⁴⁸.

Ora, os exames médico-legais apresentam falhas e se mostram muitas vezes confusos e inconclusivos. Em um Estado Democrático de Direito é inconcebível subordinar o fim de uma sanção penal (medida de segurança) a aprovação do agente a um exame médico-legal.

²⁴⁷ *Ibidem.* p. 17.

²⁴⁸ FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 35.

Assim, os defensores destes argumentos, em síntese colocam que as normas de aplicação das medidas de segurança inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, que disciplinam que a duração das medidas de segurança é por prazo indeterminado, não foram recepcionadas pela Constituição, pois ferem o princípio da legalidade expresso no texto da Carta Magna, bem como os demais princípios limitadores do *jus puniendi* basilares do Estado Democrático de Direito. Estes autores colocam a necessidade de se estabelecer um prazo máximo de duração para as medidas de segurança.

4.2 FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS EM DEFESA DA DURAÇÃO INDETERMINADA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Também existem aqueles que defendem que as medidas de segurança devem ter sua duração indeterminada. Neste sentido, leciona Mason²⁴⁹ que a opção legislativa foi que as medidas de segurança não devem ter um tempo de duração pré-determinado, vez que se destinam a proteger o responsável por uma infração penal, e também recuperá-lo da doença que padece.

Silva e Gomes Júnior²⁵⁰ são favoráveis a duração indeterminada das medidas de segurança vez que afirmam que as medidas de segurança não se tratam de penas, mas de medidas de tratamento terapêutico. Assim, para estes autores, cessada a periculosidade, o interno deve ser colocado em liberdade e

não sendo possível a cessação da periculosidade, faz-se imprescindível a aplicabilidade da medida de segurança por prazo indeterminado, como forma de manter a ordem, a segurança, e, sobretudo, a possibilidade de por intermédio do tratamento ambulatorial e curativo, promover a ressocialização dos internados²⁵¹.

²⁴⁹ MASSON, Cleber. **Direito penal:** parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009. p. 816.

²⁵⁰ SILVA, Aurélia Carla Quiroga; GOMES JUNIOR, Francisco de Assis Cabral. **A cessação da periculosidade e a aplicabilidade da medida de segurança por prazo indeterminado sob as óticas constitucional e penal**. Revista Direito e Liberdade. n. 1, v. 10, 2009. 59-70. Natal: ESMARN, jan/jun, 2009. p. 69.

²⁵¹ *Idem*.

Verifica-se que tanto o argumento da “opção legislativa”, como o argumento da “manutenção da ordem”, devem ser totalmente rechaçados uma vez que a opção legislativa não pode ir de encontro aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal e, a teoria de uma suposta “manutenção da ordem” e da segregação social contraria os postulados garantistas basilares do Estado Democrático de Direito.

Ferrari elenca os argumentos mais utilizados pelos defensores da indeterminação das medidas de segurança, sendo os dois mais importantes os seguintes:

- a) o primeiro parte da premissa de que os enfermos mentais são diferentes dos condenados imputáveis e, por isso, devem ser tratados de modo diferente, configurando-se a indeterminação dos prazos máximos de duração das medidas de segurança e a obrigatoriedade dos prazos mínimos como elementos essenciais de distinções; b) o segundo argumento conduz a ideia de que a ausência de limites máximos quanto aos prazos de duração das medidas de segurança e a obrigatoriedade de mínimos funda-se no fato de que o enfermo mental é pessoa perigosa para a sociedade e, como tal, possui grande probabilidade de reiterar o ilícito-típico praticado, a justificar a presença dos limites mínimos bem como a ausência dos limites máximos às medidas de segurança, constituindo suficiente a hipotética e abstrata cessação da periculosidade.²⁵²

Neste sentido, Ferrari refuta o primeiro argumento, afirmando que ele é preconceituoso e discriminatório e não guarda nenhuma fundamentação jurídica, afrontando a Constituição Federal²⁵³.

Com relação ao segundo argumento, este mesmo autor o critica com o fundamento de que não existe comprovação da relação entre periculosidade e reiteração delituosa, sendo que esta é uma mera presunção, sem nenhum cunho científico.

E, a fim de refutar completamente o segundo argumento, Ferrari menciona que a reiteração delituosa pode também ocorrer com os imputáveis; assim, os que defendem este argumento, teriam que defender também a duração indeterminada das penas para os imputáveis,

²⁵² FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 181.

²⁵³ *Idem*.

uma vez que soltos eles poderiam voltar a cometer crimes, o que também estaria em total arrepio da Lei Maior e da legislação ordinária ²⁵⁴.

O primeiro argumento que professor Ferrari elucida, mais uma vez se mostra em desacordo com os direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Não podem as medidas de segurança serem fundamentadas na discriminação e em pré-conceitos, totalmente ao arrepio do princípio da isonomia e com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Heggin ²⁵⁵ coloca que até mesmo por argumentos lógicos, pode-se concluir que o internado não pode ser tratado de forma diferente do apenado. Este mesmo autor verifica que por trás das medidas de ressocialização dos enfermos, se escondem argumentos das políticas de defesa social.

Já o segundo argumento apontado por Ferrari, também baseado em pré-conceitos e em meras suposições, fere o princípio da vedação das penas de caráter perpétuo, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da isonomia, ao fundamentar que todos os doentes mentais são pessoas perigosas e, que por este fato, devem ser desprovidas do convívio social.

Assim, verifica-se que os argumentos favoráveis à indeterminação das medidas de segurança são frágeis e todos afrontam os princípios limitadores do *jus puniendi* estabelecidos na Constituição Federal.

4.3 ANÁLISE CRÍTICA E SITUAÇÃO DO TEMA NO BRASIL: DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Doutrina e jurisprudência já vem há vários anos seguindo o entendimento no sentido de se estabelecer um prazo máximo de duração para as medidas de segurança. No ano de 1998, Sérgio Mazina Martins já asseverava que

²⁵⁴ *Ibidem.* p. 182.

²⁵⁵ HEGGLIN, Maria Florencia. **Medida de seguridad o pena por tiempo indeterminado?** Revista Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. n. 3, v. 2, Buenos Aires, 1996. p. 379.

há nítida tendência na doutrina com oportunos reflexos também na jurisprudência, de se submeter as medidas de segurança aos princípios constitucionais do Direito Penal, do que decorrem importantes consequências, notadamente no que se refere à vedação de sua perpetuidade, havendo mesmo quem sustente que se trata de condenação em sentido amplo²⁵⁶.

Salo de Carvalho coloca que atualmente “parece estar consolidada na doutrina e na jurisprudência a restrição das medidas de segurança conforme determinação do art. 75 do Código Penal, ou seja, impossibilitando que ultrapasse o limite temporal de 30 (trinta) anos”²⁵⁷.

A jurisprudência já avançou muito no sentido de impor um limite máximo a duração das medidas de segurança. Em consulta realizada a acórdãos dos tribunais superiores é possível verificar um número expressivo de julgados a favor da limitação do prazo de duração das medidas de segurança.

Vejam-se alguns julgados favoráveis a limitação da duração das medidas de segurança prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça. O primeiro acórdão do Superior Tribunal de Justiça coloca como limite para a duração da medida de segurança o máximo da pena do tipo penal abstratamente.

STJ - AgRg no HC 160734 / SP – Julgamento - 01/10/2013²⁵⁸

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO MÁXIMO DE INTERNAÇÃO. TRINTA ANOS. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ARTIGO 75 DO CÓDIGO PENAL. ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. **Em atenção aos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, aplica-se, por analogia, o art. 75 do Diploma Repressor às medidas de segurança, estabelecendo-se como limite para sua duração o máximo da pena abstratamente**

²⁵⁶ MARTINS, Sérgio Mazina. **Jurisprudência organizada e comentada: execução penal**, parte II. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 5, n. 20, p. 417-499, out./dez. 1997. p. 364.

²⁵⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 513.

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no **AgRg no HC 160734 / SP**. Relator: MUSSI, Jorge. Publicado no DJ de 08-10-2013 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000157535&dt_publicacao=08/10/2013. Acesso em 12-12-2015.

cominada ao delito praticado, não se podendo conferir tratamento mais severo e desigual ao inimputável, uma vez que ao imputável, a legislação estabelece expressamente o respectivo limite de atuação do Estado. (grifos nossos).

2. Agravo regimental improvido.

Já este segundo acórdão do Superior Tribunal de Justiça marca a impossibilidade da medida de segurança, quando convertida da pena durante a execução penal, ter o prazo de duração maior do que o fixado na sentença que impôs a pena.

STJ - HC 249790 / MG – Julgamento - 25/09/2012²⁵⁹

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO CRIMINAL. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA. CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

3. Se no curso da execução da pena privativa de liberdade sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental do condenado, o Juiz das Execuções poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança, a teor do disposto no art. 183, da Lei de Execuções Penais. A duração dessa medida substitutiva não pode ser superior ao tempo restante para cumprimento da pena, sob pena de ofensa à coisa julgada. Precedentes do STJ. (grifos nossos).

4. Assim, ao término do referido prazo, se o sentenciado, por suas condições mentais, não puder ser restituído ao convívio social, o Juízo das Execuções Penais o colocará à disposição do Juízo cível competente para serem determinadas as medidas de

²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no **HC 249790 / MG**. Relator: VAZ, Laurita. Publicado no DJ de 02-10-2012 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201568350&dt_publicacao=02/10/2012. Acesso em 12-12-2015.

proteção adequado à sua enfermidade (art. 682, § 2.º, do Código de Processo Penal). (grifos nossos).

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para restringir a duração da medida de segurança ao tempo que faltar para o cumprimento da pena imposta, recomendando-se, outrossim, ao Juízo da Execução Criminal de São Paulo, a providência prevista no art. 682, § 2.º, do Código de Processo Penal. (grifos nossos).

No mesmo sentido, veja-se um julgado favorável à limitação da duração das medidas de segurança prolatado pelo Supremo Tribunal Federal:

STF – RHC 100383 / AP – Julgamento - 18/10/2011²⁶⁰

Ementa: PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MEDIDA DE SEGURANÇA. CUMPRIMENTO DA MEDIDA EM PRAZO SUPERIOR AO DA PENA MÁXIMA COMINADA AO DELITO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INÍCIO DO CUMPRIMENTO. MARCO INTERRUPTIVO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. CONTINUIDADE. PRAZO MÁXIMO DA MEDIDA. 30 (TRINTA) ANOS. PRECEDENTES DO STF. DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA. ART. 5º DA LEI 10.216/2001. APLICABILIDADE. ALTA PROGRESSIVA DA MEDIDA DESEGURANÇA. PRAZO DE 6 (SEIS) MESES. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. A prescrição da medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o marco interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos, conforme a jurisprudência pacificada do STF. Precedentes: HC 107.432/RS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 24/5/2011; HC 97.621/RS, Relator Min. Cezar Peluso, Julgamento em 2/6/2009. (...) (grifos nossos)

Mesmo assim, apesar da necessidade de uma limitação ao prazo de duração das medidas de segurança já ter um entendimento consolidado nos tribunais superiores, é possível encontrar julgados recentes afirmando que a duração das medidas de segurança deve ter prazo

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no **RHC 100383 / AP**. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 04-14-2011 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629266>. Acessado em 12-12-2015.

indeterminado. Veja-se o julgado abaixo do Superior Tribunal de Justiça, datado do ano de 2012, desfavorável à limitação da duração das medidas de segurança:

STJ - HC 233474 / MT – Julgamento - 19/04/2012²⁶¹

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. PACIENTE INIMPUTÁVEL. SUBMETIDO À MEDIDA DE SEGURANÇA. EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DE PERÍCIA MÉDICA REQUESTADA PELO JUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A medida de segurança é aplicável ao inimputável e tem prazo indeterminado, perdurando enquanto não averiguada a cessação da periculosidade. A verificação de cessação da periculosidade do paciente depende, necessariamente, da realização de perícia médica. **Somente com base nesse parecer médico poderá o magistrado decidir acerca da liberação do internado. Essa é a previsão contida nos arts. 97, § 1º, do Código Penal e 175, II, da Lei de Execução Penal.** (grifos nossos).
2. Já aguarda o paciente há mais de um ano a conclusão do laudo médico, o que evidencia excesso de prazo para a finalização do ato e o constrangimento a que está submetido o internado.
3. Ordem concedida parcialmente, para determinar a imediata realização dos atos necessários à conclusão do laudo médico, a fim de verificar se cessou a periculosidade do paciente.

Assim, verifica-se que a posição do Superior Tribunal de Justiça – ao limitar o prazo máximo de duração das medidas de segurança ao máximo em abstrato cominado para o ilícito típico - se mostra mais alinhada ao sistema jusfundamental de garantias penais, vez que possibilita uma razoabilidade entre a conduta praticada pelo agente e o prazo de duração da sanção penal imposta.

Porém, tendo no Supremo Tribunal Federal uma posição que ainda contraria aos direitos e garantias fundamentais, ao serem encontrados alguns julgados que não aceitam que o prazo máximo de duração das medidas de segurança é o prazo do crime em abstrato, é possível perceber que ainda há muito a ser discutido e estudado sobre o tema, a fim de consolidar no Supremo Tribunal Federal – a mais alta corte deste país, que tem como competência a guarda da Constituição Federal (artigo 102, inciso III, aliena “a”) e dos direitos fundamentais nela

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no **HC 233474 / MT**. Relator: REIS JUNIOR, Sebastião. Publicado no DJ de 10-05-2012 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200297805&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em 15-12-2015.

elencados, tenha um entendimento tão limitado como o que foi citado – uma posição que se compatibilize com as garantias jusfundamentais penais inseridas na Constituição.

Neste sentido, mais uma vez é possível verificar que a resposta para a aceitação unânime da limitação do prazo máximo das medidas de segurança se encontra nos princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade, da intervenção mínima e da isonomia, sendo estes basilares do Estado Democrático de Direito brasileiro e explicitamente citados no texto constitucional²⁶².

Já a doutrina nacional é amplamente favorável a imposição de um limite máximo na duração das medidas de segurança. Neste sentido, Ferrari destaca duas correntes:

A primeira estabelece que os limites mínimos e máximos das medidas de segurança devem respeitar os limites (mínimos e máximos) da pena correspondente ao ilícito-típico praticado. A segunda corrente enuncia que tais limites não devem respeitar os marcos correspondentes aos das penas do modelo legal existente, mas obedecer aos termos aleatórios impostos pelo legislador a todos os tipos, não havendo uma relação direta entre o prazo máximo e o modelo típico-legal, consistindo a baliza num *quantum* qualquer eleito pelo legislador²⁶³.

A segunda corrente leva em consideração apenas o limite máximo estabelecido no artigo 75 do Código penal, que é de 30 (trinta) anos. Neste trabalho, opera-se pela conjugação das duas correntes.

Assim, seguindo a posição do jurista Eduardo Reale Ferrari, “nos inimputáveis os limites máximos quanto aos prazos de duração das medidas de segurança criminais deverão ser correspondentes aos marcos máximos das penas abstratamente cominadas aos ilícitos-típicos realizados pelos imputáveis”²⁶⁴.

E, ainda, complementando a posição do citado autor, coloca-se que o prazo máximo da medida de segurança não pode ultrapassar ao limite máximo da pena em abstrato para o tipo penal e, ainda, o tempo total de internação não pode em nenhuma hipótese exceder aos 30 (trinta)

²⁶² CARVALHO, Amilton Bueno *et al.* **Garantismo aplicado á execução penal**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007. p. 201.

²⁶³ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001. p. 183.

²⁶⁴ *Ibidem.* p. 189.

anos em obediência ao princípio da vedação das penas de caráter perpétuo, instrumentalizado no artigo 75 do Código Penal brasileiro.

Neste sentido, será possível colocar em prática o que fundamenta Vanderson Roberto Vieira, que afirma que “caso o inimputável ou semi-imputável tenha cometido ilícitos cujas penas somadas sejam superiores a trinta anos, devemos também respeitar, por analogia *in bonam partem*, a norma do art. 75 do CP, fazendo a unificação do tempo em trinta anos”²⁶⁵.

Assim, estariam garantidos aos indivíduos sujeitos as medidas de segurança as mesmas garantias e direitos que são dadas aos imputáveis no Estado Democrático de Direito, por meio da aplicação dos princípios da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade, da vedação das penas de caráter perpétuo, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, que hoje, infelizmente, não são estendidas aos inimputáveis e semi-imputáveis que cumprem medidas de segurança.

E ao analisar o contexto geral das medidas de segurança, é possível verificar que não é somente com relação ao prazo máximo de duração das medidas de segurança, que ocorre afronta aos princípios do Estado Democrático de Direito e principalmente a dignidade da pessoa humana. De modo geral, a situação do doente mental no Brasil também vai de encontro a todos estes princípios.

No ano de 2013, a Organização das Nações Unidas (ONU) já relatou suas impressões sobre os hospitais de custódia existentes no Brasil e concluiu que são comuns as práticas de maus tratos e de tortura aos internos e que, em uma das instituições visitadas, “o objetivo da instituição era punitivo e não terapêutico”²⁶⁶.

Como descreve Mattos “inúmeros são os casos de portadores de sofrimento mental em contato com o direito penal que aguardam, há anos, o laudo de cessação de periculosidade”. Continua, afirmando que “e o mais perverso: outros, incontáveis, mesmo com o laudo positivo

²⁶⁵ VIEIRA, Vanderson Roberto. Medidas de segurança por tempo indeterminado (perpétuas): impossibilidade constitucional. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula. (coords.). *Estudos de direito público*. Campo Grande: Cepejus, 2009. p. 683.

²⁶⁶ SASSINE, Vinicius. **Tortura e abandono em hospitais de custódia pelo Brasil**: Relatório da ONU aponta potencial de maus-tratos em unidades para pessoas com transtornos mentais, inclusive no Rio. O Globo, Rio de Janeiro, 17/02/2013, p. 01. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/brasil/tortura-abandono-em-hospitais-de-custodia-pelo-brasil-7604872> >. Acesso em: 06 de janeiro de 2016.

para a cessação de periculosidade, aguardam pelo resto de suas vidas o único alvará de soltura possível a morte²⁶⁷. No entanto, já ocorreram alguns avanços.

O advento da Lei n.º 10.216/2001 (a chamada lei Antimanicomial ou Lei da Reforma Psiquiátrica), por exemplo, trouxe inúmeras melhoras na tentativa de se buscar uma melhor qualidade e dignidade no cumprimento das medidas de segurança no Brasil.

Esta lei tem como “diretriz a reformulação do modelo de atenção á saúde mental, transferindo o foco do tratamento que se concentrava na instituição hospitalar para uma rede de atenção psicossocial, estruturada em unidades de serviços comunitários e abertos”²⁶⁸.

Conforme exposto no texto de Oliveira *et al*²⁶⁹ o Movimento da Reforma Psiquiátrica no país floresceu junto à um fortalecimento do Movimento pela Reforma Sanitária, que resultou na proposta do Sistema Único de Saúde. Esta nova política é historicamente produto do desencanto da população com o milagre econômico, que revigorou as forças opositoras ao sistema de saúde vigente, excludente, que assistia os contribuintes da Previdência Social, enquanto marginalizava o “resto” da população.

Ainda para estes autores, foi no berço destas discussões que se articulou, a princípio pelo MTSM (Movimento dos Trabalhadores de Saúde Mental), o Movimento pela Reforma Psiquiátrica, ao qual posteriormente congregaram-se também usuários e familiares. O Movimento traz consigo alguns princípios que permeiam a Reforma Sanitária, em especial a universalidade, integralidade, descentralização e participação popular.

Este Movimento implica não somente na mudança das práticas técnico-administrativas relacionadas ao doente mental, mas também na relação deste com a sociedade. Busca-se uma desinstitucionalização do paciente psiquiátrico a partir do reconhecimento de que as práticas clássicas são essencialmente institucionalizantes, baseadas no processo doença - tratamento médico - cura.

²⁶⁷ MATTOS, Virgílio de. **Crime e psiquiatria**: uma saída. Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 92-93.

²⁶⁸ SILVA, Haroldo Caetano da (Coord.). Implementação da reforma psiquiátrica na execução das medidas de segurança: informações gerais. 2. ed. Goiânia: MP/GO, 2009. p. 15.

²⁶⁹ OLIVEIRA, Márcia Aparecida Ferreira de Oliveira; SILVA, Ana Tereza de M. C. da; BARROS, Sônia. Políticas de saúde e de saúde mental no Brasil: a exclusão/inclusão social como intenção e gesto. **Revista da escola de enfermagem da USP**. vol.36, nº.1, São Paulo, Mar. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62342002000100002. Acesso em: 08/01/2016.

Além desta reformulação do saber e do fazer que norteiam a assistência psiquiátrica, afirmam os citados autores que, é necessário que seja superada esta Psiquiatria enquanto disciplina que se pratica para gerar lucros, para que a mesma possa ser entendida como uma atividade política, potencialmente transformadora, capaz de enfraquecer a assistência paternalista que permeia as políticas na área de Saúde Mental.

Sobre a resignificação da loucura e aos lugares socialmente ocupados por ela, Oliveira *et al* trazem uma pertinente reflexão:

Para tanto, a psiquiatria democrática e o movimento pela reforma psiquiátrica no Brasil, advogam um processo de trabalho no qual as práticas psiquiátricas superem a correlação simbólica do modelo clássico que produz a loucura como doença mental; leva à demanda apenas de assistência médica; determina a relação entre loucura e sociedade artificialmente produzida em qualidades morais, periculosidade e marginalidade que requer a medicalização, punição e a exclusão social, por meio do confinamento num lugar marginal, numa ótica classificada pelo saber médico²⁷⁰.

Assim, a Lei da Reforma Psiquiátrica busca estabelecer mecanismos para que o doente mental realmente fosse visto como um doente que necessita de cuidado e tratamento multidisciplinar, e não como um sujeito excluído de direitos que deve ficar recluso em asilos e manicômios. O MTSM (Movimento dos Trabalhadores de Saúde Mental) foi o principal responsável por colocar em prática os dispositivos da lei nas atividades que envolvem o doente mental.

Também existem programas que visam colocar em prática as ações previstas na lei Antimanicomial. O Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário (PAI-PJ) no Estado de Minas Gerais e o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (Paili) no Estado de Goiás são exemplos disso.

No entanto, na prática, “o PAI-PJ e o Paili acompanham com regularidade a aplicação de medidas de segurança, estipuladas pela Justiça para acusados diagnosticados com transtornos

²⁷⁰ OLIVEIRA, Márcia Aparecida Ferreira de Oliveira; SILVA, Ana Tereza de M. C. da; BARROS, Sônia. Políticas de saúde e de saúde mental no Brasil: a exclusão/inclusão social como intenção e gesto. **Revista da escola de enfermagem da USP**. vol.36, nº.1, São Paulo, Mar. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62342002000100002. Acesso em: 08/01/2016.

mentais”²⁷¹. E ainda, “os loucos infratores são inseridos em serviços públicos de saúde, como Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e clínicas psiquiátricas. O objetivo é o de internação e prisão mínimas”²⁷².

Cintra Junior chama à atenção para questão cultural com relação à efetividade da lei Antimanicomial. Para ele, “a aplicação efetiva da lei exige uma mudança de mentalidade. É preciso empenhar esforços no sentido de demonstrar as vantagens de um maior contato do doente mental com a sociedade”²⁷³. Afirmar ainda que “é preciso superar preconceitos de uma população que se acostumou a pensar no doente mental como uma estranha simbiose de um ser perigoso e incapaz”²⁷⁴.

Salo de Carvalho²⁷⁵ também comenta que a lei da Reforma Psiquiátrica abriu caminhos para se questionar a inadequação do conceito de periculosidade, como base das medidas de segurança, o que já era bastante criticado pelo Direito penal e pela criminologia crítica.

Ainda afirma este autor que “o caráter punitivo das medidas de segurança é uma das principais denúncias realizadas pela criminologia crítica e pela crítica do direito penal a partir da década de 70 do século passado”²⁷⁶.

Segundo este autor, as críticas são no sentido de que as instituições destinadas ao cumprimento das medidas de segurança não são capazes de reduzir a periculosidade dos indivíduos a ela submetidos e, além disso, mostram que essas instituições visualizam a medida de segurança com um fim punitivo e não terapêutico²⁷⁷.

Assim, é evidente que a lei Antimanicomial trouxe inúmeros avanços, além de proporcionar um debate maior sobre o tema da doença mental e medidas de segurança na sociedade.

²⁷¹ SASSINE, Vinicius. **Loucura atrás das grades: até programas-modelo falham no atendimento**. Em Minas e em Goiás, projetos não acabam com filas de espera por tratamento psiquiátrico nem com a prisão de doentes mentais. O Globo, Rio de Janeiro, 19/02/2013, p. 01. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/loucura-atras-das-grades-ate-programas-modelo-falham-no-atendimento-7625566#ixzz3wUNrFcbJ>>. Acesso em: 06 de janeiro de 2016.

²⁷² *Idem*.

²⁷³ CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Direitos Humanos e saúde mental. In: SUANNES, Adauto *et al.* **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: RT, 2003. p. 158.

²⁷⁴ *Idem*.

²⁷⁵ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 523.

²⁷⁶ *Ibidem*. p. 508.

²⁷⁷ *Ibidem*. p. 509.

Com isso, surgiram questionamentos sobre as condições de aplicação das medidas de segurança e até mesmo debates sobre a necessidade de imposição de uma medida de segurança. É dado um enfoque maior sobre o porquê da latente diferenciação de tratamento entre o recluso e o sujeito que cumpre medida de segurança.

Com as discussões, é propagada a visão garantista de que penas e medidas de segurança devem ter os mesmos critérios de aplicação – o que afeta o prazo máximo de duração das medidas de segurança – e devem ser estendidos às medidas de segurança os mesmos direitos e garantias que são inerentes às penas.

Assim, aos indivíduos sujeitos às medidas de segurança devem ser aplicados todos os direitos previstos no artigo 41 da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/1984), bem como aqueles que são específicos à sua condição, como por exemplo, os descritos no artigo 2º da Lei n.º 10.216/2001 (Lei Antimanicomial), assegurando a dignidade da pessoa humana dos internados.

Neste sentido, para Carvalho e outros²⁷⁸, “personalidade e conduta social, desde uma ótica garantista, não podem ser valoradas para agravar situação de cidadão-réu”. Ainda para estes autores, “a minimização da violência fica traduzida na mitigação da dupla violência punitiva- a dos delitos e a das penas arbitrárias: nessa linha, tenho por razoável que o total da pena estabelecida em cada caso concreto seja o limite máximo à imposição de medidas de segurança”²⁷⁹.

Importante ainda mencionar o questionamento de Mattos²⁸⁰ que coloca

Insista-se: por que as garantias processuais penais consagradas desde o século XVIII para todos os cidadãos parecem não valer apenas quando estamos diante de alguém portador de sofrimento ou transtorno mental que comete algum ato que a sociedade rotulou como crime? Não pode haver justiça – em minúsculas que seja – sem que sejam respeitados os limites de mínimo e máximo para a fixação de qualquer medida. Vise ela a “segurança” – do agente e da coletividade – , seja ela punição e vendeta do Estado, conforme acreditamos.

²⁷⁸ CARVALHO, Amilton Bueno *et al.* **Garantismo aplicado à execução penal**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007. p. 203.

²⁷⁹ *Idem.*

²⁸⁰ MATTOS, Virgílio de. **Crime e psiquiatria: uma saída**. Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 105.

Este autor inclusive chega a propor a extinção das medidas de segurança na legislação brasileira, “propondo uma responsabilização que possa levar o portador de sofrimento ou transtorno mental que comete crime ao julgamento de seus atos, significando que deverão ser garantidos todos os direitos previstos nas normas penais e processuais penais”²⁸¹. Assim, “excluí-los da inclusão se lhes quiser dar algum direito e garantir o mínimo – eis o que concluímos”²⁸².

Assim, no entendimento dele as medidas de segurança deveriam ser extintas a fim de garantir aos inimputáveis os mesmos direitos penais e processuais penais dados aos imputáveis. No entanto, esta medida se mostraria ineficaz na prática, sem que fosse adotada uma alternativa sobre o que fazer com relação aos portadores de transtornos mentais.

Tratando ainda da lei Antimanicomial, verifica-se que esta lei é responsável por inaugurar diversos paradoxos ao trazer mecanismos e direitos inovadores de participação do doente mental e da comunidade em sua recuperação, em um sistema normativo que a impera a ausência de responsabilidade penal do indivíduo sujeito a medida de segurança.

Um destes mecanismos inovadores, que apesar de não estar descrito no texto da lei Antimanicomial, mas adveio a partir das mudanças que foram por ela propostas, é a chamada desinternação progressiva. Michele Cia mostra em *Medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal*, que a desinternação progressiva, que é a possibilidade da inserção progressiva do paciente em recuperação em outros ambientes (colônia provisória ou ambiente domiciliar) até que ele esteja recuperado e em condições de retornar a viver em sociedade²⁸³, faz com que as medidas de segurança possam alcançar os seus objetivos reais, e não ter meros fins retributivos, como vem acontecendo na prática²⁸⁴.

No entanto, esta autora ainda destaca que são necessários inúmeros investimentos nos hospitais e demais instituições em que são cumpridas as medidas de segurança no Brasil, vez que o que é aplicado no momento não é suficiente para contratação de funcionários suficientes para atender a demanda, bem como oferecer melhores condições materiais para as instituições²⁸⁵.

²⁸¹ *Ibidem*. p. 182

²⁸² *Ibidem*. p. 165.

²⁸³ *Ibidem*. p. 119-120.

²⁸⁴ *Ibidem*. p. 205-208.

²⁸⁵ CIA, Michele. **Medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal**. São Paulo: Unesp, 2011. p. 205-208.

Como coloca Borges, a Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/1984) nunca entrou efetivamente em vigor, sendo que partes da lei deixam de ser cumpridas, sob a alegação que na prática o cumprimento não é possível devido à falta de recursos e estrutura e também partes da lei são cumpridas de maneira inadequada. Isso com relação tanto aos reclusos como aos sujeitos que cumprem medidas de segurança. O descaso com a dignidade do paciente em cumprimento de medida de segurança – e também do recluso – é lastimável, ocorrendo inúmeras violações a dignidade da pessoa humana e favorecendo a deslegitimação do direito penal ²⁸⁶.

Assim, apesar de todos os avanços, ainda é nítida no Brasil a marginalização e exclusão que os doentes mentais sofrem na sociedade. É necessário um imediato reconhecimento deste grupo de excluídos sociais, bem como o reconhecimento deles como pessoas – sujeitos de direitos e deveres –, devendo ser realizado pelo governo investimentos e a implementação de políticas públicas (sociais, educacionais e de saúde) para atendê-los.

O efetivo reconhecimento do doente mental como pessoa, que é sujeito também de direitos – e não somente de deveres – e a extensão a eles da efetiva aplicação dos direitos e garantias fundamentais, é essencial dentro do Estado Democrático de Direito. O estabelecimento de um limite máximo de duração as medidas de segurança significa um importante avanço na efetivação dos direitos destes oprimidos.

Neste sentido, Ferrari²⁸⁷ chama a atenção para a necessidade de uma reforma urgente da legislação relacionada as medidas de segurança, no sentido de abranger também instrumentos como este da desinternação progressiva, e ainda da progressão da medida de segurança, que por enquanto – por não estarem positivados em lei – a sua utilização está ao arbítrio do juiz da vara execução.

Outra reforma necessária na legislação é a criação de um dispositivo legal que preveja a impossibilidade da duração indeterminada das medidas de segurança e a regulamentação de sua duração, delimitando um prazo máximo de duração das medidas.

O artigo 96, § 2.º, do anteprojeto de Código Penal que atualmente se encontra em tramitação no Senado Federal (Projeto de Lei do Senado n.º 236/2012) visa instituir que o prazo de duração nas medidas de segurança não pode ultrapassar ao prazo máximo da pena cominada

²⁸⁶ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal democrático**. Franca: Lemos e Cruz, 2005. p. 85-86.

²⁸⁷ FERRARI, Eduardo Reale. Medidas de segurança e sua progressão: desinternação progressiva. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método, 2001. p. 132-133.

em abstrato para o crime e ainda não pode superar o prazo de duração de 30 (trinta) anos. A aprovação deste dispositivo é fundamental para a proteção dos direitos dos inimputáveis e dos semi-imputáveis sujeitos as medidas de segurança.

Fazendo uma alusão ao Direito Comparado, na Espanha, por exemplo, é possível verificar que o Código Penal espanhol inovou ao trazer expressamente em seu texto no artigo 6º, que as medidas de segurança não podem ter um prazo de duração maior que a pena em abstrata aplicada para o fato típico praticado.

Já na Itália, verifica-se que o Código Penal italiano apresenta situação semelhante ao do Código Penal do Brasil, em que as medidas de segurança possuem prazo de duração indeterminado, “como expressamente prevê na primeira parte do art. 107 do CP italiano, em virtude destas medidas não poderem ser revogadas se as pessoas a ela submetidas não cessarem de ser socialmente perigosas”²⁸⁸.

Assim, enquanto não há limitação do prazo máximo de duração das medidas com base em um dispositivo legal próprio, a limitação deve ser imposta pelo magistrado, fundamentado pelos princípios limitadores do *jus puniendi*.

Se ao indivíduo inimputável for imposta uma medida de segurança, esta não deve ultrapassar o prazo máximo fixado para a pena em abstrato. Já, se ao indivíduo semi-imputável for imposta uma pena, e esta substituída por medida de segurança, a medida de segurança deverá ter como limite máximo a quantidade de pena que foi aplicada.

Ainda, se no cumprimento da execução penal sobrevier à aplicação da medida de segurança ao recluso, esta também não poderá ultrapassar ao prazo máximo da sentença condenatória, computando ainda o prazo cumprido no cárcere. E sempre, em ambos os casos, a restrição da liberdade não poderá ultrapassar o período de 30 (trinta) anos – artigo 75 do Código Penal²⁸⁹.

Com isso, depois de cumprida a medida de segurança com o prazo razoável e fixado em lei, o indivíduo saíra do julgo do Estado e a família do agente ou seus responsáveis poderão optar pelo melhor tratamento a ser adotado, a fim de possibilitar uma tentativa recuperação e tratamento ao inimputável.

²⁸⁸ LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da legalidade na medida de segurança**: determinação do limite máximo de duração da internação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 187-198.

²⁸⁹ *Ibidem*. p. 235 -236.

“Ao término do prazo da medida de segurança, se o internado, por suas condições mentais, não puder ser restituído ao convívio social, o juiz da execução o colocará a disposição do juízo cível para serem determinadas as medidas de proteção adequadas á sua enfermidade”²⁹⁰, como coloca Vieira. Seria o caso da utilização do instrumento da internação compulsória, prevista no artigo 6º da Lei nº 10.216, de 2001 (lei Antimanicomial).

Assim, a aplicação das medidas de segurança estaria alinhada com o texto da Constituição Federal, no sentido que afirma Ferrari, que a medida de segurança contextualizada em um Estado Democrático de Direito “exigirá a incidência de todos os princípios constitucionais”²⁹¹.

Com isso, também estariam sendo obedecidos os princípios da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade, da vedação das penas de caráter perpétuo, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Assim, afirma-se que o artigo 97, § 1º, do Código Penal brasileiro – que coloca que a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado –, não foi recepcionado pela Constituição, vez que o Estado não pode aplicar uma medida de segurança por prazo indeterminado, não podendo o indivíduo ficar com sua liberdade a mercê da vontade do Estado.

Desse modo, verifica-se que as teorias que fundamentam a duração indeterminada das medidas de segurança são fixadas em argumentos frágeis e não se coadunam com os princípios vigentes do Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Levorin “em decorrência do prazo indeterminado, não tem sanção mais severa do que esta em tempo de paz. É a mais dura sanção da liberdade de locomoção porque ela veda qualquer limitação da intervenção estatal”²⁹².

Já as teorias que visam fixar um prazo de duração máximo pré-determinado para as medidas de segurança, se mostram mais condizentes com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

²⁹⁰ VIEIRA, Vanderson Roberto. Medidas de segurança por tempo indeterminado (perpétuas): impossibilidade constitucional. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula. (coords.). *Estudos de direito público*. Campo Grande: Cepejus, 2009. p. 683-684.

²⁹¹ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 2001. p. 217.

²⁹² LEVORIN, Marco Polo. *Princípio da legalidade na medida de segurança*: determinação do limite máximo de duração da internação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 147.

Assim, com fundamento jusfilosófico na Teoria Geral Garantista de Ferrajoli, afirma-se que no Brasil, o prazo máximo de duração das medidas de segurança deve ser imposto previamente pelo magistrado, tendo em vista a não recepção do artigo 97, § 1º, do Código Penal brasileiro, pela Constituição Federal.

Com isso, tendo como base para a fixação de um prazo pré-determinado para as medidas de segurança os princípios constitucionais limitadores do *jus puniendi*, basilares do Estado Democrático de Direito, infere-se que, assim como a pena, o prazo máximo para o cumprimento da medida de segurança, não pode ser superior a 30 (trinta) anos, nos termos do artigo 75 do Código Penal brasileiro.

Ainda, ao indivíduo inimputável o prazo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o prazo máximo fixado para a pena do crime em abstrato. Ao semi-imputável quando for imposta uma pena e esta substituída por medida de segurança, a medida de segurança deverá ter o limite máximo da pena que foi aplicada. E, por fim, se no cumprimento da execução penal sobrevier à aplicação da medida de segurança ao recluso, esta também não poderá ultrapassar ao prazo máximo da sentença condenatória, computando ainda o prazo cumprido no cárcere.

CONCLUSÃO

O garantismo foi apresentado como sendo a teoria mais adequada no contexto do Estado Democrático de Direito, legitimando os direitos e garantias fundamentais, que são instrumentos capazes de estabelecer limites para a atuação do Estado e para o *jus puniendi*.

Foram delineadas as três acepções do termo garantismo, para traçar a Teoria Geral do Garantismo, que é caracterizada pela vinculação de todas as instituições e pessoas ao Estado de Direito; pela distinção entre justiça e validade e validade e vigência e; pela crítica da ilegitimidade das instituições vigentes e normas em desacordo com os direitos e garantias fundamentais. Assim, com base nos princípios da Teoria Geral Garantista de Ferrajoli, é possível conceber um modelo de Direito que consagre e legitime os direitos e garantias fundamentais.

Constatou-se que o Estado Democrático de Direito constitui algo muito além da junção do Estado Social e do Estado Liberal de Direito, formando um novo modelo de Estado fundando na pluralidade, na participação popular e nos direitos e garantias fundamentais.

No campo das medidas de segurança no contexto do Estado Democrático de Direito, verificou-se que tanto para as penas como para as medidas de segurança, devem ser aplicados os princípios da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade, da vedação das penas de caráter perpetuo, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, buscou-se uma conceituação das medidas de segurança e verificou-se que as medidas de segurança são aplicadas aos inimputáveis, que em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado serem ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento e, aos semi-imputáveis, que em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não são inteiramente capazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, estando previstas no Código Penal brasileiro.

Verificou-se também que no Código Penal brasileiro, a medida de segurança tem seu prazo máximo de duração indeterminado, devendo ser extinta somente quando cessada a periculosidade do agente (artigo 97, § 1º, do Código Penal).

Analisando os argumentos favoráveis a indeterminação das medidas de segurança, constatou-se que os mesmos são frágeis e todos afrontam os princípios limitadores do *jus puniendi* estabelecidos na Constituição Federal.

Com relação aos argumentos favoráveis a determinação de um prazo máximo de duração para as medidas de segurança, verificou-se que em face dos princípios limitadores do *jus puniendi*, inerentes ao Estado Democrático de Direito, não é possível que as medidas de segurança tenham seu prazo de duração *ad eternum*, devendo existir um limite máximo prévio para o cumprimento da medida.

Assim, foi possível afirmar que o artigo 97, § 1º do Código Penal - que coloca as medidas de segurança terão prazo de duração indeterminado - não foi recepcionado pela Constituição Federal, vez que o Estado não pode impor uma medida de segurança sem que esta tenha um prazo máximo de duração pré-determinando, em obediência aos princípios constitucionais limitadores do *jus puniendi*, basilares do Estado Democrático de Direito.

Constatou-se ainda que o garantismo se mostra como sendo a teoria jusfilosófica mais adequada no contexto do Estado Democrático de Direito, capaz de legitimar a aplicação dos direitos e garantias fundamentais, em busca da fixação de um limite máximo de duração para as medidas de segurança. A Teoria Geral Garantista e Estado Constitucional de Direito tem como base o mesmo fundamento de legitimador, que é a identificação do indivíduo enquanto pessoa humana, e a necessidade do Estado e do Direito estabelecerem instrumentos para a tutela dos direitos inerentes aos seres humanos (direitos e garantias fundamentais).

Neste contexto, acerca da aplicação das medidas de segurança, será considerada uma visão garantista, quando a aplicação respeitar às garantias e direitos fundamentais, adequando-se, no que for necessário, à situação específica do agente inimputável ou semi-imputável, e impondo um prazo de duração máximo pré-determinado para as medidas de segurança.

A doutrina brasileira é quase unânime no sentido de reconhecer a necessidade de um prazo máximo de duração para as medidas de segurança. A doutrina coloca que as normas de aplicação das medidas de segurança inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, que disciplinam que a duração das medidas de segurança é por prazo indeterminado, não foram recepcionadas pela Constituição, pois ferem o princípio da legalidade expreso no texto da Carta Magna, bem como os demais princípios limitadores do *jus puniendi* basilares do Estado Democrático de

Direito. Alguns autores chegam a colocar a necessidade da positivação de um prazo máximo de duração para as medidas de segurança.

No campo jurisprudencial verifica-se que o entendimento que mais se coaduna com as garantias jusfundamentais penais inseridos na Carta Magna é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em que na maioria dos julgados consultados, foi verificado o estabelecimento de uma limitação do prazo máximo de cumprimento das medidas de segurança, segundo o máximo da pena em abstrato do tipo penal.

Ainda constatou-se que a situação do indivíduo sujeito a medidas de segurança no Brasil é degradante, e que apesar os esforços para melhorar a sua situação, como o advento da lei Antimanicomial, o MTSM (Movimento dos Trabalhadores de Saúde Mental), o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário (PAI-PJ) no Estado de Minas Gerais e o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (Paili) no Estado de Goiás, ainda faltam inúmeros investimentos públicos no setor.

A dignidade da pessoa humana destes indivíduos é muitas vezes esquecida e o que era para ser um tratamento, acaba se tornando uma verdadeira “prisão perpétua”, com péssimos cuidados aos internos e com um ambiente totalmente degradante.

Assim, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia, observa-se que devem ser estendidos aos internados os direitos dos detentos e reclusos, além dos outros direitos específicos dos que cumprem medidas de segurança, sendo mínimos para assegurar a dignidade da pessoa humana, que estão assegurados na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/1984), sendo eles: Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de

correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes e; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Enfim, com base nos instrumentos do Estado Democrático de Direito, legitimados no plano jusfilosófico pela Teoria do Garantismo Penal, foi possível concluir que o prazo máximo de duração das medidas de segurança deve ser imposto pelo magistrado, com base nos princípios limitadores do *jus puniendi*, tendo em vista a não recepção do artigo 97, § 1º, do Código Penal pela Constituição Federal.

Assim, o prazo máximo de duração da medida de segurança ao inimputável não deve ultrapassar o prazo máximo fixado para a pena em abstrato. Para o semi-imputável, quando for imposta uma pena e esta for substituída por medida de segurança, e para o indivíduo em cumprimento de pena que sobrevier a aplicação de medida de segurança, o prazo máximo de duração da medida de segurança deverá ser o máximo fixado na sentença criminal. E, em todos os casos, a privação da liberdade do indivíduo sujeito a medida de segurança não poderá ultrapassar o período de 30 (trinta) anos, nos termos do artigo 75 do Código Penal.

Com isso, depois de encerrado o prazo máximo de cumprimento da medida de segurança, o indivíduo deixará de estar sob julgo do Direito Penal e poderá ser encaminhado a sua família ou ao responsável ou, no caso da ausência destes, deverá o indivíduo ser encaminhado ao juízo cível, sendo que estes poderão optar pelo melhor tratamento a ser adotado, a fim de possibilitar uma possível recuperação ao inimputável.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. *La teoria general del garantismo: ragos principales*. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (coord.). ***Garantismo: estúdios sobre el pensamiento juridico de Luigi Ferrajoli***. Madrid: Trotta, 2005.

ALMEIDA, Francis Moraes de Almeida. Medida de segurança: um debate necessário. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de (coords.). **A crise do Processo penal e as novas formas de administração da Justiça Crminal**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2006.

ALONSO, Esteban Juan Pérez. *Las revoluciones científicas del derecho penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal*. In: OLIVARES, G. Q.; PRATS, F. M. (coord.). ***El nuevo derecho penal español: estúdios penales em memória del profesor José Manuel Valle Muñiz***. Pamplona: Aranzadi, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora CD, 2002.

BEIRAS, Iñari Ribeiro (coord.). ***Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas***. Barcelona: Anthropos, 2005.

BELING, Ernst von. ***Esquema de derecho penal: la doctrina del delito tipo***. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BETTIOL, Giuseppe. ***Instituciones de derecho penal y processal: curso de lecciones para estudiantes de ciências políticas***. Trad. Faustino Gutierrez Alvez y Conradi. Barcelona: Bosch, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 . ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal democrático**. Franca: Lemos e Cruz, 2005.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 22 de Abr. de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 21 junho 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no **AgRg no HC 160734 / SP**. Relator: MUSSI, Jorge. Publicado no DJ de 08-10-2013 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000157535&dt_publicacao=08/10/2013. Acessado em 12-12-2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no **HC 233474 / MT**. Relator: REIS JUNIOR, Sebastião. Publicado no DJ de 10-05-2012 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200297805&dt_publicacao=10/05/2012. Acessado em 15-12-2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no **HC 249790 / MG**. Relator: VAZ, Laurita. Publicado no DJ de 02-10-2012 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201568350&dt_publicacao=02/10/2012. Acessado em 12-12-2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no **RHC 100383 / AP** . Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 04-14-2011 Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629266>. Acessado em 12-12-2015.

BREIER, Ricardo. Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 94-119, jan.-fev. 2004.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema Penal democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio. A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 27, n. 53, p. 145-162, dez. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15097/13752>>.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Direitos humanos e Direito Penal. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método, 2001.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CARVALHO, Amilton Bueno *et al.* **Garantismo aplicado á execução penal**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAMON JUNIOR, Lucio Antonio. **Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

CIA, Michele. **Medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal**. São Paulo: Unesp, 2011.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Direitos Humanos e saúde mental. In: SUANNES, Adauto *et al.* **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: RT, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A justiça desequilibrando a economia**. Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica/59-a-justica-desequilibrando-a-economia.html>> Acesso em: 05 de agosto de 2015.

COPETTI, André. **Direito Penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

DOTTI, René Ariel. Visão Geral da medida de segurança. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método, 2001.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico á prática efetiva**. Porto Alegre, Nuria Fabris, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *El derecho como sistema de garantias. Nuevo Foro Penal*, Madrid, n. 60, p. 59-75, jan.-abr. 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 2001.

FERRARI, Eduardo Reale. Medidas de segurança e sua progressão: desinternação progressiva. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método, 2001.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Doença mental e psicologia**. 6. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*. Madrid: Univesidad Complutense de Madrid, 1995.

GOYTISOLO, Juan Berchmans Vallet de. *Metodologia jurídica*. Madrid: Civitas, 1988.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEGGLIN, Maria Florencia. **Medida de seguridad o pena por tiempo indeterminado?** Revista Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. n. 3, v. 2, Buenos Aires, 1996.

HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. Trad. Sandra Costa. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**. Brasília: ESMPU, 2008.

JAKOBS, Günther *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2004.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal : parte general**. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona em uma teoria de um derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, F. **Que é uma constituição?** Tradução de Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. p. 01. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html>>. Acesso em: 09 de abril de 2015.

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

LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Acesso á Justiça Penal no Estado democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Luis Jimenez de Asua. 20. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1972.

LYRA, Roberto. **Novíssimas escolas penais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

MAIHOFER, Werner. **Estado de derecho y dignidad humana**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Los delitos y las penas en el código de hammurabi*. **Revista de Derecho Penal y Criminologia**, Madrid, n. 2, 1992. p. 623 *apud* MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Ensayo sobre el derecho penal como ciência: acerca de su construcción*. Madrid: Dykinson, 1999.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Sérgio Mazina. **Jurisprudência organizada e comentada: execução penal, parte II**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 5, n. 20, p. 417-499, out./dez. 1997.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

MATTOS, Virgilio de. **Crime e psiquiatria: uma saída**. Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. Atualizado por Heinz Zipz e Karl Heinz Gössel. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MENDES, G. F; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENEZES, Bruno Seligman. **Fixação da pena-base á luz do Garantismo Penal**. 1. ed. Campinas, Minelli, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1955.

MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT, 2007.

MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do direito e do estado**: parte histórica. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1955.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). Constituição, direitos Fundamentais e Direito Privado. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2006.

OLIVEIRA, Márcia Aparecida Ferreira de Oliveira; SILVA, Ana Tereza de M. C. da; BARROS, Sônia. Políticas de saúde e de saúde mental no Brasil: a exclusão/inclusão social como intenção e gesto. **Revista da escola de enfermagem da USP**. vol.36, nº.1, São Paulo, Mar. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62342002000100002. Acesso em: 08/01/2016.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**: uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Lumen Juris, 2006.

PINZON, Natalia Gimenes. O discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: CARVALHO, Salo de. (coord.). **Leituras constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

RAMIREZ, Juan Bustos. *Introducción al derecho penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.

RAMOS, Enrique Peñara.; GONZALEZ, Carlos Suarez.; MELIA, Manuel Cancio. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da. A vida como critério dos direitos fundamentais: Ferrajoli e Dussel. In: COELHO, Edihermes Marques (coord.). **Direitos Fundamentais reflexões críticas: teoria e efetividade**. Uberlândia: IPEDI, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SASSINE, Vinicius. Loucura atrás das grades: até programas-modelo falham no atendimento. Em Minas e em Goiás, projetos não acabam com filas de espera por tratamento psiquiátrico nem com a prisão de doentes mentais. **O Globo**, Rio de Janeiro, 19/02/2013, p. 01. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/loucura-atras-das-grades-ate-programas-modelo-falham-no-atendimento-7625566#ixzz3wUNrFcbJ>>. Acesso em: 06 de janeiro de 2016.

SASSINE, Vinicius. Tortura e abandono em hospitais de custódia pelo Brasil: Relatório da ONU aponta potencial de maus-tratos em unidades para pessoas com transtornos mentais, inclusive no Rio. **O Globo**, Rio de Janeiro, 17/02/2013, p. 01. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/tortura-abandono-em-hospitais-de-custodia-pelo-brasil-7604872>>. Acesso em: 06 de janeiro de 2016.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *Política Criminal em La Dogmática: Algunas Cuestiones sobre su contenido y límites*. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **Estudios de Derecho Penal**. Lima: Grijley, 2000.

SILVA, Aurélia Carla Quiroga; GOMES JUNIOR, Francisco de Assis Cabral. **A cessação da periculosidade e a aplicabilidade da medida de segurança por prazo indeterminado sob as óticas constitucional e penal**. Revista Direito e Liberdade. n. 1, v. 10, 2009. 59-70. Natal: ESMARN, jan/jun, 2009.

SILVA, Haroldo Caetano da (Coord.). Implementação da reforma psiquiátrica na execução das medidas de segurança: informações gerais. 2. ed. Goiânia: MP/GO, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros,

2004, p. 52.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUTO, Rony Soares de Brito e. A (i)legitimidade do processo de imposição das medidas de segurança no direito penal brasileiro: Diagnóstico garantista. In: CARVALHO, Salo de. (coord.). **Leituras constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VALLEJO, Manuel Jaén. *Los puentes de partida de la dogmática penal*. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, fasc. 1, tomo 48, p. 57-69, jan.-abril. 1995.

VIEIRA, Vanderson Roberto. Medidas de segurança por tempo indeterminado (perpétuas): impossibilidade constitucional. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula. (coords.). **Estudos de direito público**. Campo Grande: Cepejus, 2009.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yanez Perez. 11. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1970.