

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A MEDIDA DE SEGURANÇA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Lizianni de Cerqueira Monteiro*

RESUMO

Este trabalho visa a analisar o instituto da medida de segurança, prevista no art. 97 e parágrafos do Código Penal, aplicável aos inimputáveis, à luz dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da proibição das penas perpétuas (Constituição Federal, art. 5º, inciso XLVII, alínea b e inciso LV). Entende-se que a medida de segurança não pode impor rigor maior que a pena, tampouco está imune aos preceitos constitucionais que regem o processo penal brasileiro. Busca-se demonstrar que o parágrafo 1º do art. 97 Código Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal, na medida em que prevê medida que restringe a liberdade do cidadão (internação) com prazo indeterminado e condiciona a liberação do internado à perícia médica, cujo laudo resultante deverá constatar a *cessação da periculosidade*. Trata-se, a periculosidade, de conceito não demonstrável objetivamente, o que o torna irrefutável, o que também é incompatível com a Carta Magna. Do mesmo modo, evidencia-se a inconstitucionalidade da sanção com caráter eterno – a pensar-se de forma diversa, os inimputáveis, que sofrem medida de segurança ao cometerem crimes, teriam tratamento mais severo do que às pessoas penalmente responsáveis. A diferença que existe entre a pena e a medida de segurança não permite tal divergência de tratamento, devendo ser aplicada à medida de segurança todos os princípios garantidores acima citados. Propõe-se que a limitação temporal da medida de segurança seja determinada pelo máximo da pena abstratamente cominada.

PALAVRAS CHAVES: MEDIDA DE SEGURANÇA; INIMPUTÁVEL; INCONSTITUCIONALIDADE; ART. 97, PARÁGRAFO PRIMEIRO DO CÓDIGO PENAL.

* Juíza de Direito do Estado da Bahia; Especialista em Direito Civil pela Universidade Estácio de Sá (RJ); Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

ABSTRACT

This work aims to analyze the institute of the security measure, stated on the article 97 a from the Penal Code, applicable to the unimputables, in accordance to the constitutional principles of the ample defense, of the contradictory and of the prohibition of lifelong sentences (Federal Constitution, art. 5th, incise XLVII, paragraph b and clause LV). It is known that the security measure cannot impose a higher severity than the sentence, and also that it cannot be immune to the constitutional precept that governs the Brazilian penal process. It was demonstrated that the 1st paragraph of the 97 article of the Penal Code was not receipted by the Federal Constitution, since it includes a measure that restrict the freedom of the citizen (internment) to an undetermined period, and regulates the release of the interned to a medical inspection, which results should detect the *periculosity cessation*. Periculosity is a concept that is not objectively demonstrable, thus, it is irrefutable; which is also not in accordance to the Magnus Letter. In the same way, it is evidenced the unconstitutionality of the sanction with an eternal nature – since the unimputables that receive a security measure after committing a crime would have received a more severe treatment than those individuals that have penal responsibility. The difference between the sentence and the security measure do not allows such dissimilar treatment, and all the principles previously referenced should be applied to the security measure. It is proposed that the temporal limitation of the security measure should be determinate by the previsible maximum sentence.

KEYWORDS

SECURITY MEASURE; UNIMPUTABLES; UNCONSTITUTIONALITY; ARTICLE 97, FIRST PARAGRAPH OF THE PENAL CODE.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se a medida de segurança de sanção imposta ao indivíduo inimputável que comete crime, nos termos do art. 26 e parágrafo único do Código Penal¹. O

¹ Art. 26 do CP: É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental

inimputável fica isento de pena; no entanto, prevê o ordenamento penal pátrio a imposição de medida de segurança, que consiste em internação ou tratamento ambulatorial.

Veda a Carta Magna a pena de caráter perpétuo² e a atual disciplina legislativa da matéria, ao estabelecer, no art. 97, parágrafo primeiro, do Código Penal³, que a medida de segurança terá prazo indeterminado, viola este dispositivo constitucional. Entende-se que o cidadão não pode ficar indeterminadamente sujeito ao aparato restritivo estatal.

A subordinação da liberação do sujeito internado por força de medida de segurança à comprovação da cessação da perigosidade evidencia-se inconstitucional. Viola os princípios da ampla defesa e do contraditório⁴, pois não se funda em dados objetivos, em relação aos quais se permite a constatação empírica.

2. MEDIDA DE SEGURANÇA E PENA

Não há, ontologicamente, diferença entre pena e medida de segurança, embora os pressupostos para aplicação de cada um sejam diversos – na aplicação da pena deve-se levar em conta o fato definido como crime, enquanto na medida de segurança considera-se a noção de perigosidade do sujeito.

A imposição de pena privativa de liberdade, assim como a internação do indivíduo por conta de uma medida de segurança, limita a esfera de liberdade do cidadão, fica ele sob a custódia do Estado. Ainda que se diga que o propósito da medida de segurança é a recuperação do internado, de molde a cessar sua periculosidade,

incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

² Art. 5º, XLVII, CF: não haverá penas: b) de caráter perpétuo.

³ Art. 97, CP: Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (artigo 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. § 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.

⁴ Art. 5º, LV, CF: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

enquanto a pena também tem caráter retributivo, além da prevenção (geral e especial), é inegável que nos dois casos ocorre a segregação do sujeito, seu afastamento da sociedade.

As duas medidas possuem caráter aflitivo e implicam privação da liberdade do indivíduo. Assim, em essência, não há dessemelhança entre pena e medida de segurança⁵.

Cumpre destacar a posição de Pierangeli e Zaffaroni, que afirmam que as medidas de segurança não têm natureza penal, mas administrativa, distinguindo-as, portanto, das penas: “*Não se pode considerar ‘penal’ um tratamento médico e nem mesmo a custódia psiquiátrica. Sua natureza nada tem a ver com a pena, que desta se diferencia por seus objetivos e meios.*”⁶ Sem embargo, admitem: “*A natureza materialmente administrativa dessas medidas não pode levar-nos a ignorar que, na prática, elas podem ser sentidas como penas, dada a gravíssima limitação à liberdade que implicam.*”⁷

Na prática, entretanto, é falsa essa idéia de medida de segurança como terapia curativa ao sujeito incapaz penalmente. Em verdade, se cuida de verdadeira restrição à liberdade individual do sujeito, que em nada se difere da pena propriamente dita. A medida de segurança, em especial a internação, em nada ressocializa ou faz cessar uma pretensa periculosidade presumida em relação ao agente.

A noção de que a medida de segurança tem caráter meramente administrativo não resiste a uma análise mais acurada. Cuida-se, como exposto, de

⁵ No mesmo sentido: “Conclusivamente, distinção ontológica alguma há entre penas e medidas de segurança, pois ambas perseguem, essencialmente, os mesmos fins e supõem o concurso de idênticos pressupostos de punibilidade: fato típico, ilícito, culpável e punível. A distinção reside, portanto, unicamente nas conseqüências: os imputáveis estão sujeitos à pena e os inimputáveis, à medida de segurança, atendendo-se a critério de pura conveniência político-criminal ou de adequação.” QUEIROZ, Paulo de Souza. *Penas e medidas de segurança se distinguem realmente?*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.147, p. 15-16, fev. 2005.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 855.

⁷ ZAFFARONI, op. cit. p. 124.

medida que inflige ao indivíduo limitação ao direito fundamental da liberdade. Sendo assim, somente pode ser aplicada pelo juiz, após o devido processo legal, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa⁸.

É impensável, portanto, que não se confira ao sujeito submetido à medida de segurança de internação as mesmas garantias que são dispensadas ao apenado.

2. VEDAÇÃO À PRISÃO PERPÉTUA

Para a aplicação de medida de segurança, é necessário, além do cometimento de fato criminoso, seja o agente perigoso. A idéia de periculosidade sempre esteve intimamente ligada à medida de segurança, desde que introduzida no sistema penal brasileiro⁹. Com efeito, a medida de segurança era aplicada concomitantemente à pena, uma vez presentes as hipóteses em que se presumia ser perigoso o indivíduo.

Com a reforma penal, ocorrida em 1984, passaram a ser sujeitos à medida de segurança apenas os inimputáveis e os semi-imputáveis. No entanto, o legislador não desvinculou a idéia de periculosidade ao conceito de medida de segurança. Os critérios para aplicação do instituto não se relacionam com o fato delituoso cometido pelo indivíduo, mas com sua perigosidade, a ser avaliada por meio de perícia médica. Assim, para o cidadão inimputável ser internado, não se leva em consideração o crime a ele atribuído, mas ao perigo que representa para a sociedade. Do mesmo modo, para permitir-se a desinternação do sujeito, deve-se aferir a periculosidade deste, como se depreende do parágrafo primeiro do art. 97 do Código Penal, já referido.

Dispõe ainda o parágrafo primeiro do artigo 97 do Código Penal que a medida de segurança não possui prazo determinado (apenas prazo mínimo), o que vale

⁸ No sentido do texto, NORONHA, Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1993.

⁹ Assim doutrinava Aníbal Bruno, há mais de vinte anos: “Pressuposto da medida de segurança é a perigosidade criminal do agente. Ela é que justifica a aplicação desse meio de defesa social contra o crime, para prevenir a realização em ato da ameaça contida no sujeito. [...] Essa condição de perigosidade, que se conceitua juridicamente na fórmula *probabilidade de delinquir*, é um estado de desajustamento social do homem, de máxima gravidade, resultante de uma maneira de ser particular do indivíduo congênita ou gerada pela pressão de condições desfavoráveis do meio [...] Aí está, nos casos extremos, uma criminalidade latente à espera da circunstância externa do momento para exprimir-se no ato de delinquir”. (destaque do original). Direito Penal, Forense, tomo 3, 1984, Rio de Janeiro p. 287.

dizer, o indivíduo pode permanecer indefinidamente restringido em sua liberdade individual, sujeito, apenas, a uma perícia médica que diga que ele está apto ao convívio social, ou seja, que não apresenta potencial de praticar atos criminosos.

A disciplina jurídica da medida de segurança, portanto, permite que o cidadão permaneça recolhido sob a custódia do Estado eternamente, o que fere de morte a Constituição Federal.

Primeiramente, não deve haver sanção eterna. A medida de segurança, tal como a pena, deve ter prazo fixo, determinado. Ao estatuir que a *internação será por tempo indeterminado*, o Código Penal violou expressamente o dispositivo constitucional que veda a pena de caráter perpétuo. Nem se argumente que se trata de medida de segurança, e não de pena. Nos dois casos, trata-se de sanção que interfere na esfera de liberdade do cidadão e, desta forma, não pode escapar ao sistema de garantias previsto na Constituição Federal.

A defesa do prazo indeterminado para a medida de segurança de internação fundamenta-se na idéia de que esta é um tratamento, ou seja, não se cuida de retribuição ao mal causado pelo crime, mas tão somente de prevenção de outros delitos, em função da periculosidade do sujeito. Ora, tanto a pena como a medida de segurança importam restrição da liberdade do cidadão. Qualquer restrição à liberdade deve se submeter a garantias, entre elas a limitação temporal.

Necessário citar o caso do cidadão Índio Febrônio do Brasil, que ficou 57 anos num hospital de custódia no Rio de Janeiro – entrou com 27 anos e morreu com 87 anos, dentro do hospital, cumprindo medida de segurança¹⁰.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar a respeito, estabelecendo que o limite da medida de segurança de internação é de trinta

¹⁰ Exemplo citado por Luiz Flávio Gomes no seu artigo citado “O louco deve cumprir a medida de segurança perpetuamente?”. Disponível em <www.juspodivm.com.br> , acesso em 10 de abril de 2008.

anos, a teor do art. 75 do Código Penal. Vale transcrever parte do voto do Ministro Marco Aurélio¹¹:

Observe-se a garantia constitucional que afasta a possibilidade de ter-se prisão perpétua. A tanto equivale a indeterminação da custódia, ainda que implementada sob o ângulo da medida de segurança. O que cumpre assinalar, na espécie, é que a paciente está sob a custódia do estado, pouco importando o objetivo, há mais de trinta anos, valendo notar que o pano de fundo é a execução de título judiciário penal condenatório. O art. 75 do Código Penal há de merecer o empréstimo de maior eficácia possível, ao preceituar que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos. Frise-se, por oportuno, que o art. 183 da Lei de Execução Penal delimita o período da medida de segurança, fazendo-o no que prevê que esta ocorre em substituição da pena, não podendo, considerada a ordem natural das coisas, mostrar-se relativamente à liberdade de ir e vir, mais gravosa que a própria pena. É certo que o parágrafo primeiro do artigo 97 do Código Penal dispõe sobre prazo da imposição da medida de segurança para inimputável, revelando-se indeterminado. Todavia, há de se conferir ao preceito interpretação teleológica, sistemática, atentando-se para o limite máximo de trinta anos fixado pelo legislador ordinário, tendo em conta a regra primária vedadora da prisão perpétua. A não ser assim, há de concluir-se pela inconstitucionalidade do preceito.

Não obstante o entendimento acima exposto, a limitação temporal da internação em medida de segurança deve se pautar no máximo da pena abstratamente considerada, e não no limite prescrito pelo artigo 75 do Código Penal¹².

¹¹ A decisão teve a seguinte ementa: MEDIDA DE SEGURANÇA - PROJEÇÃO NO TEMPO - LIMITE. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos (HC 84219/SP, julgamento: 16/08/2005).

¹² A jurisprudência do STJ, entretanto, firmou-se em sentido contrário, pela indeterminação do prazo para a medida de segurança: “HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – MEDIDA DE SEGURANÇA – RÉU DECLARADO INIMPUTÁVEL – PRAZO INDETERMINADO DE INTERNAÇÃO – PERMANÊNCIA DA PERICULOSIDADE DO AGENTE – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO – PRECEDENTES DO STJ – 1. A medida de segurança de internação, a teor do disposto no art. 97, § 1º, do Código Penal, não está sujeita a prazos predeterminados, porém, à cessação da periculosidade do réu declarado inimputável. 2. É validamente motivada a decisão judicial que prorroga, por mais um ano, a medida de segurança imposta ao sentenciado, com fundamento no exame médico-pericial realizado no paciente, o qual atesta a necessidade da manutenção da medida. Precedentes do STJ. 3. Ordem denegada.” (STJ – HC 200602529927 – (70497) – SP – 6ª T. – Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – DJU 03.12.2007 – p. 00367). No mesmo sentido: HC 70497/SP, DJ 03.12.2007, p. 367; HC 36172/SP, DJ 21.02.2005, p. 197; HC 27993/SP, DJ 02.02.2004, p. 367; HC 42460/SP, DJ 25.09.2006, p. 282. Em sentido contrário, veja-se duas decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que estabelecem limitação temporal para as medidas de segurança: REMESSA DE OFÍCIO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – INIMPUTABILIDADE PENAL – Agente inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato em razão de doença mental. Dependência química. Laudo psiquiátrico. Tempo determinado para a medida de segurança. Decisão por maioria. Vencido o relator. 1. Se o agente, no momento da ação, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, em razão de doença mental, devidamente atestada por laudo psiquiátrico, correta a r. Sentença que o absolveu sumariamente, aplicando-lhe medida de segurança. 2. Conforme decisão da

Pierangeli e Zaffaroni¹³ assim se manifestaram:

Não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete quem tem a obrigação de fazê-lo. Pelo menos, é mister reconhecer-se para as medidas de segurança o limite máximo da pena correspondente ao crime cometido, ou a que foi substituída, em razão da culpabilidade diminuída.¹⁴

Desta forma, embora a decisão do STF seja um importante marco para a limitação temporal das medidas de segurança, por explicitar que tanto a internação quanto a pena implicam restrição de liberdade imposta pelo Estado, é necessário que se

maioria, defendida pelos eminentes vogais da egrégia primeira turma criminal, a medida de segurança, no caso em apreço, deverá perdurar pelo prazo máximo de treze anos, que seria o prazo máximo de pena privativa de liberdade que poderia ser aplicada ao réu, caso fosse imputável, pela prática do crime de tentativa de homicídio simples. Vencido o relator que defende o entendimento de que a medida de segurança deveria ser por tempo indeterminado, perdurando enquanto não fosse averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade, consoante o disposto no § 1º do art. 97 do Código Penal. 3. Remessa oficial conhecida e parcialmente provida somente para acrescentar ao dispositivo da r. Sentença que a medida de segurança será por tempo determinado, pelo prazo máximo de treze anos, equivalente à pena privativa de liberdade que poderia ser aplicada ao réu, caso fosse imputável, pela prática do crime de tentativa de homicídio simples. No mais, mantida a r. Sentença que absolveu liminarmente o réu por ser o mesmo inimputável, isento de pena, aplicando-lhe a medida de segurança consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico do estado. (TJDFT – RMO 20050610044350 – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati – DJU 22.01.2007 – p. 69) e APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL – PROCESSUAL PENAL – ROUBO – NEGATIVA DE AUTORIA – MATERIALIDADE E AUTORIA ROBUSTAMENTE COMPROVADAS – RECONHECIMENTO EFETIVADO PELAS VÍTIMAS – INIMPUTABILIDADE DO ACUSADO – ABSOLVIÇÃO – MEDIDA DE SEGURANÇA – INTERNAÇÃO – SUBSTITUIÇÃO POR TRATAMENTO AMBULATORIAL – IMPOSSIBILIDADE – PRAZO MÁXIMO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – 1. A negativa de autoria não pode ser acolhida quando o acervo probatório é robusto, restando isolada, sem o condão de afastar o Decreto acusatório. 2. Com fulcro no artigo 97 do Código Penal, a medida de segurança aplicável nos casos de crimes apenados com reclusão é a internação, visando a recuperação do agente e a prevenção. 3. Somente seria aplicável a medida de tratamento ambulatorial no caso de crime com penas de detenção, o que não é o caso dos autos. 4. Impõe-se a determinação do prazo máximo para o cumprimento da medida de segurança, que deverá ser idêntico ao prazo máximo da pena abstratamente cominada ao crime, segundo entendimento doutrinário, em face do silêncio do Código Penal quanto ao tema. (TJDFT – APR 20050410081786 – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Souza E Ávila – DJU 23.02.2007 – p. 180).

¹³ Id., *ibid.*, p. 858.

¹⁴ No mesmo sentido: É que, como já exposto, as medidas de segurança representam inequívoco ingresso na órbita de direito fundamental eminente, que é a liberdade individual, razão por que se há de exigir não seja ilimitada essa intervenção. Sendo-a, apresenta-se situação de excesso, confrontante com o princípio da proporcionalidade. Evidentemente que estamos longe do ideal e o escólio preconizado é *de lege ferenda*. Na quadra atual, sob pena de se converter o intérprete em legislador positivo, parece adequado o reconhecimento da inconstitucionalidade da indeterminação do prazo das medidas de segurança, as quais, na falta de parâmetro, estarão limitadas ao período que seria ao do máximo da pena privativa de liberdade concernente ao fato praticado. FACCINI NETO, Orlando. *Atualidades sobre as Medidas de Segurança*. Disponível em <www.ibccrim.org.br>, acesso em 10 de abril de 2008.

vá adiante, no sentido de estabelecer como limite de internação o máximo da pena abstratamente cominada ao crime imputado ao sujeito.

3. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Ao subordinar a liberação do internado à perícia médica que ateste a cessação da periculosidade, o Código Penal confirmou o caráter perpétuo da medida de segurança e contrariou os princípios da ampla defesa e do contraditório. Trata-se de arbítrio qualquer tentativa de demonstrar que o cidadão é perigoso e possui – ou não – propensão para praticar crimes¹⁵.

Qual a definição de periculosidade? Com base em que critérios pode-se concluir que o indivíduo não cometerá mais delitos e, portanto, está apto a voltar ao convívio social? Lastreando-se em que evidências poderá o médico perito afirmar que cessou a periculosidade do sujeito? Somente com base na inimputabilidade? Por acaso o sujeito que pode ser responsabilizado penalmente também não comete crimes, e em proporção muito maior?

A inimputabilidade, por si só, não deve servir para respaldar a periculosidade. Tal consiste em um estigma inaceitável e não condizente com o ordenamento constitucional vigente. Não se pode presumir a periculosidade, tal como fez o legislador penal pátrio, ao preceituar que se o agente for inimputável, o juiz deve determinar sua internação (salvo seja o crime praticado punido com pena de detenção).

Trata-se de conceito que não pode ser demonstrado objetivamente e, por essa razão, torna-se impossível refutá-lo. Apesar dessa constatação, a idéia de perícia médica remete a uma idéia – falsa, frise-se – de cientificidade, que legitima a

¹⁵ Saliente-se que, neste particular, Pierangeli e Zaffaroni definem periculosidade como sendo “*o simples perigo para os outros ou para a própria pessoa, em não o conceito de periculosidade pena, limitado à probabilidade da prática de crimes.*” Id., *ibid.*, p. 856.

subordinação da liberação do indivíduo ao laudo médico, que conclua pela extinção da periculosidade do agente ¹⁶.

Destaque-se que não existem dados objetivos para se constatar se o sujeito é perigoso ou não. Forma-se, então, uma nova tipologia do delinqüente, do desajustado, que agrega os preconceitos da sociedade e afasta, vez por todas, os indesejáveis.

Justifica-se essa postura do direito penal em relação aos inimputáveis com o argumento de que a medida de segurança tem caráter curativo – não pretende retribuir o mal do crime, mas tratar o criminoso, de forma que cesse sua periculosidade. Assim, permitida estaria análise da personalidade do indivíduo, para que se possa aferir o grau de sua periculosidade e se está apto ao convívio social.

Esse entendimento contraria um Direito Penal informado por garantias. Do mesmo modo que a pena, a medida de segurança de internação constitui sanção penal e implica restrição da liberdade individual. Deste modo, deve ser assegurado ao agente inimputável a observância dos princípios concernentes ao devido processo legal.

Segundo Ferrajoli¹⁷, disposições legais como a do parágrafo primeiro do artigo 97 do Código Penal constituem-se em *modelos autoritários*, em que o foco está na pessoa do delinqüente, cuja personalidade distorcida e anti-social justificaria a segregação.

¹⁶ Em sentido contrário, FACCINI NETO, Orlando. *Atualidades sobre as Medidas de Segurança*. Disponível em <www.ibccrim.org.br>, acesso em 10 de abril de 2008: E tanto um como outro atuam – juízes e psiquiatras –, inevitavelmente, diante dos objetos – fatos e pessoas –, que lhes são dados a conhecerem, impregnados por suas contingências, envoltos em suas compreensões e pré-compreensões, enfim, atuam como pessoas e não como máquinas. Isso, contudo, em nada retira a legitimidade de ambas as atividades, as quais, ao contrário, se legitimam e fundamentam no fato de que os homens ainda são mais confiáveis do que os computadores....Ademais, especificamente no concernente aos laudos psiquiátricos, são elaborados por dois profissionais – cujo conhecimento técnico propende às pré-compreensões necessárias à análise profícua –, devem vir fundamentados, sujeitam-se ao contraditório e podem ou não serem acolhidos pelo Juiz da execução penal. A carga de subjetividade, portanto, inerente aos laudos – e inerente a tudo que é humano – não lhes retira a validade dentro do sistema.

¹⁷ Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal, 2ª edição, editora RT, p. 46.

O segundo elemento da epistemologia antigarantista é o decisionismo processual, quer dizer, o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da pena. O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social. Esta subjetividade se manifesta em duas direções: por um lado no caráter subjetivo do tema processual, consistente em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação do réu a “tipos normativos de autor” ou sua congênita natureza criminal ou periculosidade social; por outro lado, manifesta-se também no caráter subjetivo do Juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato.

Tem-se em vista, aqui, o julgamento do *ser* do indivíduo, circunstância que é, por essência, subjetiva e, por isso mesmo, não passível de contestação¹⁸.

Deste modo, demonstra-se que a vinculação desinternação do cidadão sujeito à medida de segurança à constatação da cessação de periculosidade é arbitrária e contribui para que a sanção se torne eterna, pois sempre haverá argumentos subjetivos, fundados em condições pessoais, para perpetuar a segregação, que terminam por rotular o indivíduo como propenso a delinquir ou como possuidor de tendência delituosa.

Transparece, assim, a manifesta inconstitucionalidade do dispositivo legal questionado, posto que não recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Evidencia-se, pois, a afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Todo argumento que não pode ser questionado não pode ser levado a Juízo para prejudicar o réu. Como exposto, a periculosidade é um dado subjetivo e, deste modo, não é passível de contestação.

Alexandre de Moraes¹⁹ define ampla defesa como o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. Segundo o mesmo autor, *o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo condução dialética do processo, pois a todo ato caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe*

¹⁸ No mesmo sentido, CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo. Aplicação da pena e garantismo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

¹⁹ MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 361

convenha, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Percebe-se, de plano, que é impossível contradizer dados eminentemente subjetivos, como os dados que analisam a possibilidade de o sujeito voltar a delinquir. O inimputável carrega este estigma: é presumidamente perigoso e somente cessada essa periculosidade pode ser novamente posto em liberdade. Aos imputáveis, no entanto, é dada a certeza do tempo da pena, como se não houvesse, entre esses, a possibilidade da reiteração criminosa.

Cuida-se de imposição de sanção preventiva (ou pré-delitual), ou seja, aqueles que se entende como perigosos, condena-se à segregação infinita. Essa idéia de indeterminação da sanção, fundada apenas na idéia de perigosidade do sujeito, remonta a Escola Positiva do Direito Penal e lembra Ferri, *apud* Stephen Jay Gold²⁰:

As sanções penais devem adaptar-se... à personalidade do criminoso... A consequência lógica desta conclusão é a indeterminação da sentença, que tem sido, e continua sendo, combatida pelos criminologistas clássicos e metafísicos, que a consideram uma heresia jurídica... As penas previamente estipuladas são absurdas do ponto de vista da defesa da sociedade. É como se num hospital algum médico quisesse estabelecer para cada doença um período definido de permanência no estabelecimento (Ferri, 1911, p. 251).”

Verifica-se, pois, que o principio do contraditório importa, necessariamente, a possibilidade de refutação de todos os dados trazidos pela acusação. A impossibilidade de contrariedade de elementos por essência subjetivos faz com que não seja viável a internação de sujeito inimputável com base somente na possibilidade de que venha voltar a delinquir, que é o conteúdo da perigosidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 5º, inciso XLVII, alínea *b*, da Constituição Federal veda no ordenamento jurídico brasileiro a pena de caráter perpétuo. Ora, é exatamente o que ocorre com a medida de segurança, consoante a disposição do parágrafo primeiro do artigo. 97 do Código Penal.

²⁰ GOULD, Stephen Jay. *A Falsa Medida do Homem*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 141.

Ao dispor que a internação terá prazo indeterminado, até que mediante perícia médica se constate a cessação de periculosidade, contraria a norma a Lei Magna. Não pode se submeter o cidadão à sanção eterna, sem prazo determinado, ao arbítrio de uma perícia médica que diga que o sujeito não é mais perigoso.

A medida de segurança deve ter limite temporal máximo. Este prazo deve ser definido pelo máximo da pena cominada abstratamente para o crime cometido. A pensar-se de forma diversa, ao sujeito inimputável se impõe tratamento mais rígido ao conferido àqueles plenamente responsáveis por seus atos.

Do mesmo modo, a subordinação da desinternação do cidadão à constatação de que não apresenta periculosidade infringe os princípios da ampla defesa e do contraditório, pois se referem ao *ser* do indivíduo, e, conseqüentemente, não podem ser objeto de demonstração empírica. Assim, não é possível a contestação, o que entra em rota de colisão com o artigo 5º, inciso LV, da Carta Política.

REFERÊNCIAS

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 84219/SP, julgamento em 16 de out.2005.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 200602529927 – (70497) – SP – 6ª T. – Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – DJU 03.12.2007 – p. 00367

CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

FACCINI NETO, Orlando. **Atualidades sobre as Medidas de Segurança**. Disponível em <www.ibccrim.org.br>, acesso em 10 de abril de 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Tradução por SICA, Ana Paula Zomer, CHOUKR, Fauzi Hassan, TAVARES, Juarez e GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOULD, Stephen Jay. **A Falsa Medida do Homem**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.