

A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE FRENTE À INDETERMINAÇÃO TEMPORAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

THE VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY FRONT OF THE TEMPORARY INDETERMINACIÓN OF THE SECURITY MEASURES

Jaiza Sâmmara de Araújo Alves¹

RESUMO

Este artigo tem por finalidade tratar sobre a possibilidade de violação do princípio da legalidade em virtude da aplicação de medidas de segurança por prazo indeterminado. Durante o estudo, foram abordadas considerações gerais sobre o princípio da legalidade e também sobre as medidas de segurança, buscando uma análise crítica e fazendo referências à bibliografia sobre o assunto. Ademais, também foram expostas as normas sobre as medidas de segurança no Brasil e na Argentina, a fim de compreender como os dois países tratam legalmente este tipo de sanção penal.

Palavras chave: Princípio da Legalidade. Medidas de Segurança. Prazo Indeterminado.

ABSTRACT

This article aims to discuss the possibility of violation of the principle of legality under the application of security measures for an indefinite period. During the study, they were addressed general considerations concerning the principle of legality and on the security measures, seeking a critical analysis, making references to the literature on the subject. Moreover, they were also exposed the rules on security measures in Brazil and Argentina in order to understand how the two countries legally treat this type of criminal sanction.

Keywords: Principle of Legality. Security Measures. Indefinite Period.

¹ Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UNISEB/PRAETORIUM e em Direito Empresarial pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Especialista em Psicologia Jurídica pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE). Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Professora da disciplina de Direito Penal II da FACAPE. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas da FACAPE. Advogada. *E-mail*: jaizasammara@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade serve como instrumento de limitação do poder estatal, representando uma forma de proteção dos cidadãos contra a aplicação de leis incertas ou que possam retroagir com a finalidade de prejudicar os indivíduos. Ademais, a lei somente poderá alcançar determinados fatos se ela é anterior à prática da conduta delitiva, havendo a proibição de leis penais retroativas mais severas.

Do princípio da legalidade resultam proibições; dentre elas está a proibição de leis penais indeterminadas ou imprecisas, que seriam a expressão da não limitação do poder punitivo estatal, que poderá causar arbitrariedades.

As medidas de segurança são, a princípio, sanções penais aplicadas às pessoas que cometeram condutas tipificadas em lei e contrárias ao ordenamento jurídico-penal. No entanto, não são consideradas culpáveis. Assim, ao contrário das penas, o fundamento das medidas de segurança não é a culpabilidade, mas a periculosidade do agente, sendo esta presumida, nos casos de inimputabilidade, e real, nos casos de semi-imputabilidade. Tais sanções penais foram criadas pela Escola Positivista e pelo seu ideal cientificista.

Segundo Ferrajoli:

El mayor impulso a la introducción de las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento, o cuando menos a su legitimación ideológica, fue, sin duda, el dado por la Escuela positiva o antropológica del derecho penal, que, como ya hemos visto, sustituyó la responsabilidad por la peligrosidad y consideró al delito como síntoma. de patología psicosomática, que, en cuanto tal, debe ser tratado y prevenido, más que reprimido, con medidas pedagógicas y terapéuticas dirigidas a neutralizar su etiología².

Tanto no Brasil como na Argentina há a aplicação das medidas de segurança como meio de prevenção especial negativa, que possui a finalidade de neutralizar ou eliminar o indivíduo da sociedade, fazendo com que não volte a delinquir. Contudo, nos dois países, as medidas de segurança não possuem um prazo legalmente estabelecido, fazendo com que a pessoa que esteja submetida a elas permaneça detida por tempo indeterminado, enquanto durar a sua periculosidade, ocorrendo, assim, a possibilidade de sanção perpétua.

² “O maior impulso à introdução das medidas de segurança em nosso ordenamento, ou quando menos a sua legitimação ideológica, foi, sem dúvida, dado pela Escola Positivista ou antropológica de direito penal, que, como já vimos, substituiu a responsabilidade pela periculosidade e considerou o delito como sintoma de patologia psicosomática, que, enquanto tal, deve ser tratado e prevenido, mais que reprimido, com medidas pedagógicas e terapêuticas dirigidas a neutralizar sua etiologia” (tradução nossa). FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 1995. p. 776.

Com tal situação, ocorre a contradição entre o direito e a moral, posto que não se pode dizer ser moral deixar uma pessoa encarcerada por tempo indeterminado, baseando-se na justificação de que é perigosa. Ademais, toda pessoa que está no cárcere tem o direito de saber quanto tempo permanecerá detida, pois caso contrário, poderia estar sendo violada sua dignidade de pessoa humana. Assim, a lei, quando não faz uma previsão de duração das medidas de segurança, está violando a legalidade das sanções penais, e, por consequência, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, no presente artigo, será feita uma análise das medidas de segurança sob o ponto de vista do princípio da legalidade, posto que, sendo aquelas aplicadas por um prazo indeterminado, pode ocorrer a violação da formulação legal “*nulla poena sine lege*”, proposta por Feuerbach.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Um Estado de Direito deve utilizar o Direito penal como forma de proteger o cidadão. No entanto, tal Estado deverá proteger este mesmo cidadão do próprio Direito penal, impondo limites, com a finalidade de que ele não se torne um instrumento arbitrário nas mãos de um poder autoritário³. Para tanto, podem ser utilizados os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade das penas, mas deve ser levado em consideração, principalmente, o princípio da legalidade, para que se evite punir uma pessoa sem lhe dar uma devida segurança.

Segundo o princípio da legalidade, uma conduta somente poderá ser punida se, anteriormente à sua prática, houver uma lei definindo esta conduta como infração penal. Para Roxin, “es decir, por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado solo podrá tomarla como motivo de sancionar jurídico penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley”⁴. No mesmo sentido, Zaffaroni: “El principio de legalidad implica la prohibición de la ley *post facto*”⁵. Assim, qualquer pessoa, honrada ou não, somente poderá ser punida se a sua conduta estiver tipificada em lei como infração penal, sendo a lei anterior à prática da conduta do agente.

³ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoría del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 137.

⁴ “é afirmar veementemente que sendo uma conduta em alto grau socialmente nociva y reveladora de necessidade de pena, o Estado somente poderá tomá-la como motivo de sancionar jurídico penalmente se antes tiver advertido expressamente na lei” (tradução nossa). Ibidem.

⁵ “O princípio da legalidade implica a proibição da lei *post facto*” (tradução nossa). ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. Buenos Aires: Ediar, 1985. p. 107.

A questão é que, com o princípio da legalidade, ocorre uma delimitação das condutas descritas como criminosas, de forma que alguém poderá praticar uma conduta nociva, mas não sofrerá uma punição, posto que aquela não está descrita em lei. Assim, o princípio da legalidade funciona como um instrumento para impedir as arbitrariedades. No entanto, como restringe o rol de infrações penais àquelas tipificadas em algum diploma legal, faz com que certas condutas nocivas, que não tiveram tipificação, deixem de ser punidas, por não haver uma lei que as defina como crimes.

Ocorre que não somente os crimes, mas também as penas devem estar descritas em leis anteriores à prática delitiva como forma de dar maior segurança ao sujeito do delito. Ademais, para o mesmo fato, não poderá ser aplicada uma lei penal mais severa que tenha surgido posteriormente à sua prática. Portanto, é proibida a agravação retroativa da pena.

Do princípio da legalidade derivam proibições: a proibição do uso da analogia; a proibição do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena; a proibição da retroatividade e a proibição de leis penais indeterminadas ou imprecisas. As duas primeiras proibições são destinadas ao juiz, enquanto as duas últimas são destinadas aos legisladores.

Para Roxin, a analogia consiste em “trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos)”⁶. Dessa forma, ainda que em outros campos do direito haja usualmente a utilização da analogia, no Direito Penal não é utilizada a analogia em *malan partem* como meio de proteger o réu, impedindo que ele seja prejudicado e punido por uma conduta que não esteja fixada em lei. A proibição com relação ao uso do direito consuetudinário ocorre porque os costumes não bastam para fundamentar ou agravar uma pena. Isso somente pode ocorrer por meio de uma determinação legal.

A retroatividade de uma lei penal somente pode ocorrer em benefício do réu. Desse modo, é vedada a retroatividade de leis que venham a criar tipos penais ou agravar sanções, com a finalidade de alcançar os fatos que ocorreram antes da sua vigência. Assim como a retroatividade, também ao legislador está dirigida a proibição de leis penais e penas indeterminadas, “ya que quedarian sin determinar legalmente que pena y que cuantía se puede imponer”⁷, gerando, obviamente, arbítrios. Portanto, por mais que seja uma tarefa difícil para o legislador tipificar em leis todos os feitos que sejam considerados infrações penais, ao juiz caberá somente interpretar a lei de acordo com aquilo que se apreenda das palavras do legislador. Assim, “lo que no está prescrito, no rige”⁸, estando o juiz vinculado à lei.

⁶ “transportar uma regra jurídica a outro caso não regulado na lei por via do argumento da semelhança (dos casos)” (tradução nossa). ROXIN, Claus. **Derecho penal...** Op. cit. p. 140.

⁷ “já que ficariam sem determinar que pena e qual quantidade se pode impor” (tradução nossa). Ibidem. p. 141.

⁸ “o que não está prescrito, não rege” (tradução nossa). Ibidem.

Uma lei imprecisa não pode proteger da arbitrariedade os indivíduos, posto que o *jus puniendi* estatal não estará limitado. Por exemplo, se uma lei define um determinado crime, porém não prescreve sua sanção penal, caberá ao juiz criar esta sanção para que seja aplicada a um caso concreto. No entanto, uma lei como esta viola o princípio da separação dos poderes, pois os juízes passarão a legislar, criando sanções, tarefa que pertence ao legislador. Dessa forma, as penas indeterminadas geram a insegurança jurídica, algo que pode convertê-las em inconstitucional. Segundo Radbruch, “de ninguna manera es derecho todo lo que al pueblo aprovecha, en último análisis, solo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia”⁹.

Ressalte-se que o princípio da legalidade formal no âmbito penal foi organizado por Feurbach, com a formulação latina: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legal*.

Segundo Welzel (citado por Roxin), “el auténtico peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas”¹⁰. Dessa forma, um preceito legal será suficientemente preciso e determinado na medida em que possa ser deduzida a intenção de proteção do legislador e que o sentido literal da lei ponha limites à extensão arbitrária de interpretação.

O princípio da legalidade é complementado pelo princípio da reserva legal. Segundo Zaffaroni, eles “constituyen dos manifestaciones de la misma garantía de legalidad, que responde a un único requerimiento de racionalidad en el ejercicio de poder, emergente del principio republicano de gobierno”¹¹. O mesmo autor ainda afirma que, do ponto de vista formal,

la única fuente productora de la ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme el procedimiento que establece la propia Constitución¹².

⁹ “de nenhuma maneira é direito tudo o que ao povo aproveita, em última análise, somente o que é direito, o que cria segurança jurídica e o que aspira a ser justiça” (tradução nossa). RADBRUCH, Gustavo. **Arbitrariedad legal y derecho supralegal**. Trad. María Isabel Azareto de Vasquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962. p. 51.

¹⁰ “o autêntico perigo que ameaça o princípio *nulla poena sine lege* não procede da analogia, mas de leis penais indeterminadas” (tradução nossa). ROXIN, Claus. **Derecho penal...** Op. cit. p. 170.

¹¹ “constituem duas manifestações da mesma garantia de legalidade, que responde a um único requerimento de racionalidade no exercício de poder, emergente do princípio republicano de governo” (tradução nossa). ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Derecho penal: parte general**. Op. cit. p.107.

¹² “A única fonte produtora da lei penal no sistema argentino são os órgãos constitucionalmente habilitados e a única lei penal é formal que deles emana, conforme o procedimento que estabelece a própria Constituição” (tradução nossa). Ibidem.

Dessa forma, a doutrina, a jurisprudência e os costumes não podem habilitar o poder punitivo. No entanto, no caso dos costumes, há a possibilidade de serem utilizados quando as leis permitirem, sendo considerados limites da tipicidade penal. Porém, não podem ser utilizados para a arbitrariedade.

2 MEDIDAS DE SEGURANÇA

As medidas de segurança são sanções penais impostas às pessoas consideradas perigosas que, apesar de cometerem crimes, não são consideradas culpáveis¹³. Assim, estas pessoas são consideradas inimputáveis, e como consequência, não virão a receber uma pena, mas uma medida que tem como finalidade a prevenção da prática de novos delitos.

Tal como as penas, as medidas de segurança surgiram como forma de controle social, posto que, perante sociedades organizadas, o Estado deveria exercer um maior controle sobre os seus súditos, para isso foram criadas as primeiras leis que impuseram meios para castigar, e também para evitar a prática de outros crimes. No caso das medidas de segurança, por muito tempo foram utilizadas como alternativa à pena, ou seja, quando a aplicação da pena fosse insuficiente para prevenir a prática criminosa.

Para Guillermo Hassel:

El fundamento es el adecuado equilibrio entre los intereses de protección estatales del justiciable, en ocasiones que la peligrosidad de un sujeto puede ser en particular tan grande para la colectividad, que la pena resulte insuficiente¹⁴.

Na Idade Média, os inimputáveis não eram responsabilizados pelos seus atos e deveriam ficar sob à proteção da sua família, sendo esta responsabilizada por negligência caso o imputável voltasse a delinquir.

Segundo Rui Alvin:

De modo sistemático e desprovido de qualquer embasamento teórico, senão o espírito prático de uma necessidade imediata, começavam a assentar-se na

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 524.

¹⁴ “O fundamento é o adequado equilíbrio entre os interesses de proteção estatal do justiciável, em ocasiões em que a periculosidade de um sujeito pode ser em particular tão grande para a coletividade, que a pena resulte insuficiente” (tradução nossa). HASSEL, Guillermo Eduardo German. **Las Medidas de seguridad**. Buenos Aires, 200-. Disponível em: <<http://www.monografias.com/trabajos44/derecho-penal-seguridad/derecho-penal-seguridad2.shtml#ixzz3WXw2eu35>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

história do direito penal os rudimentos das futuras medidas de segurança: a custódia compulsória dos agentes penalmente irresponsáveis e dos penalmente renitentes¹⁵.

Ocorre que, as medidas de segurança, na forma como estão disciplinadas hoje, são um instituto recente. No entanto, suas bases surgiram há muito tempo, entre os séculos XVIII e XIX, quando houve a percepção da falência das penas privativas de liberdade. Ou seja, a função retribucionista das penas, tão defendida por Kant e Hegel, foi muito criticada e a partir desse momento – as penas passaram a ser analisadas sob a perspectiva da prevenção. No entanto, o que fundamenta as medidas de segurança não é a prevenção geral que é dirigida à sociedade, seja em seu âmbito negativo-intimidador ou positivo-integrador, mas a perspectiva da prevenção especial negativa, que tem a finalidade de neutralizar ou eliminar o indivíduo da sociedade para que ele não volte a praticar outros delitos na mesma sociedade.

Com o surgimento da Escola Antropológica, houve um confronto entre os juristas e os médicos/antropólogos, posto que, enquanto as ideias daqueles eram fundamentadas no livre-arbítrio, as ideias destes tinham como base o determinismo do comportamento humano (figura do criminoso nato). Inclusive, esta ideia contestou bastante vários institutos importantes do Direito penal, como a gravidade do delito para basear a quantidade de pena a ser aplicada; a obrigatoriedade da lei anterior para definir as condutas criminosas e as sanções; bem como a própria prática do crime como pressuposto à aplicação de uma sanção penal.

Segundo Lira e Moura-Fé:

Isso porque os discípulos de Lombroso afirmavam que com a simples detecção de tendência do criminoso nato, este já poderia ser submetido a uma sanção, visando, desta forma, o resguardo da sociedade. Sendo o criminoso uma forma humana não evoluída, não seria este um digno detentor de direitos inerentes à pessoa.¹⁶

Complementando a ideias das autoras, estão as palavras de Von Liszt (citado por Zysman Quirós):

La sociedad ha de protegerse frente a los sujetos incorregibles. Sin embargo, si nosotros no queremos decapitar ni ahorcar, y no podemos deportar, únicamente nos queda la cadena perpetua (o, en su caso, por un tiempo indeterminado)¹⁷.

¹⁵ ALVIN, Rui Carlos Machado. **Uma pequena história das medidas de segurança**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2007. p. 83.

¹⁶ FÉ, Bruna Maria Pinto Marques de Moura; LIRA, Nathália Maria Lins. Medidas de Segurança: evolução, reforma psiquiátrica e Lei n. 10.216/2001. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 17, n. 3262, 6 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21941/medida-de-seguranca-evolucao-reforma-psiquiatica-e-lei-n-10-216-2001#ixzz3WYGjVI5z>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

¹⁷ “A sociedade tem que se proteger diante dos sujeitos incorrigíveis. No entanto, se nós não queremos decapitar nem enforcar, e não podemos deportar, unicamente nos resta a prisão perpétua (ou, em seu

3 AS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO BRASIL

No Brasil, as medidas de segurança estão disciplinadas no Código Penal e na Lei de Execuções Penais – Lei n. 7.210/84. É importante ressaltar que quando o Código Penal de 1940, ainda vigente, entrou em vigor, era adotado o sistema do duplo binário, em que eram aplicadas medidas de segurança aos inimputáveis; e aos imputáveis considerados perigosos e aos semi-imputáveis, eram aplicadas penas privativas de liberdade cumulativamente às medidas de segurança. Para César Roberto Bitencourt, tal aplicação era feita de forma incorreta posto que “por mais que se diga que o fundamento e os fins de uma e de outra são distintos, na realidade, é o mesmo indivíduo que suporta as duas consequências pelo mesmo fato praticado”¹⁸. Dessa maneira, com a reforma da parte geral do Código Penal brasileiro, ocorrida em 1984, pela Lei n. 7.209, o sistema do duplo binário foi substituído pelo sistema vicariante ou unitário, de modo que as medidas de segurança são aplicadas somente aos inimputáveis, enquanto as penas são aplicadas aos imputáveis (independentemente de serem considerados perigosos ou não). Frise-se que as penas serão também aplicadas aos semi-imputáveis, porém com uma redução de 1/3 a 2/3. Entretanto, ainda no caso dos semi-imputáveis, caso o juiz ao analisar o caso concreto observe que o semi-imputável necessita de tratamento psiquiátrico e/ou psicológico, poderá substituir a pena reduzida por uma medida de segurança.

Os princípios que regem as medidas de segurança no Brasil são os mesmos que regem as penas: princípio da legalidade, princípio da anterioridade; princípio da retroatividade; e também o princípio da dignidade da pessoa humana, em que a medida de segurança deve obedecer à condição humana da pessoa submetida a ela, não causando danos ou tratamentos cruéis e/ou degradantes.

É importante ressaltar que as medidas de segurança estão fundamentadas na periculosidade do agente, ou seja, pressupõem, segundo Guillermo Hassel, “una peligrosidad duradera del autor”¹⁹.

A periculosidade, segundo Cléber Masson, “é a efetiva probabilidade, relativa ao responsável por uma infração penal, inimputável ou semi-imputável, de voltar a envolver-se

caso, por um tempo indeterminado)” (tradução nossa). ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Sociología del castigo: genealogía de la determinación de la pena**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013.

¹⁸ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 942.

¹⁹ “una peligrosidad duradera do autor” (tradução nossa). HASSEL, Guillermo Eduardo German. **Las Medidas de Seguridad...** Op. cit.

em crimes ou contravenções penais”²⁰. Dessa forma, a periculosidade é a possibilidade de voltar a delinquir. Trata-se, portanto, de um dos pressupostos das medidas de segurança, posto que somente podem ser aplicadas, no direito brasileiro, caso o agente inimputável pratique um crime e tenha a probabilidade de voltar a delinquir.

Assim, o inimputável demonstra uma periculosidade presumida (presunção *juri et de iures*), que não admite prova em contrário, sendo, portanto, absoluta. Já o semi-imputável, demonstra uma periculosidade real (presunção *juris tantum*), que deverá ser analisada de acordo com o caso concreto, sendo assim, relativa.

O Código Penal brasileiro²¹, em seu art. 96²², lista as espécies de medidas de segurança. São elas a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e o tratamento ambulatorial.

Dispõe o Código Penal, em seu art. 97, que a internação deverá ser aplicada obrigatoriamente, todas as vezes em que a conduta criminosa praticada pelo agente for apenada com reclusão. Já se o crime praticado for apenado com detenção, o juiz tem a discricionariedade de aplicar ao agente a internação ou o tratamento ambulatorial. Para Guilherme Nucci, “a determinação do art. 97 do Código Penal é injusta, pois apesar de estabelecer um padrão às sanções, não resolve a situação de doentes mentais que poderiam não ser internados”²³. Na prática, a sanção deveria ser estabelecida de acordo com a periculosidade do agente, respeitando o princípio da proporcionalidade, não se baseando somente pela pena em abstrato do crime que o agente praticou.²⁴

Outro ponto a ser destacado é que as medidas de segurança possuem prazo indeterminado legalmente, diferentemente das penas que possuem prazo determinado abstratamente na lei. Inclusive, aquelas terão duração enquanto não ocorrer uma melhora no estado mental do inimputável. Dessa forma, o agente poderá permanecer internado perpetuamente, posto que, se a sua enfermidade mental não melhorar, não poderá ser desinternado, até porque sempre será considerado perigoso e com potencialidade de voltar a delinquir.

²⁰ MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 949.

²¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 1 abr. 2015.

²² “Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;” (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984).

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena...** Op. cit. p. 524.

²⁴ Ibidem.

Para tentar não tornar as medidas de segurança uma espécie de sanção perpétua, o Código Penal brasileiro traz em seu art. 97, §1º, a possibilidade de realização de um exame chamado *cessação de periculosidade*. Tal exame terá um prazo mínimo de um a três anos para a sua realização. No entanto, como o prazo é mínimo, o perito não está obrigado a fazê-lo tão logo o prazo mínimo acabe, ou seja, não gerará nenhuma sanção administrativa ao perito se ele não o fizer tão logo o prazo mínimo seja exaurido.

Assim, ainda que a intenção do legislador tenha sido dar um limite às medidas de segurança, isso não ocorreu, posto que, deixando à discricionariedade do perito em fazer ou não o exame, tornou ainda mais evidente que tais medidas são, em verdade, sanções com prazo totalmente indeterminado.

4 AS MEDIDAS DE SEGURANÇA NA ARGENTINA

Na Argentina, as medidas de segurança são medidas coativas, já que para a sua imposição não há necessidade de conformação do destinatário. Tais medidas têm como efeito uma privação ou restrição de direitos. Ademais, são reservadas para os adultos inimputáveis e menores infratores, mas também são aplicadas aos imputáveis, por exemplo, na reclusão por tempo indeterminado para o homicídio qualificado e em determinados casos de reincidência.

O Código Penal argentino, no seu art. 34, trata da imputabilidade. No entanto, assim como o Código Penal brasileiro, não traz o conceito de imputabilidade, mas sim as causas que a excluem, havendo a necessidade de aplicação das medidas de segurança em determinados casos.

Andrea Lombraña traz a classificação das medidas de segurança na Argentina:

“Educativas” y “tutelares”, previstas para los menores que delinquen y para las personas con probada tenencia de estupefacientes que no dependen de ellos; “curativas”, previstas para personas que en estado de inimputabilidad cometen una acción penada por la ley y son consideradas “peligrosas”, para sí o para terceros, y también para aquellos que, aún condenados por un delito, dependen física o psíquicamente del consumo de estupefacientes; y, finalmente, “de mejoramiento”, para los sujetos con multireincidencia, una vez que hubieran cumplido su pena.²⁵

²⁵ “Educativas e tutelares, previstas para os menores que delinquem e para as pessoas com provada tendência a estupefacientes que não dependam deles; ‘curativas’, previstas para pessoas que em estado de inimputabilidade cometem uma ação apenada por lei e são consideradas ‘perigosas’, para si ou para

Ressalte-se que para a aplicação de qualquer uma dessas medidas, deve haver a intervenção de outras instituições assistindo o Judiciário, tais como as psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, pedagógicas e médicas.

Segundo o parágrafo 1º do art. 34 do Código Penal argentino, em caso de alienação, o juiz poderá determinar a reclusão do indivíduo no manicômio. Enquanto que, nos demais casos, ou seja, quando não há alienação mental, o juiz ordenará a reclusão em estabelecimento adequado.

Quanto ao prazo de duração, as medidas de segurança na Argentina também não possuem prazo determinado. Ou seja, persistem durante o tempo que dure a periculosidade do agente. Nos casos de alienação mental, o juiz conta com a assistência do perito para averiguar se desapareceu o perigo de dano para o enfermo ou para terceiros pessoas. Dessa forma, poderá determinar a desinternação do indivíduo anteriormente submetido à medida de segurança. O mesmo ocorre com as medidas curativas aplicadas aos dependentes de álcool e tóxicos.

Ademais das situações dos enfermos mentais e de dependentes de álcool e estupefacientes, o Código Penal argentino, em seu art. 52, traz a possibilidade de aplicação das medidas de segurança, igualmente, por tempo indeterminado, nos casos de reincidência múltipla, quando o agente: a) houver sido apenado com quatro penas privativas de liberdade, sendo uma delas maior de três anos; b) cinco penas privativas de liberdade, de três anos ou menores. Este sistema se assemelha a lei norte americana de *three strikes* ou *you're out*²⁶.

terceiros, e também para aqueles que, ainda condenados por um delito, dependam física ou psiquicamente do consumo de estupefacientes; e, finalmente, 'de melhoramento', para os sujeitos multirreincidência, uma vez que cumpriram a sua pena" (tradução nossa). LOMBRANA, Andrea N. El derecho penal del "peligroso": medidas de seguridad y regímenes de excepción una lectura antropológica. **Publicar**, Buenos Aires, v. 10, p. 49-67, Dic. 2012. Disponível em: <<http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/publicar/article/view/1316>>. Acesso em: 8 abr. 2015.

²⁶ Segundo Maurício Dieter, a lei *Three Strikes*, de 1994, modificou o a seção 667 do Código Penal da Califórnia, estabelecendo que indivíduos com prévia condenação por crimes mais graves devem ter como pena mínima o dobro do previsto para o tipo legal em julgamento. Em seguida, que qualquer pessoa com duas ou mais condenações por crimes de mesma natureza – equivalente a dois ou mais episódios de reincidência específica – deve ter a pena do novo crime multiplicada por três, desde que oscilando entre o mínimo de 25 anos e a prisão perpétua – tudo isso sem direito a qualquer benefício em direção à liberdade. DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Reavan, 2013. p. 103.

5 A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE FRENTE À INDETERMINAÇÃO TEMPORAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Os problemas da legalidade surgem da discrepância entre as leis que existem no momento em que o agente pratica o crime e as leis que são consideradas necessárias para exercer o castigo.²⁷ Também podem existir problemas quando há muitas leis, podendo isso determinar a impunidade dos criminosos, mas o mesmo pode ocorrer quando há poucas leis sobre uma matéria, como é o caso das medidas de segurança, diante da indeterminação legal dos seus prazos.

Assim, as medidas de segurança dão a juízes e a outros funcionários da justiça, como os peritos, a discricionariedade na sua aplicação, o que pode levar a uma situação até mesmo imoral, posto que aquele que está submetido a ela não sabe quando vai sair dela, pois a sanção, diversa da pena, não possui tempo determinado abstratamente na lei, nem concretamente na sentença judicial.

É certo que o direito e a moral estão intimamente relacionados entre si, pois o direito deve refletir os valores morais em que acreditamos.²⁸ Radbruch afirma que “una ley que contrarie los principios básicos de la moralidad no es derecho, aunque sea ‘formalmente válida’”²⁹. A questão é que nem sempre a lei está de acordo com a moral. No entanto, em virtude do legalismo, a lei deve ser respeitada. Sobre isso, Hart (citado por Radbruch) afirma que “la existencia de una ley válida no elimina el problema moral de la decisión individual de obedecerla o no, en razón de justicia o injusticia”³⁰. Ademais, Hart ainda afirma que “el derecho no puede reemplazar la moral”³¹.

Contudo, o que fazer quando a lei deixa uma brecha, como nos casos das medidas de segurança que sequer possuem um prazo legal? Não seria contrário à moralidade deixar um inimputável detido por um prazo indefinido, tornando sua sanção em perpétua, inclusive em países que, legalmente, afirmam não haver este tipo de sanção, como é o caso do Brasil?

Dessa forma, segundo Zaffaroni:

El enajenado es sometido a reclusión, pues no saldrá del manicomio – es decir que permanecerá encerrado – hasta decisión judicial –, por tiempo

²⁷ NINO, Carlos S. **Juício al mal absoluto**. Buenos Aires: Ariel, 2006. p. 219.

²⁸ Ibidem. p. 223.

²⁹ “uma lei que contrarie os princípios básicos da moralidade não é direito ainda que seja formalmente válida” (tradução nossa). RADBRUCH, Gustave. **Arbitrariedad Legal y Derecho Suprlegal...** Op. cit. p. 15.

³⁰ “a existência de uma lei válida não elimina o problema moral da decisão individual de obediência ou não, em razão da justiça ou injustiça” (tradução nossa). Ibidem. p. 16.

³¹ “o direito não pode substituir a moral” (tradução nossa). Ibidem.

indeterminado, que puede ser el resto de su vida. En rigor es la única pena realmente perpetua que existe en el código, pues su término no depende de nada que pueda hacer la persona para ponerle fin. La idea rectora es que el enfermo mental requiere internación manicomial mientras sea peligroso y, siendo peligroso porque es enfermo, deberá permanecer en reclusión mientras continúe la enfermedad.³²

Para Nino, “[...] el castigo en ausencia de normas jurídicas equivaldría a la venganza privada, y sería cuestionable basar el castigo en esas emociones individuales, aún cuando sea retroactivamente apoyadas por una sanción democrática”³³.

A questão é que se a falta de normas leva a uma vingança privada em favor da sociedade, pode ocorrer a violação dos direitos humanos, posto que a neutralização ou eliminação de um indivíduo da sociedade pode retirar-lhe a condição de pessoa, transformando-o num objeto, “uma coisa” que está submetida a um sistema penal. Segundo Radbruch, “nosotros apelamos a los derechos humanos que están por encima de toda norma escrita, al inalienable y inmemorial derecho que niega validez a las ordenes delictivas de los tiranos inhumanos”³⁴.

Ressalte-se que retirar um inimputável da sociedade obedece à função preventiva especial negativa da pena, ou seja, a retirada deste indivíduo da sociedade impede, a priori, que ele venha a praticar crimes nesta mesma sociedade. Para Ferrajoli:

Bajo este aspecto, las medidas de seguridad, aunque aplicadas por el juez penal las más de las veces mediante sentencia (art. 205), son, en esencia, medidas de defensa social, bastante más parecidas a las medidas de prevención que a las penas, y refuerzan, como aquéllas, el paradigma constitutivo que da relevancia a la naturaleza del sujeto desviado más que a sus comportamientos³⁵.

³² “O alienado é submetido à reclusão, pois não sairá do manicômio – é dizer que permanecerá trancado – até a decisão judicial – por tempo indeterminado, que pode ser o resto da sua vida. Em rigor é a única pena realmente perpétua que existe no código, pois seu término não depende de nada que possa fazer a pessoa para pôr um fim. A ideia regente é que o enfermo mental requer internação manicomial enquanto seja perigoso e, sendo perigoso porque é enfermo, deverá permanecer em reclusão enquanto continue a enfermidade” (tradução nossa). ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Tratado del derecho penal...** Op. cit. p. 885.

³³ “[...] o castigo na ausência de normas jurídicas equivaleria à vingança privada, e seria questionável fundamentar o castigo nessas emoções individuais ainda quando seja retroativamente apoiada por uma sanção democrática” (tradução nossa). NINO, Carlos S. **Juicio al mal absoluto.** Op. cit. p. 233.

³⁴ “nós apelamos aos direitos humanos que se sobrepõem à toda norma escrita, ao inalienável e imemorial direito que nega a validade às ordens delitivas dos tiranos desumanos” (tradução nossa). RADBRUCH, Gustave. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal...** Op. cit. p. 31.

³⁵ “Sob este aspecto, as medidas de segurança, ainda que aplicadas pelo juiz penal, na maioria das vezes mediante sentença, são, em essência, medidas de defesa social, mais parecidas às medidas de prevenção que às penas, e reforçam, como aquelas, o paradigma constitutivo que dá relevância a natureza do sujeito desviado mais que ao seus comportamentos” (tradução nossa). FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón...** Op. cit. p. 776.

Contudo, se a função preventiva especial negativa chega a ser cruel, como uma pessoa imputável que sofre uma condenação certa e determinada, o que poderá causar a um inimputável que, ainda que tenha cometido um delito, não saberá quanto tempo ficará submetido a uma medida de segurança? As leis brasileira e argentina não versam sobre prazo, somente afirmam que a medida de segurança será por tempo indeterminado, enquanto durar a periculosidade do agente. Assim, o critério posto pela lei é a periculosidade, que significa a possibilidade de voltar a delinquir. No entanto, e se o indivíduo não tiver uma melhora, mesmo estando submetido a um tratamento psiquiátrico, cumprirá a medida de segurança para sempre, enquanto estiver vivo?

Impor uma medida de segurança para proteger a sociedade, causando um prejuízo à pessoa a ela submetida fere o princípio da dignidade da pessoa humana, posto que ninguém poderá ser submetido a tratamentos cruéis e desumanos, que são proibidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1945. Ademais, causa uma situação de insegurança jurídica, posto que o inimputável não tem a definição de quando estará novamente em liberdade. Utilizando, novamente, as palavras de Radbruch, “de ninguna manera es derecho todo lo que el pueblo aprovecha, en último análisis, solo que es derecho, lo que crea la seguridad y lo que aspira a ser justicia”³⁶.

Com relação ao princípio da legalidade, quando não se fixa a quantidade de tempo em que uma pessoa estará submetida a uma sanção, há a violação da formulação latina proposta por Feuerbach, *nulla poena sine lege*, pois a sanção exige uma determinação legal.

Ferrajoli afirma que a medida de segurança “no se refiere a la garantía de estricta legalidad exigida al derecho penal sino a la mera o lata legalidad que preside el ejercicio de todo poder público”³⁷. Isso porque para que haja a obediência ao princípio da estrita legalidade, não basta o ditame “ninguém poderá ser submetido a uma medida de segurança, salvo nos casos previstos em lei”. Seria necessário que os casos de aplicação dessas medidas fossem taxativos, ou seja, fixados rigidamente na lei, de forma clara e predeterminada, bem como o seu tempo de duração. Ademais, há uma contradição entre o princípio da taxatividade das medidas de segurança e seus pressupostos com relação à escolha do tipo de medida a ser aplicada, pois muitas vezes a decisão sobre qual medida aplicar cabe ao juiz, que, analisando a periculosidade do agente com discricionariedade, se baseia mais naquela do que na natureza da conduta praticada pelo delinquente.

³⁶ “de nenhuma maneira é direito tudo o que ao povo aproveita, em última análise, somente o que é direito, o que cria segurança jurídica e o que aspira a ser justiça” (tradução nossa). RADBRUCH, Gustavo. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Op. cit. p. 31.

³⁷ “não se refere à garantia de estrita legalidade exigida ao direito penal, mas à mera ou lata legalidade que preside o exercício de todo poder público” (tradução nossa). FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Op. cit. p. 778.

Para Ferrajolli:

Lo más grave es que ni siquiera la duración de la medida de seguridad está predeterminada legalmente ni determinada definitivamente en la resolución sobre su aplicación. Esta duración indeterminada y la ausencia de toda garantía relativa al momento en que han de cesar representan, sin duda, el aspecto más vejatório de las medidas de seguridad personales³⁸.

E complementa o mesmo autor:

La duración indeterminada, en ocasiones, se traduce en una especie de segregación de por vida para los internados en hospitales psiquiátricos, cárceles-hospitales o hospitales-cárceles donde se consuma una doble violencia institucional-cárcel más manicomio y donde se consumen, olvidados por el mundo [...].³⁹

Assim, a situação de brecha legal do tempo de aplicação das medidas de segurança fere, não somente o princípio da legalidade, que é o pilar do sistema penal, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana, posto que a segregação feita pela medida de segurança faz com que o submetido a ela fique fora da sociedade enquanto estiver vivo, sendo que a perda da sua liberdade de forma perpétua pode levar à negação do seu *status* de pessoa.

CONCLUSÃO

O princípio da legalidade afirma que, assim como não há crime sem lei, da mesma forma, a pena deverá ser estabelecida com base na lei. Ademais, o princípio da legalidade é acompanhado pelos princípios da anterioridade e retroatividade. Todos esses princípios servem para dar maior segurança jurídica aos indivíduos.

As leis devem ser certas e determinadas, com a finalidade de não gerarem arbítrios e insegurança. Desse modo, funcionam como instrumento de controle dos poderes estatais, evitando que o Estado venha a realizar arbitrariedades com os seus súditos, que ao invés de possui-lo como órgão protetor, possam vê-lo como um inimigo.

³⁸ “O mais grave é que nem sequer a duração da medida de segurança está predeterminada legalmente nem determinada definitivamente na resolução sobre sua aplicação. Esta duração indeterminada e a ausência de toda garantia relativa ao momento em que deverão cessar representam, sem dúvida, o aspecto mais vexatório das medidas de segurança pessoais” (tradução nossa). *Ibidem*, p. 779.

³⁹ “A duração indeterminada, em ocasiões, se traduz numa espécie de segregação por toda a vida para os internados em hospitais psiquiátricos, cárceres-hospitais ou hospitais-cárceles onde se consuma uma dupla violência institucional-cárcere mais manicômio e onde se consomem, esquecidos pelo mundo [...]”. (tradução nossa). *Ibidem*. p. 780.

Assim, as sanções penais devem ser estabelecidas por lei, como forma de limitar o poder estatal, porém ainda vai mais além: seus prazos também devem ser estritamente determinados com a finalidade de que elas não se transformem em sanções de caráter perpétuo, quando a lei não determinar esta característica. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 proíbe expressamente em seu art. 5º, XLVII, b, as penas de caráter perpétuo. Na Argentina, há a previsão de penas de caráter perpétuo nos arts. 6º e 9º do Código Penal. No entanto, com relação às medidas de segurança, nos dois países, não há previsão expressa de sua perpetuidade, mas de sua indeterminação temporal.

Dessa forma, diante da brecha existente em ambos os ordenamentos penais, torna-se indispensável que os dois países atuem para evitar que a medida de segurança se transforme numa sanção de caráter perpétuo, ferindo ainda mais o princípio da legalidade e também a dignidade humana das pessoas a ela submetidas. Uma forma de modificar a situação seria alterar as legislações e estabelecer o prazo da medida de segurança, baseando-se na pena máxima em abstrato do crime praticado pelo inimputável. Desse modo, a legalidade não seria prejudicada e seria dada maior segurança jurídica a ambos os ordenamentos.

Recentemente, o Brasil, por meio da Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), adotou este posicionamento, com a seguinte dicção: “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado⁴⁰”. Assim, houve a sinalização da tendência de limitar temporalmente as medidas de segurança, algo de extrema importância, que poderá culminar numa alteração legislativa futura, impedindo, de uma vez por todas, a indeterminação temporal das medidas de segurança no país.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 527. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 30 maio 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/STJ-edita-mais-tr%C3%AAs-s%C3%BAmulas-na-%C3%A1rea-penal>. Acesso em: 30 dez. 2015.

REFERÊNCIAS

- ALVIN, Rui Carlos Machado. **Uma pequena história das medidas de segurança**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2007.
- ARGENTINA. Código Penal. **Ley n. 11.179**. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#6>>. Acesso em: 5 abr. 2015.
- BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 abr. 2015.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 1 abr. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula 527. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 30 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.53608&seo=1>>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Reavan, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andres Ibañez. Madrid: Trota, 1995.
- HASSEL, Guillermo Eduardo German. **Las medidas de seguridad**, Buenos Aires. 200-. Disponível em: <<http://www.monografias.com/trabajos44/derecho-penal-seguridad/derecho-penal-seguridad2.shtml#ixzz3WXw2eu35>>. Acesso em: 27 mar. 2015.
- FÉ, Bruna Maria Pinto Marques de Moura; LIRA, Nathália Maria Lins. Medidas de segurança: evolução, reforma psiquiátrica e Lei n. 10.216/2001. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 17, n. 3262, 6 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21941/medida-de-seguranca-evolucao-reforma-psiquiatica-e-lei-n-10-216-2001#ixzz3WYGjVI5z>>. Acesso em: 27 mar. 2015.
- LOMBRAÑA, Andrea N. El derecho penal del “peligroso”: medidas de seguridad y regímenes de excepción una lectura antropológica. **Publicar**, Buens Aires, v. 10, n. 13, p. 49-68, Dic. 2012. Disponível em: <<http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/publicar/article/view/1316>>. Acesso em: 8 abr. 2015.
- MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.
- NINO, Carlos S. **Juicio al mal absoluto**. Buenos Aires: Ariel, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaración de los Derechos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_file_file/declaracion_universal_derechos_humanos.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2015.

RADBRUCH, Gustave. **Arbitrariedad legal y derecho supralegal**. Trad. Maria Isabel Azareto de Vasquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1946.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. Buenos Aires: Ediar, 1985.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Sociología del castigo**: genealogía de la determinación de la pena. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013.