

MARINA HERMES EICHENBERG

PANORAMA GERAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA E O PROJETO DE
LEI DA CASTRAÇÃO QUÍMICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Odone Sanguiné

Porto Alegre

2010

MARINA HERMES EICHENBERG

PANORAMA GERAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA E O PROJETO DE
LEI DA CASTRAÇÃO QUÍMICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

.....
Prof. Odone Sanguiné

.....
Prof. Danilo Knijnik

.....
Prof. Humberto Jacques de Medeiros

Conceito:

Porto Alegre, de de

AGRADECIMENTOS

Agradeço o auxílio, a compreensão e a paciência prestados por meu orientador, Prof. Dr. Odone Sanguiné.

Agradeço também à minha querida irmã Carolina, pelas conversas, pelo companheirismo e pelo incondicional apoio.

RESUMO

O presente trabalho intenta uma breve apresentação dos aspectos gerais das medidas de segurança, bem como a relação dessa sanção penal com o projeto de lei do Senado Federal nº 552/2007, que objetiva a implantação da castração química àqueles que cometem as figuras delituosas previstas nos artigos 217-A e 218 do Código Penal. Inicia-se com um breve apanhado acerca da evolução histórica e das características gerais das medidas de segurança. Em seguida, é analisada a aplicabilidade das medidas de segurança em nosso ordenamento. Depois, destacam-se os princípios limites das medidas de segurança em um Estado Democrático de Direito, especialmente em relação aos princípios fundamentais que as orientam. Por fim, é feita uma análise do referido projeto de lei sob o enfoque do atual sistema sancionatório no país. É uma aproximação do tema da viabilidade constitucional da castração química e de enquadrá-la em alguma das atuais espécies de sanção previstas na legislação penal brasileira.

Palavras-chave: Medidas de segurança. Projeto de lei. Castração química.

RESÚMEN

El presente trabajo presenta los aspectos generales de las medidas de seguridad, así como la relación de tal sanción penal con el proyecto de ley del Senado Federal N. 552/2007, que tiene por objetivo la implantación de la castración química a personas que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 217 – A e 218 del Código Penal. Empieza con una breve descripción de la evolución histórica y de las características generales de las medidas de seguridad. A seguir, se analiza la aplicabilidad de las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento. Posteriormente, se destacan los principios que limitan esas medidas de seguridad en un Estado Democrático de Derecho, especialmente en lo que respecta a los principios fundamentales que las orientan. Finalmente, se hace un análisis del referido proyecto de ley bajo el enfoque del actual sistema de sanciones del país. Es una aproximación al tema de la viabilidad constitucional de la castración química y de enmarcarla en alguna de las actuales especies de sanción previstas en la legislación penal brasilera.

Palabras claves: Medidas de seguridad. Proyecto de ley. Castración química.

LISTA DE ABREVIATURAS

art. – artigo

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas Corpus

LEP – Lei de Execução Penal

RHC – Recurso em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PERCURSO HISTÓRICO-EVOLUTIVO E CARACTERÍSTICAS GERAIS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	10
1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	10
1.1.2 Medidas de segurança na legislação brasileira	15
1.2 SISTEMAS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	19
1.3 NATUREZA JURÍDICA	21
1.4 JUSTIFICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	22
1.5 FINALIDADES DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	24
1.6 DISTINÇÕES ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA SOB O ENFOQUE DAS FINALIDADES	26
1.6.1 Finalidades das penas	26
1.6.2 Paralelo entre as finalidades das penas e das medidas de segurança	28
2 APLICABILIDADE E EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	30
2.1 PRESSUPOSTOS	30
2.1.1 Fato punível	30
2.1.2 Perigosidade criminal	32
2.2 ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	34
2.2.1 Espécies de medidas de segurança na redação original do Código Penal de 1940	35
2.2.2 Espécies de medidas de segurança no atual Código Penal	38
2.2.2.1 Internação e tratamento psiquiátrico	40
2.2.2.2 Tratamento ambulatorial	42
2.3 CONVERSÃO ENTRE AS ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA	43
3 LIMITES DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	45
3.1 PRINCÍPIOS	45
3.1.1 Princípio da legalidade	45
3.1.1.1 Princípio da irretroatividade das leis penais	47
3.1.2 Princípio da Proporcionalidade	48
3.1.3 Princípio da <i>Ultima Ratio</i>	50
3.1.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade	50
3.1.5 Princípio da Presunção da Inocência e o <i>in Dubio pro Reo</i>	51
3.2 DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	52
3.3 PRESCRIÇÃO	57
4 A CASTRAÇÃO QUÍMICA DE PEDÓFILOS: PENA OU MEDIDA DE SEGURANÇA?	60
4.1 O PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 552/2007	65
4.1.1 Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania	67
4.1.1.1 Análise da constitucionalidade do projeto	67
4.2 COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 552/2007	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

A aplicação de medidas de segurança é a resposta do Direito Penal a delitos cometidos por maiores de 18 anos declarados inimputáveis em virtude de não compreenderem o caráter ilícito do fato em decorrência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A medida de segurança também poderá ser destinada a semi-imputáveis, cuja capacidade de compreensão é diminuída em razão de perturbação da saúde mental. Essa sanção penal possui traços singulares, com características distintas da pena, que são alvo de conciso estudo deste trabalho. Tendo em vista a peculiaridade, ainda desconhecida, da castração química como sanção penal, bem como a perigosidade dos indivíduos que cometem delitos que envolvam violência sexual, especialmente quando cometidos contra crianças, conveniente a elaboração de um panorama geral sobre as medidas de segurança.

Em face dos alarmantes índices de reincidência em crimes sexuais a sociedade tem exigido respostas penais a esses delinquentes. Para tanto, diversos países têm adotado o método da castração química para a contenção desses indivíduos, variando as formas de sua incidência, especialmente em relação a sua inflição. Na Grã-Bretanha, por exemplo, o delinquente pode se submeter voluntariamente ao procedimento, enquanto no Estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América, há uma imposição da castração química aos condenados reincidentes em crimes que envolvem pedofilia.

O projeto de lei do Senado Federal nº 552/2007 confirma essa tendência mundial de implantação da castração química como consequência penal, já tendo as Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e de Direitos Humanos e Participação Legislativa se manifestado pela aprovação do projeto, com propostas de emendas. Contudo, esse tema ainda é incógnito e exige maior aprofundamento antes de eventualmente ingressar no ordenamento brasileiro.

A castração de delinquentes é questão controversa, que enseja discussões nos seus mais variados aspectos, desde a técnica médica utilizada, passando por sua dificuldade de enquadramento como pena ou como medida de segurança, até a afetação de direitos e garantias fundamentais envolvidos. Indubitavelmente, a questão chegou ao país com chances reais de sua implantação, o que reclama sua apreciação à luz da Constituição da República Federativa do Brasil e do sistema sancionatório vigente.

O presente trabalho, em seu primeiro capítulo, propõe-se a apresentar um apanhado sobre a origem do instituto medidas de segurança e sua evolução na história, bem como as modificações dos sistemas de reprimenda penal e demais características gerais, como a sua natureza jurídica e a sua justificação. Também são expostas nesse capítulo primordial as finalidades das medidas de segurança e sua eventual diferenciação, sob esse aspecto, das penas privativas de liberdade.

No capítulo subsequente, objetivando a exposição de um quadro sobre a aplicabilidade das medidas de segurança no ordenamento pátrio, descrevem-se seus pressupostos de incidência. Em seguida, discorre-se sobre as espécies de medidas de segurança implantadas quando da sistematização da sanção no Código Penal de 1940 e as espécies atualmente vigentes, em conformidade com a reforma de 1984, e a possibilidade de conversão entre elas.

Já no terceiro capítulo, é pretendida a demarcação das medidas de segurança em um Estado Democrático de Direito através de seus princípios limites. Tais princípios se desdobram na contenta concernente à duração das medidas de segurança e ao reconhecimento do instituto da prescrição das pretensões estatais punitiva e executória.

Encerrada a exibição de um quadro geral acerca do surgimento, das características, da aplicação e dos princípios limites das medidas de segurança, com o intuito de clarear traços que possibilitem uma primeira leitura da propriedade sancionatória da castração química, avança-se à apresentação da principal temática deste estudo. O quarto capítulo, portanto, dedica-se a explicar o que é a castração química, com um sintético panorama da adoção desse método no direito comparado e sua relação com os crimes sexuais e a pedofilia. Prossegue-se narrando o teor e o percurso do projeto de lei do Senado Federal nº 552/2007, que propõe a implantação desse procedimento como pena. Por fim, são feitos comentários singelos e despreziosos sobre o referido projeto de lei, à luz do estudo anteriormente realizado acerca das medidas de segurança.

1 PERCURSO HISTÓRICO-EVOLUTIVO E CARACTERÍSTICAS GERAIS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A medida de segurança é a consequência jurídico-penal do estado perigoso, que visa atuar no controle social ao providenciar o afastamento do risco que oferece o delinquente inimputável ou o semi-imputável que praticou um ilícito penal, bem como oferecer emenda a ele.

Embora tal instituto só tenha ganhado destaque com o positivismo, sua origem remonta à aplicação, pelos romanos, de medidas para segregar os doentes mentais denominados *furiosi*, que eram excluídos do Direito Penal, impondo sua rejeição ou internação em casas de custódia, afastando os sujeitos perigosos da sociedade.¹ Até o século XIX, eram adotadas medidas de defesa social contra atos antissociais, não sendo exigível a prática de nenhum fato delituoso, sendo segregados sujeitos pelo perigo ou pelo mau exemplo que representavam para a sociedade.

Já o Direito Penal da escola clássica estava restrito a fórmulas abstratas, a maioria delas oriunda dos romanos, sendo seus sustentáculos o crime e a pena. Na análise de Aníbal Bruno, “*o delito atrai sobre seu autor, por ele moralmente responsável, a pena, como castigo. Daí o caráter retributivo e aflitivo da medida penal. Esta seria uma violação dos direitos do delinquente, como retribuição e violação de direitos por ele praticada*”². Conclui o referido autor que os juristas clássicos ignoravam a realidade humana, uma vez que apreciavam o delito como simples infração de uma norma jurídica.

A erupção do desenvolvimento das ciências biológicas experimentais provocou, em contradição aos criminalistas clássicos, o estudo dos fundamentos e das razões do comportamento humano. Assim, passou a ser submetido ao Direito Penal não só o delito, como também a pessoa do delinquente, através do esclarecimento de aspectos do comportamento humano.³

¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 2002, p. 596.

² BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*, 1977, p. 120.

³ BRUNO, 1977, p. 122.

O fenômeno delito passou a ser interpretado, bem como houve estudos acerca da reação social adequada para combater a criminalidade, reclamando as ciências positivistas, para tanto, a consideração da personalidade do agente, porquanto o seu cometimento não era mais visto como uma simples violação à norma jurídica, mas como uma manifestação de desajustamento. Vislumbra-se, pois, o nascimento da fórmula da perigosidade criminal, configurada pelo perigo contínuo que o homem apresenta para a sociedade.⁴

A dinâmica do Direito Penal, então, passa a se desenvolver entre dois polos: a perigosidade criminal e a defesa social.

A modificação da natureza da medida de segurança decorreu de severas críticas construídas contra a eficácia da sanção-pena, que gerou questionamentos sobre o sistema tradicional da reprimenda penal, ocasionando a aderência de pensamentos preventivistas, sendo substituídas as ideias de retribuição pela inocuização e pelo tratamento dos delinquentes. Além dessa averiguação, houve a simultânea ascendência da Escola Cientificista e, conseqüentemente, da criminologia, tornando-se relevante o estudo das anomalias e o perigo social ameaçadores dos cidadãos.⁵

A combinação de tais fatores fez surgir duas correntes sobre a sanção criminal. A primeira delas defendia a pena como única modalidade de reprimenda penal, bastando a conversão de sua finalidade retributiva para preventiva, criando-se penas acessórias para os reincidentes e aumentando as penas para os delinquentes habituais. Já para a segunda vertente, deveria ser criada, ao lado da pena, uma nova espécie de sanção penal voltada para a finalidade preventiva. O ponto em comum entre os posicionamentos era a insuficiência da pena com o fim meramente retributivo, devendo o estudo estender-se ao tipo de criminoso, não só ao crime. Assim, ganhou força a finalidade preventiva, sendo o tratamento e a neutralização escolhidos como meios mais eficazes de proteção social, prestigiando-se o fim utilitário da pena, sendo preferível, como instrumento de defesa social, prevenir o delito a punir o delincente.⁶

A conjugação entre a crise da pena e o movimento de defesa social fez surgir uma nova modalidade de sanção, sob importante influência da escola positivista italiana, que entendia o crime como uma doença social, cuja cura estaria na aplicação forçada de

⁴ BRUNO, 1977, p. 122-123.

⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, 2001, p. 17.

⁶ FERRARI, 2001, p. 17-18.

tratamento, adotando a ideologia do tratamento, fundada na defesa social, no determinismo, na perigosidade e no utilitarismo.

A defesa social representa um dos pontos centrais do positivismo italiano, que oscila entre a proteção e a justiça social. A sociedade era comparada com o organismo humano, que tem direito à própria conservação, o que permite formas de controle social como a segregação dos inadaptáveis, para a harmonia da convivência social.⁷

O determinismo, por sua vez, é a apreciação do delinquente sob a influência da sociedade, sendo suficiente a justificativa da punição por responsabilidade social, tendo em vista a ausência de livre arbítrio do indivíduo, o que revela antipatia com a finalidade retributiva.⁸

Já a perigosidade do agente vincula a punição à perversidade do delinquente e à quantidade de mal que poderia se rezear em relação a ele, sendo a medida de segurança um instrumento de contenção. Esse fundamento deu origem à relação entre medida de segurança e temibilidade, que justificava a imposição de tratamento. A temibilidade foi combinada com a ideia de responsabilidade social que, na conjugação da gravidade do crime, dos motivos determinantes e da personalidade do agente, constituía um dos elementos da perigosidade criminal.⁹

Por fim, o utilitarismo se prestou à negação do retributivismo, uma vez que se acreditava que o justo e o equitativo correspondiam ao útil. Para essa escola positivista, a justiça acontecia através da busca de uma relação de conveniência entre o ato perigoso e o delinquente, para obstaculizar a recidiva criminal.¹⁰

Já no século XX, foi o movimento da Defesa Social, oriundo do positivismo, que estimulou e proporcionou o avanço da medida de segurança. Sua noção principal era harmonizar o máximo de seguridade social com o mínimo de sofrimento individual para combater o delito.

Embora suas fontes sejam mais primitivas, a exemplo da medida de expulsão de pessoas consideradas perniciosas ao grupamento social e das medidas dirigidas aos *furiosi* no Direito Romano, a Defesa Social ganhou ênfase com as reflexões acerca da ineficácia da pena, conforme já esboçado.

⁷ FERRARI, 2001, p. 20.

⁸ FERRARI, 2001, p. 20-22.

⁹ FERRARI, 2001, p. 22-23.

¹⁰ FERRARI, 2001, p. 23-24.

Assim, Aníbal Bruno leciona que foi o pensador clássico Romagnosi quem trouxe definitivamente o critério da defesa social como fundamento do Direito Penal, ao compreendê-lo como “um direito de defesa atual contra uma ameaça permanente, nascida da injustiça intemperança”. Contudo, faltava aos clássicos a percepção do delito como um fenômeno antropossociológico, que permitisse a compreensão integral do problema da defesa social, alcançada somente pelas ciências técnicas.¹¹

A necessidade de medidas concretas a serem adotadas especialmente contra os indivíduos que, em razão de seu desajuste psíquico, revelavam-se desajeitados às normas da convivência social, representando uma ameaça constante à ordem constituída, é marca do referido movimento. No pensamento da Defesa Social, essas medidas se tornam institutos, caracterizadas pelo objetivo de tratamento de seus destinatários.¹²

Houve um deslocamento da sanção repressiva para a de prevenção, especialmente na atuação do Estado sobre o próprio delinquente, para reabilitá-lo ou segregá-lo do meio social. Assim, a pena clássica não tinha mais espaço no sistema.¹³

Contudo, não era possível retirar da pena o caráter retributivo, proporcional ao delito cometido, de modo que a solução encontrada por Von Liszt foi a criação de outra espécie de providência, denominada medida de segurança, com o atributo de segregação e de emenda, enquanto à pena permanecia o caráter intimidador.¹⁴

A Defesa Social pode ser dividida em três principais direções evolutivas, na seguinte ordem de evolução: Concepção Extrema ou de Gênova, Direção Moderada ou de Paris e Direção Conservadora.

A Corrente Extrema ou de Gênova iniciou os postulados da Defesa Social, sendo seu maior representante Filippo Gramatica, e defendia que a sanção penal era aplicável a todos os indivíduos que demonstrassem antissociabilidade, ou seja, o indivíduo não era mais punido pela prática do ilícito, porquanto o tratamento era imposto em conformidade com sua perigosidade social. Segundo essa corrente, haveria uma medida para cada pessoa e não uma pena para cada delito, buscando a cura e a educação social do homem.¹⁵

A Corrente Moderada ou de Paris, por sua vez, constatado o perigo que a Corrente Extrema representava às garantias individuais, propôs vertente mais garantista à defesa social

¹¹ BRUNO, 1977, p. 123-124.

¹² PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Personalidade Psicopática, Semi-Imputabilidade e Medida de Segurança*, 1982, p. 79.

¹³ BRUNO, 1977, p. 126.

¹⁴ BRUNO, 1977, p. 127.

¹⁵ FERRARI, 2001, p. 25-26.

apresentada por Marc Ancel. A diferença entre as duas correntes se resume à preocupação desta com o livre arbítrio do delinquente, com combate ao delito, e com a variedade de medidas aplicáveis aos delinquentes anormais e multirreincidentes. Preocupava-se, pois, em ressocializar o indivíduo através de um sistema unitário de Defesa Social que integrasse a pena e a medida de segurança.¹⁶

Já a Corrente Conservadora, representada por Nuvollone, era a mais próxima à Escola Clássica, na medida em que defendia a unificação entre a pena e a medida de segurança, uma vez que aquela servia à proteção dos bens jurídicos, enquanto esta estava a serviço da ressocialização do autor na comunidade jurídica, sendo perfeitamente possível sua fusão, pois compatíveis os seus fins. Havia, no entanto, discordância acerca da aplicação dos institutos, tendo em vista que a pena era calcada no princípio da legalidade, sendo imprescindível a prática de um crime anterior, enquanto para a aplicação da medida de segurança, o cometimento de um ilícito-típico não era necessário.¹⁷

Von Listz, defensor da teoria relativa, criou uma nova teoria chamada pena-fim, cuja ideia central era que toda sanção penal era concebida com o fim preventista, tendo em vista que sua função era proteger bens jurídicos. Assim, Von Listz encontrou justificativa para sua teoria na Defesa Social, para integrar em um só tipo de sanção os fins retributivos e preventivos. O pensador traçou diretrizes político-criminais para as medidas de tratamento que viriam, assinalando a importância da combinação entre o direito penal e a antropologia e a psicologia e a estatística criminal, iluminando o caminho para a criação de novas sanções.¹⁸

A primeira aparição no direito positivo, ainda assistemática, das medidas de segurança foi no Código Italiano de 1889, que previa no seu art. 46 que, em caso de absolvição, em razão de enfermidade mental, podia o juiz ordenar a custódia do absolvido se considerasse sua liberdade perigosa.

A disposição sistemática das medidas de segurança foi realizada por Carl Stooss, através do Anteprojeto para o Código Federal Suíço, publicado integralmente em 1894. Tal projeto foi um marco na evolução das sanções penais, pois positivou, através das ideias de Von Listz, uma forma de complementação sancionatória aos delinquentes não recuperados. A medida de segurança, em posição paralela à pena, surgiu com a seguinte configuração: sanção complementar, algumas vezes substitutiva à pena, baseada na perigosidade do delinquente,

¹⁶ FERRARI, 2001, p. 26-27.

¹⁷ FERRARI, 2001, p. 27-28.

¹⁸ FERRARI, 2001, p. 28-29.

cuja duração estava condicionada à cessação de sua perigosidade, executada em estabelecimentos especializados e adequados ao tratamento.¹⁹

A preocupação especial de aplicação das medidas de segurança era destinada aos reincidentes, aos alcoólatras habituais, aos corrompidos perigosos e aos delinquentes juvenis. A medida de segurança seria imposta, de acordo com o art. 40 do Anteprojeto, nos casos em que a pena não era eficaz, substituindo uma sanção por outra. O tratamento não era, pois, simples complementação da pena, tendo em vista que a substituía quando ineficaz, para proteger a sociedade e, simultaneamente, recuperar o delinquente perigoso. Assim, surge o sistema de dupla via sancionatória.²⁰

1.1.2 Medidas de segurança na legislação brasileira

Não obstante a sistematização das medidas de segurança aflorar somente com o Código Penal de 1940, anteriormente a ele já havia medidas de tratamento disciplinadas esparsamente, que ainda recebiam, contudo, a denominação *pena*. O Decreto n. 145 de 1893, por exemplo, já dispunha sobre internamento de vadios, vagabundos e capoeiras. O Decreto n° 1.132, de 22 de dezembro de 1903, por sua vez, criou os manicômios judiciários e legislou sobre o recolhimento de indivíduos portadores de moléstia mental, congênita ou adquirida, que ameaçassem a ordem pública ou a segurança da população²¹. Seguidamente, ainda foram criadas medidas para intoxicados por inebriantes ou estupefacientes, dentre outras formas.

Em 1913, sob a nítida influência de Stooss e Von Listz, o Projeto de Código Penal de Galdino Siqueira, que não chegou a ser deliberado, previa a internação dos inimputáveis perigosos em manicômios judiciários ou em hospitais de alienados.²²

Ao seu tempo, o Projeto de Código Penal de Virgílio de Sá Pereira, datado de 1927, teve sua inspiração no Código Suíço e no Projeto Rocco. O projetista iniciou a organização metódica das medidas de segurança, norteadas pelo critério da perigosidade social, bem como criou a categoria de delinquentes com imputabilidade restrita.²³

¹⁹ FERRARI, 2001, p. 30.

²⁰ FERRARI, 2001, p. 31.

²¹ PRADO, 2002, p. 599.

²² FERRARI, 2001, p. 33.

²³ FERRARI, 2001, p. 33-34.

Embora submetido a duas revisões, nos anos de 1928 e 1933, o Projeto de Virgílio de Sá Pereira não foi aceito, cabendo tão somente ao Código Penal de 1940 legislar sistematicamente sobre as medidas de segurança. O referido Código, ao adotar o sistema duplo binário, posicionou a medida de segurança de forma paralela à pena, ora complementando-a, ora a substituindo. Eram necessários à aplicação das medidas de segurança dois requisitos simultâneos: a prática de fato previsto como crime e a perigosidade de quem o praticava, conforme dispunha o artigo 76²⁴ do ultrapassado Código. Todavia, essa combinação era flexibilizada nos casos de perigosidade social, admitindo-se a aplicação da sanção mesmo quando não cometido qualquer delito, nos termos dos artigos 76, parágrafo único, e 80²⁵, sendo relativizado, portanto, o princípio da legalidade.

Outro ponto característico era a duração indeterminada do cumprimento da sanção. Sendo a medida de segurança intimamente relacionada ao estado de perigo do agente, tendo em vista que a justifica e a gradua, enquanto o mesmo não cessasse, a sua execução permaneceria, motivo pelo qual só havia tempo mínimo de duração, previsto no artigo 81²⁶ do Código Penal de 1940, independentemente do desaparecimento da perigosidade, a despeito da inexistência de prazo máximo. A existência de prazo mínimo era justificada pelo risco do retorno precipitado do internado ao convívio social, segundo leciona Eduardo Reale Ferrari²⁷. Apesar disso, existiu uma limitação temporal que favoreceu os perigosos de imputabilidade restrita e os imputáveis, limitando a sanção em no máximo dois e três anos, respectivamente.

28

Conforme ensina Aníbal Bruno, outra falha desse diploma foi a falta “*na enumeração dos fundamentos do juízo da periculosidade a consideração da personalidade*”

²⁴ Art. 76. A aplicação da medida de segurança pressupõe:

I – a prática de fato previsto como crime;

II – a periculosidade do agente.

Parágrafo único. A medida de segurança é também aplicável nos casos dos arts. 14 e 27, se ocorre a condição do n. II.

²⁵ Art. 80. Durante o processo, o juiz pode submeter as pessoas referidas no art. 78, n. I, e os ébrios habituais ou toxicômanos às medidas de segurança que lhe sejam aplicáveis.

Parágrafo único. O tempo de aplicação provisória é computado no prazo mínimo de duração da medida de segurança.

²⁶ Art. 81. Não se revoga a medida de segurança pessoal, enquanto não se verifica, mediante exame do indivíduo, que este deixou de ser perigoso.

§ 1º Procede-se ao exame:

I – ao fim do prazo mínimo fixado pela lei à medida de segurança;

II – anualmente, após a expiração do prazo mínimo, quando não cessou a execução da medida de segurança;

III – em qualquer tempo, desde que o determine a superior instância.

§ 2º Se inferior a um ano o prazo mínimo de duração da medida de segurança, os exames sucessivos realizam-se ao fim de cada período igual àquele prazo.

²⁷ FERRARI, 2001, p. 37.

²⁸ BRUNO, 1977, p. 219.

real do agente e das circunstâncias do delito”²⁹. No artigo 78³⁰ do Código Penal de 1940, eram arroladas situações que presumiam a perigosidade do agente, permitindo a imposição da medida de segurança sem qualquer tipo de aferição do indivíduo. Nesse contexto, o artigo 80 ainda autorizava a aplicação provisória da sanção, revelando o descaso à presunção de inocência³¹.

Sob a regência desse diploma, o agente era punido pelo que ele era, e não pelo crime que cometeu, de modo que as medidas de segurança, desmembradas em detentivas e não detentivas, eram de cunho pessoal, de acordo com a gravidade do crime e da perigosidade do criminoso, ou patrimonial.³²

Oportuno, pois, fazer uso da lição de Ferrari para a compreensão crítica do revogado diploma:

A medida de segurança não era imposta para recuperá-lo, até porque, se o fosse, seria precedente à aflição e seu cunho segregatório. A sociedade, temerosa com a periculosidade social do indivíduo, e não obrigatoriamente do delinqüente, preferia escamotear a perpetuidade da sanção-pena, denominando-a de benéfico tratamento.³³

Em 1963, Nelson Hungria iniciou um anteprojeto criminal que, após seis anos de debates, culminou no Código Penal de 1969, o qual manteve em grande parte a sistematização anterior, acrescentando às medidas de segurança pessoais não detentivas novas categorias, a exemplo da interdição do exercício da profissão e a cassação de licença para dirigir veículos motorizados, nos termos do artigo 87.³⁴

²⁹ BRUNO, 1977, p. 218-219.

³⁰ Art. 78. Presumem-se perigosos:

I - aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena;

II - os referidos no parágrafo único do artigo 22;

III - os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez;

IV - os reincidentes em crime doloso;

V - os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores.

Casos em que não prevalece a presunção

§ 1º A presunção de periculosidade não prevalece, quando a sentença é proferida dez anos depois do fado, no caso do n. I deste artigo, ou cinco anos depois, nos outros casos.

§ 2º A execução da medida de segurança não é iniciada sem verificação da periculosidade, se da data da sentença decorrerem dez anos, no caso do n. I deste artigo, ou cinco anos, nos outros casos, ressalvado o disposto no art. 87.

§ 3º No caso do art. 7º, n. II, a aplicação da medida de segurança, segundo a lei brasileira, depende de verificação da periculosidade.

³¹ FERRARI, 2001, p. 36.

³² FERRARI, 2001, p. 35.

³³ FERRARI, 2001, p. 37.

³⁴ FERRARI, 2001, p. 37.

Esse diploma também evoluiu ao dar ênfase à figura do semi-imputável, com a aplicação atenuada da pena ou sua substituição por internação em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento psiquiátrico.³⁵

Outra característica essencial desse período foi a eliminação da possibilidade de cumulação de pena e medida de segurança, conforme determinava o artigo 93, sendo o julgador obrigado a considerar o delinquente como imputável ou inimputável, no intuito de aplicar a sanção pertinente a cada caso, revelando a adoção do sistema vicariante. No entanto, o aparente término do ciclo duplo binário foi corrompido por força da revogação do Código Penal de 1969, antes mesmo de entrar em vigência, provocando um retrocesso na matéria ao manter vigente o Código Penal de 1940. O retorno das ultrapassadas perspectivas provocou a comunidade científica e jurídica, que trabalhou na elaboração de um novo texto.

Primeiramente, a reforma da parte geral do Código Penal de 1984 estabeleceu que as medidas de segurança são aplicáveis somente aos agentes inimputáveis e semi-imputáveis, conceituados pelo artigo 26, *caput* e parágrafo único, respectivamente. O diploma penal em exercício encerrou o sistema duplo binário, aderindo definitivamente ao sistema vicariante. Esse progresso marcou a revitalização do princípio da legalidade, haja vista a exigência simultânea da perigosidade criminal e da prática de um crime, bem como ao abandonar a presunção de perigosidade, herança do Código Penal de 1940.³⁶

Houve a simplificação a duas espécies de medidas: a internação e o tratamento ambulatorial, que, a exemplo de outras características da atual legislação, como a ausência de limite máximo da sanção, será tratada em momento oportuno.

Por derradeiro, a Lei de Execução Penal (LEP) alicerça a aplicação das medidas de segurança, e sobre ela cabe tecer alguns comentários.

É defeso a aplicação provisória das medidas de segurança, tendo em vista os artigos 147, 171 e 172 da LEP, restando, na hipótese de agente perigoso, sua substituição por prisão preventiva. A redação original do Código Penal previa a aplicação provisória de medidas de segurança aos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, aos ébrios eventuais e aos toxicômanos. Com a reforma de 1984, houve divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de aplicação provisória, tendo em vista que o art. 378 do Código de Processo Penal ainda tratava do tema.³⁷ Atualmente, é cediço na

³⁵ PRADO, 2002, p. 599.

³⁶ FERRARI, 2001, p. 40.

³⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, 2005, p. 629.

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ³⁸ que não se aceita mais a medida de segurança provisória.

De outra banda, o artigo 175 da LEP rege a averiguação da cessação de perigosidade ao término do prazo mínimo de duração da sanção, enquanto o artigo 176 possibilita tal verificação prematuramente. Novamente houve uma omissão quanto ao limite máximo de duração de sanção, que é adstrita à perigosidade do agente. Desinternado ou liberto o paciente, caberá ao juiz a imposição de condições de vigilância e de comportamento, diante da combinação dos artigos 178, 132 e 133 da legislação.³⁹

Ainda em minguada análise, cumpre destacar o incidente de execução denominado conversão, previsto no artigo 183 da mencionada lei e nos artigos 154 e 682 do Código de Processo Penal, que ocorre quando há superveniência de circunstâncias referentes à saúde mental do agente, constatadas por perícia médica, que exigem que o imputável que cumpria pena privativa de liberdade seja submetido à medida de segurança.⁴⁰ Mesma natureza possui o artigo 184 do mesmo diploma, que dispõe sobre a possibilidade de regressão de tratamento ambulatorial para internação, em face de incompatibilidade com a medida mais branda, caso em que o interno será sujeitado a, no mínimo, um ano de tratamento.

1.2 SISTEMAS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

De acordo com a concepção unitária, as inúmeras semelhanças entre penas e medidas de segurança permitiam um único instrumento sancionador, caracterizando um sistema monista. Especialmente influenciada pelos positivistas, a corrente unitária, por acreditar ser a medida de segurança uma providência não aflitiva, defendia a possibilidade de união das sanções por uma pena de segurança. Segundo tal concepção, a pena e a medida de segurança não estavam justapostas, tampouco se complementavam como duas modalidades distintas, mas se desenvolviam uma pela outra.⁴¹

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. HC 112042/RJ. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. DJe 13 set. 2010.

³⁹ FERRARI, 2001, p. 44.

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*, 2009, p. 466.

⁴¹ FERRARI, 2001, p. 67-68.

O sistema monista apresenta incontáveis formulações diferenciadas, que podem se resumir a três principais variações: absorção da medida de segurança pela pena, absorção da pena pela medida de segurança e criação de sanção unitária que englobe as duas penalidades ou que cumpra simultaneamente as finalidades de prevenção geral e especial. A primeira delas se fundamenta na ideia de que a pena se afastou da retribuição e busca a ressocialização do delinquente, cumprindo também a função de prevenção especial. Já a absorção da pena pela medida de segurança, defendida pelo positivismo italiano mais extremista, privilegia a medida de segurança como instrumento de prevenção especial mais adequado do que a pena, em uma visão totalmente doutrinária das sanções. Por fim, as teses unificadoras, surgidas da crítica ao monismo puro, buscavam sintetizar as características das duas sanções em um único instrumento.⁴²

Já o sistema dualista se caracteriza pelo cumprimento sucessivo da pena e, em seguida, da medida de segurança, quando persistente o estado de perigosidade, cumulando, portanto, ambas as consequências jurídicas, tendo em vista a distinção entre sua natureza, estrutura e função.

É possível elencar os seguintes argumentos favoráveis ao sistema dualista, no entendimento de seus defensores: (a) as sanções são fundadas em aspectos distintos, a pena precipuamente na repressão, enquanto a medida de segurança é fundada na prevenção, e ambas interessam igualmente ao Direito Penal; (b) seus pressupostos e finalidades também se diferenciam. Em suma, é nas diferenças das sanções que se amparam os defensores do sistema duplo binário.

Sua origem remonta aos projetos suíço e alemão, e sua consolidação foi através do Código Rocco e, em seguida, foi adotado por muitos outros códigos penais promulgados entre as duas grandes guerras mundiais, inclusive pelo Código Penal brasileiro de 1940.

A denominação duplo binário é oriunda da expressão italiana *doppio binario*, que significa duplo trilho ou dupla via, uma vez que são impostas, nesse modelo, duas sanções distintas em razão de um mesmo fato. Justamente por ser o “duplo castigo” a principal característica do modelo, ele foi abandonado pela maioria dos países e também pelo Brasil, com a reforma de 1984.

A diferenciação entre penas e medidas de segurança não é tão óbvia para o sujeito que sofre qualquer uma dessas sanções e para a coletividade, que as valora de uma maneira muito próxima, tendo em vista o caráter sancionador de ambas as consequências. Ademais,

⁴² GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal*, 2007, p. 890-894.

não é possível afastar da pena a finalidade de prevenção especial, bem como é certo que as medidas de segurança provocam efeito intimidatório característico da prevenção geral, interessando a ambas as sanções a ressocialização do delinquente.⁴³

Outra crítica que se faz a esse sistema é que o delinquente imputável que reparou sua culpa através da pena, que precede a medida de segurança, teria que cumprir uma medida para proteger a sociedade, enquanto aquele delinquente que necessitasse de tratamento primeiro teria que ser submetido à pena, o que demonstra a irracionalidade do sistema dualista.⁴⁴

Assim, na década de 1980 se fortalece o clamor dos doutrinadores pela modificação do sistema duplo binário, que culminou no surgimento do sistema vicariante, que é uma espécie de diálogo entre os dualistas e os monistas, tanto que chamado de dualístico-vicariato ou de monismo na execução.

Tal sistema, também chamado de binário único, é aquele em que se aplica somente uma das modalidades de sanção, conforme dispõe o artigo 98 do Código Penal, ao discorrer que a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação ou pelo tratamento ambulatorial. Portanto, o vicariato possibilita tanto a execução da pena quanto da medida de segurança, alternando-as justamente para buscar o melhor ambiente para o específico tratamento do condenado.

O sistema vicariante também não está imune às críticas, que se concentram especialmente no arbítrio concedido aos julgadores.

1.3 NATUREZA JURÍDICA

Os juristas italianos atuantes na primeira metade do século XX defendiam a natureza administrativa das medidas de segurança, negando seu caráter penal⁴⁵, uma vez que derivariam da função administrativa de polícia.

Na realidade, embora a origem das medidas de segurança seja administrativa, ela evoluiu para a configuração jurídico-penal. Como bem salientado por Aníbal Bruno, elas são

⁴³ GOMES; MOLINA, 2007, p. 888.

⁴⁴ GOMES; MOLINA, 2007, p. 889.

⁴⁵ BRUNO, 1977, p. 177-178.

regidas por Códigos Penais, estudadas por obras penais, são juízes que julgam sua oportunidade, as aplicam e acompanham a sua execução.⁴⁶

Em crítica àqueles que defendem a natureza administrativa das medidas de segurança, E. Raúl Zaffaroni assim defendeu seu caráter jurídico-penal: “*Sustentou-se que tais medidas são materialmente administrativas e só formalmente penais. Tal argumento é uma racionalização, de vez que a rigidez punitiva da forma condiciona a matéria*”.⁴⁷

A natureza jurisdicional das medidas de segurança representa uma garantia ao cidadão, haja vista os requisitos jurídico-formais para sua imposição, que serão apreciados por um juízo criminal, afastando, assim, a possibilidade de sua aplicação em decorrência de fatos políticos.⁴⁸

Outrossim, se a medida de segurança fosse um mero instrumento administrativo, não possuiria as finalidades particulares de tratamento e de readaptação do criminoso-doente.⁴⁹

Entretanto, essa evolução não significa uma ruptura com o seu caráter administrativo. O que há é uma natureza monopolizadora do Poder Judiciário, acompanhada das funções legislativa e administrativo-executiva.⁵⁰

Há, portanto, uma imprescindível administratização da justiça, na medida em que é necessária a atuação de médicos e de funcionários administrativos do estabelecimento penal para acompanhar o delinquente e orientar o juiz quanto à evolução do tratamento.⁵¹

Assinala Ferrari que médicos e juízes deveriam trabalhar conjuntamente, sem relação hierárquica, para a adequada aplicação das medidas de segurança, elegendo conjuntamente espécie, prazo e forma de cumprimento. Os juízes forneceriam a certeza jurídica quanto à prática do ilícito-típico prévio, enquanto os médicos avaliariam o juízo de prognose do doente mental, com o intuito de alcançar as finalidades das medidas de segurança, caracterizando uma natureza jurisdicional-administrativa.⁵²

1.4 JUSTIFICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

⁴⁶ BRUNO, 1977, p. 178.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. 2003, 2. ed., p. 139.

⁴⁸ FERRARI, 2001, p. 77-78.

⁴⁹ FERRARI, 2001, p. 76.

⁵⁰ FERRARI, 2001, p. 76.

⁵¹ FERRARI, 2001, p. 78.

⁵² FERRARI, 2001, p. 79.

Existem duas correntes doutrinárias acerca da justificação das medidas de segurança: a utilitarista e a ético-social.

Para os utilitaristas, em conformidade com o pensamento de Figueiredo Dias, a legitimação das medidas de segurança decorre da finalidade global de defesa social, ou seja, essa espécie de sanção só pode ser aplicada para a defesa de um interesse comunitário preponderante, desde que não seja desproporcional à gravidade do ilícito-típico cometido e à perigosidade do agente.⁵³

A ideia da defesa social, ainda em relação ao que ensina o referido doutrinador, assume sua função legitimadora quando é combinada com o princípio da ponderação de bens conflitantes, haja vista a liberdade de um sujeito só poder ser restringida quando o seu gozo provavelmente causar prejuízos a outras pessoas⁵⁴.

Em vertente oposta, Welzel defendeu a justificação ético-social, atualmente majoritária, que se baseia em um princípio de caráter geral e outro especial.

A fundamentação geral é a percepção de que somente os indivíduos que possuem autonomia interno-pessoal podem participar livremente na vida externo-social, uma vez que são influenciáveis pelas normas da comunidade.

Já o princípio de cunho especial se traduz no direito e no dever do Estado de tratar os doentes mentais. Contudo, essa ingerência estatal não pode ser justificada por razões utilitaristas.⁵⁵

Assim, a aplicação das medidas de segurança seria legitimada, genericamente, para restaurar a harmonia entre a liberdade interior e exterior, e especificamente, para dispensar cuidados ao destinatário da sanção.⁵⁶

Tais correntes se criticam mutuamente.

A crítica à teoria utilitarista é no sentido que não basta a conveniência da aplicação da medida de segurança para invadir os direitos da pessoa, pois instrumentalizaria o seu destinatário e atentaria contra a sua dignidade. Logo, o oportunismo da sanção não pode justificá-la, sendo defeso ao Estado atender exclusivamente à conveniência social.⁵⁷

Por sua vez, os utilitaristas dizem ser inaceitável a justificação ético-social em razão de as consequências serem terríveis para os inimputáveis e os criminosos empedernidos ou

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*, 2007, p. 95.

⁵⁴ DIAS, 2007, p. 96.

⁵⁵ GOMES; MOLINA, 2007, p. 884.

⁵⁶ GOMES; MOLINA, 2007, p. 884.

⁵⁷ GOMES; MOLINA, 2007, p. 883.

habituais, porque não lhes tolheriam a liberdade pelo cometimento de ilícitos-típicos, tampouco pelo perigo de repetirem a conduta delituosa, e sim pela doença que os acomete, que os incapacita de serem motivados pelas normas.⁵⁸

Derradeiramente, merece destaque a crítica elaborada por Schmidhäuser contra a fundamentação ético-social. Para ele, as medidas de segurança só se justificam se forem imperiosamente necessárias e imprescindíveis para a convivência social, haja vista a intensa ingerência na vida de quem a sanção se endereça. O crítico acusa o problema moral de conseguir limitar a medida de segurança ao estritamente necessário, no que concerne ao constrangimento imposto, sendo a extensão, as características e o modo de cumprimento da sanção que a legitima. Nesse painel, aponta a importância da ideia da proporcionalidade, de modo que o perigo que se quer afastar da sociedade deva ser apto a justificar a restrição causada pela medida de segurança.⁵⁹

1.5 FINALIDADES DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Os autores são uníssonos ao apontar a inexistência da finalidade retributiva na medida de segurança, subsistindo somente a finalidade preventiva, principalmente no seu viés especial.⁶⁰

Inobstante a origem das medidas de segurança ser vinculada ao fim segregador, é certo que o desenvolvimento das ideias humanitárias provocou o espírito de recuperação dos inimputáveis, prevalecendo, assim, a finalidade preventiva especial positiva, haja vista o intuito de tratar o agente a fim de ressocializá-lo, devolvendo-o ao convívio social.⁶¹ Cumpre salientar que, em caráter excepcional e de forma subsidiária, a inocuidade do indivíduo ainda existe em nosso sistema.

Nesse contexto, Dias leciona que:

[...] o propósito socializador deve, sempre que possível, prevalecer sobre a finalidade de segurança, como é imposto pelos princípios da socialidade e da humanidade que dominam a constituição político-criminal do Estado de Direito

⁵⁸ DIAS, 2007, p. 98.

⁵⁹ GOMES; MOLINA, 2007, p. 886.

⁶⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, volume I : parte geral, 2009, p. 541.

⁶¹ FERRARI, 2001, p. 60.

contemporâneo; e, conseqüentemente, que a segurança só pode constituir finalidade autônoma da medida de segurança se e onde a socialização não se afigure possível.⁶²

Acrescenta ainda o autor português que, através da socialização do delinquente, é possível resguardar a segurança da comunidade.⁶³

Como finalidade secundária da medida de segurança, candidata-se a prevenção geral. Todavia, há uma forte divergência doutrinária nesse ponto, em especial no que tange à prevenção geral negativa.

Queiroz defende que a medida de segurança não persegue a finalidade geral, tanto a negativa quanto a positiva, uma vez que a prática do ilícito penal não motiva novos delitos por outros criminosos, tampouco abala a consciência social no sentido de respeitabilidade das normas.⁶⁴

Ferrari, por sua vez, sustenta a inexistência da prevenção geral negativa, haja vista a aplicação da sanção não provocar nenhuma intimidação nos delinquentes doentes, que não têm essa capacidade de compreensão. Todavia, o autor reconhece a relevância da prevenção geral positiva, pois sendo a prática de um ilícito-típico pressuposto para a aplicação da medida segurança, certas suas funções de proteção aos bens jurídicos e de revalidação do ordenamento jurídico frente ao abalo sofrido pela comunidade. Para comprovar a existência de tal finalidade, refere-se o doutrinador à ligação entre a gravidade do delito e a espécie de medida a ser aplicada e ao prazo mínimo de duração da sanção.⁶⁵

Além disso, existem ainda funções específicas pertinentes a cada espécie de medida concretamente aplicada, variando seu caráter entre neutralizador, educador, terapêutico, etc.⁶⁶

No que concerne à finalidade das medidas de segurança no Direito pátrio, em que se prestigia a prevenção especial positiva, Ferrari aponta para a desvirtuação da ressocialização, prevalecendo, em muitos casos, a prevenção especial negativa.⁶⁷

Quanto à Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/2001), cumpre destacar que ela considera, nos termos do artigo 4º⁶⁸, § 1º, como finalidade permanente da internação, a

⁶² DIAS, 2007, p. 88-89.

⁶³ DIAS, 2007, p. 89.

⁶⁴ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*, 2009, p. 403.

⁶⁵ FERRARI, 2001, p. 61-63.

⁶⁶ GOMES; MOLINA, 2007, p. 878.

⁶⁷ FERRARI, 2001, p. 65.

⁶⁸ Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

reinserção social do paciente em seu meio, emergindo claramente a escolha pela prevenção especial.⁶⁹

1.6 DISTINÇÕES ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA SOB O ENFOQUE DAS FINALIDADES

A aplicação de sanções penais visa ao alcance de certas finalidades, assim como anteriormente esboçado em relação às medidas de segurança. Nesse diapasão, interessante se revela a possibilidade de traçar elementos diferenciadores entre as penas privativas de liberdade e as medidas de segurança no que se refere às finalidades de sua incidência. Para tanto, pertinente sintetizar as finalidades às quais a aplicação da pena se propõe.

1.6.1 Finalidades das penas

As primeiras teorias que surgiram acerca dos fins da pena foram as absolutas: a sanção é entendida como um mero castigo, desvinculada de qualquer finalidade. A punição é vista como forma de retribuir o mal que o delinquente causou, bem como de compensar a sociedade da vantagem que ele aferiu através de seu ato criminoso, reafirmando o ordenamento jurídico que foi negado pela prática do crime.

Inicialmente, o retributivismo foi concebido com um cunho religioso, como uma reação à desobediência das leis divinas. Por seu turno, Kant introduziu uma concepção moralista à teoria, em que a retribuição advém da necessidade ética, revelando a existência de justiça, independentemente da praticidade ou do resultado da punição⁷⁰. Já para Hegel, a retribuição visava à afirmação do Direito que foi negado pelo criminoso, defendendo a existência e a validade do ordenamento jurídico. De qualquer sorte, a punição nas teorias absolutas é desprovida de finalidade, exceto o castigo.

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

⁶⁹ QUEIROZ, 2009, p. 402.

⁷⁰ FERRARI, 2001, p. 48.

As teorias relativas, por sua vez, enxergam a pena como um instrumento útil e necessário à prevenção da criminalidade, não sendo justificável por si mesma.⁷¹

Nesse contexto, surgiu a prevenção geral, que embora não deixe de defender a pena, é voltada para a generalidade da comunidade, na medida em que objetiva prevenir a prática de novos delitos.⁷²

A prevenção geral negativa, em que o exemplo da aplicação da pena busca intimidar a reiteração criminal ou a atuação de potenciais delinquentes, funciona como um contramotivo para a prática delituosa. Assim, além do castigo, a imposição da penalidade adquire efeito inibitório, sendo direcionada aos agentes ativos dos crimes.

A prevenção geral positiva compreende a pena como meio de restaurar a confiança do cidadão na ordem jurídica violada pelo autor do crime. Logo, o destinatário, diferentemente da prevenção geral negativa, é o cidadão honesto, sendo a intimidação efeito secundário da sanção. Visto que almeja o respeito ao ordenamento, essa teoria se aproxima da defendida por Hegel.

Distinta é a doutrina da prevenção especial (ou individual) que, embora compartilhe a ideia da pena como um instrumento de impedir a reiteração da prática delituosa, diverge na forma com que a punição deve cumprir com a sua finalidade: através da ressocialização do agente, prevenindo a reincidência, e não simplesmente punindo o infrator.⁷³

A prevenção especial positiva, portanto, roga pelo tratamento do criminoso, tentando corrigi-lo através da punição adequada para o seu caso, fazendo da pena um meio coercitivo de recuperação.

Quando se depara com um delinquente incorrigível, a prevenção especial adquire feição negativa. Ao segregar o indivíduo, mira-se na neutralização de sua perigosidade e, conseqüentemente, na defesa social.⁷⁴

Há ainda as teorias de união ou teorias mistas, que intentam, através da combinação e da harmonização de características das já citadas doutrinas, alcançar os reais fins da pena. Dividem-se em dois segmentos: a conjugação das ideias de retribuição e de prevenção ou somente a combinação das orientações preventivas.

Em relação às finalidades da pena no Brasil, não obstante os doutrinadores brasileiros se posicionarem de acordo com as teorias ecléticas, somente com o advento do

⁷¹ GOMES; MOLINA, 2007, p. 668.

⁷² DIAS, 2007, p. 50.

⁷³ DIAS, 2007, p. 54.

⁷⁴ DIAS, 2007, p. 54.

Código Penal de 1984 houve um posicionamento do legislador, que combinou o retributivismo e o prevencionismo geral e especial.⁷⁵

Os fins a que se destina a pena vão variar de acordo com o momento a ser analisado, existindo uma flutuação entre uma teoria e outra. Quando da cominação legal abstrata, que prevê o preceito e a sanção penal correspondente, a finalidade é a da prevenção geral, seja ela positiva ou negativa. No momento da aplicação judicial, presentes as finalidades retributiva, ao repreender o crime com a privação da liberdade do agente; geral preventiva, na medida em que reafirma o direito, tranquilizando a sociedade, e secundariamente provoca a intimidação; e preventiva especial, uma vez que a pena é eleita, seguindo os critérios de suficiência e necessidade, para recuperar o criminoso, fazendo uso de institutos ressocializadores alternativos.⁷⁶ Por fim, na fase de execução da pena, é preponderante o fim de prevenção especial positiva, ao possibilitar ao delinquente condições de ressocialização. Todavia, na prática, é latente a intenção de inocuidade do agente, caracterizando a prevenção especial negativa.⁷⁷

1.6.2 Paralelo entre as finalidades das penas e das medidas de segurança

A essência retributiva da pena, que persegue a imposição de um mal ao delinquente, é traço diferenciador entre as consequências criminais, uma vez que as medidas de segurança são essencialmente de prevenção especial. Não obstante a imposição de medidas de segurança muitas vezes privarem seus destinatários de liberdade, devido à forma de execução, essa aflição causada é um efeito inevitável do tratamento, que não é perseguida diretamente.⁷⁸

O desdobramento dessa distinção pode ser observado nos seguintes traços: (a) a medida de segurança visa ao tratamento ressocializador, enquanto a ressocialização para os apenados é um direito, e não um dever, de caráter voluntário; (b) a possibilidade de modificação da configuração da medida de segurança imposta, e inclusive sua cessação, em conformidade com a perigosidade do agente, enquanto as penas não podem ser reduzidas em alusão a um prognóstico favorável.⁷⁹

⁷⁵ GOMES; MOLINA, 2007, p. 702.

⁷⁶ GOMES; MOLINA, 2007, p. 704.

⁷⁷ GOMES; MOLINA, 2007, p. 704.

⁷⁸ GOMES; MOLINA, 2007, p. 881.

⁷⁹ GOMES; MOLINA, 2007, p. 882.

Nesse âmbito, Ferrari, embora reconheça que a medida de segurança não contém caráter retributivo, assevera que a prevenção não é um atributo exclusivamente seu, porquanto a pena também apresenta finalidade preventiva, diferenciando-se apenas na hierarquia dos fins preventivos. Ressalta, ainda, que não pode se negar às medidas de segurança o caráter de prevenção geral, tendo em vista que valorada tal finalidade, a exemplo da imposição legal de prazos mínimos de duração e a variação de sua modalidade em conformidade com o apenamento previsto do delito.⁸⁰

Nesse mesmo sentido, Dias sustenta a impossibilidade de distinguir as consequências criminais através de seus fins, uma vez que o que as diferencia é apenas a forma de relacionamento entre as finalidades de prevenção geral e especial: supremacia da prevenção geral positiva para a pena e domínio da prevenção especial para as medidas de segurança. Argumenta o referido doutrinador que a diferença essencial fica restrita ao ponto de mútua delimitação dessas sanções, qual seja, a rigorosa observância do princípio da culpa para a aplicação de qualquer pena, e que não se averigua no campo de incidência das medidas de segurança, que é norteadas pela existência da perigosidade combinado com o princípio da proporcionalidade.⁸¹

⁸⁰ FERRARI, 2001, p. 74-75.

⁸¹ DIAS, 2007, p. 99.

2 APLICABILIDADE E EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

2.1 PRESSUPOSTOS

Sendo as medidas de segurança espécie de sanção penal que restringe os direitos e a liberdade do indivíduo, deve sua aplicação obedecer ao cumprimento de dois pressupostos: a prática de um fato típico e antijurídico e a constatação da perigosidade criminal do autor. Não obstante o incontestado reconhecimento desses pressupostos de aplicação das medidas de segurança, a legislação pátria foi omissa, inexistindo declaração clara, formal e direta de sua exigência.

Com efeito, a realização do tipo injusto e a perigosidade criminal do agente são requisitos deduzidos da legislação, pois não há menção expressa a eles. A prática de um fato previsto como crime se intui do teor da segunda parte do artigo 97, *caput*, do Código Penal, enquanto a perigosidade se infere do §1º do referido dispositivo, *verbis*:

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

Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a **cessação de periculosidade**. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.”⁸²

Para melhor elucidar tais condições, conveniente esboçar breve síntese sobre cada uma delas.

2.1.1 Fato punível

Inicialmente, é imprescindível a prática de um fato penalmente punível pelo agente a quem se direciona a medida de segurança, à igualdade do que ocorre com a imposição das penas.

⁸² Grifo nosso.

Tal pressuposto visa justamente evitar a aplicação da sanção antes da prática de um delito, por razões de segurança jurídica. A aplicação de medida de segurança que dispense a prática de um ilícito penal punível é carente de caráter sancionatório, configurando medida terapêutica administrativa⁸³. Dias aponta que esse pressuposto é vinculado à função de prevenção especial cumprida pela medida de segurança, haja vista a perigosidade necessitar ser revelada através da prática de um fato típico e ilícito⁸⁴.

Sob o ponto de vista analítico, há variados entendimentos sobre o que é um crime, envolvendo combinações entre as ideias de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade. Para aqueles que defendem que a análise de culpabilidade é um pressuposto apenas da aplicação da pena, sua discussão no campo das medidas de segurança é inócua. Todavia, se compreendida a culpabilidade como pressuposto do crime, a polêmica ganha outro viés.

Grande parte da doutrina afirma que a culpabilidade está para a pena, assim como a perigosidade criminal está para as medidas de segurança. No entanto, Paulo Queiroz não concorda integralmente com essa asseveração porque entende que a concepção de culpabilidade não é totalmente desvinculada das medidas de segurança. Explica o doutrinador que, para a aplicação dessa sanção, é necessário averiguar se é exigível uma conduta conforme o direito do inimputável no caso concreto, pois não sendo o agente culpável, não deve ser submetido às medidas de segurança. Sustenta, por conseguinte, que o inimputável pode invocar, além das excludentes de tipicidade e de ilicitude, as excludentes de culpabilidade. Afirma, ainda, que o inimputável só não fica sujeito à pena porque sua imposição seria um castigo inútil, o que não lhe retira o direito de invocar as excludentes de coação moral irresistível ou erro de proibição inevitável, por exemplo.⁸⁵

Em contraponto, Juarez Cirino defende que se o inimputável é incapaz de compreender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento, ele também é incapaz de conhecer a proibição ou o poder de se determinar pelo conhecimento da proibição. Logo, não poderia invocar erro de proibição ou qualquer outra excludente, como a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que esta pressupõe a compreensão de exigibilidade de conduta conforme o direito.⁸⁶

⁸³ FERRARI, 2001, p. 133.

⁸⁴ DIAS, 2007, p. 90.

⁸⁵ QUEIROZ, 2009, p. 399-401.

⁸⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal-Parte Geral*, 2007, p. 644-645.

2.1.2 Perigosidade criminal

Na lição de Bruno, o conceito de perigosidade criminal, em um plano sociológico-naturalístico, é um estado de acentuado não ajustamento do indivíduo às normas fundamentais da coexistência social. Existem, conforme o referido doutrinador, desajustamentos leves, caracterizados por uma inadaptação incipiente e imprecisa, em que há choque com simples hábitos da vida social; desajustamentos médios, em que a inadaptação diz respeito à ética, com ofensa do indivíduo a normas morais do meio em que vive; e desajustamentos profundos, caracterizados pelo conflito com interesses jurídicos relevantes, muitas vezes tutelados pela lei penal, que fazem emergir o delito. Conclui o autor que se a tendência do desajustamento do indivíduo é a prática de atos delituosos, ele está em estado perigoso para a sociedade, que se traduz na perigosidade criminal.⁸⁷

A perigosidade do autor, portanto, pode estar presente independentemente da prática de um fato punível. A declaração da perigosidade criminal pode estar ou não vinculada à prática de um fato punível, variando as medidas de segurança como pré-delitivas e pós-delitivas. A sanção será pré-delitiva quando não se exigir a prévia comissão de um delito, e será pós-delitiva quando requerer a prática anterior de um fato punível.⁸⁸

Atualmente, a legislação pátria não reconhece a perigosidade antedelitiva para a incidência das medidas de segurança, admitindo-se somente nos casos em que o agente já tenha praticado fato previsto como infração penal. Entretanto, o Código Penal de 1940 admitia, de certa forma, a perigosidade pré-delitiva, haja vista a previsão de aplicação de medidas de segurança na hipótese dos “quase-crimes”, bastando, na época, a tentativa possível ou o ajuste, a instigação ou o auxílio, em relação a um crime que sequer chegou a ser tentado para autorizar sua incidência, se constatada a perigosidade criminal, o que se conclui da leitura do artigo 76 combinado com os artigos 14⁸⁹ e 27⁹⁰ da redação original do diploma.

Embora parte da doutrina discordasse do texto legal de 1940, havia manifestações positivas à perigosidade pré-delitual. Nesse grupo de apoio à medida de segurança pré-delitiva, situava-se Aníbal Bruno, que sustentava que “*o delito é simples expressão da periculosidade. É o sinal de alarme de um estado permanente, que antecede e sucede ao*

⁸⁷ BRUNO, 1977, p. 135-137.

⁸⁸ PRADO, 2002, p. 603.

⁸⁹ Art. 14. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (artigo 76, parágrafo único, e 94, n. III).

⁹⁰ Art. 27. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único).

delito”⁹¹. Assim, não haveria motivo para a lei aguardar o cometimento do crime, impondo-se a medida de segurança como medida de defesa. Acrescenta que, sendo a medida de segurança sanção que visa à neutralização e à adaptação à norma, e não à mera retribuição, dirigindo-se, portanto, ao perigo, não haveria motivos para distinguir a perigosidade antes e depois da prática do delito. Segue afirmando que o temor de violar as garantias individuais, para aqueles que rechaçam a medida de segurança pré-delitiva, resulta na intervenção tardia, o que torna mais difícil o retorno às condições normais de sociabilidade do delinquente. Por fim, ressalva que o juízo de perigosidade não pode ser concluído por meio de simples perícias bio-psicológicas, devendo a avaliação ser feita também através de determinadas condutas ou estilos de vida, que exprimem a probabilidade de um delito, e não sua possibilidade.⁹²

Como anteriormente referido, esse impasse já foi ultrapassado pela atual legislação.

A perigosidade criminal precisa ser perfeitamente comprovada, não basta mera presunção. A confirmação do estado perigoso deve ser feita via perícia médica, repetida anualmente ou a qualquer tempo, conforme determinar o juiz da execução, de acordo com artigo 97, §2º, do Código Penal vigente. É necessário, pois, que se comprove a qualidade sintomática de perigoso do indivíduo, ou seja, o diagnóstico da perigosidade, bem como que se demonstre a relação entre esse predicado e o futuro criminal do agente, denominada prognose criminal.⁹³

O diagnóstico de perigosidade, de acordo com Bruno, está vinculado à determinação das causas que a produzem, cabendo às medidas de segurança dirimir seus efeitos. Para tanto, leciona o referido autor que é necessário investigar não somente as condições físicas e psíquicas do agente, mas também a fórmula do comportamento social do indivíduo, o que importa em estudos acerca das condições do meio familiar e social e de suas reações perante os estímulos da vida, o que inclui o delito cometido por ele, porquanto é o sintoma mais relevante da perigosidade pós-delitual, embora não seja um evento insulado e sim um incidente de um estado permanente. As características do ato delituoso, como causas, natureza, finalidades, circunstâncias, elemento subjetivo, premeditação, são fortes norteadores desse diagnóstico. Finaliza sintetizando que é necessário apurar a personalidade do indivíduo em todos os seus aspectos.⁹⁴

⁹¹ BRUNO, 1977, p. 137.

⁹² BRUNO, 1977, p. 139-140.

⁹³ PRADO, 2007, p. 603.

⁹⁴ BRUNO, 1977, p. 141-143.

Por outro lado, há presunção legal de perigosidade criminal em relação aos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, quando estes não são capazes de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento, conforme se depreende do artigo 26 do Código Penal. O estado perigoso também pode decorrer de determinação judicial, de acordo com a leitura combinada do artigo 26, parágrafo único, e do artigo 98, ambos do Código Penal, nos casos em que os semi-imputáveis necessitem de especial tratamento curativo.

Embora o art. 13 do Decreto-Lei n° 3.668/41 (Lei das Contravenções Penais) disponha sobre a aplicação de medidas de segurança ao contraventor, o cometimento de contravenção penal é totalmente incompatível como a exigência de perigosidade do indivíduo, assim como o é o cometimento de um delito culposo ou de menor potencial ofensivo.⁹⁵

2.2 ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Anteriormente ao Código Penal de 1940, não era possível identificar um sistema de medidas de segurança no direito positivo, pois as medidas preventivas “*eram fragmentos esparsos, sem unidade e sem coerência, semelhantes aos que se encontram em todas as legislações antes da fase de sistematização do instituto*”.⁹⁶

Com o advento do Código Penal de 1940, as medidas de segurança foram sistematizadas e divididas em patrimoniais (interdição de estabelecimento, interdição de sede de sociedade ou associação e confisco) e pessoais. As medidas de segurança pessoais se subdividiam em não detentivas (liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares e exílio local) e detentivas (internação em manicômio judiciário, internação em casa de custódia e tratamento e internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional).

A reforma de 1984 emprestou nova configuração à sistemática das medidas de segurança na legislação brasileira, resistindo apenas espécies de conotação pessoal, que incidem diretamente sobre o delinquente, limitando sua liberdade para submetê-lo a tratamento e, simultaneamente, evitar a reiteração de nova prática delitiva⁹⁷. Citando Ataliba

⁹⁵ QUEIROZ, 2009, p. 401.

⁹⁶ BRUNO, 1977, p. 217.

⁹⁷ FERRARI, 2001, p. 80.

Nogueira, Ferrari leciona que as medidas de segurança “*consistem em meios eliminativos e modificativos dos coeficientes fisiológicos e psicológicos da delinqüência, inseridos no doente mental, obstaculizando os impulsos e ocasiões que propiciam a reiteração do delito por parte do delinqüente-doente*”.⁹⁸

2.2.1 Espécies de medidas de segurança na redação original do Código Penal de 1940

As espécies de medidas de segurança no texto original do Código Penal de 1940 eram divididas em patrimoniais e pessoais.

As medidas de segurança patrimoniais prescindiam da perigosidade criminal do agente, sendo a noção de perigo um aspecto exclusivamente objetivo. Elas visavam prevenir novos crimes vinculados a circunstâncias de perigo relacionadas com certos estabelecimentos ou associações, ou a objetos que emprestavam caráter ilícito a esses locais, fazendo com que sua existência constituísse ameaça à ordem de Direito.⁹⁹

A interdição de estabelecimento comercial ou industrial, de sociedade ou de associação tinha como condição fundamental para ser aplicada a sua relação com a prática de infração penal. A interdição de estabelecimento se traduzia na proibição de exercer, no mesmo local, o mesmo comércio ou a mesma indústria, ainda que o negócio fosse transferido a terceiro, tendo em vista a perigosidade do lugar, independentemente da perigosidade dos indivíduos que ali exerciam suas atividades. O perigo era constatado nas condições instigadoras ou favorecedoras de cometimento de ilícitos penais, não no estabelecimento propriamente dito¹⁰⁰. Por seu turno, a aplicação de medida de segurança patrimonial de interdição de sede de sociedade ou associação impedia o exercício das atividades em qualquer outro local, sendo vedada sua reabertura seja onde for.

Já o confisco podia ter características de pena¹⁰¹ ou de medida de segurança patrimonial. Como medida de segurança, ele intuía assegurar a defesa social contra a prática de crimes, haja vista o caráter perigoso do objeto, mesmo que ele não pertencesse ao autor do fato punível ou que não houvesse um autor definido, revelando seu caráter preventivo. Os

⁹⁸ FERRARI, 2001, p. 80.

⁹⁹ PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 93.

¹⁰⁰ PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 94-95.

¹⁰¹ O confisco como pena era efeito de sentença condenatória, abrangendo objetos considerados perigosos e demais bens ou valores resultantes do proveito auferido pelo agente da prática do ilícito penal. Era, pois, uma pena acessória da condenação (PIEADADE JÚNIOR, 1982, p. 96).

objetos confiscados eram destruídos em razão do perigo que representavam, salvo os casos de interesse científico, que permitiam seu recolhimento para museus. Tal sanção podia ocorrer mesmo que inexistisse condenação penal, prescindindo, portanto, de apuração de autoria, uma vez que eram condições de sua incidência que os objetos confiscados fossem instrumentos ou produtos do crime e que apresentassem em si mesmos um perigo para a ordem jurídica, através de fabrico, alienação, uso, porte ou detenção.

No que concerne às medidas de segurança pessoais detentivas previstas no Código Penal antes da reforma de 1984, a internação em manicômio judiciário era direcionada aos absolutamente irresponsáveis, cuja duração mínima guardava correspondência com a pena cominada ao crime que o internado havia cometido, a fim de evitar retorno precipitado ao meio social do delinquente que apresentasse alienação de difícil cura. Nos casos excepcionais de rápida cura, o internado era submetido, a qualquer tempo, a exame médico determinado por instância superior. De acordo com a pena cominada ao crime cometido, era possível que o juiz aplicasse somente a liberdade vigiada ou que substituísse a internação em manicômio judiciário pela internação em casa de custódia e tratamento, quando esta fosse mais adequada. Diante da perigosidade dos inimputáveis e da dificuldade de cura, a lei previa uma providência cautelar, que consistisse na conservação dos agentes sob liberdade vigiada, no período de um ano, depois de cessada a condenação, de modo que era possível a reinternação em caso de persistência da perigosidade. Superado esse período sem necessidade de nova internação, a medida de segurança era extinta. Eram pressupostos da internação em manicômio judiciário a prática de fato criminoso e a absolvição do agente por inimputabilidade.¹⁰²

Aos indivíduos de responsabilidade restrita ou aos semi-imputáveis e aos condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeito análogos, se habitual a embriaguez, aplicava-se a internação em casa de custódia e tratamento, que pretendia a cura e a reeducação do semi-imputável. Havia período mínimo de internação em conformidade com a pena cominada ao delito, e era permitida, quando a pena fosse inferior a um ano, a conversão da internação em liberdade vigiada pelo período de seis meses. No caso especial dos semi-imputáveis, a medida de segurança concorria com a pena.¹⁰³

A última espécie de medida de segurança pessoal detentiva do antigo Código Penal era a internação em colônia agrícola ou instituto de trabalho, reeducação ou ensino profissional, que se caracterizava pelo intuito de reajustamento social do delinquente, em

¹⁰² PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 87-88.

¹⁰³ PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 88.

conformidade com suas condições pessoais, consistentes em suas aptidões, seus antecedentes, as condições do meio em que vivia e do meio em que provavelmente passaria a viver após a extinção da sanção penal, adaptando o condenado à futura vida livre. Tal medida era destinada ao condenado por crime doloso quando reincidente, cuja perigosidade era presumida; ao condenado à pena de reclusão por mais de cinco anos, quando comprovada sua perigosidade; ao condenado à pena privativa de liberdade, quando o crime era relacionado à ociosidade, à vadiagem ou à prostituição. No entendimento de Heitor Piedade Júnior, seus destinatários eram indivíduos que necessitavam de pedagogia corretiva e de trabalho remunerado. Essa espécie de medida de segurança não era destinada, portanto, a inimputáveis ou a semi-imputáveis e era executada após o cumprimento regular da pena. Sua sequência, contudo, era debatida, na medida em que uma repetia a outra, já que tinham a finalidade de readaptação social do delinquente.¹⁰⁴

No campo das medidas de segurança pessoais não detentivas anteriores à reforma penal de 1984, a liberdade vigiada era a mais importante, tendo em vista que seu objetivo era a gradual adaptação à vida pessoal, aliada à vigilância de quem era a ela submetida, através de determinadas normas de comportamento, como os deveres de trabalhar e de não se mudar do território da jurisdição do juízo que a aplica, além de outras sugeridas pelo antigo diploma. O descumprimento dessas condições podia acarretar o internamento em casa de custódia e tratamento ou afim, ou a revogação do livramento condicional. A aplicação da liberdade vigiada podia ser obrigatória ou facultativa, conforme os casos previstos na legislação anterior, bem como era possível sua ocorrência independentemente da constatação de perigosidade do agente nos casos de livramento condicional e de egressos de estabelecimentos onde foram cumpridas medidas de segurança, servindo como prova experimental da emenda do indivíduo e como forma de readaptação à vida social. Sua duração mínima era de um ano.¹⁰⁵

Por sua vez, o exílio local se resumia à proibição de o sentenciado residir ou permanecer, pelo período mínimo de um ano, na localidade, no município ou na comarca em que praticou o crime, evitando que o condenado ficasse no local que aguçou o ilícito penal. A sua ideia era que delinquente, enquanto distante do local, não ofereceria perigo, a exemplo de crimes vinculados à política ou a grupos familiares. O condenado tinha o direito de escolher o

¹⁰⁴ PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 88-90.

¹⁰⁵ PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 90-92

local de sua nova residência. Tal medida não era aplicável às contravenções penais, de acordo com o artigo 13 da legislação especial.¹⁰⁶

Por fim, a proibição de frequentar determinados locais tinha como objetivo afastar o indivíduo de lugares capazes de provocar manifestações de criminalidade, desde que verificada a relação entre o ambiente e o crime já cometido. Entedia-se que o termo frequentar excluía da sanção o aparecimento insular nos lugares interditados. Em caso de descumprimento dessa medida, era imposta a liberdade vigiada.¹⁰⁷

2.2.2 Espécies de medidas de segurança no atual Código Penal

Atualmente, com a reforma de 1984, estão previstas no artigo 96 do Código Penal apenas duas espécies de medidas de segurança: a internação em hospital de custódia, combinada com tratamento psiquiátrico, e o tratamento ambulatorial.

Conforme preceitua o artigo 97 do Código Penal, ao agente considerado inimputável, nos moldes do artigo 26 do referido diploma legal, deve ser aplicada a medida de segurança aflitiva, podendo o juiz, quando o fato previsto como crime for punível com detenção, determinar o tratamento ambulatorial. Assim, normalmente a espécie eleita guardará relação com a pena cominada no tipo injusto realizado: pena de reclusão determina a internação, enquanto a pena de detenção é simétrica ao tratamento ambulatorial. A leitura do art. 97 permite concluir que a regra é a internação em hospital de custódia, enquanto o tratamento ambulatorial seria só uma possibilidade para aqueles que cometem crime cuja pena prevista é a de detenção.

No entanto, essa imposição legal retira do Poder Judiciário a possibilidade de analisar o caso em concreto e escolher, de acordo com a perigosidade do agente, a medida de segurança que se revelar mais adequada, independentemente de ser o crime punido abstratamente com pena de reclusão. Não cabe à legislação fixar balizas tão rígidas que impeçam o julgador de avaliar as particularidades de cada caso, de modo que o legislador deveria se limitar à criação de valorações abstratas. A restrição contida no art. 97 do Código Penal, que dispõe previamente qual a modalidade de medida de segurança a ser aplicada em

¹⁰⁶ PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 92.

¹⁰⁷ PIEDADE JÚNIOR, 1982, p. 93.

detrimento de aferição casuística da perigosidade do agente, vem sendo fortemente criticada pela doutrina.¹⁰⁸

Ao encontro desse direcionamento está a Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/01), que foi intensamente influenciada pelo movimento antimanicomial, ao dispor que, em qualquer situação de internação, ela só deve ocorrer se os recursos extra-hospitalares não bastarem para o êxito do tratamento. É o que reza o art. 4º desse diploma legal, *verbis*: “Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.”

Além de ser a última opção, de acordo com o disposto no artigo 6º¹⁰⁹ da Lei da Reforma Psiquiátrica, a internação psiquiátrica só poderá ocorrer se existente laudo médico que justifique suas razões, e que não se confunde com o laudo pericial, previsto no Código Penal, que somente atesta a inimputabilidade do delinquente. Assim, se atendido o disposto na legislação, restaria inválida a aplicação da medida de segurança de internação que não fosse acompanhada do laudo médico que indicasse a internação como única forma viável de tratamento.¹¹⁰

Nesse diapasão, Antonio Carlos Santoro Filho¹¹¹ indica que há quatro motivos para superar a imposição legal de internação para os casos de crimes punidos abstratamente com pena de reclusão: (1) entre a dicotomia reclusão/detenção, não há mais distinção ontológica, tendo em vista que a diferenciação mais importante, persistente na impossibilidade de aplicação do regime fechado ao condenado por pena de detenção, pode ser superada, na fase de execução, pela regressão de regimes, sendo as demais distinções secundárias; (2) a pena de reclusão não significa desvalor social do tipo penal, temibilidade extrema da conduta ou perigosidade intensa do seu agente; (3) a obrigatoriedade da aplicação da medida de segurança na sua forma detentiva não atende a qualquer finalidade social relevante ou ao bem comum; (4) o teor da Lei nº 10.216/01, que dispõe em seu art. 2º, parágrafo único, inciso I¹¹²,

¹⁰⁸ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *Medida de Segurança: Caráter Residual da Internação*, 2009.

¹⁰⁹ Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

¹¹⁰ ARAÚJO, 2009.

¹¹¹ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Reclusão e imposição (obrigatória) de medida de segurança de internação – algumas considerações*, 2007.

¹¹² Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

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

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

que é direito do portador de transtorno mental o acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, de acordo com as suas necessidades.

Concluindo tal temática, oportuno a transcrição do seguinte texto do autor anteriormente citado:

[...] a previsão de necessidade de imposição de medida de segurança de internação fundada apenas na circunstância de ter o inimputável cometido um ato descrito como crime, sujeito a pena de reclusão, não resiste a uma interpretação teleológica do ordenamento jurídico e nem aos fatos sociais, pois, em se tratando a periculosidade de um dado concreto pertencente à realidade, cuja existência e grau somente podem ser aquilatados pelos profissionais da área da saúde mental, com formação para tanto, após análise das características do indivíduo examinado, não pode estar sujeita à previsão legal abstrata e absoluta, pois a lei não tem o poder de modificar ou afrontar a própria natureza das coisas.

[...] o art. 97, do Código Penal, mesmo com a sua atual redação, deve ser interpretado no sentido de existência de uma presunção relativa de periculosidade do inimputável que comete fato descrito como crime, sujeito a pena de reclusão, presunção, todavia, que pode ser afastada por um conjunto de provas que demonstre, sob o enfoque do tratamento de transtorno mental verificado, a existência de terapias menos agressivas e mais eficientes e, sob o prisma da segurança social, a inexistência de risco concreto – periculosidade – e utilidade que justifique a adoção da medida de segurança mais rigorosa, atendendo-se, portanto, ao princípio constitucional da proporcionalidade.¹¹³

De outra banda, os direitos dos presos previstos na Seção II da Lei de Execução Penal são garantidos, no que couber, aos submetidos a medidas de segurança. Reza, ainda, o artigo 43 da LEP que é garantida ao internado ou ao submetido a tratamento ambulatorial a contratação de um médico particular, por seus familiares ou dependentes, para orientar e acompanhar o tratamento. Existindo divergências entre o médico oficial e o de confiança particular, estas serão resolvidas pelo juízo de execução.

2.2.2.1 Internação e tratamento psiquiátrico

É uma sanção aflitiva, que retira o indivíduo do convívio social e o interna em estabelecimento específico, objetivando o seu tratamento, segurança e, em casos restritos, a incapacitação¹¹⁴. Justamente por objetivar especialmente o tratamento do delinquente, é que deve estar presente todo um aparato de equipes terapêuticas que potencializem e busquem a

¹¹³ SANTORO FILHO, 2007.

¹¹⁴ FERRARI, 2001, p. 81.

readaptação do delinquente ao convívio social. A execução de medida de segurança que não visar à emenda do internado é meio de agressão à liberdade do indivíduo¹¹⁵.

A internação e o tratamento psiquiátrico ocorrem nos denominados Hospitais de Custódia ou, em caso de falta, em outro estabelecimento adequado, importando em privação de liberdade do paciente. O local deve ser uma espécie de hospital-presídio, no qual deve ser oportunizado o tratamento ao delinquente, bem como fazer sua custódia. Conforme preconiza o número 99 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, para esse tipo de estabelecimento não há previsão de cela individual, haja vista a estrutura e a divisão de tais unidades advirem de planificação especializada, em conformidade com os padrões da medicina psiquiátrica, garantidas condições mínimas de salubridade do ambiente e área física de cada aposento, em homenagem ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. As características do local, portanto, devem ser hospitalares, com um mínimo de estrutura que proporcione as variadas formas de tratamento.

A internação é destinada àqueles que cometeram crime cuja pena cominada é de reclusão ou ainda, em casos especiais, aos que tenham praticado delito punível com pena de detenção quando não for recomendável o tratamento ambulatorial, conforme se depreende do artigo 97 do Código Penal. Caso o semi-imputável condenado necessite de especial tratamento curativo, sua pena privativa de liberdade também poderá ser substituída pela internação ou pelo tratamento ambulatorial, inteligência no artigo 98 do Código Penal.

O internado deve ser submetido aos exames psiquiátrico¹¹⁶, criminológico¹¹⁷ e de personalidade¹¹⁸, de acordo com o artigo 100, c/c os artigos 8º e 9º, todos da LEP.

No entendimento de Cirino, a internação em hospital de custódia e o tratamento psiquiátrico visam proteger a sociedade contra ações antissociais futuras de doentes mentais graves que cometeram fato previsto como crime e submetê-los a tratamento psiquiátrico compulsório. Salienta o doutrinador que a aplicação de tal espécie precisa calcar-se em prognose de fatos puníveis com violência grave ou ameaça de violência, defendendo que a simples cominação de pena de reclusão não justifica a aplicação dessa medida de segurança, como, por exemplo, nos crimes de bagatela ou nos crimes patrimoniais de furto ou

¹¹⁵ FERRARI, 2001, p. 82-83.

¹¹⁶ É o exame pertinente ao controle da doença, com o intuito de buscar opções de tratamento.

¹¹⁷ É espécie de exame da personalidade que, partindo do binômio delito-delinquente, com a interação entre a causa e o efeito, objetiva a investigação médica, psicológica e social, com o intuito de obter os elementos necessários à adequada classificação do criminoso e à individualização da execução da sanção. Está vinculado, portanto, ao crime em concreto.

¹¹⁸ É um exame obrigatório para os condenados à pena privativa de liberdade, sendo seu objeto a classificação do delinquente, que ultrapassa a análise vinculada ao crime cometido, e que determinará o tratamento penal mais recomendável.

estelionato. Observa o dissenso existente na Psiquiatria para conceituar doença mental e os estados de anormalidade psíquica que podem a definir. O autor ainda ressalta o problema dos direitos humanos nessas instituições psiquiátricas.¹¹⁹

No mesmo diapasão, leciona Ferrari que tal medida é um instrumento fragmentário e residual, uma vez que só deve se apresentar como a sanção adequada quando nenhuma outra modalidade de tratamento for eficaz, sendo, portanto, a última providência a ser tomada. Entretanto, o Código Penal apresenta a medida de segurança privativa de liberdade como regra, impondo restrições à aplicação da medida ambulatorial.¹²⁰

2.2.2.2 Tratamento ambulatorial

O tratamento ambulatorial, de acordo com o enunciado 90 da Exposição de Motivos do Código Penal, é a sujeição do agente à medida de segurança restritiva, o qual deverá comparecer ao hospital, nos dias determinados pelo médico, para ser submetido à modalidade terapêutica prescrita. Tal espécie de medida de segurança é destinada ao delinquente que apresente menor grau de perigosidade criminal e que tenha cometido crimes não tão gravosos. O tratamento ambulatorial tem o intuito de afastar o delinquente da influência de circunstâncias que instigam a prática delitiva. Para tanto, são utilizadas regras e limitações que não restrinjam sua liberdade, objetivando a cura e a reintegração social¹²¹.

Essa espécie de sanção exemplifica as atuais tendências de *desinstitucionalização*, como bem pregou a Exposição de Motivos do Projeto da Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, sendo a medida de segurança restritiva um instrumento alternativo à internação, com resultados terapêuticos mais promissores, além de seu custo ser mais baixo. Configura, nas palavras de Ferrari, “*medida correspondente a um verdadeiro Estado Democrático de Direito*”.¹²²

As antigas formas de medidas de segurança pessoais não detentivas, quais sejam, liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares e exílio local, não se enquadram na natureza jurídica das atuais medidas de segurança, porquanto estas devem ser aplicadas somente aos inimputáveis ou aos semi-imputáveis, enquanto aquelas espécies de tratamento alternativo eram aplicáveis a imputáveis.¹²³

¹¹⁹ SANTOS, 2007, p. 644-645.

¹²⁰ FERRARI, 2001, p. 82.

¹²¹ FERRARI, 2001, p. 85.

¹²² FERRARI, 2001, p. 88.

¹²³ FERRARI, 2001, p. 86.

Embora a regra geral seja a determinação da internação, a medida mais liberal deveria ser aplicada àqueles que cometeram crime punível com pena de detenção e que apresentem compatibilidade de suas condições pessoais com o tratamento ambulatorial.¹²⁴ Cirino defende que a cominação legal de pena de detenção impõe a aplicação, paralelamente, da medida de segurança de tratamento ambulatorial, uma vez a previsão da pena mais branda já indica a criminalidade de bagatela. Aponta o referido autor que não há previsão legal que imponha critérios subjetivos para averiguar a espécie de medida de segurança a ser aplicada, como condições pessoais ou prévia compatibilidade, ao contrário do que sugerem alguns penalistas.¹²⁵

No artigo 101 da LEP, o legislador definiu que o tratamento ambulatorial deve ser realizado no hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, permitindo, apenas de forma subsidiária, o tratamento em outro local, que tenha dependência médica adequada. Nega-se, assim, o caráter restritivo da sanção, porquanto deixa de estimular meios mais abertos ao tratamento, medidas progressivas ou a criação de ambulatórios privados.¹²⁶

Outro ponto discutido pela doutrina e jurisprudência é a possibilidade de a aplicação da medida de segurança restritiva ocorrer em ambulatório particular. Sobre o tema, Ferrari defende que a necessidade de controle pela Administração não é razão para impedir que estabelecimentos privados, credenciados no órgão de execução penal, proporcionem o tratamento, tendo em vista que estabelecimentos públicos também não são submetidos à fiscalização rigorosa e, por vezes, são locais desumanos. Aponta o autor que melhor seria credenciar o estabelecimento privado e submeter seu administrador à responsabilização pelo tratamento.¹²⁷

2.3 CONVERSÃO ENTRE AS ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

Quanto à possibilidade de alteração da espécie de medida de segurança a ser cumprida, quando constatada incompatibilidade, o artigo 184 da LEP refere-se somente à modificação regressiva, consistente na troca do tratamento ambulatorial pela internação. O §4º do artigo 97 do Código Penal também prevê que, em qualquer fase do tratamento

¹²⁴ PRADO, 2002, p. 606.

¹²⁵ SANTOS, 2007, p. 650.

¹²⁶ FERRARI, 2001, p. 86.

¹²⁷ FERRARI, 2001, p. 87-88.

ambulatorial, quando necessário para fins curativos, o juiz poderá determinar a internação do agente.

A incompatibilidade citada no dispositivo da LEP configura-se, por exemplo, quando o indivíduo sujeito a tratamento ambulatorial não comparece ao local da terapia nos dias fixados pelos médicos, não se submete ao tratamento prescrito ou revela perigosidade acentuada. Observada tal antipatia, deve ocorrer a regressão. Diante da inexistência de órgão fiscalizador de tratamentos ambulatoriais, os médicos responsáveis devem informar o Ministério Público ou o juízo de execução acerca da incompatibilidade da medida restritiva.¹²⁸

Por outro lado, não há previsão de conversão progressiva, que seria a substituição da internação pelo tratamento ambulatorial. No entanto, há autores, a exemplo de Paulo Queiroz¹²⁹, que entendem que ela é possível em razão da finalidade declarada de recuperação do paciente, ou ainda por inexistir proibição para tanto. Nesse ponto, Ferrari assevera que o internado tem direito à progressividade ao tratamento ambulatorial, com fundamento na previsão constitucional da individualização na execução da sanção criminal, forte no art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna, salientando que se é possível o juiz de conhecimento aplicar medida de segurança ambulatorial ao inimputável ou ao semi-imputável, seria contraditório vedar a conversão posterior feita sob o crivo do juiz da execução, que conta com dados colhidos durante a internação, quando evoluído o tratamento.¹³⁰

De qualquer sorte, eleito o tratamento ambulatorial, durante sua execução, poderá o juiz determinar a internação do agente se isso for necessário para atingir os fins curativos, nos termos do §4º do artigo 97 do Código Penal, ou nos casos de incompatibilidade com a medida, inteligência no artigo 184 da LEP.

¹²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84*, 1996, p. 414.

¹²⁹ QUEIROZ, 2009, p. 409.

¹³⁰ FERRARI, 2001, p. 172-173.

3 LIMITES DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal fica adstrito aos comandos constitucionais, sendo seu conteúdo material e sua legitimação norteados pela Carta Magna. Os valores básicos de uma sociedade estão inseridos no texto constitucional e devem ter reflexos em todo o ordenamento jurídico, especialmente no Direito Penal, de modo que os bens e os valores mais relevantes a serem tutelados são aqueles previstos na Constituição, para atingir a criminalidade de efetiva lesividade social.¹³¹

Logo, a imposição estatal das medidas de segurança, em nosso país, deve guardar compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, reconhecido no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. Por conseguinte, sendo a medida de segurança uma espécie de sanção criminal, é imperiosa a observação de todas as garantias e todos os princípios inerentes à pena.

3.1 PRINCÍPIOS

3.1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é um dos principais princípios do Direito Penal moderno. Inicialmente, seu âmbito de aplicação se limitava aos delitos e às penas, contudo, as modernas legislações¹³² têm estendido sua incidência às medidas de segurança e às categorias do estado perigoso.¹³³ Como princípio constitucional explícito em nossa legislação, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna e no artigo 1º do Código Penal, a legalidade, no Brasil, também deve ser observada na aplicação das medidas de segurança.

Sob a ótica formal, esse princípio se traduz na atribuição exclusiva ao Poder Legislativo para a definição dos crimes e a cominação das penas, de modo que a intervenção

¹³¹ SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras*, 2001, p. 82-87

¹³² A exemplo do apartado 2º do art. 1º do Código Penal Espanhol: “Las medidas de seguridad solo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley”.

¹³³ CERESO MIR, José. *Derecho Penal: parte general*, 2007, p. 241.

estatal, que no Direito Penal implica restrição de liberdade, é limitada ao prescrito em lei (reserva legal), caracterizando o Estado de Direito.¹³⁴

Portanto, ninguém será acusado e muito menos submetido às sanções penais sem anterior previsão legal, sendo necessária a edição, com competência exclusiva da lei, de proibição casuísticas.

Por seu turno, o aspecto material do referido princípio significa que ela deve ser razoável ao limitar ou restringir os direitos fundamentais do infrator submetido à sanção penal, preservando, por outro lado, outros semelhantes valores.

Sob esse enfoque, é possível fazer as seguintes observações acerca do princípio da legalidade.

A substancialidade do princípio da legalidade exige, como requisito de aplicação das medidas de segurança, a prática de uma prévia infração penal que contenha a descrição da conduta e a da sua consequência jurídica.

Ademais, o princípio da legalidade também reflete na impossibilidade de se invocar o direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena, prestando-se o direito costumeiro somente à elucidação do conteúdo dos tipos ou para melhorar a situação do autor do fato para atenuação da pena ou da culpa, por exemplo.¹³⁵

Essa mesma ideia também se percebe na proibição de analogia *in malam partem* na viabilidade da aplicação analógica *in bonam partem*. Cumpre ressaltar que a analogia se difere da interpretação extensiva, que é afastada do direito penal pelo princípio *in dubio pro reo*, e não pela legalidade.¹³⁶

Por fim, o princípio da legalidade também se reflete na necessidade da clareza da lei, que deve ser acessível a todos, a fim de motivar o comportamento humano de acordo com ela, sendo defeso o emprego de normas gerais e tipos genéricos.¹³⁷

Trazendo o princípio da legalidade ao campo de aplicação das medidas de segurança, conclui-se que não é possível a aplicação de medidas de segurança não criminais ou que não eram previstas pela legislação vigente ao tempo do fato; a presença integral dos pressupostos de sua aplicação, com a análise da perigosidade do indivíduo sem recurso à analogia; e a necessidade de limites máximos temporais pré-definidos à referida sanção, bem como sua natureza.

¹³⁴ QUEIROZ, 2009, p. 44.

¹³⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*, 1994, p. 25.

¹³⁶ TOLEDO, 1994, p. 27-28.

¹³⁷ TOLEDO, 1994, p. 29.

José Cerezo Mir assevera que o princípio da legalidade nunca é totalmente observado, porquanto sua realização plena exigiria um casuísmo excessivo das figuras delitivas e a utilização exclusiva de elementos descritivos, sem olvidar o mínimo de concretude que se reclama para satisfazer as exigências da segurança jurídica. A aplicação do princípio da legalidade, no que concerne às medidas de segurança, por óbvio, é limitada, tendo em vista que, embora o legislador possa fixar com certa precisão os pressupostos de aplicação dessa sanção, o juízo de perigosidade do indivíduo engloba decidir a respeito da probabilidade de que essa pessoa realize uma conduta delituosa no futuro, o que envolve um fator intuitivo. Outrossim, a eleição de qual espécie de medida aplicar, bem como a indeterminação de sua duração, também representam outras restrições ao princípio da legalidade.¹³⁸

3.1.1.1 Princípio da irretroatividade das leis penais

A irretroatividade das leis penais é corolário do princípio da legalidade e se traduz na impossibilidade de editar leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade, de modo que a lei que exaspere a pena, a exemplo da lei que institui um crime, deve ser anterior ao fato cometido que se deseja punir. A lei penal só retroagirá em benefício do réu, de acordo com o art. 5º, inciso XL, da Constituição. Seu reflexo na aplicação das medidas de segurança é que a medida de segurança a ser imposta será uma das espécies previstas ao tempo do fato e não no instante da execução, salvo nos casos de superveniência de tratamento mais benéfico.

Entendimento diverso, no entanto, era aferido antes da Lei nº 7.209/84, tendo em vista que a redação do art. 75¹³⁹ do Código Penal de 1940 determinava que a lei que regia a aplicação da medida de segurança era a vigente ao tempo da sentença ou da execução, o que tinha fundamento na Exposição de Motivos do referido diploma, que dispunha que a aplicação da medida de segurança, embora devesse observar o princípio da legalidade, não precisaria estar prevista em lei anterior à realização do fato.¹⁴⁰

Com a reformulação da Parte Geral do Código Penal em 1984, que extinguiu as medidas de segurança para os imputáveis e aboliu as suas modalidades detentivas ou de caráter patrimonial, a superveniência de legislação benéfica deve ser aplicada imediatamente. No entanto, em caso de restabelecimento das medidas abolidas, conforme leciona Francisco

¹³⁸ CEREZO MIR, 2007, p. 251-253.

¹³⁹ Art. 75. As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução.

¹⁴⁰ TOLEDO, 1994, p. 41.

de Assis Toledo, seria aconselhável admitir somente a aplicação imediata quando a medida de segurança determinada na sentença fosse comparável a alguma das previstas em lei ao tempo do fato. Concernente às medidas de caráter puramente assistencial ou curativo para os inimputáveis, o doutrinador ressalta que sua aplicação pode ser imediata, ainda que mais gravosas, tendo em vista a necessidade de aplicação do tratamento mais eficiente ao paciente que dele carece.¹⁴¹

Por outro lado, no caso de superação da inimputabilidade ao tempo da execução, inviável a aplicação da medida de segurança, tendo em vista a ausência do fim especial preventivo, restando prejudicado também a sua substituição por pena carcerária, sob pena de ofensa ao princípio da proibição de excesso.¹⁴²

3.1.2 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como proibição de excesso, implícito no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, visa limitar a interferência estatal, garantindo a esfera de liberdade individual, exercendo controle sobre ingerências desnecessárias, não adequadas ou desproporcionais.

Ao ser transportado para o Direito Penal, tal princípio ganha especial relevo na cominação legal e na imposição de sanções. Destina-se: (a) ao Poder Legislativo, com o intuito de este não cominar sanções penais desproporcionais, em abstrato, à gravidade do delito, no momento da elaboração da norma; (b) e ao Poder Judiciário, para evitar a fixação de sanções desproporcionais à concreta gravidade do delito, no momento da prolação da sentença.¹⁴³

Assim, a resposta penal deve guardar relação com a gravidade da ofensa cometida, procurando a justa medida da retribuição.¹⁴⁴

Leciona René Ariel Dotti que

A proporcionalidade da pena é uma exigência de dupla face. De um lado, deve traduzir o interesse da sociedade em impor uma medida penal 'necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime' (CP< art. 59); de outro deve

¹⁴¹ TOLEDO, 1994, p. 41.

¹⁴² FERRARI, 2001, p. 99.

¹⁴³ FERRARI, 2001, p 100-101

¹⁴⁴ DOTTI, 2005, p. 65.

*garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado.*¹⁴⁵

É nesse contexto que seu papel ganha extrema importância na temática das medidas de segurança, uma vez que questiona a ilimitada perpetuidade temporal, o que ofende a dignidade da pessoa humana.

O princípio da proporcionalidade é constituído por três subprincípios: o da necessidade, o da adequação e o da proporcionalidade em sentido. Esses pilares têm aplicação sucessiva e complementar.

O princípio da necessidade, que tem como consequência o princípio da subsidiariedade, significa a proibição de excesso, porquanto a cominação e a aplicação das sanções penais devem ocorrer apenas se estritamente necessárias, assim como outras providências penais menos gravosas devem ser aplicadas diante da desnecessidade da incidência das medidas de segurança, alcançando-se o fim desejado sem gravar em excesso o cidadão.¹⁴⁶

O princípio da necessidade também está vinculado à imprescindível análise do bem jurídico afetado e à carência de sua tutela criminal, ponderando-se os bens envolvidos para concluir se a sanção penal é o meio necessário para o fim de proteger o bem jurídico.

O princípio da adequação, idoneidade ou suficiência, dedica-se à conformação e à viabilidade entre as espécies de sanções aplicadas e aos seus fins, de modo que a ocorrência de medidas de segurança deve ser compatível com uma concreta possibilidade de prevenção especial corretiva e prevenção geral positiva.¹⁴⁷

Logo, cuidando esse princípio de eleger o meio adequado para o fim proposto, a aplicação de medidas de segurança deve ocorrer quando ela se mostrar capaz de alcançar os objetivos da recuperação do delinquente e da tranquilidade social abalada. Nesse sentido, leciona Ferrari que “*a cominação, aplicação e quantificação das medidas de segurança criminais se justificam dentro dos limites não excessivos e não contraditórios a seus fins*”.¹⁴⁸

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito verifica a carga da sanção penal imposta, se desajustada, excessiva ou desproporcional, impedindo, assim, a aplicação de medidas de segurança que não guardem proporção com a gravidade do ilícito

¹⁴⁵ DOTTI, 2005, p. 64.

¹⁴⁶ FERRARI, 2001, p. 102.

¹⁴⁷ FERRARI, 2001, p. 103

¹⁴⁸ FERRARI, 2001, p. 104

típico cometido e com a perigosidade do agente, com reflexos na duração máxima da sanção e também na prescrição (vide, respectivamente, itens 3.2 e 3.3).

3.1.3 Princípio da *Ultima Ratio*

O Direito Penal é ponderado como a *ultima ratio* para a solução de conflitos existentes em sociedade, ou seja, antes de se recorrer à legislação penal, devem-se buscar desfechos para esses impasses em outros ramos do Direito. Sendo viável a proteção do bem jurídico por outra maneira que não a legislação penal, com o intuito também de evitar a banalização das sanções, deve ser ele resguardado de outra maneira.¹⁴⁹

A sanção não deve ser imposta quando ausente a necessidade de proteção à tutela penal, de modo que a aplicação da medida de segurança só será legítima, assim como a imposição da pena, quando nenhum outro instrumento for suficiente. A imprescindibilidade também deve ser avaliada na escolha da espécie de medida a ser cumprida pelo seu destinatário, tendo em vista que não devem ser aplicadas sanções desnecessárias.

3.1.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade

O princípio da dignidade da pessoa humana está expressamente previsto no artigo 1º da Constituição e é um dos fundamentos irrenunciáveis do Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, todas as restrições aos direitos inerentes às pessoas devem observá-lo simplesmente pela condição de ser humano, limitando, por óbvio, o poder punitivo estatal.

Na temática do Direito Penal, o princípio da dignidade da pessoa humana se reflete no princípio humanidade das sanções. Tal postulado corresponde à proibição das penas de morte, perpétua, de banimento, de trabalhos forçados e cruéis (art. 5º, inciso XLVII, da Constituição) ou de qualquer pena que desprestigie a condição do seu destinatário como pessoa humana. O art. 5º, § 2º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos aponta para o mesmo norte, ao estabelecer que ninguém será submetido a torturas ou penas e tratamentos cruéis, desumanos

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*, 2007, p. 69.

ou degradantes. Logo, tal princípio estabelece a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência sancionatória do cometimento de delito que crie um impedimento físico permanente, bem como que todas as consequências jurídicas da realização do tipo penal, independentemente de ser uma pena, cessar em algum momento, sendo defesa sua perpetuidade.¹⁵⁰

O respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana estipula o cumprimento da sanção em estabelecimento correspondente à natureza do delito cometido, à idade e ao sexo do condenado, o que, por exemplo, assegura às presidiárias a estrutura para permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. O artigo 3º da LEP assegura aos condenados e aos internados todos os direitos que não foram atingidos pela sentença ou pela Lei, determinação que se relaciona intimamente com o disposto no artigo 99 do Código Penal, que prevê que o internado será recolhido a estabelecimento com características hospitalares.¹⁵¹

A presença de condições humanitárias mínimas para o cumprimento da pena ou da medida de segurança está vinculada à potencialidade do cumprimento das finalidades a que cada sanção penal se destina.¹⁵²

Por seu turno, o princípio da igualdade, inerente à democracia, no seu viés material, prima pela busca da igualdade de condições aos iguais e pela desigualdade em relação aos desiguais.

Transportando tal temática para o Direito Penal, especialmente em relação às reprimendas, repercute na diferença da sanção imposta entre o imputável e o inimputável ou semi-imputável, mesmo que tenham cometido o mesmo delito. No entanto, a desigualdade concernente à determinação de duração da sanção é ofensiva ao princípio da igualdade, uma vez que deve haver um limite na diferenciação, e a possibilidade de perpetuidade das medidas de segurança transcende esse marco.¹⁵³

3.1.5 Princípio da Presunção da Inocência e o *in Dubio pro Reo*

O princípio da presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo* dele decorrente impõem que ao réu não será imputado o cometimento de delito quando não existirem provas

¹⁵⁰ ZAFFARONI, 2008, p. 157.

¹⁵¹ DOTTI, 2005, p. 54-55.

¹⁵² FERRARI, 2001, p. 123.

¹⁵³ FERRARI, 2001, p. 125.

suficientes para sua comprovação. A incidência desses princípios ocorre sobre o dilema fático, quando há dúvidas acerca do cometimento do fato, preferindo-se absolver um culpado a condenar um inocente.

Concernente às medidas de segurança, existindo dúvidas da prática do fato pelo inimputável, deve ser ele absolvido pela ausência de certeza, pois não se deve imputar a ele fatos não provados.

No âmbito das medidas de segurança, a incidência do princípio do *in dubio pro reo* também é discutida quanto ao juízo de perigosidade, pressuposto de aplicação da sanção.

A doutrina se divide no que se refere a essa questão. Nucci explica que há, no mínimo, três posicionamentos distintos. O primeiro deles sustenta que se o acusado alegou em sua defesa tese de inimputabilidade, requerendo sua submissão à incidente de insanidade mental, deve ser a dúvida resolvida no sentido de considerá-lo inimputável. Outra corrente assevera que se presume que as pessoas sejam capazes, de modo que persistindo dúvida não deve ser o indivíduo considerado inimputável. Já a terceira vertente defende que é através do caso concreto que o juiz decidirá se é melhor considerar o réu imputável ou inimputável. Referido autor diz ser a primeira solução equivocada, uma vez que não se trata de direito disponível e de livre escolha da defesa. Quanto ao segundo posicionamento, critica por ser muito simplório, oportunizando erros judiciários decorrentes da presunção de que todos gozam de sanidade mental. Já a terceira posição elege como a mais adequada, ressaltando que é mais prejudicial submeter um indivíduo à imposição de uma medida de segurança do que uma pessoa que não goza de suas faculdades mentais a uma pena.¹⁵⁴

Ferrari entende que, sendo a medida de segurança consequência jurídica proveniente do *jus puniendi*, exige ela o mesmo tratamento da pena, de modo que qualquer um de seus pressupostos de aplicação deve estar devidamente demonstrado. Por outro lado, a parte da doutrina que sustenta a não incidência do princípio nesse aspecto assevera que essa matéria é de interpretação hermenêutica, em que o magistrado não está adstrito a esse princípio, de modo que pode se valer de esforço interpretativo suplementar para chegar a decisão que considerar mais adequada.¹⁵⁵

3.2 DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

¹⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 2010, p. 284-285.

¹⁵⁵ FERRARI, 2001, p. 132-133.

De extrema relevância é a discussão travada acerca dos prazos mínimo e máximo de duração das medidas de segurança.

A ausência de limites máximos e a obrigatoriedade dos limites mínimos são alicerçadas por dois argumentos: a diferença entre enfermos mentais e condenados imputáveis e o perigo que o destinatário da medida de segurança oferece à sociedade.¹⁵⁶

Entretanto, em um Estado Democrático de Direito, certo é que a intervenção estatal deve ser limitada, devendo ser estendido às medidas de segurança o conteúdo garantístico peculiar às penas, porquanto não pode o enfermo mental delinquente ser considerado sujeito de pior condição do que o delinquente mentalmente são, em nome do princípio da igualdade¹⁵⁷. Ademais, a reincidência não é motivo impeditivo da imposição de limites máximos, porquanto evidente o elevado percentual de reincidência entre os imputáveis.

Logo, a duração da medida de segurança também deve ser regulamentada e limitada, sob pena de afronta à alínea “b” do inciso XLVII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que veda a pena de caráter perpétuo, o que, por analogia, deve ser entendido como impedimento à ausência de limites máximos da duração das medidas de segurança.

Por outro lado, inegável o conflito existente entre a limitação à intervenção estatal e a segurança da coletividade, gerando dúvida acerca do que deve prevalecer: a segregação ilimitada do agente ou a sua liberdade, ainda que com risco à sociedade. Para responder a tal questionamento, Ferrari, seguindo o entendimento de Maia Gonçalves, sustenta que deve existir uma ponderação de interesses, norteada pelos princípios da legalidade, proporcionalidade e perigosidade.¹⁵⁸

As medidas de segurança têm prazo mínimo de duração de 1 a 3 anos, tanto na modalidade estacionária como na ambulante, em conformidade com o art. 97, § 1º, do Código Penal, sendo fixado pela sentença o prazo mínimo exato para cada caso concreto, independentemente do ilícito-típico penal praticado. A internação ou o tratamento perdurará, nos termos do referido dispositivo, até a averiguação, através de perícia médica, que constate a cessação da perigosidade, o que tornaria indeterminada a duração máxima dessa sanção penal.

¹⁵⁶ FERRARI, 2001, p. 181.

¹⁵⁷ FERRARI, 2001, p. 177.

¹⁵⁸ FERRARI, 2001, p. 178.

Ressalta Queiroz que o prazo mínimo de duração da medida de segurança restaria revogado se os dispositivos pertinentes aos inimputáveis fossem lidos à luz da Lei da Reforma Psiquiátrica, tendo em vista a sua incompatibilidade com o princípio da utilidade terapêutica do internamento, de acordo com o art. 4º, § 1º, do mencionado diploma legal, e com o princípio da desinternação progressiva dos pacientes cronificados, previsto no art. 5º¹⁵⁹ da mesma legislação. Ainda que não admitida essa leitura, sustenta o doutrinador que, caso constatada a cessação da perigosidade do agente anteriormente ao término do prazo mínimo, o constrangimento deve cessar imediatamente, em prestígio aos princípios da humanidade das penas e da proporcionalidade.¹⁶⁰

A cessação da anomalia pode ocorrer a qualquer tempo, de modo que a fixação do prazo mínimo deve ser afastada, não sendo a prevenção geral positiva fundamento para manter a segregação quando cessada a perigosidade, porquanto não é a finalidade principal das medidas de segurança.

A perícia médica está presente em três momentos distintos da aplicação e execução das medidas de segurança. Inicialmente, ela é utilizada no curso no processo criminal para constatar a inimputabilidade penal. Em um segundo momento, ela se presta à averiguação da perigosidade criminal ao término do prazo mínimo estabelecido na sentença. Por fim, deve a perícia médica ser repetida anualmente, enquanto perdurar a execução da sanção, ou a qualquer tempo, se determinada pelo juiz.

Outrossim, a persistência da perigosidade criminal como condição de continuidade indeterminada da medida de segurança não encontra guarida na Constituição pátria, uma vez que ofende os princípios da proporcionalidade, da não perpetuação da pena e da igualdade. O princípio da proporcionalidade torna inviável, por exemplo, a aplicação de uma medida de segurança sujeita à indeterminação em virtude de cometimento de delito em que é prevista a fixação de pena em patamar singelo. Por seu turno, o princípio da não perpetuação da pena, embora não seja a medida de segurança uma pena em sentido estrito, deve impedir o imoderado constrangimento à liberdade. Por fim, o Código Penal, ao diferenciar a determinação da pena e da medida de segurança, feriu o princípio da igualdade, uma vez que o acusado inimputável permanecerá privado de sua liberdade enquanto perdurar sua

¹⁵⁹ Art. 5º O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.

¹⁶⁰ QUEIROZ, 2009, p. 402-404.

perigosidade, ao passo que o condenado à pena privativa de liberdade, independentemente do perigo que ofereça à sociedade, ao término da pena, será posto em liberdade.¹⁶¹

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a medida de segurança também está jungida, assim como a pena privativa de liberdade, ao prazo máximo de 30 anos, tendo em vista que a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas também incide sobre a medida de segurança, de acordo com a interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75 e 97, ambos do Código Penal, e o artigo 183 da LEP.¹⁶²

Ainda que reconhecido tal limite, a duração indeterminada da medida de segurança ainda gera muitos questionamentos. No entendimento de Cirino, dentre variados doutrinadores que comungam da mesma opinião,

[...] a duração indeterminada das medidas de segurança estacionárias significa, freqüentemente, privação de liberdade perpétua de seres humanos, o que representa violação da dignidade da pessoa humana e lesão do princípio da proporcionalidade, porque não existe correlação possível entre a perpetuidade da internação e a confiabilidade do prognóstico de periculosidade criminal do exame psiquiátrico.¹⁶³

A solução proposta por parte da doutrina, prestigiados os princípios da dignidade humana e da proporcionalidade, é a vinculação entre a duração máxima da medida de segurança aplicada e o máximo da pena privativa de liberdade prevista no tipo punível praticado.¹⁶⁴

A doutrina e a jurisprudência têm evoluído nesse campo e, atualmente, parte dela já está adotando critério ainda mais diferenciado para a restrição da medida de segurança no tempo, consistente na limitação do prazo máximo da medida de segurança em conformidade com suposta pena privativa de liberdade que seria aplicável ao caso concreto, caso o agente não fosse inimputável.

No que concerne à duração das medidas de segurança aplicadas ao semi-imputáveis, há dois posicionamentos para a fixação de seus limites máximos. O primeiro deles defende que o tempo máximo da sanção fica adstrito àquele concretamente fixado na sentença, cabendo ao juiz, antes de substituir a pena por medida de segurança, fixá-la e reduzi-la, sendo a pena já reduzida o limite temporal que pode perdurar a sanção. Já o segundo entendimento

¹⁶¹ QUEIROZ, 2009, p. 404.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84219/ SP. Primeira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. DJe 23 set. 2005.

¹⁶³ SANTOS, 2007, p. 651.

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. HC 143313/RS. Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes. DJe 23 ago. 2010.

se baseia na cominação máxima em abstrato do ilícito-penal, tendo em vista que, caso o juiz opte pela aplicação da medida de segurança, ele não deve operar a redução.¹⁶⁵

Este último posicionamento, do qual comunga Ferrari, está em consonância com o sistema vicariante, porquanto o juiz deve optar entre a redução da pena ou a eleição da medida de segurança, em conformidade com as condições de percepção do caráter repressivo e preventivo da pena apresentadas pelo semi-imputável.

A ausência de limites máximos igualmente desvirtua a finalidade principal das medidas de segurança, uma vez que se restringe ao caráter retributivo da sanção.

Cumpre referir que, no caso de superveniência de alienação mental no curso da execução da pena e não sendo ela enfermidade duradoura, o apenado será transferido para ser tratado em local apropriado e, em caso de recuperação, retornará a cumprir a pena de maneira regular. Não é, pois, uma conversão propriamente dita, mas uma providência provisória.

Diferentes são os casos em que essa doença mental seja persistente, devendo a pena ser convertida em medida de segurança, de acordo com o art. 83 da LEP. Concernente ao prazo de duração da medida de segurança a ser cumprida, há quatro correntes: (a) duração indefinida; (b) duração do restante da pena privativa de liberdade aplicada; (c) duração máxima de 30 anos; (d) duração do máximo da pena em abstrato prevista para o delito cometido.¹⁶⁶

O doutrinador Paulo Queiroz é incisivo ao afirmar que deve ser adotada a segunda teoria mencionada para que não se viole o princípio da legalidade da pena e o princípio da intangibilidade da coisa julgada, uma vez que o réu foi condenado a uma pena por tempo determinado, bem como sua modificação prejudicaria o indivíduo.¹⁶⁷

Esgotado o prazo máximo da duração da medida de segurança e ainda presente a perigosidade do agente, inviável é a prorrogação criminal perpétua. A sua extensão indeterminada no tempo configuraria prevenção geral negativa e excessiva prevenção geral positiva, uma vez que, findo o prazo máximo da sanção, não há mais receio à prática de novos ilícitos-penais, sendo seu propósito a proteção do próprio cidadão e da sociedade, em face do comportamento anormal e desajustado do indivíduo.

Diante da impossibilidade de prorrogação criminal, restam duas opções: a liberação do paciente ou sua interdição civil, que implica transferência para estabelecimento comum.

¹⁶⁵ FERRARI, 2001, p. 185-186.

¹⁶⁶ NUCCI, 2007, p. 612-613.

¹⁶⁷ QUEIROZ, 2009, p. 405.

A interdição civil escapa do âmbito penal, prestando-se para a proteção da pessoa interdita e também para a segurança jurídica de terceiros. Para interditar o indivíduo, é imprescindível que se siga o disposto nos artigos 1.767 a 1.778 do Código Civil, para providenciar sua interdição civil anteriormente ao esgotamento do prazo máximo de duração, sob pena de liberação do paciente.

3.3 PRESCRIÇÃO

Ainda que presentes seus pressupostos, o advento de alguma das causas de extinção da punibilidade provoca a cessação da aplicação da medida de segurança, uma vez que não há mais o que punir porque finda a pretensão punitiva do Estado, de acordo com o que dispõe o artigo 96, parágrafo único, do Código Penal. Caso a medida de segurança já tenha sido imposta e se encontre em fase de execução, a internação ou o tratamento ambulatorial também devem ser cessados por força da extinção da punibilidade.¹⁶⁸

A prescrição penal caracteriza-se pela extinção do direito de punir do Estado em razão do transcurso do tempo, sendo esta a causa mais importante de extinção da punibilidade. Embora haja várias teses explicando a existência desse instituto, seu fundamento mais recorrente, em síntese, é a falta de necessidade de punição quando transcorrido determinado período, porquanto a sanção não se presta mais à prevenção geral e especial de comportamentos perigosos. A prescrição pode ser referente à ação penal, denominada prescrição da pretensão punitiva, contada pela pena máxima cominada ao crime, ou pode ser concernente à execução da sentença penal, chamada prescrição da pretensão executória, regulada pela pena aplicada na sentença.

Como qualquer sanção penal, o poder estatal para impor as medidas de segurança também deveria ser limitado pelo transcurso de tempo. Ocorre, no entanto, que o Código Penal não prevê norma específica.

Conforme já referido, o parágrafo único do artigo 96 do Código Penal prevê que, extinta a punibilidade, a medida de segurança não pode ser imposta, tampouco subsiste a que já o tenha sido. Logo, há uma previsão genérica da prescrição da pretensão punitiva e da prescrição da pretensão executória, conforme já reconhecido em decisão do Supremo Tribunal

¹⁶⁸ NUCCI, 2007, p. 520.

Federal¹⁶⁹, que deixa, no entanto, de quantificar os prazos prescricionais, provocando posicionamentos divergentes, que podem ser resumidos em três correntes.

A primeira delas defende que só incide sobre as medidas de segurança a prescrição da pretensão punitiva, porquanto esta pode ser quantificada independentemente da fixação da duração da sanção, restando prejudicada a prescrição da pretensão executória.

O segundo posicionamento sustenta que as medidas de segurança estão sujeitas a ambas as espécies. Todavia, o prazo para a prescrição da pretensão executória se regula pela pena máxima cominada ao crime.

A terceira vertente, por sua vez, propaga a aplicação regular da pretensão punitiva antes da decisão. Sobrevinda a sentença, diante da ausência de legislação, deve-se averiguar se ainda persiste a perigosidade do agente. Em caso de superação da doença, não deve ser imposto o cumprimento da medida de segurança, que se extingue.

Outro ponto divergente relativo à prescrição da medida de segurança é a dúvida acerca da interrupção do prazo pela sentença que impõe a sanção penal, o qual depende da natureza jurídica que se atribuí a ela.

Com efeito, caso considerado que tal decisão é absolutória imprópria, em conformidade com a maioria da doutrina e da jurisprudência, não haverá interrupção do prazo. Por outro lado, se considerar a sentença como condenatória ou mista, o prazo é interrompido pela sua publicação. Essa última orientação é seguida por Paulo Queiroz.

No caso de aplicação de medidas de segurança a inimputável, a maioria da doutrina e da jurisprudência adota o prazo prescricional da pretensão punitiva de acordo com o tempo máximo da pena em abstrato previsto para o ilícito-típico cometido como parâmetro para a incidência do artigo 109 do Código Penal.

Maior divergência se vislumbra no reconhecimento da prescrição da pretensão executória, tendo em vista a dúvida acerca da interrupção ou não do prazo prescricional pela internação do paciente. Tal discussão tange à natureza da sentença que impõe a medida de segurança, porquanto o artigo 117, inciso V, do Código Penal, prevê como marco interruptivo da prescrição o início ou a continuação do cumprimento da pena.

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado, observado no mencionado dispositivo legal, no sentido de interrupção do prazo pelo início da internação ou do

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 86.888. Primeira Turma. Relator Ministro Eros Grau. DJe 02 dez. 2005.

tratamento.¹⁷⁰ Esse entendimento também era acolhido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre, no entanto, que a imprevisibilidade da sentença absolutória imprópria que determina a aplicação da medida de segurança como causa interruptiva da prescrição impede a convivência a esse posicionamento, tendo em vista o caráter taxativo do art. 117 do Código Penal, que não pode ser aplicado analogicamente aos inimputáveis, que acabariam sendo prejudicados.¹⁷¹

No que tange aos semi-imputáveis, cediço que se considera a pena aplicada, que posteriormente é convertida em medida de segurança, para o cálculo da prescrição da pretensão executória.

Quando convertida a pena em medida de segurança em virtude de superveniência de doença mental, a prescrição será contada com base na pena fixada na sentença condenatória, sob pena de violação da coisa julgada.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98360/RS. Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 23 out. 2009.

¹⁷¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70030439434. Segundo Grupo de Câmaras Criminais. Relator Des. Odone Sanguiné. DJ 19 abril 2010.

4 A CASTRAÇÃO QUÍMICA DE PEDÓFILOS: PENA OU MEDIDA DE SEGURANÇA?

Há muito tempo a sociedade exige do Direito Penal soluções para neutralizar os delinquentes sexuais perigosos, sendo a incapacitação uma medida muito antiga, limitada depois da II Guerra Mundial pelo abandono dessa tendência pelas teorias finalistas do Direito Penal.¹⁷² No entanto, a partir da década de 1990, esse pensamento se fortaleceu e atualmente tem sido adotado em diversas legislações penais, tanto em países anglo-saxões como em países da Europa continental, que têm desenvolvido mecanismos de neutralização com a finalidade de proteger a sociedade, especialmente concernente a delitos contra a liberdade sexual.¹⁷³

Esse movimento tem desenvolvido outras reações penais distintas da pena para funcionar como alternativa ou como complementação ao prolongamento da segregação que intui o combate à perigosidade.¹⁷⁴ O retorno a essa tendência decorre da expansão das leis ‘*three strikes*’ e da propagação doutrinária das teorias de incapacitação seletiva, ao mesmo tempo em que se relaciona com a decepção referente às possibilidades de intervenção estatal ressocializadoras sobre o delincente, com a sensibilidade ao risco e com a obsessão por segurança demonstrada pelos grupos sociais.¹⁷⁵

Nesse contexto, destaca-se a discussão ou a própria implantação da castração química nas legislações penais.

Os Estados Unidos da América foram pioneiro nessa ideia. Até a década de 1990, a reação sancionatória era voltada para a reabilitação e o tratamento do delincente sexual. Havia o chamado ‘*civil commitment*’, mecanismo de intervenção em que delinquentes imputáveis eram internados por tempo indeterminado em centros psiquiátricos para fins de tratamento, ocorrendo equiparação substancial entre sujeitos imputáveis considerados perigosos e inimputáveis.¹⁷⁶ Contudo, a desconfiança acerca da eficácia dessas terapias ensejou a criação de novos instrumentos de caráter punitivo e neutralizador destinados a sujeitos estimados perigosos que depois do cumprimento da pena serão sujeitos à medida cumulativa de

¹⁷² SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Política Criminal en El Cambio de Siglo*, 2002, p. 75.

¹⁷³ PLANAS, Ricardo Robles. “Sexual Predators”: Estrategias y limites Del Derecho penal de la peligrosidad, 2007, p. 3.

¹⁷⁴ PLANAS, 2007, p. 4.

¹⁷⁵ SÁNCHEZ, 2002, p. 76-77.

¹⁷⁶ SÁNCHEZ, 2002, p. 77-78.

incapacitação, a exemplo da castração química. Conforme se denota, não se trata de imposição de medida de segurança substitutiva à pena, mas de uma imposição posterior à privação de liberdade, com distinção clara entre as sanções, ao contrário do que ocorria anteriormente. Trata-se, pois, de um sistema dualista, em que aplicada uma pena regida pelo princípio da proporcionalidade e uma medida regida pelo princípio da neutralização.¹⁷⁷ O primeiro Estado norte-americano a adotar tal medida foi a Califórnia, que prevê, desde 1996, a castração química obrigatória àqueles que são condenados pela segunda vez em crimes contra a liberdade sexual. Os estados da Flórida, Colorado, Georgia, Louisiana, Montana, Texas, Oregon e Wisconsin também aderiram, de diferentes formas, a esse instrumento.¹⁷⁸

Na Europa, essa possibilidade igualmente está sendo ventilada. Na Grã-Bretanha, por exemplo, é possível se submeter à castração química voluntariamente, enquanto na Dinamarca e na Suécia, só é permitido tal método em casos extremos.¹⁷⁹

Na França, um caso especial despertou a atenção do Presidente Nicolas Sarkozy, que passou a defender a aplicação de medidas mais severas na luta contra a pedofilia após a libertação do apenado Francis Everard. Tal indivíduo, condenado a uma pena de 30 anos pela prática de crimes sexuais, depois de ter cumprido parte da sanção penal, foi libertado e, logo após, sequestrou e violentou uma criança de cinco anos de idade.¹⁸⁰

A França já permite a castração química em agressores sexuais, desde que a adesão a ela seja voluntária. A Assembleia Nacional Francesa discute a adoção compulsória desse método para o tratamento de condenados reincidentes, que é apoiada pelo Presidente Sarkozy.¹⁸¹

Outros países da América Latina, como Argentina, Colômbia, Chile e México, também têm discutido acerca da viabilidade da implantação desse método aos abusadores sexuais.¹⁸²

Existe mais de uma maneira de se proceder à castração. Um dos principais métodos é a castração clínica ou física, que é a retirada dos testículos para impedir a produção de testosterona, hormônio responsável pelo estímulo sexual, cuja produção é de aproximadamente 95% nessas glândulas. Outra técnica possível é a castração química, que foi inicialmente desenvolvida para tratar casos de câncer de próstata, e consiste na modificação

¹⁷⁷ SÁNCHEZ, 2002, p. 79.

¹⁷⁸ PLANAS, 2007, p. 9.

¹⁷⁹ TRINDADE, Jorge. BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*, 2007, p. 48-49.

¹⁸⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues. DOS SANTOS, Thiago Borba Calixto. Castração química: alternativa para os crimes contra a liberdade sexual? . Revista Jurídica Consulex. Ano XII, n° 272, 2008, p. 19.

¹⁸¹ Disponível em: <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,4909865,00.html>. Acesso em 31/10/2010.

¹⁸² VIEIRA; DOS SANTOS, 2008, p. 19.

dos neurotransmissores e na criação de mecanismos que bloqueiam o desejo e o impulso sexual, através de fármacos que neutralizam a testosterona produzida pelos testículos.¹⁸³

A castração química ocorre com a administração de medicamentos, de forma oral ou injetável, que atuam na glândula hipófise para inibir a produção de testosterona nos testículos.¹⁸⁴ As drogas mais utilizadas e pesquisadas são dois derivativos da progesterona que reduzem a produção do referido hormônio masculino: *anitato de cyproterona* e *medroxyorigesterona (Depro-Provera)*.

Essas drogas assinalam falsamente ao cérebro que o organismo dispõe de quantidade suficiente de testosterona, o que provoca a cessação da produção do referido hormônio. Assim, o medicamento deve ser administrado periodicamente, normalmente em doses semanais, e a interrupção do uso da medicação pode comprometer o controle do comportamento sexual combatido.¹⁸⁵

Não obstante a castração química não ser um método definitivo, suas sequelas podem ser severas. Além da diminuição dos impulsos sexuais e a frustração de ereção e de orgasmo, em decorrência da falta de irrigação no pênis, esse método também pode causar aumento de peso, mal-estar, hipertensão, trombolismo, fadiga, hipoglicemia, ginecomastia e depressão.¹⁸⁶

Há muitas discussões científicas a respeito da castração química, mas existe um ponto que todos os estudiosos apontam como certo: sua eficiência está adstrita aos casos de criminalidade associados a parafilias, que se traduzem em desvios de comportamento sexual que não condizem com as convenções sociais.

A pedofilia é uma espécie de parafilia em que o indivíduo sente compulsiva atração sexual primária por crianças. A Classificação Internacional de Doenças (CID 10) da Organização Mundial de Saúde, no capítulo que trata sobre transtornos mentais e comportamentais, especificamente no tópico que versa sobre transtornos da preferência sexual, define pedofilia como: “*A sexual preference for children, boys or girls or both, usually of prepubertal or early pubertal age*”¹⁸⁷. Ou seja, a pedofilia é considerada, por essa instituição mundial, uma doença em que o enfermo tem preferência sexual por crianças (meninos ou meninas), sendo estas normalmente pré-púberes.

Podem ser considerados critérios de diagnóstico da pedofilia, de acordo com o *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 4 th edition (DSM-IV)*, da

¹⁸³ TRINDADE, 2007, p. 44 e 47.

¹⁸⁴ VIEIRA; DOS SANTOS, 2008, p. 18.

¹⁸⁵ PLANAS, 2007, p. 9.

¹⁸⁶ VIEIRA; DOS SANTOS, 2008, p. 18.

¹⁸⁷ Disponível em: <http://apps.who.int/classifications/apps/icd/icd10online/>. Acesso em 02/11/2010.

Associação de Psiquiatras Americanos, as seguintes características: (a) fantasias sexualmente excitantes, recorrentes e intensas, e impulsos sexuais ou comportamentos envolvendo atividade sexual em relação a uma ou mais crianças pré-púberes, no decorrer de um período de no mínimo seis meses; (b) essas fantasias, impulsos ou comportamentos causam sofrimento clinicamente comprovado ao indivíduo; (c) o indivíduo ter no mínimo 16 anos e ter uma diferença mínima de cinco anos de idade para a vítima. Na linha de adoção desses critérios, alguém que está no final da adolescência e se relaciona sexualmente com uma criança de 12 ou 13 anos não pode ser considerado pedófilo.¹⁸⁸

Por outro lado, é necessário diferenciar indivíduos que violentam sexualmente crianças por serem considerados clinicamente pedófilos dos indivíduos que apenas se aproveitam da vulnerabilidade delas, e que não são, portanto, acometidos por essa tendência sexual originária por infantes. Logo, a ideia de que é pedófilo quem pratica crimes sexuais contra crianças é equivocada, embora já tenha se tornado usual, tendo em vista que tais delitos podem ocorrer independentemente desse transtorno.¹⁸⁹

Na legislação penal brasileira, não há um tipo incriminador da pedofilia. O que existe são condutas de pedofilia associadas a outros crimes, destacado o delito de estupro do vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 12.015/2009, e os delitos previstos nos artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Existem obstáculos ao tratamento dos pedófilos. O primeiro deles concerne à objeção da sociedade de compreender a pedofilia como uma doença, em face do repúdio a quem abusa sexualmente de uma criança, o que acaba dificultando a abordagem terapêutica desse transtorno. O segundo deles se relaciona ao próprio pedófilo, visto que ele não conta com motivação pessoal para se tratar, salvo quando seu comportamento o comprometer perante sua família, perante a sociedade ou traga dificuldades perante a lei.¹⁹⁰

A pedofilia é um transtorno permanente, uma vez que não há remissão total, e o seu índice de recidiva é expressivo, especialmente quando a preferência sexual é pelo sexo masculino. Diante dessas características, uma das opções de combate à pedofilia é a castração química, que visa privar o indivíduo da produção de determinado hormônio.¹⁹¹

¹⁸⁸ TRINDADE; BREIER, 2007, p. 29.

¹⁸⁹ BRUTTI, Roger Spode Brutti. *Tópicos Cruciais sobre Pedofilia*, 2008, p. 20.

¹⁹⁰ TRINDADE; BREIER, 2007, p. 43-44.

¹⁹¹ TRINDADE; BREIER, 2007, p. 44.

Em estudo comparativo realizado entre o tratamento psicossocial e a castração química, a melhora dos indivíduos submetidos à castração é muito superior aos pedófilos sujeitos à terapia psicológica. No entanto, o risco de recaída diante da descontinuidade do tratamento é mais elevado, assim como apresentam efeitos colaterais que não são percebidos na abordagem psicossocial.¹⁹²

A pedofilia é uma espécie de psicopatia sexual. Assim como as demais personalidades psicopáticas (ou sociópatas) os pedófilos podem, em conformidade com o caso concreto, ser enquadrados no parágrafo único do art. 26 do CP, tendo em vista sua capacidade parcial, não sendo eles doentes mentais, situando-se em zona fronteira entre a saúde mental e a alienação mental. Os psicopatas são desajustados psíquica e socialmente, sofrendo de distúrbio de temperamento e de caráter, razão pela qual sua pena pode ser reduzida nos termos do referido artigo.¹⁹³ A jurisprudência tem reconhecido a capacidade diminuída dos psicopatas e dos agentes com personalidade psicopática.¹⁹⁴

O homem “normal” é aquele que tem plena posse e pleno uso de suas faculdades mentais (psíquica), estando sua conduta de acordo com a maioria do grupo social. A moderna Psiquiatria sustenta que, apesar de que o crime possa ser um sintoma ou uma manifestação da doença mental, o seu cometimento não implica em estado de anormalidade mental do agente, e que a maioria dos delinquentes são indivíduos “normais”, o que inclui a maior parte dos criminosos sexuais.¹⁹⁵

A prática de crimes por indivíduos acometidos de psicopatia sexual, a exemplo da pedofilia, é um sintoma da doença que sofrem. Contudo, em termos científicos, somente aqueles que padecem de psicose podem ser enquadrados no *caput* do artigo 26 do Código Penal, além dos agentes com desenvolvimento mental incompleto ou retardado.¹⁹⁶

De acordo com Trindade, a pedofilia é uma entidade atípica, pois não se enquadra na condição plena de doença (no sentido clássico) ou perturbação mental, caracterizando-a o referido autor como uma desordem distintivamente moral, que geralmente não retira a capacidade de compreensão do agente, mas influencia na capacidade de se comportar de

¹⁹² TRINDADE; BREIER, 2007, p. 48.

¹⁹³ MEDEIROS, Roque de Brito Alves. Inimputabilidade Penal Por Anormalidade Mental. In: Cristiano Carrilho (Org.). **Saúde Mental e o Direito**: ensaios em homenagem ao professor Heitor Carrilho, 2004.

¹⁹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Código Penal interpretado*, 2007, p. 271.

¹⁹⁵ MEDEIROS, 2004, p. 25.

¹⁹⁶ MEDEIROS, 2004, p. 26.

acordo com esse entendimento.¹⁹⁷ De qualquer sorte, a submissão ao incidente de insanidade mental parece ser a forma mais conveniente de analisar a imputabilidade do delinquente.

Cumpra salientar que a anormalidade mental, para fins de isenção de pena, requer, além do elemento biológico de natureza patológica, que esse fator psicológico esteja presente ao tempo da ação delituosa e que ele tenha eliminado o entendimento e a autodeterminação do agente, caracterizando, assim, sua inimputabilidade, pois ausente sua capacidade de entender a ilicitude de seu ato e de atuar conforme esse entendimento.¹⁹⁸

No Brasil, a viabilidade da implantação da castração química direcionada a delinquentes sexuais também tem sido avaliada. O Ambulatório de Transtornos de Sexualidade da Faculdade de Medicina do ABC, em Santo André/SP, liderado pelo psiquiatra Danilo Baltieri, no decorrer do ano de 2007, atendeu cerca de 30 pessoas com diagnóstico de pedofilia, considerado um distúrbio psiquiátrico, aplicando injeções de hormônios femininos em indivíduos que assinaram um termo de consentimento.¹⁹⁹

No plano legislativo também ocorrem manifestações nesse sentido, como a seguir será exposto.

4.1 O PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL N° 552/2007

O senador Gerson Camata propôs, em 18/09/2007, o Projeto de Lei n° 552/2007, que visa acrescentar o art. 226-B ao Código Penal, para cominar a pena de castração química aos autores, quando considerados pedófilos (de acordo com o Código Internacional de Doenças), dos crimes previstos nos artigos 213, 214, 218 e 224 do referido diploma legal.²⁰⁰ De acordo com o projeto original, o dispositivo a ser adicionado ao Código Penal contaria com a seguinte redação: “Art. 226-A. *Nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213, 214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças, fica cominada a pena de castração química*”²⁰¹. Cumpra observar que, ao tempo da apresentação do Projeto de Lei n° 552/2007, a Lei n° 12.015/2009, que alterou

¹⁹⁷ TRINDADE; BREIER, 2007, p. 82.

¹⁹⁸ MEDEIROS, 2004, p. 24.

¹⁹⁹ Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/82622/1/noticia.htm>. Acesso em: 31/10/2010.

²⁰⁰ Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=82490. Acesso em: 31/10/2010.

²⁰¹ Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/11282.pdf>. Acesso em: 02/11/2010.

substancialmente o Título VI da Parte Especial do Código Penal, ainda não estava em vigor, de modo que a redação dos artigos 213, 214, 218 e 224 era distinta da atual.

Um projeto semelhante já havia sido apresentado, em 20/06/2002, pelo deputado federal Wigberto Tartuce, gravado sob o número 7.021/2002, cuja ementa dispunha sobre a fixação de castração com recursos químicos para os autores dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, o projeto de lei n° 7.021/2002 foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 31/01/2003, com fundamento no artigo 105²⁰² do Regimento Interno da referida casa legislativa.²⁰³

A justificação do projeto apresentado no Senado Federal expõe, em suma, que indivíduos pedófilos exibem deformidade na formação psíquica que os impedem de se reabilitar perante a sociedade, ainda que tenham sido sujeitos a tratamentos clínicos atuais. É ressaltado no texto que, mesmo em países com sistemas carcerários aprimorados, tem sido adotada a técnica da castração química, com o intuito de impedir a reincidência do crime sexual, que é muito elevada em conformidade com estatísticas sociais.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania formulou relatório, apresentado em 20/04/2009, sob a relatoria do Senador Marcelo Crivella. O voto foi pela aprovação do projeto, com a sugestão de duas emendas.

Em 30/09/2009 foi publicado o requerimento do encaminhamento do mencionado projeto de lei à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) para seu pronunciamento acerca da matéria, tendo em vista que as penalidades do sistema penal brasileiro se reduzem a penas privativas de liberdade, não abarcando sanções que interfiram na integridade física e de saúde do condenado. Assim, o Senador Flávio Arns concluiu pela necessidade de apreciação do projeto de lei sob a luz dos Direitos Humanos e a consequente oitiva da mencionada Comissão, conforme consta no requerimento n° 1.305²⁰⁴ de 2009 do

²⁰² Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

I – com pareceres favoráveis de todas as Comissões;

II – já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;

III – que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;

IV – de iniciativa popular;

V – de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava. (Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1926/regimento_interno.pdf?sequence=1. Acesso em: 02/11/2010).

²⁰³ Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=58512. Acesso em: 02/11/2010.

²⁰⁴ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=66608>. Acesso em: 02/11/2010.

Senado Federal. Referido requerimento foi aprovado em 28/10/2009 e então encaminhado à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa e à Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça.

Inicialmente, em 02/02/2010, o Senador Magno Malta foi designado como relator da matéria pelo Presidente da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, Senador Cristovam Buarque. Em 26/02/2010, o Senador Magno Malta devolveu a matéria para a redistribuição, sendo o Senador Marcelo Crivella designado relator, em 31/03/2010. Em 13/04/2010, o relator exibiu seu voto pela aprovação do projeto, com a apresentação de outras duas emendas.

Em 09/06/2010, a Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa aprovou o requerimento elaborado pelo Senador José Nery para a realização de Audiência Pública para instruir o Projeto de Lei do Senado Federal nº 552/2007. Até a finalização deste trabalho, a matéria estava aguardando a realização da referida audiência.

4.1.1 Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sob a relatoria do Senador Marcelo Crivella, após declarar a não identificação de vícios de injuridicidade no projeto, passou a se manifestar acerca de sua constitucionalidade. Antes, todavia, destacou que os seguintes pontos do projeto original que carecem de melhoramentos: (a) a divergência entre o texto de sua ementa e o seu conteúdo, porquanto aquela cita o acréscimo do art. 216-B enquanto este se refere ao art. 226-B; (b) a ausência de tipo penal no art. 224 do Código Penal; (c) a estranheza do termo “pedófilo” ao Código Penal; (d) a inadequação da criação de norma penal em branco ao fazer referência ao “Código Internacional de Doenças”, porquanto obriga a consulta a documento estrangeiro.

4.1.1.1 Análise da constitucionalidade do projeto

Elaboradas essas críticas, o parecer questionou o conflito entre a segurança jurídica e a inviolabilidade física e moral do pedófilo, recorrendo ao princípio da proporcionalidade como forma de analisá-lo. Para resolver a questão em conformidade com o princípio da

proporcionalidade, foi feita uma análise preliminar acerca de sua compatibilidade com o princípio da legalidade, tendo em vista a proibição de penas cruéis e de submissão a tratamento desumano ou degradante, previstas, respectivamente, no art. 5º, inciso XLVII, alínea “e”, e inciso III, da Constituição. Sob o prisma da dignidade da pessoa humana, manifestou o parecer que a terapia química não é uma pena cruel, uma vez que ela justamente possibilitaria o retorno do pedófilo ao ambiente social, que retomaria suas ações de interesse geral da sociedade sem significar um perigo a ela.

O parecer, então, encaminhou-se à análise da castração química em conformidade com os três critérios inerentes ao princípio da proporcionalidade. Concernente ao subprincípio da adequação, foi ressaltado que o projeto não indica o método terapêutico a ser empregado, contudo afirmou que existem tratamentos eficazes com o uso das drogas, como acetato de cyproterona, já utilizado no Canadá e na Europa, e do acetato de medroxiprogesterona (Depo-Provera), usado nos Estados Unidos da América, que influenciam o comportamento sexual do paciente ao reduzir a libido, inibir a espermatogênese e reduzir o volume da ejaculação, diminuindo, assim, as fantasias sexuais, embora esses medicamentos apresentem efeitos colaterais, como depressão, fadiga crônica, desenvolvimento de diabetes, etc. Asseverou-se que o tratamento com essas drogas são reversíveis, mas que seu principal problema é que o condenado precisa se apresentar com frequência para receber as injeções que compõem o tratamento, sem as quais os testículos podem aumentar a produção de testosterona acima dos níveis anteriores, ocasionando intensificação da libido. Segundo consta no parecer, o único tratamento totalmente eficaz é a remoção cirúrgica dos testículos, contudo ele é irreversível, assim como o são seus efeitos colaterais. Feitas essas observações, em face das pesquisas que apontam a redução drástica da reincidência através da castração química, o parecer entendeu pela adequação desse tipo de tratamento.

No que se refere ao critério da necessidade, concluiu o parecerista que a castração química não encontra substituto com mesma eficácia e com menor gravidade, destacando, por exemplo, que o uso de rastreador eletrônico para monitoração de pedófilos libertados, tendo em vista que a pedofilia não é um problema de vigilância ou de punição, mas de tratamento psiquiátrico, bem como por não haver pesquisas empíricas que apontem a redução da reincidência para pedófilos, além de dados genéricos indicarem, inclusive, aumento na reincidência de condenados monitorados. Destarte, não sendo a pena de morte e a prisão perpétua permitidas em nosso ordenamento, a castração química atenderia à exigência da necessidade.

Por fim, quanto à proporcionalidade da distribuição dos ônus, discorreu sobre o embate entre o trauma sofrido pela criança ou adolescente que foi violentada pelo pedófilo e as consequências sociais daí decorrentes, e o trauma a qual o pedófilo fica submetido quando realizado o tratamento químico e as consequências sociais da castração. Para convencer acerca da proporcionalidade em sentido estrito da castração química, consta no parecer informações de pesquisa que aferiu uma relação intensa entre maus tratos físicos, sexuais e emocionais e o desenvolvimento de problemas psiquiátricos. Considerando, por um lado, a reversibilidade dos tratamentos químicos mais usuais a quais seriam submetidos os pedófilos, e de outro, os traumas suportados por crianças e adolescentes que sofreram ações de pedófilos, conclui o parecer que o maior ônus é o da vítima da agressão sexual, de modo que o tratamento atende ao critério da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania se manifestou pela constitucionalidade da medida de castração química e consequente aprovação do Projeto de Lei nº 552 do Senado Federal, apresentando propostas de emendas²⁰⁵.

A primeira emenda se refere à alteração na ementa do projeto de lei, para acrescentar o art. 226-A ao Código Penal, e não o art. 216-B, como consta na proposta original. A segunda

²⁰⁵ **“EMENDA nº. – CCJ**

Dê-se à ementa do Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007, a seguinte redação:

“Acrescenta o art. 226-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever tratamento químico hormonal de contenção da libido nos casos que especifica.”

EMENDA nº. – CCJ

Dê-se ao art. 1º do Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007, a seguinte redação:

Art. 1º.

“Art. 226-A. Quando os crimes tipificados nos arts. 213, 214 e 218 forem praticados contra pessoa com idade menor ou igual a quatorze anos, observar-se-á o seguinte:

§ 1º. O condenado poderá se submeter, voluntariamente, sem prejuízo da pena aplicada, a tratamento químico hormonal de contenção da libido, durante o período de livramento condicional, que não poderá ser inferior ao prazo indicado para o tratamento.

§ 2º. O condenado que voluntariamente se submeter a intervenção cirúrgica de efeitos permanentes para a contenção da libido não se submeterá ao tratamento químico de que trata o § 1º, e poderá, a critério do juiz, ter extinta a sua punibilidade.

§ 3º. A Comissão Técnica de Classificação, na elaboração do programa individualizador da pena, especificará tratamento de efeitos análogos ao do tratamento hormonal de contenção da libido, durante o período de privação de liberdade, cujos resultados constituirão condição para a realização ou não do tratamento de que trata o § 1º deste artigo.

§ 4º. O condenado referido no § 1º deste artigo que se submeter voluntariamente ao tratamento químico hormonal de contenção da libido, após os resultados insatisfatórios obtidos com o tratamento de que trata o § 3º, terá a sua pena reduzida em um terço.

§ 5º. O condenado reincidente em qualquer dos crimes referidos no *caput* deste artigo que já tiver se submetido, em cumprimento anterior de pena, ao tratamento de que trata o § 4º deste artigo, não se submeterá a ele novamente.

§ 6º. O tratamento químico hormonal de contenção da libido antecederá o livramento condicional em prazo necessário à produção de seus efeitos e continuará até a Comissão Técnica de Classificação demonstrar ao Ministério Público e ao juiz de execução que o tratamento não é mais necessário.” (Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/56869.pdf>. Acesso em 31/10/2010).

emenda, além de retirar o art. 224 do CP do seu campo de incidência, apresenta outros parágrafos ao artigo 226-A, surgindo a possibilidade de o condenado se submeter voluntariamente à castração química, durante o período de livramento condicional, em prazo não inferior ao indicado para esse tratamento de controle da libido. Além disso, poderia o condenado também optar pela intervenção jurídica, podendo, a critério do juiz, ser extinta sua punibilidade. Outrossim, consta nessa proposta de redação que a Comissão Técnica de Classificação especifique tratamentos de efeitos análogos para ocorrerem no decurso do cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo seus resultados condições de realização, ou não, da castração química. Prevê, ainda, que o condenado que se sujeitou, por vontade própria, à castração química, depois da realização de tratamentos análogos durante a privação de liberdade, cujos resultados foram insatisfatórios, terá sua pena reduzida em um terço. Por fim, consta que o condenado reincidente nos crimes sexuais anteriormente mencionados não será submetido a tratamento já realizado no cumprimento da pena anterior.

Por sua vez, o parecer da Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa foi elaborado pelo mesmo relator - Senador Marcelo Crivella - que apresentou o parecer da Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça, de modo que pouco foi acrescentado em relação ao texto aqui referido. Logo, sua análise se revela inócua, porquanto a exposição é muito semelhante, salvo o teor de suas emendas, tendo em vista a superveniência da Lei nº 12.015/2009, que alterou substancialmente o Título VI da Parte Especial do Código Penal.

Destarte, o parecer foi no sentido de aprovação do projeto em análise, com a apresentação de outras emendas²⁰⁶, que limitam a incidência do art. 226-B aos delitos

²⁰⁶ **“EMENDA nº. – CDH**

Dê-se à ementa do Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007, a seguinte redação:

“Acrescenta o art. 226-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever tratamento químico hormonal de contenção da libido nos casos que especifica.”

EMENDA Nº – CDH

Dê-se ao art. 1º do Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007, a seguinte redação:

“Art. 1º

‘Art. 226-A. Em relação aos crimes tipificados nos arts. 217-A e 218, observar-se-á o seguinte:

I – o condenado não-reincidente poderá submeter-se, voluntariamente, sem prejuízo da pena aplicada, a tratamento químico hormonal de contenção da libido, durante o período de livramento condicional, que não poderá ser inferior ao prazo indicado para o tratamento;

II – o condenado reincidente em qualquer dos crimes referidos no *caput* deste artigo será obrigado a submeter-se a tratamento químico hormonal, sem prejuízo da pena aplicada, durante o período de livramento condicional, que não poderá ser inferior ao prazo indicado para o tratamento;

III – a Comissão Técnica de Classificação especificará, na elaboração do programa individualizador da pena, tratamento de efeitos análogos aos do hormonal, durante o período de privação de liberdade, cujos resultados constituirão condição para a realização ou não do tratamento de que tratam os incisos I e II deste artigo;

IV – o condenado referido no inciso I deste artigo que se submeter voluntariamente ao tratamento químico hormonal, após os resultados insatisfatórios obtidos com o tratamento de que trata o inciso III, terá a sua pena reduzida em um terço;

previstos nos artigos 217-A e 218 do CP, além da preverem a submissão forçada do condenado reincidente à castração química e de retirar a possibilidade de sujeição à intervenção cirúrgica de efeitos permanentes, ainda que voluntária.

4.2 COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL N° 552/2007

O projeto originariamente apresentado no ano de 2007 previa a cominação da castração química como pena a ser aplicada aos considerados pedófilos que cometessem as então figuras típicas de estupro, atentado violento ao pudor, corrupção de menores ou quando presumida a violência sexual, em conformidade com que o dispunha, respectivamente, os artigos. 213, 214, 218 e 224 do Código Penal. A primeira redação dada ao artigo 226-A é demasiadamente minguada, em virtude da generalidade de emprego do método apresentada pelo projeto, bem como por remeter sua incidência aos autores desses delitos quando considerados pedófilos, de acordo com o Código Internacional de Doenças. A debilidade desse primeiro texto de proposta do artigo 226-A, no que concerne à pedofilia, é preocupante, tendo em vista que a legislação penal não define tal distúrbio, e a referência feita ao Código Internacional de Doenças cria uma dependência de sua definição.

Tendo em vista estas falhas, o Senador Marcelo Crivella, ao elaborar o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ofereceu nova redação ao projeto de lei. Inicialmente, no *caput* do artigo, foi proposta sua alteração para que sua incidência se dê no cometimento dos delitos de estupro, atentado violento ao pudor e corrupção de menores, quando estes forem praticados contra pessoa com idade igual ou inferior a quatorze anos.

Com o advento da Lei n° 12.015/2009, o parecer feito pela Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa, ainda que muito semelhante ao parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, até porque elaborado pelo mesmo relator, teve que ser alterado, restando a possibilidade de aplicação da castração química como pena aos autores dos delitos previstos no artigo 217-A (estupro de vulnerável) e no artigo 218 (corrupção de

V – o condenado referido no inciso II deste artigo que já tiver se submetido, em cumprimento anterior de pena, ao tratamento de que trata o inciso III não se submeterá a ele novamente;

VI – o tratamento químico hormonal de contenção da libido antecederá o livramento condicional em prazo necessário à produção de seus efeitos e continuará até a Comissão Técnica de Classificação demonstrar ao Ministério Público e ao juiz de execução que o tratamento não é mais necessário.”(Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/75771.pdf>. Acesso em 31/10/2010).

menores), de acordo com o atual texto do Código Penal. Pois bem, a nova proposta de emendas, que preserva a possibilidade de submissão voluntária à castração química para os condenados pelo cometimento desses delitos e de ocorrência de outros tratamentos análogos durante a execução da pena privativa de liberdade, dispõe, por outro lado, que o reincidente será obrigado a se sujeitar ao tratamento químico hormonal de controle de libido, sem prejuízo da pena aplicada, durante o período de livramento condicional.

Diante deste último painel exposto, considerando-o como o texto potencial do projeto de lei ora apreciado, há muitas observações a serem feitas.

O médico Danilo Baltieri, que foi responsável pela administração de injeções hormonais do Ambulatório de Transtornos de Sexualidade da Faculdade de Medicina do ABC, critica a adoção desse método como pena, uma vez que não se trata de punição, e sim de necessidade de tratamento, asseverando que a castração química é uma espécie de terapia reconhecida pela Associação Internacional para o Tratamento de Agressores Sexuais. Asseverou o estudioso que a castração química só deve ser adotada para um número pequeno de pacientes, que não demonstraram melhoras com tratamento à base de outros tipos de droga ou de psicoterapia.²⁰⁷

O ponto de ser ou não uma questão médica provoca outras indagações. Inicialmente, o projeto de lei era destinado aos pedófilos. Pedofilia, conforme anteriormente explicado, é um transtorno de preferência sexual em que o indivíduo se sente primariamente atraído sexualmente por crianças.

Nesse viés, quando destinada a pedófilos, no entendimento clínico do termo, que pode levar ao reconhecimento de psicopatia e de semi-imputabilidade do autor, a castração química objetiva atender a um transtorno comportamental do indivíduo. Nesses casos, quando aplicada alguma espécie de medida de segurança, o indivíduo deveria ser inicialmente submetido a outros tipos de tratamento e, em caso de fracasso destes, se cogitar a castração química. Contudo, essa possibilidade não consta no projeto de lei.

No que tange à determinação da castração química para delinquentes imputáveis, a natureza desse tratamento é extremamente discutível, visto que tal procedimento, por certo, é revestido da finalidade da prevenção especial e não se assemelha às penas de privação de liberdade. Não há como atribuir a indivíduos que apenas se aproveitam da vulnerabilidade das crianças para violentá-las sexualmente o distúrbio da pedofilia, que carece de terapia. Assim, repudiado o diagnóstico da pedofilia ou qualquer outro elemento que possa implicar na

²⁰⁷ Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/82622/1/noticia.htm>. Acesso em 31/10/2010.

capacidade do agente, a castração química se revela como a cominação de uma medida acessória à pena.

Por consequência, quando direcionadas a imputáveis, a castração química vai de encontro à justificação do projeto de lei nº 552/2007 do Senado Federal, uma vez que um de seus propósitos é viabilizar a reabilitação de quem sofre de deformidades na formação psíquica através desse procedimento.

Em conformidade com a última proposta de texto do artigo 226-A, apresentada pela Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa, o sujeito cumpriria a pena privativa de liberdade, ficaria sujeito a tratamento de efeitos análogos à castração química durante seu cumprimento e, se esses fossem ineficazes, haveria adesão à castração química durante o período de livramento condicional.

Ora, por certo que não estamos diante do modelo de pena do ordenamento jurídico brasileiro, tampouco, por simples análise dos termos usados na redação, se trata de medida de segurança destinada a inimputáveis, o que gera uma anomalia no atual sistema vicariante. Ao se criar um único instrumento sancionador, que mescla pena privativa de liberdade com terapias distintas da castração química, aplicado a sujeitos que não necessariamente são considerados inimputáveis ou semi-imputáveis, é possível a configuração de um retorno ao sistema monista, através de uma “pena de segurança”, uma vez que esses tratamentos, de acordo com a leitura do projeto de lei, não seriam entendidos como providência aflitiva.

Por outro lado, a sujeição à castração química durante o período de liberdade condicional, após o cumprimento de pena privativa de liberdade, se assemelha ao sistema dualista. Justamente por implicar na cumulação de consequências jurídicas de caráter distinto - pena privativa de liberdade e castração química -, novamente a agentes que podem ser imputáveis, pelo cometimento de um mesmo fato, é que se revela a possibilidade de configuração do retorno ao sistema do duplo binário.

Entretanto, o sistema da dupla via foi abandonado pelo Código Penal brasileiro na reforma de sua parte geral em 1984. Um dos motivos que levou a adoção do sistema vicariante foi que o texto original de 1940 do referido diploma legal possibilitava que o delinquente imputável, que já reparou sua culpa através da pena, teria que cumprir uma medida de proteção à sociedade, como o é a castração química. De outra banda, nos casos de necessidade de terapia porque acometido de transtorno psíquico, o delinquente que necessita de tratamento, primeiro terá que ser submetido à pena de privação de liberdade.

Portanto, o projeto de lei n° 552/2007 do Senado Federal, além de gerar muitas dúvidas acerca da constitucionalidade da imposição da castração química, como a seguir exposto, pode provocar uma modificação no sistema sancionatório brasileiro, tendo em vista a sua contrariedade ao sistema vicariante, que atualmente rege as sanções penais.

Esse potencial retorno à aplicação dessa medida adicional ao cumprimento da pena visa a neutralização do delinquente com o intuito de evitar que ele retorne à sociedade como fonte de risco de novos delitos, o que revela seu fundamento na lógica da “segurança coletiva”. Tal pensamento reduz as possibilidades de reações jurídico-penais mais flexíveis, que se orientem também pela ressocialização do indivíduo, que suporta todo o risco pela segurança da coletividade, visto que é sujeito a intervenção assegurativa de máxima intensidade, que aparentemente não se guia pelo princípio da proporcionalidade.²⁰⁸

O âmbito dos delitos sexuais é onde atualmente se refletem as ideias do absoluto da segurança como objetivo político-criminal, que estão redesenhando o Direito da Perigosidade, voltando a impor a sujeitos imputáveis medidas para neutralizá-los, combinando-as com a aplicação da pena, o que retoma a discussão sobre a possibilidade de não se esperar o ato lesivo para reagir, o que acarreta uma consequência perante o futuro e não uma resposta ao passado. Este é um caminho que pode conduzir à implantação de respostas jurídico-penais intensas, o que reclama a aproximação ao tema para efetuar o controle dessa tendência, que se intensifica a passos largos.²⁰⁹

Existem, por certo, outras soluções que intentam a neutralização do delinquente sexual e que não são tão radicais. Um exemplo é o Código Penal da Espanha, em que é previsto a possibilidade de imposição, com fundamento na gravidade do fato e na perigosidade do agente, de uma proibição acessória ao cumprimento da pena aos imputáveis que cometerem delitos sexuais.²¹⁰

²⁰⁸ SÁNCHEZ, 2002, p. 80-83.

²⁰⁹ SÁNCHEZ, 2002, p. 83-85.

²¹⁰ Artículo 57. Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias, dentro del período de tiempo que los mismos señalen que, en ningún caso, excederá de cinco años, la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones:

- a) La de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- b) La de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- c) La de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

4.2.1 Constitucionalidade da castração química como reprimenda penal

É imprescindível destacar toda a discussão acerca da constitucionalidade da castração de indivíduos que se envolvem em crimes sexuais. A Constituição da República Federativa do Brasil define, em seu art. 5º, inciso III, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante, enquanto o inciso XLVII do referido dispositivo legal, em suas alíneas “b” e “e”, veda, respectivamente, penas de caráter perpétuo ou cruel. Zaffaroni e Pierangeli, ao discorrerem sobre a humanidade das penas, compreendem a castração ou esterilização como reprimenda penal inconstitucional, tendo em vista o impedimento físico permanente criado com o procedimento.²¹¹

A castração *física*, de fato, impõe a retirada dos testículos, e seu caráter é indubitavelmente permanente, assim como ficam prejudicadas as atividades inerentes a essas glândulas, como a reprodução. Já a castração *química*, não obstante necessitar de doses periódicas da droga e de acompanhamento contínuo, sob pena de cessação da inibição da libido, seus efeitos colaterais podem se prolongar no tempo independentemente da continuidade do tratamento.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, existe uma discussão se as leis de castração química estão de acordo com a sua Constituição, embora se constate uma insuficiência de estudos sobre o tema. Os defensores de sua aplicação sustentam que a castração não é um castigo, mas um tratamento considerado como necessidade médica. Contudo, a castração química como autêntico tratamento é discutível, porquanto o direito à autonomia e o direito à procriação podem ser afetados, tendo em vista que a autodeterminação sobre o próprio corpo é atingida nos casos de castração involuntária e em função de algumas leis preverem o prolongamento da medicação por toda a vida do indivíduo.

Os pareceres da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e da Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa afastaram a inconstitucionalidade da castração química, visto que tal procedimento não pode ser caracterizado como uma pena cruel em razão de possibilitar ao pedófilo o retorno ao ambiente social, sem representar um perigo à

También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el presente , por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los arts. 617 y 620 de este Código.

²¹¹ ZAFFARONI et al., 2003, p. 157.

sociedade. No entanto, o relator não abordou a castração química à luz do impedimento constitucional de determinações de pena de caráter perpétuo, falhando ao deixar de apreciar as consequências desse método, que podem ser irreversíveis.

Entende Jorge Trindade que qualquer um dos tipos de castração é criticável, em especial a castração física, tendo em vista sua irreversibilidade e o princípio fundamental da inviolabilidade física e da integridade corporal. Tais procedimentos, na realidade, não são, segundo o referido autor, modelos de tratamento, e sim modalidade de contenção social.²¹²

Portanto, não há como negar o abalo causado à dignidade do indivíduo sujeito à castração química, tendo em vista a restrição de seus direitos individuais anteriormente apontados e o estigma que cria sobre seu destinatário.

Diante do exposto, ainda que rechaçada pelo Senador Marcelo Crivella a inconstitucionalidade da castração química como pena, persistem dúvidas acerca de sua imposição como reprimenda penal, tendo em vista que a perpetuidade de suas consequências não foi abordada com todo o cuidado que merecia.

Por outro lado, a submissão voluntária à castração química se reveste de outra identidade, porquanto tal intervenção no organismo do indivíduo não decorre do *jus puniendi* do Estado, mas do desejo do autor em neutralizar seus ímpetos sexuais. Nessa hipótese, o procedimento parece estar mais próximo da constitucionalidade, uma vez que não é imposto ao delinquente, ressaltando, ainda, que o Código Civil prevê, no seu artigo 13, *caput*²¹³, que a pessoa pode dispor do próprio corpo por exigência médica.

²¹² TRINDADE; BREIER, 2007, p. 51.

²¹³ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As medidas de segurança surgiram como resposta aos indivíduos que representavam perigo à sociedade e prescindiam, em seus primórdios, do cometimento de um ilícito penal para sua imposição. O instituto evoluiu principalmente em decorrência das meditações acerca da ineficácia da pena em relação a certos delinquentes, até atingir a condição de consequência jurídico-penal do estado perigoso, com a segregação do indivíduo e simultânea busca de sua recuperação, desconecta da finalidade retributiva.

Atualmente, a aplicação de medidas de segurança é resguardada sob diversos aspectos, tendo em vista a singularidade da inflicção que ela impõe e a quem essa sanção se destina, sendo observado, ainda que de forma insuficiente em certos aspectos, princípios de um Estado Democrático de Direito.

Conforme é possível averiguar neste trabalho, as medidas de segurança percorrem uma trajetória rica em discussões e posicionamentos, acerca de seus mais variados aspectos, para alcançar sua presente configuração.

Pois bem, a adoção da castração química como sanção penal em diversos países instiga muitos questionamentos ainda não resolvidos, tendo em vista as inovações que provocam nos sistemas sancionatórios, sendo justamente nesse ponto que se encontra a razão do estudo prévio das medidas de segurança, uma vez que há uma conotação de tratamento que remete a essa espécie de reprimenda.

A implantação da castração química como sanção penal se assemelha, aparentemente, à antiga ideia de contenção social, porquanto busca, em vista da temibilidade da sociedade em face dos delinquentes voltados à prática de crimes sexuais, particularmente no que concerne à violência cometida contra crianças, a justificação da imposição desse “tratamento”. Assim, a castração química se afasta das medidas de segurança no que concerne às suas finalidades, uma vez que não é voltada para a prevenção especial.

Além disso, essa inclinação oriunda da lógica de segurança coletiva não distribui o ônus de forma razoável entre a sociedade e o delinquente, uma vez que o agente suporta desequilibradamente o risco através de sua neutralização, que é supostamente alcançada pela castração química.

O Brasil não ficou inerte a essa tendência de incapacitação incitada pela própria sociedade, e o projeto de lei nº 552/2007 do Senado Federal propõe a adoção da castração química como pena a quem comete as figuras delituosas de estupro de vulneráveis e

corrupção de menores, em conformidade com a última proposta de texto feita pela Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa.

Ocorre, no entanto, que o arrojado projeto tem se desenvolvido sem a devida cautela que reivindica.

Inicialmente, deve-se destacar que sendo a castração química um procedimento de contínua administração de drogas, é imprescindível que o indivíduo submetido a ela tenha aderido ao tratamento, sob pena de sua interrupção provocar o aumento da produção de testosterona e eventualmente um descontrole ainda maior sobre os seus ímpetos sexuais.

Ademais, há notícias de que a castração química só surte efeitos em relação aos indivíduos que padecem de alguma espécie de parafilia, o que põe em dúvida, portanto, sua aplicação indiscriminada a qualquer delinquente que cometa as figuras delituosas previstas nos artigos 217-A e 218 do Código Penal ou qualquer outro tipo penal a ser indicado no projeto de *lege ferenda*.

Essa falta de diferenciação na redação do projeto entre delinquentes que sofrem de um transtorno comportamental, a exemplo da pedofilia, e os que simplesmente não controlam seus ímpetos sexuais, o que, ressalva-se, não afasta sua perigosidade, é questão fundamental que está sendo omitida. Os criminosos acometidos por transtornos comportamentais solicitam sua submissão a incidente de insanidade mental para averiguar sua capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato e apurar eventual necessidade de aplicar-lhes medidas de segurança e não pena privativa de liberdade.

O projeto de lei ora ventilado, por sua vez, não prevê qualquer combinação da castração química com medidas de segurança. Todavia, a previsão de tratamentos de efeitos análogos à castração química no decorrer do cumprimento da pena privativa de liberdade se coaduna muito mais à sanção medida de segurança do que à sanção pena. Do mesmo modo, o fato de a ineficácia desses tratamentos implicar a castração química durante o livramento condicional não se assemelha a qualquer tipo de reprimenda destinada a imputáveis.

Há, pois, uma ruptura com o sistema vicariante, em que é praticável a aplicação de tratamentos simultâneos ao cumprimento de pena privativa de liberdade por imputáveis, bem como é possível submetê-los à castração química depois de executada a pena. Essas características remetem, na primeira fase, ao sistema monista, com a aplicação de uma “pena de segurança”, enquanto na segunda fase, em que ocorre a castração química, há um retorno ao sistema dualista, uma vez que cumulam duas consequências penais de caráter distinto, uma em seguida da outra, em decorrência do cometimento de um mesmo fato.

A imposição da castração química nos moldes previstos no projeto de lei apreciado permite, portanto, que um delinquente imputável, que tem capacidade de culpabilidade e que através do cumprimento da pena privativa de liberdade já reparou sua culpa, cumpra uma medida de proteção à sociedade, em razão de sua perigosidade. Por outro lado, há um vácuo no projeto em relação aos indivíduos inimputáveis ou semi-imputáveis a quem são impostas medidas de segurança, visto que não é esclarecido como se procederá a combinação entre essa reprimenda e a castração química.

Na presença de tamanhas indagações, os pareceres elaborados pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e pela Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa, inclusive diante da precariedade do texto do projeto originalmente apresentado em 2007, deveriam ter sido mais aprofundados e enfrentado essas questões. A castração química impõe uma restrição muito severa ao ser humano e não pode ser agitada sua viabilidade de implantação sem uma análise mais perspicaz.

A ausência de pesquisas aprofundadas acerca dos efeitos da castração química e de seu prolongamento no tempo é preocupante, e acaba gerando dúvidas sobre a sua perpetuidade, ainda que sabido que esse método não é definitivo. O receio de seus efeitos secundários serem permanentes não pode ser descartado, o que implica possível problemática constitucional do procedimento, uma vez que a perpetuidade da pena torna-se discutível, além de toda a questão relativa à dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar que o indivíduo submetido à castração química dispõe intensamente de seu corpo, de modo que a sujeição voluntária ao procedimento se mostra, aparentemente, mais harmônica à ordem constitucional.

De todo o exposto, ressalta-se que a possível implantação da castração química como consequência jurídica penal engloba uma série de questões que ultrapassam o teor do projeto de lei do Senado Federal nº 552/2007 e os pareceres elaborados por essa casa legislativa. Este trabalho não visou à solução a respeito da constitucionalidade desse procedimento ou sua classificação em alguma das classes de reprimenda penal, mas sim pincelar traços gerais sobre a castração química, com o intuito de se aproximar desse tema, que impreterivelmente será alvo de indagações mais aprofundadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Requerimento n. 1305 de 2009**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=66608>. Acesso em: nov. 2010

BRASIL. **Site da Câmara dos Deputados**. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: nov. 2010.

BRASIL. **Site da Presidência da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: nov. 2010.

BRASIL. **Site do Senado Federal**. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: nov. 2010.

BRASIL. **Site do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: nov. 2010.

BRASIL. **Site do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: nov. 2010.

BRASIL. **Site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: nov. 2010.

BRUNO, Anibal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

CEREZO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. Lima, Peru: ARA Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal: parte geral, tomo I, questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal; Coimbra Editora, 2007. 1. ed. por Editora Revista dos Tribunais; 2. ed. por Coimbra Editora.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

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

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal**: parte geral. V. 2. Coordenação Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal** : parte geral. V. 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDEIROS, Roque de Brito Alves. Inimputabilidade Penal Por Anormalidade Mental. *In*: Cristiano Carrilho (Org.). **Saúde Mental e o Direito**: ensaios em homenagem ao professor Heitos Carrilho. São Paulo: Editora Método, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Código penal interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-84. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PIEDADE JÚNIOR, Heitor. **Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. V. 1: parte geral: arts. 1º. a 120. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PRIBERAM – **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em:
<http://www.priberam.pt/dlpo/>. Acesso em: Nov. 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Política Criminal en El Cambio de Siglo**. México: Editora ABZ, 2002.

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

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia**: aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, 2. ed.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V. 1: parte geral. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ARTIGOS

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Medida de segurança: caráter residual da internação. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, n. 57, p. 7-15, ago./set. 2009.

BRUTTI, Roger Spode. Tópicos Cruciais sobre Pedofilia. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, Ano VIII, n. 47, p. 18-25, dez./jan. 2008.

PLANAS, Ricardo Robles. “Sexual Predators”. Estrategias y límites Del Derecho penal de la peligrosidad. **Revista para el análisis Del Derecho**. Barcelona, 2007. Disponível em: <http://www.indret.com/es/interior.php>. Acesso em: 01 nov. 2010.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Reclusão e imposição (obrigatória) de medida de segurança de internação – algumas considerações. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, Ano 103, v. 390, mar./abr. 2007.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SANTOS, Thiago Borba Calixto dos. Castração química: alternativa para os crimes contra a liberdade sexual? **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, Ano XII, n. 272, p. 18-20, 15 mai. 2008.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

MARINA HERMES EICHENBERG

PANORAMA GERAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA E O PROJETO DE
LEI DA CASTRAÇÃO QUÍMICA

Porto Alegre
2010