

DOCTRINA NACIONAL

MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO COMPARADO

LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO

Professor de Direito Penal da USP e presidente da Assoc. dos Advogados
Criminais do Estado de SP

O crime existe. É um fato humano e universal, eterno como a própria sociedade ou a própria humanidade e como observa Bettiol, conceber uma sociedade sem crimes e sem delinquentes é pura utopia.¹

Dessa forma, na impossibilidade de sua eliminação com total erradicação, o Estado, como titular do direito de punir, deve não só reprimi-lo, como também preveni-lo, a fim de atenuar, o quanto possível sua frequência e seus efeitos.²

É na pena que se encontra o meio necessário, até então, para com a privação da liberdade, impingir o caráter retributivo da reprimenda.

Noé de Azevedo, registra que a prisão pode ser uma excelente instituição para a reforma do criminoso, mas à luz de seus métodos práticos e de sua hodierna atuação, talvez nada de mais ineficaz e vicioso possa ser concebido no método de proteção da sociedade para livrá-la das depredações das classes anti-sociais. Quase tudo quanto se pode contribuir para solapar e desmoralizar a personalidade humana, se encontra nas prisões de hoje e nos métodos contemporâneos de administração penal.³

Desnecessário observar quão maléfica é a pena nos moldes e nas instituições, nas quais é aplicada, mas obrigatoriamente, há que se observar que estamos diante de um mal necessário, cujos efeitos podem e devem ser minimizados por novos mecanismos de aplicação de pena, por modelos de instituições para cumprimento de penas que denigrem

menos o homem, como por exemplo, nos estabelecimentos penais privados que demonstram uma importante e eficaz experiência, mundialmente bem sucedida no setor.

Evidente também que haverá de se buscar restringir a imposição de pena privativa de liberdade para um mínimo cada vez menor de situações, utilizando-se, à vontade, todas as penas alternativas disponíveis, os substitutivos penais, enfim, todas as formas criativas, para se afastar, o quanto possível, o homem das mazelas próprias do cárcere.

Ocorre que a pena acontece pós-crime, ou seja, encarando o passado e a gravidade do delito; mas, a sociedade necessita de um instrumento de defesa, voltado para a prevenção, para o futuro, o qual é encontrado nas medidas de segurança, não figurando estas dentre as penas, por terem naturezas diversas entre si.

Daí, o aparecimento, dentre muitos povos, no Direito Positivo, de medidas de cunho especialmente preventivo, com objetivo de dar melhores condições ao Estado, para sua função de patrocinador da segurança pública.

Léon Rabinowics, afirma que essas medidas, chamadas de segurança, são o ponto central da ciência penal e que o séc. XX, sob o ponto de vista da evolução penal, seria o século das medidas de segurança.⁴

Numa rápida evolução histórica, observa-se que desde a antiguidade, medidas cautelares eram conhecidas e

aplicadas aos menores e doentes mentais. Álvaro Mayrink leciona que no direito romano já os menores impúberes ficavam sujeitos à *verberatio*, que consistia em uma medida de admoestação. Na época clássica, os *furiosus* eram equiparados aos *infans*, submetendo-os a medidas *ad securitatem proximorum*.⁵

Assim, embora as medidas de segurança com a estrutura acolhida pelos códigos atuais, tenham sua elaboração iniciada a partir do sec. XIX, muito antes, segundo Moacyr Benedito, providências assemelhadas foram registradas, ainda que rudimentares.⁶

Desde as Lei de Manú, observa-se dispositivo de caráter preventivo, que não era pena, e segundo Madureira Pinho, nas leis romanas já aparecia o instituto de relegação e que era aplicado pelo poder consular com a finalidade de afastar os indivíduos perigosos à ordem pública.⁷

Rabinowicz, por sua vez, situa nas *pandectas* (liv. I, tit. 18, fragmento 14) a origem dessas medidas, pois “quando ao conhecimento de Marco Aurélio, um pretor levou a trágica notícia de um parricídio, praticado por um indivíduo que havia perdido a razão, o imperador romano, depois de ponderar que ao criminoso faltava capacidade de imputação, em face de seu estado mental patológico, ordenou, todavia que o pusesse em custódia para evitar a reprodução de outros fatos criminosos e garantir a ordem coletiva”.⁸

Por esse mesmo enfoque, Aureliano de Araújo, embora entendendo que o Direito Romano não teve no Direito Penal logrado o mesmo desenvolvimento de outros ramos, é este no grande manancial jurídico da pátria dos maiores jurisconsultos e legisladores do mundo, onde vamos encontrar, embora embrionária, as medidas de segurança.⁹

No panorama do séc XVIII, embora o Direito Canônico afirmasse, que os doentes mentais eram incapazes de delinquir, era tético o quadro, segundo

Álvaro Mayrink, pois se não eram mortos eram encarcerados nas piores condições físicas e sociais, nos asilos de loucos. O *Ospizio de San Michele*, fundado pelo Papa Clemente XI, no ano de 1703, e o reformatório de Elmira, pelo *New York Act* (1877), como pioneiro, foram exceção.

É de lembrar-se que os manicômios tiveram sua origem na Inglaterra por volta de 1800, após o Rei Jorge III ter sido vítima de um atentado praticado por um doente mental, o qual foi internado por “garantia pública”, por tempo indeterminado (*Criminal Lunatics Act*, de 1800).

Já em 1893, com Carlos Stoos e Von Liszt, surgem as medidas de segurança, como estratégia para suprir a ausência de responsabilidade penal por inexistência de culpabilidade pessoal. É com Stoos que surge o critério vicariante adotado no código suíço de 1937.¹⁰

No critério vicariante o legislador entendeu facultar ao impositor da norma, ao julgador, aplicar face às circunstâncias do caso concreto, ou pena, ou medida de segurança, não admitindo a imposição de ambas.

Contrapondo-se ao critério vicariante, encontramos o duplo binário, que encerra a imposição, pelo magistrado, de pena e juntamente com esta, de medida de segurança, esta última, geralmente, por prazo indeterminado.

Nessa evolução, o critério do duplo binário cede lugar, freqüentemente, nas legislações mundiais, ao critério vicariante, impedindo-se assim, que cumprida uma pena privativa de liberdade, por tempo determinado, possa essa pena tornar-se perpétua, face à medida de segurança imposta por prazo indeterminado, juntamente com a pena.

No Brasil, as Ordenações Filipinas rezava que não se poderia imputar fato ilícito aquele que não poderia obrar com dolo ou culpa, visto ser louco, insensato ou doente.

A evolução histórica brasileira é enfocada mais à frente, após uma análise às legislações alienígenas.

Na Itália, com o Código Zanardelli, promulgado em 1889, as medidas de segurança, embora sem perfeita sistematização, pela primeira vez, incorporam-se à estrutura de um código penal.¹¹ Grispigni afirma e atribui ao italiano Luigi Lucchini, a introdução dessas medidas no código italiano de 1889.¹²

Segundo Moacyr Benedicto, a obra do suíço Stoos, foi recebida com entusiasmo em toda parte, pelos juristas e cientistas, que viram nela um meio de modernizar o Direito Penal, sem afrontar velhas e arraigadas concepções, produzindo logo seus efeitos.

A Alemanha e a Áustria, antes que outros países, cuidaram de introduzir em seus projetos as inovações propostas pelo estudo da lei penal suíça, no que foram seguidos por diversas legislações européias.

Foi todavia, com o CP italiano, de 1930, que o capítulo das medidas de segurança encontrou, no Direito Positivo, plena consolidação, coroando o amplo debate doutrinário que se seguiu à publicação do trabalho de Stoos.

O Código de Rocco (1930), inspirador de inúmeros estatutos repressivos ora em vigor, inclusive o brasileiro de 1940, constitui sem dúvida, a fase decisiva na evolução do instituto, embora, atualmente, seja passível de críticas, pela maneira que regulou sua aplicação.¹³ Tinha o objetivo na necessidade da conservação do Estado.

Hoje em dia, praticamente a totalidade das legislações abrem espaço para o instituto das medidas de segurança, inclusive países onde ainda vigoram velhos códigos, até do século passado, com os da Bolívia (1834) e a do Chile (1874), quer por adequação jurisprudencial, ou pelo aparecimento de leis esparsas com providências de caráter preventivo. Quanto à legislação chilena,

as medidas de segurança encontram-se no art. 10 e seguintes daquele código.

Na Alemanha, as medidas de segurança surgem no anteprojeto de Código Penal, de 1909, objetivando proteger a sociedade e ao mesmo tempo o infrator.

Em que pese a existência posterior de projetos nos quais aparecem as "Medidas de Correção e Segurança", projetos que não vingaram, é promulgada em 1933 uma lei contra os delinquentes habituais e perigosos e sobre medidas de correção e segurança, nas quais incluía-se a castração, que foi abolida pela lei de 30.1.1946, como um sistema protetor do povo frente à delinquência perigosa, de acordo com Álvaro Mayrink.¹⁴

O enfoque dado à essas medidas era de prevenir um "perigo futuro".

Mas, o critério do legislador alemão, em prognose, prevenir um perigo futuro, não dispensava o requisito da ocorrência de um fato reprovável penalmente, pois as medidas só eram admitidas pós-delitos.

Como se sabe, o Código Penal alemão é centenário, pois começou a vigorar em 15.5.1871. A Alemanha mudou e a necessidade de adequação legislativa penal é sentida e refletida em inúmeras "adaptações", em diversos dispositivos que foram sendo convenientemente encaixados no velho código.

Segundo Lauro de Almeida¹⁵ aquele código (1871) foi sendo alterado aqui e ali, atendendo exigências e aproveitando pesquisas doutrinárias e a experiência.

Se um caso, que não era novo passou a ser visto e vivido sob um aspecto novo e o dispositivo penal correspondente envelheceu, faz-se uma lei alterando o dispositivo envelhecido, dando-lhe redação condizente com a nova situação. Quanto às medidas de segurança, o código de 1871 não as previa, e dentro da sistemática de sensibilidade do legislador, foi detectada a carência desse instituto na legislação penal, quer para

ser aplicada isoladamente, quer acompanhada da pena o que levou o legislador a "adaptar" esse instituto por meio de lei, ao velho código de 1871.

Nessa oportunidade é que aparecem os art. 42-A, 42-B, 42-C, etc, chegando hoje até o 42-P, face à reforma introduzida naquele *codex*.

O expediente utilizado pelo legislador germânico como técnica redacional, partindo de um artigo definido numericamente e desdobrado pela designação de letra, é dos mais aconselháveis, como também ocorre na legislação italiana quando o criador da norma adiciona ao numeral a expressão *bis*, evitando-se assim, as indesejáveis renumerações dos códigos, como por pouco não ocorreu na legislação penal codificada brasileira.

O velho código de 1871, devidamente modificado e adaptado aos tempos, permaneceu vigente até o advento da grande reforma penal alemã ocorrida em 1969 e que vigorou a partir de 1.4.1970, salientando que a Parte Geral modificada teve vigência temporária até outubro de 1973, quando a nova reforma da Parte Geral entrou em vigor, permanecendo até nossos dias.

As medidas de segurança, ainda denominadas de correção e segurança, com a reforma de 1969, ficaram previstas no art. 61 e ss. indicando as seguintes modalidades: I — internamento em hospital psiquiátrico; II — internamento num sanatório para toxicômanos; III — internamento num estabelecimento social terapêutico; IV — internamento para custódia de segurança V — fiscalização da conduta; VI — privação da licença para dirigir; VII — proibição do exercício profissional.

Na Alemanha o princípio adotado é o do critério do duplo binário, compondo pena e medida de segurança ou vice-versa.

Apenas para registro, segundo Álvaro Maryrink,¹⁶ a lei de 10.6.1932 é que regula as medidas de segurança, embora

desde 1885, por lei, os vagabundos e mendigos fossem internados.

Já na Bélgica, em 1930, é aprovada a lei de Defesa Social, que objetivou a readaptação e educação social dos infratores em estado perigoso, mas desde 1891, os mendigos eram internados em depósitos.

Segundo Torp, na Dinamarca, o CP de 1923 admitia a substituição da pena privativa de liberdade por medidas de segurança para determinados infratores, dividindo-os em categorias, normais em aparência, mas insensíveis à influência da pena a julgar por sua conduta.¹⁷ O CP dinamarquês vigente entrou em vigor em 1933, admitindo as casas de trabalho e custódia.

Alguns países conquistadores de terras distantes, tiveram na população delinqüente o meio de, povoar as terras que dominavam no exterior. A França é um deles, que em lei promulgada em 1885 objetivando eliminar o reincidente perigoso, remete-o ao território colonial, perpétua e irrevogavelmente.

A primeira lei francesa sobre medida de segurança data de 1934, e estabelecia uma classificação para tais medidas, em privativas de liberdade restritiva de liberdade e de ordem patrimonial, que compreendiam internamento em sanatório, a colocação em depósitos de mendigos ou internação em estabelecimento de trabalho na França ou em suas possessões.¹⁸

Na Inglaterra o *Prevent of Crime Act*, de 1908, distingue a internação para tratamento educativo-correcional e a *Preventive Detention*, aplicável após a execução da pena, destinada aos reincidentes mais perigosos. Mas, a distinção legal entre essas duas modalidades de medidas de segurança só ocorre em 1948, com o *Criminal Justice Act*, com os enfermos mentais internados em manicômio criminal. Havia também, um período de prova, com vigilância através

do *Probation Officer*. O critério adotado na Inglaterra é o do duplo binário.

Em Portugal, o legislador realizou um trabalho de redação de um novo CP em 1982, pois o que vigorava até então, era datado do séc. XIX. O novo texto repressivo, foi concebido segundo a moderna doutrina alemã, sendo mais finalista.

A lei portuguesa é muito prolixa, utilizando palavras desnecessárias para definir o que com as penas uma seria suficiente. O critério adotado pelo novo Código Penal é o vicariante, ou seja, impede a aplicação conjunta de pena e medida de segurança. Existe um capítulo todo dedicado às medidas de segurança, que estabelece internamento aos inimputáveis, em estabelecimentos para cura, tratamento e segurança, diversamente do Brasil, onde a internação presta-se apenas ao tratamento.

O término do prazo para a medida de segurança, em Portugal, depende da cessação da periculosidade, uma vez que o período imposto é por prazo indeterminado quanto ao máximo previsto, estabelecendo tão-somente o mínimo. Apenas para registro, há na lei portuguesa a libertação a título de ensaio e a libertação experimental, fazendo paralelo com algumas modalidades brasileiras.¹⁹

No Brasil, o CCrim. do Império prescrevia que os loucos, ou deveriam ser entregues às suas famílias, ou internados nas casas destinadas para tal. Também o CP de 1890, seguindo as diretrizes do de 1830, também previa a entrega daqueles doentes a seus familiares ou à internação em hospitais.

Já no Código de 1940, segundo Hungria, a responsabilidade não existe se falta capacidade de entendimento e adequada determinação de auto-governo, adotando-se o critério misto ou bio-psíquico, exceto quanto aos menores de 18 anos, cujo critério é exclusivamente biológico.

Ainda ali, aparece a figura do doente mental, e daquele portador de desenvol-

vimento mental incompleto ou retardado.

A reforma penal de 1984, pelos arts. 96 e ss. do Código pátrio, não admite mais medida de segurança para o imputável, reservando a este, exclusivamente a pena.

Quanto às modalidades das medidas antes vigentes, o legislador as restringiu a duas, a detentiva, com internação em hospital de custódia de tratamento psíquico e a não detentiva, com submissão a tratamento ambulatorial.

Assim, a Reforma Penal de 1984 consagrou o critério vicariante, impedindo a aplicação conjunta de pena e medida de segurança, o que inspirou Heleno Cláudio Fragoso a sentenciar que o sistema do duplo binário corresponde a um ciclo histórico do Direito Penal, que parece definitivamente encerrado.²⁰

Enfim, as medidas de segurança, adequadamente utilizadas, representam uma das formas de prevenção ao crime, realizada de maneira eficaz, revelando uma inequívoca justiça, para o homem e para a própria sociedade, na qual ele está inserido.

NOTAS

1. Giuseppe Bettiol — "O mito da Reeducação", "in" *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Ano II (Nova Fase), n. 6, 1964, p.5.

2. Moacyr Benedicto de Souza — *O Problema da Unificação da Pena e da Medida de Segurança*, José Bushatsky, Editor, 1979, p. 18.

3. Noé Azevedo — "O Fundo de Vingança na Penologia Moderna", RT, 1944, 152/432-433.

4. Léon Rabinowicz — *Mesures de Sûreté*, Paris, 1929, pp. 8 e 14.

5. Álvaro Mayrink da Costa — *Direito Penal-Doutrina e Jurisprudência*, Forense, v. 1, 1988, p.1.141.

6. Moacyr Benedicto de Souza — obra citada, p. 22.

7. Demosthenes Madureira de Pinho — *Medidas de Segurança*, Tese, RJ, 1938. p. 23.

8. Léon Rabinowicz — obra citada, p. 42
9. J. Aureliano Correa de Araújo — *Das penas e das Medidas de Segurança no Vigente Código Penal do Brasil*, Recife, 1944, p. 197.
10. Álvaro Mayrink — obra citada, p. 1.141.
11. Moacyr Benedicto de Souza — obra citada, p. 24.
12. Filippo Grispigni — “Le Problème de L’unification de lá Peine et des Mesures de Sûreté”, em *La Scuola Positiva*, 1953, p. 568.
13. Moacyr Benedicto de Souza, ob. cit., p. 26.
14. Álvaro Mayrink, ob. cit.
15. Lauro de Almeida, *Código Penal Alemão*, trad. Direito Comparado Editora da USP, 1974, p. 7.
16. Álvaro Mayrink. ob. cit., p. 1143.
17. Lauro de Almeida, ob. cit., p. 1258.
18. Álvaro Mayrink, ob. cit.
19. M. Maia Gonçalves, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 3.a ed. Ed. Almedina-Coimbra, 1986.
20. Heleno Cláudio Fragoso — “Sistema do Duplo Binário”, in *RDP e Criminologia*, 5/21.