

IAN MATOZO ESPECIATO

Medidas de segurança e os princípios constitucionais no Direito Penal

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Associada Dr.^a Mariângela Gama de Magalhães
Gomes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

IAN MATOZO ESPECIATO

Medidas de segurança e os princípios constitucionais no Direito Penal

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, sob a orientação da Professora Associada Doutora Mariângela Gama de Magalhães Gomes.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Especiatio, Ian Matozo
Medidas de segurança e os princípios
constitucionais no Direito Penal / Ian Matozo
Especiatio ; orientadora Mariângela Gama de Magalhães
Gomes -- São Paulo, 2017.
138

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,
2017.

1. Medidas de segurança. 2. cautelares diversas da
prisão. 3. Princípios Constitucionais. I. Gomes,
Mariângela Gama de Magalhães , orient. II. Título.

Nome: ESPECIATO, Ian Matozo.

Título: Medidas de segurança e os princípios constitucionais no Direito Penal.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Em memória de minha avó Maria da Conceição de Paula.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que tão bem me acolheu e me proporcionou a melhor experiência de aprofundamento acadêmico em Direito Penal.

Dirijo meu agradecimento a todos aqueles que foram meus/minhas professores/professoras na Pós-Graduação dessa prestigiosa instituição. Toda minha gratidão à minha orientadora Professora Associada Doutora Mariângela Gama de Magalhães Gomes, que acreditou no meu potencial acadêmico, me proporcionando a oportunidade de dar meu primeiro passo rumo a docência.

À bibliotecária da Biblioteca Departamental de Direito Penal e Medicina Forense, Eleonora Sampaio, pela eficiência e prontidão em ajudar na pesquisa do material bibliográfico necessário para consecução desse trabalho.

A todos os professores da Graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá, em especial a dois professores que me estimularam a seguir vida acadêmica e são exemplos de seriedade e dedicação à docência e à pesquisa, a Doutora Érika Mendes de Carvalho e o Doutor Antonio Carlos Segatto.

À minha querida amiga Paula Nunes Mamede Rosa, que compartilhou comigo esses três anos de altos e baixos da árdua vida acadêmica, tornando-a mais leve.

Aos meus amigos e amigas, que estiveram sempre juntos de mim nessa empreitada, não importando a distância. Ao Alexandre Karpinski, a Aline Cristina Secafin, a Bruna Britto Martins, a Gabriela de Grande Guerreiro, a Lilian Inês Vonsowsky Ferrari, ao Manoel Batista Filho e ao Vinícius Garcia Miranda.

Por fim, agradeço à minha família, minha irmã Ana Clara Matozo Especiato e aos meus pais e primeiros professores, Vera Regina Matozo Especiato e Luis Especiato, por acreditarem nos meus sonhos me dando total apoio emocional e financeiro para que eu pudesse cursar o mestrado. Também por me mostrarem que a moeda mais valiosa é educação.

“[...] o direito penal nunca pode ser neutro. Ele deve ser sempre parcial, no sentido de que, em qualquer circunstância, deve fortalecer a contenção das pulsões absolutistas, ou seja, deve sempre estar do lado do Estado de direito.”

(Eugenio Raúl Zaffaroni, 2014)

RESUMO

ESPECIATO, Ian Matozo. *Medidas de segurança e os princípios constitucionais no Direito Penal*. 2016. 138. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

A discussão acerca das medidas puramente assecuratórias ganha relevância no cenário atual, em função da implementação das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva do artigo 319 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011. Estas não apenas garantem o regular andamento do processo penal e a aplicação da Lei Penal, mas também, ao pretender prevenir a reiteração delitiva, antecipam a punibilidade e restringem a liberdade do réu, violando a presunção de inocência e aproximando-se, assim, das medidas de segurança tanto para imputáveis - proibição de acesso e frequência a determinados lugares e a suspensão de função ou cargo público e atividade econômico-financeira – quanto para inimputáveis ou semi-imputáveis – internação provisória com caráter anterior à condenação, institutos que não são novos no Direito Penal brasileiro, estando presentes nas legislações penais póstumas do período republicano (Códigos Penais de 1890 e 1940). Pretende-se, por meio dessa dissertação, elucidar a natureza jurídica dessas medidas, compreender o contexto em que elas se desenvolvem na Expansão do Direito Penal, bem como a retomada do discurso de periculosidade que as legitima, a fim de que seja verificada sua legitimidade frente aos princípios penais e ao Estado de Direito Democrático e Social assegurado pela Constituição pátria.

Palavras-chave: Medidas de segurança. Cautelares diversas da prisão. Princípios constitucionais. Direito Penal.

RIASSUNTO

ESPECIATO, Ian Matozo. *Le Misure di Sicurezza e i principi costituzionale nel Diritto Penale*. 2016. 138. Tesi (Master) – Facoltà di Giurisprudenza, Università di Sao Paulo, Sao Paulo, 2016.

La discussione sulle misure soltanto rivolte alla sicurezza diventa rilevante nello scenario attuale in ragione dell'attuazione delle misure cautelari alternative alla custodia cautelare l'articolo 319 del codice di procedura penale, come modificato dalla legge n. 12.403, di 04 maggio 2011. Questi provvedimenti non solo garantiscono il corretto svolgimento del processo penale e l'applicazione della legge penale, ma anche quando si vuole evitare la reiterazione criminale, così si anticipa la punibilità e si limita la libertà dei rei lo che conduce alla violazione della presunzione di innocenza e si avvicina delle misure di sicurezza sia per l'imputabile - divieto di accesso e frequenza a certi luoghi e la sospensione di una carica pubblica e di una attività economica e finanziaria - sia per l'inimputabili o il semi-imputabili – il ricovero provvisorio nell'ospedale psichiatrico con carattere precedente alla condanna, questi istituti non sono nuovi nel diritto penale brasiliano, essendo presente nella legge penale postumi del periodo repubblicano (Codici Penali di 1890 e di 1940). Si intende, attraverso questa tesi, chiarire la natura giuridica di queste misure, per capire il contesto in cui si sviluppano l'espansione del Diritto Penale, nonché la ripresa del discorso sulla pericolosità che le legittima, al fine di verificare le sue illegittimità di fronte ai principi penali e allo Stato di Diritto democratico e sociale garantito dalla Costituzione brasiliana.

Parole chiave. Misure di sicurezza. Cautelari diverse del carcere. Principi costituzionali. Diritto Penale.

ABSTRACT

ESPECIATO, Ian Matozo. *Security measures and the constitutional principles of criminal law*. 2016. 138. Dissertation (Master) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

The discussion about purely security measures gains relevance in the current scenario due to the implementation of the precautionary measures alternative to the preventive arrest of article 319 of the Code of Criminal Procedure, as amended by Law No. 12,403 of May 4, 2011. These not only guarantee the regular progress of the criminal process and the application of the Criminal Law, but also, in attempting to prevent delinquent repetition, Punishability and restrict the defendant's freedom by violating the presumption of innocence and thus approaching security measures both to be imputable - prohibition of access and attendance at certain places and suspension of public function or office and economic and financial activity - as for inimputable or semi-imputable - provisional hospitalization with character prior to conviction, institutes that are not new in the Brazilian Penal Law, being posed in the posthumous Criminal Law of the republican period (Criminal Codes of 1890 and 1940). It is intended, through this dissertation, to elucidate the legal nature of these measures, to understand the context in which they develop in the Expansion of Criminal Law, as well as the resumption of the dangerous discourse that legitimizes them, in order to verify their legitimacy in confront of the principles of criminal law and the rule of democratic and social law ensured by the country's constitution.

Keywords: Security measures. No custodial precautionary measures. Constitutional Principles. Criminal law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
1.1 CONCEITO	13
1.2 PRESSUPOSTOS	14
1.2.1 A ausência de prazo máximo de duração das medidas de segurança e o posicionamento jurisprudencial	16
1.3 A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	18
1.3.1 Caráter aflitivo das medidas de segurança	21
1.3.2 Algumas semelhanças entre o regramento de penas e medidas de segurança	22
1.2 AS FUNÇÕES DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	24
CAPÍTULO 2 MEDIDAS DE SEGURANÇA E PERICULOSIDADE: ESCORÇO HISTÓRIO DE SUA INSERÇÃO NAS LEGISLAÇÕES PENAIAS BRASILEIRAS	33
2.1 PERICULOSIDADE CRIMINAL VERSUS PERICULOSIDADE SOCIAL	33
2.1.1 Alguns aspectos criminológicos da periculosidade	36
2.2 MEDIDAS DE SEGURANÇA NAS LEGISLAÇÕES PENAIAS PRETÉRITAS	39
2.2.1 Os “loucos de todo gênero”: inimputabilidade penal no Código Criminal do Império (1830)	42
2.2.2 Medidas de Segurança no Código Penal Republicano (1890)	43
2.2.3 Medidas de segurança na antiga Parte Geral do Código Penal (1940)	52
2.2.3.1 <i>Pressupostos</i>	52
2.2.3.2 <i>Espécies de Medidas de Segurança</i>	55
2.2.3.3 <i>Código Penal de 1969</i>	60
2.3 LEGISLAÇÕES ALIENÍGENAS QUE ENCAMPAVAM MEDIDAS DE	60

SEGURANÇA FUNDADAS NA PERICULOSIDADE SOCIAL	
2.3.1 Espanha	60
2.3.2 Itália	63
2.3.3 Alemanha	66
CAPÍTULO 3 AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO	71
3.1 ASPECTOS GERAIS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL: O CÂMBIO PROVOCADO PELA LEI 12.403/2011	71
3.2 AS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO EM ESPÉCIE	76
3.2.1 Medidas proibitivas de condutas	77
<i>3.2.1.1 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares</i>	77
<i>3.2.1.2 Proibição de contato com pessoa determinada</i>	81
<i>3.2.1.3 Proibição de ausentar-se da comarca</i>	83
3.2.2 Medidas impositivas de condutas	86
<i>3.2.2.1 Obrigação periódica de comparecimento em juízo</i>	86
<i>3.2.2.2 Recolhimento domiciliar nos períodos noturnos e dias de folga</i>	89
3.2.3 Medidas restritivas de direitos em sentido estrito	90
<i>3.2.3.1 Suspensão da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira</i>	91
<i>3.2.3.2 Internação provisória</i>	96
<i>3.2.3.3 Monitoramento Eletrônico</i>	101
3.3 ANÁLISE CRÍTICA	104
CAPÍTULO 4 EXPANSÃO PENAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	107
4.1 MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E SEGURANÇA CIDADÃ	107
4.1.1 Sistema Penal Cautelar na América Latina	113
4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PENAL	119

4.2.1 Constitucionalização do Direito Penal	119
4.2.2 Legalidade	120
<i>4.2.2.1 Ne bis in idem</i>	122
4.2.3 Culpabilidade	123
4.2.4 Intervenção mínima	124
4.2.5 Proporcionalidade	125
CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	130

INTRODUÇÃO

O Direito Penal possui método e objeto de estudo próprios, constituindo-se em ciência autônoma. Apesar disso, há que se reconhecer que ele estabelece relações com outras ciências do sistema criminal, como o Direito Processual Penal, a Criminologia e a Política Criminal, sendo assim, não deve ser entendido como estanque ou hermético, realizando uma dogmática que se retroalimenta. Os fenômenos que nele se desenvolvem e suas funções refletem-se nas outras ciências desse sistema e sofrem influxo dos outros componentes daquela que pode ser chamada ciência penal total. Se a política criminal, por exemplo, é feita de forma autoritária, o Direito Penal, por meio de seus instrumentos dogmáticos, pode tentar limitar os danos causados por ela.

De mesmo modo, é cada vez maior o anseio para que já no decorrer do processo penal a punição seja antecipada, misturando-se as funções instrumentais inerentes a este com funções securitárias da sanção penal, por vezes em detrimento das garantias do acusado. Já conceitos desenvolvidos na criminologia ortodoxa, apesar do lugar auxiliar a esta relegado pelo Direito Penal, colonizam a dogmática penal, propiciando o crescimento do autoritarismo em seu bojo.

Esse trabalho tem a pretensão de se mover na crítica interna da dogmática, no sentido de fortalecer seus conceitos e princípios de garantia, a fim de limitar o possível uso arbitrário do Direito Penal. A tese central dessa pesquisa é a possibilidade da existência de medidas processuais penais de urgência operando no ordenamento brasileiro como medidas de segurança e a reflexão sobre sua legitimidade. Para tanto, é necessário construir uma base conceitual sólida, antes de se proceder à crítica das cautelares alternativas. A pesquisa encontra-se dividida em quatro capítulos, os dois primeiros são voltados precipuamente ao Direito Penal material, já o terceiro é eminentemente processual. O quarto e último desenrola-se em uma dogmática crítica.

No Capítulo I, examinar-se-ão as medidas de segurança como consequências jurídicas do delito, conforme sua disciplina atual Parte Geral do Código Penal de 1984. Desse modo, serão analisados seu conceito, os pressupostos para a sua aplicação, sua natureza jurídica e suas funções admitidas pela dogmática penal moderna. Busca-se, nesse tópico, criar uma fundação teórica que permita trabalhar com esse instrumento sancionatório nos capítulos subsequentes.

No capítulo II, periculosidade social e criminal serão confrontadas e também se examinará o conceito de periculosidade segundo um paradigma criminológico crítico. Logo após, as legislações penais brasileiras do passado (Código Criminal do Império de 1830, Código Penal da República de 1890 e Código Penal de 1940) serão revisitadas para que se evidenciem quais espécies de medidas assecuratórias eram por elas admitidas (mesmo que, por vezes, genericamente chamadas de pena) e sob quais fundamentos. Na sequência, proceder-se-á ao um breve estudo comparado de legislações penais (Espanha, Itália e Alemanha) que permitiram ou permitem medidas de segurança fundamentadas pela periculosidade social, mesmo que para imputáveis.

As medidas cautelares alternativas à prisão inseridas na legislação processual pela lei 12. 403/2011 são objetos do Capítulo III. De início, será traçado um panorama geral de sua disciplina no Código de Processo Penal. Após, serão examinadas, de acordo com as restrições que implicam aos direitos do acusado, em separado para se verifique em que proporção aproximam-se das medidas de segurança não detentivas já extintas.

Objetiva-se, no quarto e último capítulo o debate sobre a expansão do direito penal como plano de fundo do ressurgimento do pensamento securitário e perigosista, notadamente na doutrina penal européia. Buscar-se-á responder se a possível antecipação de sanção penal na fase processual é decorrência da lógica administrativa que coloniza o Direito Penal, bem como quem é o inimigo no contexto latinoamericano, aquele que representa um perigo à sociedade devendo, por essa razão, ser contido. Ao fim, alguns princípios constitucionais com reflexos no Direito penal emergem a fim de validar ou invalidar algumas das cautelares alternativas que encampam a finalidade de prevenção de novos delitos.

CAPÍTULO 1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 CONCEITO

As medidas de segurança criminais conceituam-se como consequências jurídicas do delito, orientadas por finalidades preventivo-especiais, estando ao lado da pena, sanção penal por excelência¹. Parte da doutrina defende que as funções eminentemente preventivas desempenhadas pelas medidas de segurança são o que primeiro as distingue da pena, já que esta teria natureza repressiva². Entretanto, modernamente, a pena também assume caráter preventivo, ligado à proteção de bens jurídicos e, conseqüentemente, à prevenção de delitos futuros, sendo seu caráter retributivo adstrito à limitação das funções preventivas na culpabilidade³.

As medidas de segurança são direcionadas aos inimputáveis (artigo 26, *caput*, do Código Penal) ou aos semi-imputáveis (parágrafo único), aqueles que são completa ou parcialmente incapazes de entender o caráter ilícito do fato e direcionar sua atuação de acordo com esse entendimento, em razão de serem portadores de transtorno mental, sofrerem de perturbação de saúde mental ou possuírem desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

¹PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 562; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 709.

²Principalmente: GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. t. 1. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1 [Série Clássicos Jurídicos], p. 21; OLIVEIRA, Frederico Abraão de. *Penas, Medidas de Segurança e Sursis: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 50-51.

³PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 452-456. ROXIN posiciona-se contra a concepção da culpabilidade como requisito da fundamentação da pena no sentido de reprovabilidade individual, por isso funda uma nova concepção dogmática da categoria da culpabilidade, segundo a qual as causas de exclusão da culpabilidade não se baseiam em um poder agir de outro modo, senão em razões político-criminais. Em síntese: a exigência preventivo-geral completa a culpabilidade, in: ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de La Teoría del Delito*. 1ed. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña; Javier de Vicente Remesal; Miguel Días y García Conlledo. Madrid: Civitas, 1997, p. 95-103; vide também: ROXIN, Claus. Reflexões Sobre a Construção sistemática do Direito Penal. *RBCCRIM*, São Paulo, n. 82, p. 24-47, 2010, p. 33-37; CRESPO, Eduardo Demetrio. Culpabilidad y fines de La pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, n. 8, p. 9-42, 2008, p. 11 e ss.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 1876.

Excepcionalmente, elas poderão ser aplicadas ao condenado imputável, aquele que possui capacidade de culpabilidade, em substituição a pena, se a ele sobrevier doença mental, como determina o artigo 41 do Código Penal e os artigos 108 e 183 da Lei de Execução Penal (lei n. 7210 de 1984). Nesse caso, o condenado tornou-se inimputável no curso da execução, não podendo mais cumprir a pena, uma vez que sua saúde mental demanda recuperação.

Atualmente o sistema de sanções penais adotado pelo Direito brasileiro é vicariante, em função da reforma da parte geral do Código Penal de 1984 que abandonou o sistema do duplo binário. Assim, aplica-se pena ou medida de segurança, nunca as duas cumuladas, fato que afrontava o princípio do *ne bis in idem*. Mesmo no caso do semi-imputável ou fronteiro, as circunstâncias pessoais aferidas no caso concreto determinarão se ele sofrerá medida de segurança, quando necessitar de especial tratamento curativo, ou pena, com a correspondente redução (artigo 26, parágrafo único), nunca as duas juntas⁴.

As espécies de medidas de segurança admitidas pela legislação penal são duas, a internação em hospital de custódia e tratamento e a sujeição ao tratamento ambulatorial (artigo 96 do Código Penal). A primeira é detentiva, aplicada em regra, podendo ser substituída pelo tratamento ambulatorial se o crime for punido com detenção (artigo 97, *caput*, Código Penal). A substituição não é obrigatória e depende das circunstâncias pessoais do acusado. Ainda que seja imposto o tratamento ambulatorial, ele poderá ser substituído pela internação a qualquer tempo, desde que os fins curativos a justifiquem (artigo 97, parágrafo 4º, Código Penal).

1.2 PRESSUPOSTOS

Os pressupostos para aplicação das medidas de segurança são dois: o cometimento de fato tipificado como crime pela lei penal e a periculosidade criminal.

⁴BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 1874-1875. Conforme ensinamento de DOTTI, os sistemas aplicáveis às medidas de segurança dividem-se em duplo-binário e vicariante. Sendo que “O primeiro foi assim designado em atenção à origem italiana da expressão *doppio binario*, ou seja, duplo trilho ou dupla via. E significava a imposição sucessiva de pena e medidas de segurança em consequência do mesmo fato. Cumprida aquela, aplicava-se esta se persistisse o estado de periculosidade”, vide: DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 709.

Como afirma FERRARI o delito é “[...] um marco para a incidência da medida de segurança criminal”⁵, constituindo-se, pois, no primeiro requisito para a aplicação desta.

Entretanto, elas não se fundam na culpabilidade, como a pena. Desse modo, é correto dizer que se exige a prática de um ilícito típico, presentes, pois, apenas as categorias da tipicidade e antijuridicidade, visto que não há reprovabilidade pelo fato praticado por aquele sem capacidade ou com capacidade parcial de ser responsabilizado. Apesar da categoria da culpabilidade não estar presente, as exculpantes (erro de proibição invencível, coação irresistível etc.) também se aplicam ao inimputável e semi-imputável, excetuando-se, por óbvio, a inimputabilidade⁶.

O segundo requisito é a periculosidade criminal⁷, que ocupa a lacuna deixada pela culpabilidade. Esse pressuposto pode ser conceituado como um juízo de probabilidade de retorno à delinquência baseado na condição psíquica do agente. Para FERRARI, em razão dos princípios da ofensividade e insignificância, não é todo prognóstico de reiteração delitiva que motiva constatação da periculosidade criminal, mas somente daqueles ilícitos-típicos considerados graves⁸.

BITENCOURT afirma que a periculosidade é presumida quando o agente é inimputável e real quando o agente é semi-imputável, devendo esta última ser reconhecida pelo juiz⁹. Discorda-se, aqui, deste posicionamento, uma vez que a periculosidade deve ser provada no processo, não se pode presumir como perigoso o agente apenas por ser portador de uma doença mental, a constatação do transtorno mental pela perícia tem que vir acompanhada do prognóstico desfavorável ao imputado. Fere a pluralidade inerente ao Estado Democrático de Direito a criminalização da loucura.

⁵FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 135. FERRARI argumenta que a exigência de delito prévio “[...] constitui-se em um divisor de águas entre as medidas de segurança criminais e as medidas administrativas”, p. 136.

⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1878.

⁷Sobre periculosidade criminal FERRARI afirma que: “[...] não podemos nos esquecer que todos estamos suscetíveis à prática de ilícitos-típicos, dormitando em cada um de nós a capacidade quanto à repetição. Não será qualquer possibilidade de repetição do ilícito-típico que legitimará a submissão de um doente mental à medida de segurança criminal, vez que perigosidade criminal não é sinônimo de necessidade social, a corroborar que também, nas medidas de segurança, incidem os princípios da lesividade, ofensividade e interferência mínima”, vide: FERRARI, Eduardo Reale, *op. cit.*, p. 157-158.

⁸FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 158.

⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1878.

Como um dos pressupostos desse instituto é a periculosidade, sua duração no tempo é condicionada a cessação desta. Conforme preceitua o artigo 97, parágrafo 1º, do Código Penal, as medidas de segurança vigem “[...] por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade”, prescrevendo, ainda, prazo mínimo de um a três anos para que a perícia seja realizada. Assim, diferentemente da pena, que é certa e determinada, a medida de segurança é temporalmente indeterminada¹⁰, dura enquanto durar a periculosidade.

1.2.1 A ausência de prazo máximo de duração das medidas de segurança e o posicionamento jurisprudencial

No âmbito normativo, a ausência de prazos máximos para o cumprimento de medidas de segurança pode ser justificada por seus fins terapêuticos, uma vez que o tratamento só será interrompido quando sobrevier a cura, não podendo mais o agente ser considerado perigoso. Verifica-se, entretanto, no plano do ser (ontológico), que pessoas irresponsáveis sofrem, muitas vezes, sanções mais graves que os plenamente responsáveis, quando praticam crimes idênticos, pelo fato da pena ser certa e determinada e a medida de segurança se prostrar no tempo. Identifica-se, nesse fato, uma desproporcionalidade entre o tratamento dispensado ao inimputável ou semi-imputável e aquele franqueado ao imputável. Como sanção penal, a medida de segurança tem que respeitar o princípio da proporcionalidade. Assim, o indivíduo não pode estar submetido à total arbítrio estatal na determinação da duração temporal de uma sanção penal, como é a medida de segurança¹¹.

Para DOTTI, o prazo máximo de internação, decorrente de superveniência de doença mental, é aquele fixado na sentença para cumprimento da pena privativa de liberdade. Após o decurso deste, caso não haja recuperação no estado de saúde do paciente, ele deverá ser colocado à disposição do juízo cível para que este adote as medidas recomendadas à sua doença mental, portanto, fora do sistema penal. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu nesse mesmo sentido (RT640/294)¹², também o

¹⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1876.

¹¹PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. Barueri: Manole, 2015, p. 154.

¹²DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 712.

Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n.98.360/SP, determinou a extinção da medida de segurança e, em razão da permanência da periculosidade, que o tratamento fosse realizado em hospital psiquiátrico comum.

GÓMEZ DE LA TORRE posiciona-se de maneira semelhante, mas estende a lógica de restrição à duração da medida de segurança também àquele que era inimputável ou semi-imputável na data dos fatos, ou seja, cuja incapacidade de responsabilização penal era pré-existente. Nesse sentido, aduz que, obedecida a garantia de proporcionalidade, a medida de segurança consistente em internação não poderá exceder o tempo da pena privativa de liberdade que corresponderia ao sujeito se ele fosse declarado imputável. Já se o indivíduo for parcialmente responsável, isto é, semi-imputável, o tempo de duração não poderá exceder a pena de prisão imposta na sentença¹³.

A jurisprudência mais recente dos Tribunais Superiores contraria a ausência de prazos máximos na execução das medidas de segurança. Em 2005, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se, em julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.219/SP, com a relatoria do Ministro Marco Aurélio, que a duração máxima das medidas de segurança é de 30 anos.

Para tal desiderato, a Corte Constitucional fundamentou-se na vedação constitucional de penas perpétuas (artigo 5º, inciso XLVII, Constituição Federal), bem como na impossibilidade de penas superiores há trinta anos (artigo 75 do Código Penal), realizando uma interpretação teleológica para que essas garantias abrangessem as medidas de segurança. Argumentou-se, ainda, que o artigo 183 da Lei de Execução Penal delimita a medida de segurança, quando em substituição da pena, não podendo aquela revelar-se mais gravosa à liberdade de ir e vir do que a própria pena.

Em 2015, dez anos após a decisão do Supremo que fixou o limite de 30 anos para a medida de segurança, o Superior Tribunal de Justiça inovou ainda mais nessa temática, editando a Súmula n. 527, que estabelece como prazo máximo de sua execução a pena abstratamente cominada ao delito praticado. Assim, ao invés do limite abstrato e muito extenso de 30 anos, que aparece na jurisprudência da Corte Constitucional, o Superior Tribunal de Justiça privilegia o princípio da proporcionalidade entre a sanção penal e o delito praticado. Essa súmula torna evidente, assim, que é antes o delito passado que justifica as medidas de segurança do que a periculosidade futura.

¹³GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. et. al. *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 37.

Nesse sentido, PASCHOAL afirma, “[...] é muito importante enfatizar que a medida de segurança somente pode ser aplicada a pessoas que tenham efetivamente praticado uma conduta prevista como criminosa pelo ordenamento, não bastando um mero juízo de periculosidade”¹⁴. A autora destaca também que o Direito Penal tem que se basear no fato e não no autor, somente uma conduta tipificada como crime poderia ensejar a incidência de uma sanção tão gravosa quanto esta¹⁵.

Outrossim, argumenta-se que para além do respeito ao princípio da proporcionalidade, que conduz a limitação temporal das medidas de segurança¹⁶, elas também devem estar rodeadas das mesmas garantias vigentes para a pena. Dentre elas, podem ser mencionadas a legalidade, a anterioridade penal, a irretroatividade da lei penal, a pessoalidade, a jurisdicionalidade, a humanidade e a proibição à dupla punição (*ne bis in idem*), porquanto são intervenções coativas e limitadoras dos direitos individuais, tal como a pena¹⁷.

1.3 A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Sustenta-se que a natureza jurídica das medidas de segurança é penal, em decorrência principalmente de implicar grande restrição aos direitos individuais, equiparável ou maior do que aquela advinda da imposição de uma pena¹⁸. No mesmo

¹⁴PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. Barueri: Manole, 2015, p. 151.

¹⁵*Ibid.*, p. 151.

¹⁶FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 180. MARONNA salienta que “A proporcionalidade da medida de segurança deve ter por fundamento o prática de fato punível, tal qual a pena. Assim, a pena máxima cominada ao crime não pode ser ultrapassada por medida de segurança imposta pelo mesmo crime, quando não tenha sido possível recuperar e curar o criminoso inimputável”, p. 138, vide: MARONNA, Cristiano Ávila. *Limitação temporal da medida de segurança*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 138.

¹⁷MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – Parte General*. 5 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 594; FERRARI, Eduardo Reale, *op. cit.*, p.91 e ss.; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 713-714; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1885-1889. Afirma FERRARI que “[...] indubitável constitui a afirmação no sentido de que todos os direitos existentes no imputável estendam-se aos inimputáveis e semi-imputáveis, existindo regras obrigatórias, tanto no instante da enunciação, da aplicação como no da execução da sanção-medida”, vide: FERRARI, Eduardo Reale, *op. cit.*, p. 168.

¹⁸De acordo com PRADO, Érika Mendes de CARVALHO e Gisele Mendes de CARVALHO “[...] insere-se a medida de segurança no gênero sanção penal, no qual figura como espécie, ao lado da pena. Tem a medida de segurança natureza jurídica penal, em razão de seus fundamentos específicos e fins”, vide: PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 562-563.

sentido, MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN argumentam que as medidas de segurança equivalem materialmente a uma sanção criminal em decorrência, principalmente, de seu conteúdo aflitivo¹⁹.

ZAFFARONI, por sua vez, diverge da doutrina penal majoritária que caracteriza a medida de segurança como sanção penal²⁰, por entender que a pena é a única manifestação substancialmente penal, tanto que as medidas assecuratórias constituem, para ele, uma junção perigosa de penas e medidas administrativas. No Código Penal Argentino aparecem duas modalidades de medidas de segurança. No artigo 52²¹ desse diploma encontram-se as medidas para reincidentes habituais, já no artigo 34, inciso I²², que se refere à imputabilidade, encontram-se as medidas de segurança propriamente ditas. Para as primeiras, por seu caráter “penoso” o professor argentino prefere denominá-las penas. Quanto as segundas, ele articula possuírem natureza administrativa e objetivo assistencial. Porém, são formalmente penais, porquanto a lei penal argentina quis rodeá-las de certas garantias²³.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – Parte General*. 5 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 594.

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit., loc. cit.*; DOTTI, René Ariel. *Curso de Derecho Penal – Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 710; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Derecho Penal: Parte Geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1877; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes, *op. cit.*, p. 563. FERRARI, apesar de admitir as medidas de segurança como sanções penais, fala em natureza jurisdicional-administrativa durante a execução delas, na qual juízes e médicos teriam poder decisório, vide: FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Derecho Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 79.

²¹ “Artículo 52. - *Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesorio de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años; 2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menos [...]*”.

²² “Artículo 34. – *No son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia del hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causas del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso*”.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. v. 1. Buenos Aires: EDIAR, 1980, p. 91-93; *id.*, *Tratado de Derecho Penal – parte general*. v. 5. Buenos Aires: EDIAR, 1983, p. 457-458. Em trabalho mais recente, nos parece que ZAFFARONI altera sua posição acerca da natureza das medidas de segurança, uma vez que chama de “ficcão” o argumento sobre a natureza administrativa destas, vide: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Derecho Penal*. 3 ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 102. No passado, quando o Brasil adotava o duplo-binário, BENTO DE FARIA também defendia o caráter administrativo das medidas de segurança, como se constata: “Não observo – a *identidade* – entre umas e outras, como proclama a escola positiva, mas entendo que – a medida de segurança não é pena, isto é, não caracteriza um meio de repressão, mas uma medida jurisdicional de natureza administrativa, embora de caráter penal, com a finalidade de obstar o desenvolvimento da delinquência – pela educação, pelo

Dessa forma, o penalista argentino rejeita quaisquer medidas de segurança que não sejam direcionadas a inimputáveis ou semi-imputáveis (reclusão manicomial de incapazes e a reclusão institucional de incapazes não alienados), uma vez que considera a reincidência múltipla do artigo 52 do Código Penal argentino uma pena. Ele também rechaça as medidas de segurança pré-delitivas, aquelas baseadas na periculosidade social, em que inexistente ilícito-típico autorizando a aplicação da sanção, em razão de sua evidente inconstitucionalidade²⁴.

Para demonstrar a natureza jurídico-administrativa das medidas de segurança, o penalista argentino realiza um esforço histórico mostrando que as elas foram pensadas inicialmente como instrumentos policiais (administrativos) a que o juiz poderia fazer uso²⁵. Situando-as em um Estado Democrático de Direito, elas só são válidas aos inimputáveis, já que têm caráter curativo e, por conta dessa finalidade terapêutica, são apenas formalmente penais, porque a terapia é alheia aos objetivos do Direito Penal.

Formalmente ou substancialmente penais, as medidas de segurança privam ou restringem a liberdade do sujeito a quem são aplicadas. Assim, acredita-se ser necessário reafirmar a natureza jurídico-penal das medidas de segurança, para que todas as garantias que rodeiam a pena sejam também a ela estendidas, principalmente a comissão prévia de uma conduta descrita como delito pela Lei Penal. Uma medida puramente administrativa responde apenas às exigências de defesa social e acaba justificando a restrição de direitos motivada pela mera periculosidade, mesmo que esta não seja revelada pelo delito, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o Direito Penal passa a

tratamento do indivíduo e pelo seu afastamento temporário do ambiente em que vive como ameaça a sua ordem e tranquilidade. É medida de defesa social; assegura melhor a eficiência do sistema penal, mas, juridicamente não é pena”, in: FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro: Parte Geral (arts. 42-120)*. v. II. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942, p. 186. Na doutrina italiana, concorda com o caráter administrativo dessas medidas: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano – Secondo il Codice del 1930*. v. 3. Torino: Editrice Torinese, 1934, p. 175-178). Ainda na dogmática italiana, FERRAJOLI inclui as medidas de segurança dentro da categoria medidas administrativas de polícia, tendo essa natureza especialmente pela discricionariedade em sua aplicação e a capacidade de revogação e modificabilidade, características estas próximas dos preceitos administrativos, renegando os institutos garantistas que regem a pena (retribuição, estrita legalidade e estrita submissão à jurisdição), vide: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer; Juarez Tavares; Fauzi Hassan Choukr, Luis Flávio Gomes. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 719 e ss.

²⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. v. 5. Buenos Aires: EDIAR, 1983, p. 457.

²⁵*Idem*, *Tratado de Derecho Penal – parte general*. v. 1. Buenos Aires: EDIAR, 1980, p. 93 e ss.

não ser só a Carta Magna do delinquente, como preceituou LISZT, mas também do doente mental que pratica um ilícito-típico²⁶.

1.3.1 Caráter aflitivo das medidas de segurança

A reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 e a alteração na regulação normativa da doença mental empreendida pela Lei nº. 10.216/2001 abandonaram a nomenclatura “manicômios judiciários”²⁷ usada na legislação penal de 1940 para denominar os locais direcionados aos inimputáveis doentes mentais (artigo 33, Parte Geral de 1940)²⁸. Os ditos manicômios judiciários são instituições extremamente violadoras de Direitos Humanos que, em nosso país, conduziram até mesmo ao tráfico de cadáveres²⁹, o que pode esclarecer a mudança de seu nome para “hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico” (artigos 41 e 96, inciso I, do Código Penal) ou para o fato da manutenção de pessoas cativas nesses locais ser chamada de “hospitalização” (artigo 2º, inciso V, Lei n. 10.216/2001), conduzindo à ideia de que elas receberiam um tratamento adequado à sua condição (importando, assim, em uma humanização).

A despeito da introdução de palavras mais palatáveis à comunidade e condizentes com o século XXI impactar na dimensão simbólica, elas não tem o condão de alterar substancialmente o que estas instituições representam. De fato, os manicômios ainda se

²⁶ Contra a caracterização das medidas de segurança como meramente administrativas defendidas por parte da doutrina italiana, FIGUEIREDO DIAS argumenta que: “Uma tal concepção, por uma parte lançaria a teoria da medida de segurança para fora do campo do direito penal e da política criminal, amputando esta e aquele de instrumentos sancionatórios que [...] são essenciais à realização da sua função e das suas finalidades; e, de todo modo, não conseguiria explicar, por outro lado, a necessária jurisdicionalização *comum* da medida de segurança, nem tão-pouco a sua ligação necessária a um ilícito-típico, que só na constituição político-criminal encontram a sua verdadeira razão de ser”, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 150.

²⁷ Segundo CARRARA: “Os manicômios judiciários são instituições complexas, que conseguem articular, de um lado, duas das realidades mais deprimentes das sociedades modernas - o asilo de alienados e a prisão - e, de outro, dois dos fantasmas mais trágicos que “perseguem” a todos: o criminoso e o louco [...] desenrola-se, na verdade, uma prática secular de contenção, moralização e disciplinarização de indivíduos socialmente desviantes.”. CARRARA, Sérgio Luis. A história esquecida: os manicômios judiciários no Brasil. *Revista Brasileira Crescimento e Desenvolvimento*, São Paulo, n. 20, p. 16-29, 2010, p. 17-18.

²⁸ Vide pesquisa empreendida no Manicômio de Barbacena: ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração, 2013.

²⁹ CORREIO BRASILIENSE. *Manicômios Judiciários*. Disponível em: <<http://stat.correioweb.com.br/especiais/manicomios-judiciarios>>. Acesso em: 02, jun., 2015. Alguns estados, como Goiás, Mato Grosso e Rondônia dispõem apenas de “alas de tratamento psiquiátrico” dentro de penitenciárias, nesses casos fica ainda mais evidente o caráter aflitivo de sua execução, uma vez que podem dividir até o mesmo espaço físico com a execução da pena.

encontram em funcionamento, o que denota que as medidas de segurança comportam, como a pena, um caráter aflitivo elevado³⁰.

De igual modo, BITENCOURT afirma que a nova terminologia não alterou em nada as condições precárias dos manicômios judiciários:

“Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico” não passa de uma expressão eufemística utilizada pelo legislador da Reforma Penal de 1984 para definir o velho e deficiente manicômio judiciário [...] Ocorre que, apesar da boa intenção do legislador, nenhum estado brasileiro investiu na construção de novos estabelecimentos³¹.

Em razão de todas as deficiências desses estabelecimentos em cumprirem com seu objetivo declarado, CARRARA defende a extinção das instituições de internação psiquiátrica. Ainda, aduz que: “Por fazer parte do sistema penitenciário, não é de surpreender que manicômios judiciários sejam um dos espaços mais impermeáveis às transformações pautadas na defesa dos direitos humanos dos pacientes e na sua des-hospitalização”³².

1.3.2 Algumas semelhanças entre o regramento de penas e medidas de segurança

Não é somente o conteúdo aflitivo que assemelham penas e medidas de segurança, alguns institutos jurídicos nas duas modalidades de sanção penal também guardam certa semelhança. Se na execução da pena aparece a progressão de regime

³⁰ O ex-presidente do Conselho Federal da OAB, Marcus Vinícius Furtado Coêlho, já afirmou que: “A lógica dos séculos 19 e 20 ainda rege os manicômios judiciários, que no Brasil recebem o pomposo e enganador nome de hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico: afastar da sociedade aqueles considerados loucos, sem preocupar-se com o tratamento deles. Nesses locais, que vivem a ambiguidade de serem ao mesmo tempo prisão e casa de tratamento, inúmeros humanos são tratados como cidadãos de última classe”, in: COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. Manicômios Judiciais são uma espécie de prisão perpétua. *Revista Consultor Jurídico*, 20, mai., 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 02, jun., 2015. Ainda, “[...] não é possível negar o caráter aflitivo das medidas de segurança, porquanto esse tratamento ou essa terapia se impõem coercitivamente e, na maioria dos casos, acompanhados da perda da liberdade ambulatorial (função de assegurar). Estes postulados que apresentam às medidas como soluções benéficas só contribuem para encobrir seu autêntico caráter punitivo”, in: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. et. al. *Direito Penal Brasileiro: parte geral - princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 682-683.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1881-1882.

³² CARRARA, Sérgio Luis. A história esquecida: os manicômios judiciários no Brasil. *Revista Brasileira Crescimento e Desenvolvimento*, São Paulo, n. 20, p. 16-29, 2010, p. 27.

(fechado, semiaberto e aberto, disciplinados pelo artigo 33 e seguintes do Código Penal), no artigo 5º da Lei nº. 10.216/2001, cuja disciplina é aplicável também à medida de segurança de internação em hospital psiquiátrico, aparece a “alta planejada”, estabelecendo que:

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.

Pode-se dizer, então, que a alta planejada é uma saída progressiva da instituição total, dada a dependência do interno para com esta, visando à sua progressiva reintegração social³³.

Além do mais, são aplicáveis às medidas de segurança as condições estabelecidas para o livramento condicional – em regra aplicáveis à pena –, quando há desinternação ou liberação condicional, por força do artigo 178 da Lei de Execução Penal. Argumenta-se, também, que a revogação da medida de segurança é uma suspensão condicional da mesma, que só será de fato revogada se dentro de um ano o agente não praticar fato que indique persistir sua periculosidade (artigo 97, parágrafo 3º, do Código Penal)³⁴.

³³PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. Barueri: Manole, 2015, p. 151. Em sede de *Recurso em Habeas Corpus*, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou determinando a desinternação progressiva, como se observa no seguinte julgado: “[...] o recorrente tem apresentado melhoras, tanto que não está mais em regime de internação, mas de alta progressiva, conforme laudo psiquiátrico que atesta seu retorno gradativo ao convívio social. 3. A desinternação progressiva é medida que se impõe, provendo-se em parte o recurso para o restabelecimento da decisão de primeiro grau, que aplicou o art. 5º da Lei 10.216/2001, determinando-se ao Instituto Psiquiátrico Forense que apresente plano de desligamento, em 60 (sessenta) dias, para que as autoridades competentes procedam à política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida fora do âmbito do IPF” (RHC n. 100383/AP). Na doutrina, FERRARI também defende a desinternação progressiva, inclusive ele já propôs, enquanto membro da Comissão Revisora da Parte Geral do Código Penal de 1984, a inclusão da desinternação progressiva no artigo 97 do Código Penal, o que não foi realizado. No entanto, entendemos que a alta planejada supre a falta de menção à progressividade da internação na legislação penal. Esse autor salienta, ainda, que “Enquanto no internamento fechado o paciente adquire hábitos condutores ao hospitalismo, ao mimetismo, agravando a patologia, cronificando a doença, originando um estado de dependência contínua do ambiente hospitalar, intensificando o distanciamento do meio sócio-familiar, na desinternação progressiva visa-se à integração gradativa entre o paciente e o meio social, oferecendo-lhe formas terapêuticas alternativas, que variam desde saídas extra-institucionais para o trabalho, visitas familiares, passeios pela região, compras na cidade, até o recebimento de aposentadoria, sempre com o devido acompanhamento dos funcionários da instituição”, in: FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 171.

³⁴PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 569-572.

Aparece entre esses dois institutos a semelhança do estágio probatório para que seja extinta a punibilidade do agente, embora a revogação da medida de segurança se dê em momento diverso da suspensão condicional da pena (no primeiro caso é no final da execução e no segundo no momento da condenação). Outra similaridade entre as duas modalidades de sanção são as causas extintivas de punibilidade (artigo 96 do mesmo diploma), lembrando que para os inimputáveis a prescrição da pretensão executória corre no tempo da pena máxima cominada abstratamente ao delito, porque não há sentença condenatória³⁵.

Aliás, a internação em hospital de custódia e tratamento, presente no artigo 96, inciso I, do Código Penal, nada mais é que uma medida de segurança privativa de liberdade, que é obrigatoriamente aplicável aos agentes inimputáveis que tenham praticado delito cuja consequência seja a reclusão. Já o tratamento ambulatorial aplicável aos delitos apenados com detenção (inciso II do mesmo artigo) representaria medida de segurança restritiva de liberdade³⁶.

1.4 AS FUNÇÕES DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

ZAFFARONI leciona que STOOSS, estudioso que, em 1893, pela primeira vez utiliza a expressão “medidas de segurança”, em seu anteprojeto de Código Penal Suíço, o faz para denominar medidas de caráter policial, que apenas formalmente estavam vinculadas ao Direito Penal, por caber ao juiz aplicá-las. Mais tarde STOOSS se opõe de forma incisiva à ideia de LISZT da “pena-fim”, a qual consistia na aplicação da pena de acordo com o estado do autor, melhorando os capazes de melhoria e neutralizando os incorrigíveis, com finalidade eminentemente preventivo-especial³⁷. STOOSS acreditava

³⁵PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 569-572.

³⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. et. al. *Penas e medida de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 290-291.

³⁷Sobre a pena, LISZT defende que “Vários são os seus efeitos e tanto mais valiosos quanto podem ser isolados ou combinados. Além de actuar sobre os membros da colectividade em geral e sobre o offendido, a quem proporciona satisfação, restabelecendo a confiança no direito, actúa especialmente sobre o delinqüente mesmo. Sob este ultimo ponto de vista, a pena pode ter por fim: a) intimidar simplesmente o delinqüente (prevenção especial), avigorando-lhe as representações enfraquecidas que refreiam os mãos instintos; b) emendal-o, com modificar-lhe o character; c) reduzil-o á inocuidade, segregando o da sociedade, quando se tenha tornado inútil pela sua incompatibilidade com a vida social. De accordo com esta tríplice função, as penas se podem distinguir, segundo a classificação suggerida por Seuffert e aceita pelo autor, em: a) penas de intimidação applicaveis aos delinqüentes de occasião, como reprimenda, multa,

que a pena deveria se basear no grau de culpabilidade do agente, sendo que o intento de LISZT seria alcançado pelas medidas de segurança, que controlariam e neutralizariam estados de autor, independentemente se fossem imputáveis ou inimputáveis (pois nos “estados” podem se encontrar qualquer um, sendo ou não penalmente responsável)³⁸.

No Direito Penal moderno, segundo CEREZO MIR, as medidas de segurança se orientam pelos fins de prevenção especial, que se dão pela advertência individual, correção ou emenda e neutralização do delinquente, devendo esta última ser aplicável aos delinquentes considerados perigosos, e sua aplicação estaria direcionada à probabilidade de voltarem a delinquir. Suas espécies e duração estão, pois, relacionadas à personalidade perigosa do sujeito. Os efeitos intimidadores seriam alheios à sua essência, devendo, assim, serem reduzidos ao mínimo³⁹.

Apesar das funções preventivas ganharem protagonismo, GÓMEZ DE LA TORRE argumenta que em um Estado de Direito Democrático devem existir estritos limites, principalmente temporais, à atuação preventiva do magistrado na imposição, aplicação e execução da medida de segurança. Esses limites funcionam como garantia para o jurisdicionado e legitimam essas consequências penais. Uma medida de segurança ligada apenas a razões preventivas e utilitárias, dotada de conteúdo puramente defensivo, seria de todo modo inaceitável. Por essa razão, é indispensável que a comissão de um ilícito típico figure ao lado da prevenção da periculosidade⁴⁰.

prisão celular; b) penas de correção aplicáveis aos delinquentes susceptíveis de emenda (casa de correção, multas, penas concernentes a direitos cívicos); c) penas de segurança aplicáveis aos incorrigíveis (deportação, prisão perpetua ou por tempo indeterminado)”, in: LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. v. 1. trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 80 [LXIII].

³⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 1980. v. 1, p. 94-95. FIGUEIREDO DIAS afirma que medidas substitutivas da pena visando à defesa social já apareciam em FERRI, DESPINES e LOMBROSO. Porém, somente após os estudos legislativos de STOOSS e LISZT se tornou claro que um sistema de medidas deveria possuir uma “intenção político-criminal” e uma “expressão dogmática” diferentes da pena, in: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 140-141.

³⁹CEREZO MIR, José. *Derecho Penal – Parte General*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.54-55. Ainda predominam na visão desse autor, discípulo de WELZEL, resquícios da criminologia positiva e da defesa social, que se apresentam bem latentes nessa passagem sobre os sujeitos considerados perigosos: “*Sus familias están taradas por graves anomalías de carácter. No han recibido una educación adecuada, han abandonado tempranamente la escuela, carecen de profesión u oficio y realizan sólo trabajos de tipo ocasional. Faltos de los vínculos de la profesión y familia, su vida asocial les lleva a la comisión de una cadena ininterrumpida de delitos, iniciada ya la mayor parte de las veces a una edad muy temprana*”, *ibid.*, p. 55.

⁴⁰GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. et. al. *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 503-504.

Para CERESO MIR, com suporte no pensamento de WELZEL, a medida também teria uma justificação ética, em que a liberdade exterior encontraria unicamente justificação na liberdade interior, na capacidade de se reger pelas normas da ética social, ou seja, exigir-se-ia a capacidade de se comportar conforme as normas da comunidade. Assim, a limitação da liberdade exterior do inimputável seria decorrência de sua falta de liberdade interna. Suas reflexões levam à conclusão de que a medida de segurança não seria somente preventiva especial, mas aproximar-se-ia de uma finalidade preventivo-geral positiva, na medida em que privilegia o indivíduo que compreende e se comporta conforme as normas jurídicas. A liberdade exterior ou social somente se justifica, então, em razão de se possuir uma liberdade interior eticamente vinculada⁴¹. Essa dimensão ética não seria direcionada apenas ao agente, mas também ao Estado, que deveria curar e ajudar os doentes mentais⁴².

FIGUEIREDO DIAS é contra a ideia de eticização da medida de segurança como formulada por WELZEL. Argumenta que “fundamentalismos” éticos são inadmissíveis, porque os inimputáveis e delinquentes habituais são pessoas e não é dado ao poder punitivo do Estado limitar a liberdade “externo-social” destes apenas pela doença ou carga genética que sobre eles pesam e da consequente incapacidade de se motivar pelas normas. A necessidade de se submeter alguém à medida de segurança deveria residir sim na prática de um “ilícito-típico”, no perigo de repetição da conduta (criminal) e na necessidade de defesa social da comunidade frente ao perigo, respeitando-se os princípios de tutela dos interesses públicos preponderantes e da proibição de excesso⁴³. A única eticização admitida pelo português é aquela:

[...] para dar a entender que na legitimação da medida de segurança intervém [...] um princípio de defesa social não em pura veste

⁴¹CERESO MIR, José. *Derecho Penal – Parte General*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 58. Sobre o pressuposto ético social das medidas de segurança, WELZEL ensina que elas fundam-se no princípio ético-social geral de que somente podem participar de forma integral na vida da comunidade aquele que se deixa dirigir por normas, in: WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: parte general*. 4 ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997, p. 288. JAKOBS critica a base ética de WELZEL, por esta não servir como justificativa à aplicação da medida de segurança a fatos inteiramente culpáveis (considerando um sistema do duplo binário, em que medidas de segurança também são aplicáveis a imputáveis). O rechaço é direcionado, ainda, à ausência de liberdade social plena do imputado, o que invalidaria a tese de que deve responder inteiramente pelo uso de sua liberdade. In: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 39.

⁴²CERESO MIR, José, *op. cit.*, p. 58.

⁴³DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 152.

naturalística, mas conexionado com uma *ponderação de bens conflitantes* e (sobretudo) limitado pela máxima absoluta *preservação da dignidade da pessoa*, aqui assumida, como direi de seguida, em termos de *proporcionalidade*.⁴⁴[grifo do autor]

Para o penalista português, a finalidade prevalente da medida de segurança é a prevenção especial (argumento que é quase unânime na doutrina penal), devido a ela ter sua “razão histórica e político-criminal” fundada na prevenção do perigo de cometimentos de injustos futuros. Visando prevenir a periculosidade do agente, elas deveriam atuar no indivíduo perigoso, sendo, portanto, preventivas especiais. Se por um lado elas deveriam cumprir a função de socialização, por outro, também careceriam de assegurar o ordenamento contra indivíduos perigosos, cumprindo, assim, uma função de segurança, tendo, pois, dupla função. Em razão dos princípios de sociabilidade e humanidade que permeiam a política criminal do Estado de Direito atual, a socialização deveria ter primazia sob a função assecuratória, esta só poderia se justificar quando não fosse possível a realização daquela. O autor parece posicionar-se contra a socialização de antissociais, dado sua argumentação de que a necessidade de socialização, por si mesma, não justificaria a imposição de uma medida de segurança, mas sim a necessidade de se assegurar, em sentido amplo, o não cometimento de delitos futuros, sendo sempre indispensável aferir a periculosidade do agente e a prática de um fato tipificado como delito⁴⁵.

FIGUEIREDO DIAS afirma que existe, de forma secundária, uma finalidade preventiva geral positiva na aplicação da medida de segurança. Como já foi argumentado, pelas lições de CEREZO MIR se infere que a dimensão ética cumpre uma função que se aproxima da finalidade preventivo-geral positiva, mas ele não defende expressamente esta finalidade como apta a presidir tais medidas, como o faz FIGUEIREDO DIAS. Assim, além da periculosidade do agente, se exige a prática de um ilícito típico com gravidade

⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 153. Para ser justo com WELZEL, há que se reconhecer que o penalista alemão também advogava no sentido da limitação ética do poder estatal na questão das medidas de segurança, criticando seu uso para fins totalitários e de eliminação de seres humanos, in: WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*: parte general. 4 ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997, p. 288.

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 143-144. Em nossa doutrina, comentando antiga parte geral do Código Penal, BENTO DE FARIA já afirmava a existência da função preventiva em suas duas espécies: “[...] constitue novidade, entre nós, a sua sistematização em codificação especial, destinada à prevenção geral e individual da delinquência, reforçando, ao mesmo tempo, os meios repressivos da luta contra a criminalidade, em geral, e, particularmente a eficiência da pena”, FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro: Parte Geral (arts. 42-120)*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942, v. 2, p. 182.

considerável, o que denota que as medidas assecuratórias participam da função de proteção de bens jurídicos e da tutela das expectativas comunitárias. Essa exigência da gravidade do fato praticado que enseja a incidência da medida de segurança é feita por conta do abalo social causado pelo agente na comunidade e a conseqüentemente necessária estabilização das expectativas ante a norma violada. Este penalista tenta demonstrar a presença dessa finalidade em dispositivos do Código Penal português, já que nele a medida de segurança é cominada apenas aos fatos considerados graves, ou seja, punidos com pena superior a cinco anos, bem como que a liberação do internado poderia se dar em prazo menor do que o legal por razões de “defesa da ordem jurídica e paz social”, ou seja, preventivas gerais, conforme dicção do artigo 91.2⁴⁶, surgindo também a possibilidade de prorrogação de internação pela gravidade do crime (ao lado da periculosidade do sujeito), como descrito no artigo 92.3^{47, 48}.

Para o professor português, não existem diferenças fundamentais entre penas e medidas de segurança, já que ambas são direcionadas por funções preventivas, nas suas facetas geral e especial. Defende ele que:

Diferente é apenas a *forma de relacionamento entre as finalidades de prevenção geral e especial*. Na pena a finalidade de prevenção geral de integração assume o primeiro e indisputável lugar, enquanto as finalidades de prevenção especial de qualquer espécie atuam só no interior moldura construída dentro do limite da culpa, mas na base exclusiva daquelas finalidades de prevenção de integração. Na medida de segurança, diferentemente, as finalidades de prevenção especial (de

⁴⁶ Artigo 91.2 do Código Penal Português: “Quando o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime contra as pessoas ou a crime de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a cinco anos, o internamento tem a duração mínima de três anos, salvo se a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social”. A jurisprudência portuguesa já admitiu a existência de uma finalidade preventivo-geral positiva nesse dispositivo, como mostra o excerto “O n.º 2 do mesmo art. 91º não só impõe que nos casos nele previstos o internamento tenha, em regra, a duração mínima de 3 anos, como condiciona igualmente a suspensão do internamento em atenção a especiais exigências de *prevenção geral positiva*, uma vez que o art. 98.º, n.º 2, do diploma, estabelece que, nesses casos, a suspensão só pode ter lugar verificadas as condições enunciadas nesse n.º 2 do art. 91.º, ou seja, tal suspensão tem de se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social” (Ac. TRE de 13-05-2014). PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. *Legislação e Jurisprudência*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=109&pagina=2&tab_ela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 02, jun., 2015.

⁴⁷ Artigo 92.3 do Código Penal Português: “Se o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime punível com pena superior a 8 anos e o perigo de novos factos da mesma espécie for de tal modo grave que desaconselhe a libertação, o internamento pode ser prorrogado por períodos sucessivos de 2 anos até se verificar a situação prevista no n.º 1”. *Id.*, *site cit.*

⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 145-149. JAKOBS também admite a existência de função preventivo geral na medida de segurança, vide: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 40.

socialização e segurança) assumem lugar absolutamente dominante, não ficando todavia excluídas considerações de prevenção geral de integração sob uma forma que, a muitos títulos, se aproxima das (ou mesmo se identifica com as) *exigências mínimas de tutela do ordenamento jurídico*⁴⁹. [grifo do autor]

Sobre as finalidades da pena e das medidas de segurança, MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN articulam que esse estreitamento entre elas decorre de um rechaço da finalidade retributiva como única justificação da pena, fazendo com que nesta se incorporasse as exigências de prevenção especial (positiva), que figuram como finalidades precípua das medidas de segurança. Em sentido oposto, se dá a rejeição das injustiças da defesa social, finalidade que já permitiu a aplicação pré-delitual e indeterminada destas. A rejeição as arbitrariedades do defensismo, fez com que se admitisse que a elas recaíssem as garantias próprias de um Direito Penal da pena, como é possível aludir à comissão prévia de um delito, à vigência da legalidade e aos limites temporais⁵⁰.

Apesar da doutrina penal majoritária negar a finalidade preventivo-geral das medidas de segurança, há que se reconhecer certa coerência na doutrina de FIGUEIREDO DIAS. Ao examinar o ordenamento brasileiro, notamos que o artigo 97 do Código Penal é taxativo em estabelecer que somente aos crimes apenados com detenção é permitido tratamento ambulatorial. Assim, o inimputável ou semi-imputável que cometer crime apenado com reclusão será submetido à medida de segurança “privativa de liberdade”, que consiste em internação, atando as mãos do magistrado quanto à aplicação do tratamento ambulatorial, mesmo que medicamente recomendado.

Se a medida de segurança é curativa, obedecendo apenas a um imperativo de prevenção especial positiva, porque, então, aplicar a internação aos casos em que não é recomendada? Parece-nos que a legislação acaba comportando uma prevenção geral,

⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 154. ZAFFARONI argumenta que o modelo esquemático de pena e medida de segurança não é verdadeiro. Mesmo que este penalista não defenda que pena e medida de segurança tem a mesma natureza (penal), como faz o português, aduz que a diferenciação esquemática entre as finalidades delas faz com que se considerem medidas o que são mais que penas e abre caminho à introdução de medidas administrativas no direito penal, in: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 1980. v. 1, p. 93.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – Parte General*. 5 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 595. Uma série de princípios passam a afetar as medidas de segurança, tais como o princípio da legalidade, da irretroatividade, da jurisdicionalidade, da proporcionalidade e da intervenção mínima. Principalmente quanto ao princípio da irretroatividade, que exige uma lei anterior para que um fato possa ser considerado crime, esse se refere à lei existente ao momento de realização do fato e não àquele que se manifestou a periculosidade do sujeito, vide: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. et. al. *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 502.

obviamente não negativa - pois não teria sentido intimidar genericamente os inimputáveis para se motivarem e dirigirem sua conduta de acordo com a lei, visto que eles não compreendem o caráter ilícito do fato -, mas sim positiva, confirmando a vigência da norma e respondendo ao crime grave com uma sanção igualmente grave.

PASCHOAL vai além, porquanto questiona se a pretensa finalidade preventiva, pela dicção legal, não esconderia uma finalidade retributiva, conforme aduz:

Esta sistemática entra em conflito com o argumento de que a medida de segurança, diferentemente da pena, não visa punir (retribuir) o mal praticado, mas sim curar o doente. Isso porque, se o objetivo fosse apenas curativo, não se poderia admitir a fixação de medida contrária à necessidade clínica do agente; deve-se, a esse respeito, lembrar que, cada vez mais, a psiquiatria vem relegando a internação a último plano⁵¹.

De igual modo, discute-se também a razão do estabelecimento de prazo mínimo de execução da medida de segurança pela lei penal brasileira (artigo 97, parágrafo 1º, Código Penal), ao qual se encontra adstrito o juiz, que tem de enunciá-lo na sentença. Somente após escoamento desse prazo mínimo é que poderá ser realizada a perícia médica de cessação da periculosidade, diferentemente da legislação portuguesa (parte final do artigo 91.2, Código Penal português). Desse modo, concorda-se com PASCHOAL quando afirma: “[...] se o que se procura é tratar e curar o inimputável, não é adequado falar em prazos mínimos. Seria o mesmo que obrigar uma pessoa a continuar tomando um medicamento depois de curados os sintomas que justificam a prescrição da medicação”⁵².

A medida poderia ser considerada retributiva no sentido de que implicaria um mal ao agente, melhor dizendo: afetaria ou privaria o gozo de seus bens jurídicos⁵³. Conforme afirma MORILLAS CUEVA, o Direito Penal em sua configuração conceitual exige –

⁵¹PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. Barueri: Manole, 2015, p. 152. Também FERRARI critica o estabelecimento de prazo mínimo para o cumprimento de medida de segurança, já que “Num Estado de Direito, não faz sentido que o legislador imponha limites mínimos obrigatórios a qualquer ilícito-típico, constituindo uma garantia jurídica a possibilidade de verificar-se a cessação da periculosidade, a qualquer tempo”, in: FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 181.

⁵²PASCHOAL, Janaína Conceição, *op. cit.*, p. 153.

⁵³ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 1980. v. 1, p. 98.

independentemente da perspectiva adotada – a presença de um mal, desde o momento em que ao fato antijurídico se une uma sanção para o seu autor⁵⁴.

Bem se sabe que a função retributiva, mesmo da pena, não mais serve de justificativa para ela, sendo seu conteúdo adstrito à limitação das finalidades preventivas que atuam na culpabilidade⁵⁵. Mesmo assim, há que se reconhecer que a medida de segurança, tanto quanto a pena, é um castigo, dado a dimensão aflitiva em sua execução.

Fazendo uma leitura das medidas de segurança no sistema penal italiano, PELISSERO ensina que constitui uma pura mistificação o argumento de que as medidas de segurança tenham um escopo puramente preventivo, que exclui seu caráter aflitivo. Esse mito não se sustenta, porque a privação da liberdade pessoal tem sempre um componente aflitivo, que encontra um preciso correspondente nas estruturas direcionadas à execução das medidas de segurança. Estas, na maioria das vezes, encontram-se em condições tais a não garantirem o mínimo respeito da dignidade pessoal dos internos, restritos em espaços alienantes, em cujo percurso de reabilitação se privilegia a neutralização e a defesa da sociedade a despeito das necessidades de tratamento advindas da saúde mental do paciente. Dessa forma, afirma-se que as medidas de segurança são, de fato, instrumentos de neutralização, mas do que domínios de reeducação e reabilitação⁵⁶.

É, portanto, consistente o esforço argumentativo empreendido por alguns autores para demonstrar que mesmo as medidas de segurança tendo como precípuos (ou declarados) os fins terapêuticos (prevenção especial positiva), a sua sistematização legal e sua aplicação os contrariam, ensejando, assim, certo grau de castigo, dizendo de outra maneira: de retribuição.

⁵⁴MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-06, p. 1-23, 2002. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 06, set., 2016. Necessário dizer que essa dimensão de castigo, ou “mal” que comporta a sanção penal, especificamente a medida de segurança, dialoga com a função de prevenção geral positiva, na medida em que esse conteúdo aflitivo também quer significar que o Direito Penal se impõe, que é cogente e continua válido, reafirmando-se por meio da sanção, conduzindo a manutenção das expectativas normativas dos “fiéis” ao Direito.

⁵⁵Entre a prevenção geral positiva e o princípio da retribuição justa através da compensação da culpabilidade existe uma estreita relação. A individualização da pena de acordo com a medida a culpabilidade, em um primeiro momento significa uma individualização de acordo com a lesão de um bem jurídico, na medida em que o autor possa ser responsável por ela, vide: CRESPO, Eduardo Demetrio. Culpabilidad y fines de La pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, n. 8, p. 9-42, 2008, p. 32.

⁵⁶PELISSERO, Marco. *Il doppio binario nel sistema penale italiano*. Disponível em: <<http://www.law.unc.edu/documents/faculty/adversaryconference/doppiobinario-italiano-pelissero.pdf>>. p. 1-15. Acesso em: 30, jun., 2015, p. 4.

A constatação da presença até mesmo da finalidade retributiva na aplicação da medida de segurança não significa que ela deva ser aceita acriticamente, muito pelo contrário. É por perceber que elas comportam graus elevados de restrições aos direitos do imputado que se deva limitá-la, devendo também vigorar todas as garantias constitucionais da pena em sua aplicação.

CAPÍTULO 2 MEDIDAS DE SEGURANÇA E PERICULOSIDADE: ESCORÇO HISTÓRIO DE SUA INSERÇÃO NAS LEGISLAÇÕES PENAIAS BRASILEIRAS

3.1 PERICULOSIDADE CRIMINAL *VERSUS* PERICULOSIDADE SOCIAL

Argumenta-se que a adoção das medidas de segurança ao arsenal punitivo do Estado é devido à mudança de orientação do mesmo, ou seja, de Estado liberal e abstencionista, cuja pena era precipuamente retributiva e ineficaz frente à criminalidade, para um Estado intervencionista que quer incidir sobre a cifra da delinquência e adotar medidas de intervenção na vida social, já que a pena se apresenta como insuficiente. Assim, não são abarcados satisfatoriamente pela imposição de uma pena os casos em que exista periculosidade, mas não culpabilidade ou que, existindo a capacidade de culpa, uma anomalia da personalidade leva o agente a delinquir⁵⁷.

Todavia, este intervencionismo estatal não se limitou à periculosidade relacionada ao cometimento de atos tidos como crime, mas se estendeu à periculosidade pré-delitiva e social, ou seja, à aplicação de medidas assecuratórias independente da comissão de um delito prévio, ligadas às circunstâncias pessoais ou sociais do sujeito que, por isso, era declarado perigoso. Não é surpresa, pois, a medida de segurança aparecer como um instrumento muito apreciado pelos Estados de corte totalitário⁵⁸.

MANZINI lecionava, na década de 1930, que as medidas de segurança eram policiais, sendo que sua jurisdicionalidade era apenas um aspecto formal. O objetivo delas era a prevenção social, constringendo a determinadas pessoas imputáveis ou imputáveis, puníveis ou impuníveis, a sofrerem privação de bens jurídicos patrimoniais ou pessoais em razão de sua periculosidade, que era revelada por fatos tipificados como delitos ou tendo

⁵⁷GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. et. al. *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 36.

⁵⁸*Ibid.*, loc. cit.

algum elemento delitivo (quase crime) e pela provável prática de atividades socialmente nocivas⁵⁹.

No tocante à disciplina normativa da matéria, o artigo 203 do Código Penal Italiano traz o significado de periculosidade social como qualidade daquele que é socialmente perigoso, imputável ou não, manifestada pela probabilidade de que cometa novos fatos previstos pela lei como crime⁶⁰. Não é o maior ou especial nível de criminalidade que legitimaria a aplicação das medidas de segurança, senão a periculosidade social que se refere exclusivamente ao futuro e não ao passado, que aqui se constitui somente como elemento revelador.

A periculosidade nas legislações penais do Brasil, antes da reforma penal de 1984, era eminentemente social, visto que não era aplicada apenas ao delinquente real, mas também àquele potencial. A intenção era preservar a coletividade contra a atuação potencialmente perigosa de alguém, embora esta não fosse revelada somente pelo crime, mas também por outra circunstância que a fizesse presumir. A periculosidade social poderia ser dividida em simples e qualificada, sendo que aquela corresponderia às hipóteses de periculosidade presumida e esta a habitualidade, “profissionalidade”, em suma, uma tendência a delinquir⁶¹.

A chamada periculosidade pré-delitual é um conceito amplo e generalizado de periculosidade social em que se justifica a intervenção do Estado na vida do indivíduo frente à periculosidade sem delito, devido à irregularidade ou anormalidade de sua conduta. Dez anos antes da Reforma Penal de 1984, MARTINS já se opunha a tal conceito de periculosidade, em razão da ampliação do arbítrio estatal proporcionada por essa abstração, gerando inúmeras injustiças sem ganho algum, mesmo do ponto de vista da defesa social. Assim:

Ora, admitindo o conceito de periculosidade *pré-delitual*, teríamos, imensamente, ampliado o âmbito do Direito Penal, incluindo-se nele a prevenção indireta ou remota da delinquência, hoje compreendida no

⁵⁹MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano – Secondo il Codice del 1930*. v. 3. Torino: EditriceTorinese, 1934, p. 175-177.

⁶⁰Articolo 203 – *Pericolosità sociale: Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati. La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'articolo 133.*

⁶¹FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro: Parte Geral (arts. 42-120)*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942, v. 2, p. 187-190.

programa complexo e vasto da política criminal. O conceito de periculosidade, antes do delito, não alcançou ainda elaboração doutrinária completa e definitiva. Dificilmente seria controlável o arbítrio das autoridades, quanto ao reconhecimento do estado perigoso. Injustiças inúmeras seriam perpetradas, sem um compensador benefício de defesa social⁶².

Em estudo acerca da imputabilidade e periculosidade, BADARÓ faz distinção entre periculosidade penal e periculosidade social, enquanto a primeira estaria ligada a fatores exógenos ou ambientais a segunda diria respeito a anomalias individuais. Para ele, só a pena faria frente à periculosidade penal, sendo que as medidas de segurança seriam eficazes quanto à periculosidade social. Assim aduz:

[...] a “periculosidade-social” do agente do delito ou do simples “predisposto” ao crime ou à contravenção penal, é produto e germen do seu *componente bio-psíquico*, anômalo, retardado ou atrofiado; enquanto a “periculosidade [responsabilidade] penal” estaria incluída no *componente ambiental sócio-psíquico* da personalidade de delinqüente, são de mente, desprovido de doença mental ou desenvolvimento mental retardado⁶³.

A vontade de adoção do sistema vicariante, onde antes se encontrava o duplo binário, é expressa no item 87 da exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal de 1984, com a clara intenção de limitar a abrangência da periculosidade, e conseqüente imposição de medida de segurança, aos inimputáveis. Assim, “Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada ‘medida de segurança’”. A periculosidade apta a ensejar a incidência de uma sanção penal passa a ser, então, apenas aquela manifestada pelo carente de responsabilidade penal após cometimento de um injusto.

A periculosidade criminal, atual pressuposto das medidas de segurança, não é desprovida de críticas, uma vez que a sua presunção para os inimputáveis “contém o defeito das suposições com que se contaminam as ficções jurídicas todas, estipulando nova

⁶² MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 425. Mesmo se posicionado contra a ingerência do Estado na periculosidade sem delito, o autor defende, em contradição com sua própria crítica, as hipóteses de incidência de medidas de segurança nas atividades que não se constituiriam propriamente em delito, constantes na revogada parte geral de 1940.

⁶³ BADARÓ, Ramagem. *Imputabilidade, periculosidade e medidas de segurança*. São Paulo: Juriscredi LTDA., 1972, p. 32.

realidade, como numa dogmática platônica”⁶⁴, já a periculosidade real, aferida quanto aos semi-imputáveis, “aparenta-se com o real, mas assim e só por antinomia, já que fundadas em um simples juízo político, como mera previsão indemonstrável, de que, no futuro, novo regime poderá ser praticado, provavelmente, pelo mesmo agente”⁶⁵.

MUNÓZ CONDE e GARCÍA ARÁN afirmam que a periculosidade criminal, em oposição à social, exige que se faça referência ao cometimento de futuros delitos e não a um comportamento que genericamente é perigoso. Não é suficiente apenas a presunção de periculosidade daquele que padece de uma doença mental que o torne inimputável, devendo sim ser estabelecida no processo, podendo ser objeto de controvérsia, sem que a aplicação da medida deva levar-se a cabo de maneira automática⁶⁶.

GÓMEZ DE LA TORRE ensina que a retomada da periculosidade criminal pelo ordenamento espanhol fez com que esse juízo de probabilidade se restringisse ao conteúdo objetivo e atual do estado perigoso, abandonando-se a ingênua, às vezes perversa, crença que considerava a medida de segurança como um salutar meio terapêutico ou educativo⁶⁷.

Como aduz CEREZO MIR, a periculosidade social tem que ser enfrentada com medidas preventivas de caráter assistencial, que se situam à margem do Direito Penal⁶⁸. Salienta ele, ademais, que a aplicação de medidas de segurança sem periculosidade criminal conduziria a uma quebra de segurança jurídica, mesmo que aplicada por órgãos de justiça criminal, afirmando que as medidas de segurança pré-delitivas não são, em rigor, necessárias para a manutenção da ordem social, descartando, assim, o juízo de periculosidade social⁶⁹.

2.1.1 Alguns aspectos criminológicos da periculosidade

Partindo-se de um olhar criminológico crítico, pode-se dizer que há dois sistemas formais de controle, edificados nos discursos jurídico-penal e médico-psiquiátrico que, a

⁶⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. et. al. *Penas e medida de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 288.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 288-289.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – Parte General*. 5 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002., p. 597.

⁶⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. et. al. *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 504.

⁶⁸ CEREZO MIR, José. *Derecho Penal – Parte General*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 56.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 56-57.

despeito de divergirem em fundamentos, técnicas e procedimentos, estabeleceram alguns vínculos funcionais à sua legitimação mútua⁷⁰.

A escola criminológica positivista substituiu a culpabilidade pelo ato – categoria estabelecida pelo modelo liberal contratualista – pela periculosidade do autor, tanto que GAROFALO cunhou o termo temibilidade, a fim de mesurar a medida adequada para conter o perigo que emanaria da personalidade do réu. Temibilidade, então, indicaria a medida do “mal” que razoavelmente poderia se esperar do réu, e que seria encontrada por meio de elementos de diversas naturezas, segundo as normas científicas. Essa “certeza aproximada” do quão temível era o agente, juntamente com o princípio da defesa social, indicaria o “remédio penal” oportuno a lhe ser ministrado⁷¹.

Assim, a ideia de reprovabilidade penal representada pela culpabilidade é colocada em xeque, uma vez que o crime não seria produto da livre vontade, mas sim produto de fatores endógenos ou exógenos, que viciam o querer do agente⁷². O homem delinquirente teria dentro de si, então, uma potência criminosa, que provavelmente seria revelada em ato, dada sua “natureza animalesca”, mascarada pela aparente humanidade. Tal correlação entre os discursos manifesta-se claramente na análise empírica individual da categoria dos delinquentes, procedendo-se a um diagnóstico da origem da patologia

⁷⁰ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 271. Os discursos médicos e jurídicos estavam tão entrelaçados na Escola Positiva que LOMBROSO criou a categoria o “louco moral”, aquele que ficava no limiar entre o louco (tutelado pela medicina) e o delinquirente (tutelado pelo direito), chegando até mesmo a identificá-lo com o criminoso-nato (por tendência), seguindo orientações desenvolvidas por KRAFFT-EBING e MENDEL, vide: LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente: in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*. v. 1. Torino: Fratelli Bocca, 1896, p. 586. O delito era visto através da lente biológica, assim, algumas características positivas, como a emotividade e o desenvolvimento de um senso moral, eram direcionadas somente àqueles que fossem biologicamente superiores. Para ele, aspectos biológicos e morais se combinavam originando o delito. Desse modo, entendia que a loucura moral era o gênero, do qual o delito era espécie, in: LOMBROSO, *op. cit.*, p. 603.

⁷¹ GARÓFALO, Raffaele. *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*. Torino: Fratelli Bocca, 1885, p. 251.

⁷² De acordo com SHECAIRA, os positivistas rejeitavam a tese do livre-arbítrio defendida pelos clássicos, sendo o criminoso como produto de sua patologia, assim, “Para eles o livre-arbítrio era uma ilusão subjetiva, algo que pertencia à metafísica. O infrator era um prisioneiro de sua própria patologia (determinismo biológico) ou de processos causais alheios (determinismo social). Ele era um escravo de sua carga hereditária: um animal selvagem e perigoso, que tinha uma regressão atávica e que, em muitas oportunidades, havia nascido criminoso. A crítica feita pelos positivistas aos clássicos marcou todas as discussões e a literatura do final do século XIX e início do século XX, Muitos se dividiram entre a pena proporcional ao mal causado (proposta pelos clássicos) e a medida de segurança com a finalidade curativa, por tempo indeterminado, enquanto persistisse a patologia (proposta pelos positivistas). Também muitas legislações adotaram postulados concebidos em tais assertivas, como foi o caso de nosso ordenamento de 1940”, in: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 58-59.

(etiologia), formulando um prognóstico (tratamento) para anular a periculosidade, ou seja, o “impulso criminal”.⁷³

A criminologia ortodoxa será, no decorrer da evolução histórica do sistema penal, submetida ao Direito Penal, como ciência auxiliar. No entanto, alguns de seus conceitos serão retomados e reformulados pelo correcionalismo penal. Conforme ensina SHECAIRA, na perspectiva correcionalista, “O criminoso não é um ser forte e embrutecido, como diziam os positivistas, mas sim um débil, cujo ato precisa ser compreendido e cuja vontade precisa ser direcionada”⁷⁴. Assim, a “pena-tratamento” ganha novo fôlego como aparato teórico fornecido pelas teorias correcionalistas, que propunham como finalidade da pena a ressocialização do condenado, sendo que a adaptação deste ao programa ressocializador e os resultados por este proporcionados àquele ficam a cargo do corpo criminológico (clínico).

Ao fim, então, a definição do conteúdo e forma tanto das penas como das medidas de segurança cabe às ciências clínicas. Por conta do que é chamado por CARVALHO de “Welfarismo-penal”, vertente que tenta combinar tendências liberais do castigo proporcional e da legalidade do processo com exigências correcionalistas, o conceito de periculosidade quanto aos imputáveis somente seria afastado formalmente, uma vez que continua presente na gramática judicial, produzindo efeitos criminalizantes⁷⁵.

Desse modo, o autor articula que o criminoso é partido entre o Direito Penal e a psiquiatria, de acordo com seu diagnóstico: considerado criminoso ou doente. Apesar de epistemologicamente a criminologia de matriz psiquiátrica ser reduzida à ciência auxiliar da dogmática penal: “[...] sua instrumentalização política lhe possibilitou definir as regras de ambas as instituições totais (cárceres e manicômios), estruturando materialmente as penas e as medidas de segurança como mecanismos de reforma moral dos *outsiders*”⁷⁶

Não se compactua, aqui, com as perspectivas que defendem ser aquele que delinque determinado pelo seu atavismo ou por sua periculosidade, sendo necessariamente impelido ao crime. Muito menos com a sua caracterização como doente e com a pena privativa de liberdade ou medida de segurança detentiva como um bem, uma forma de tratamento, pois as duas são aflitivas e implicam enorme restrição de direitos

⁷³ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 271-273.

⁷⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

⁷⁵ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 275-276.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 282.

fundamentais. O ser humano - delinquindo ou não - é um ser complexo, que não deve ser reduzido às variadas “categorias” de delinquentes. Conforme leciona SHECAIRA, o criminoso:

Embora seja, na maior parte das vezes, um ser absolutamente normal, pode estar sujeito às influências do meio (não aos determinismos). Se for verdade que é condicionado, tem vontade própria e uma assombrosa capacidade de transcender, de superar o legado que recebeu e construir seu próprio futuro. Está sujeito a um consciente coletivo, como todos estamos, mas também tem a capacidade ímpar de conservar sua própria opinião e superar-se, transformando e transformando-se⁷⁷.

2.2 MEDIDAS DE SEGURANÇA NAS LEGISLAÇÕES PENAIS PRETÉRITAS

Desde a primeira metade do século XX, os sistemas reitores da medida de segurança deslocaram-se entre os polos monista e dualista, sendo que monista é aquele que só prevê uma espécie de consequência penal e dualista que dá margem a existência de duas sanções penais. A esquizofrenia das legislações que adotaram o sistema de dupla via fez com que surgissem medidas de segurança pré e pós-delitivas aplicáveis independentemente da capacidade de responsabilização penal por parte do agente, ou seja, da capacidade do agente entender o caráter ilícito do fato descrito pela norma e direcionar seu comportamento de acordo com os valores encampados pelo ordenamento.

A afirmação de que existiram consequências penais com reflexos *post* e ante delitivos tem sentido na medida em que se observa que as medidas de segurança foram pensadas não só para os irresponsáveis, mas também para os delinquentes habituais⁷⁸,

⁷⁷SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 60. Ver também a interessantíssima experiência de diálogo entre as partes encarceradas e não encarceradas da sociedade promovida pelo Grupo de Diálogo Universidade Cárcere Comunidade, que possibilita a ampliação da visão para além dos estigmas atados àqueles que delinquent, narrada em diversos artigos no livro: SÁ, Alvin August de. et. al. (Coord.). *GDUCC - Grupo de diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade: uma experiência de integração entre a sociedade e o cárcere*. Brasília: Brasil. Ministério da Justiça, 2014.

⁷⁸ FRAGOSO assevera que o sistema do duplo binário se desenvolveu em razão das insuficiências das concepções retributiva e expiatória da pena, pois estas não davam resposta àqueles que necessitavam de tratamento (multi-reincidentes e criminosos habituais), in: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Sistema do duplo binário: vida e morte*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo19.pdf>. Acesso em: 18, jul., 2013, p. 3.

frente aos quais não era necessário tratamento, mas sim contenção e neutralização do potencial dano social advindo do comportamento deles, o qual não proporcionaria segurança jurídica.

Acredita-se que o aumento da pena em razão da reincidência, apesar de descrita na legislação atual como circunstância agravante da pena, seja, substancialmente, uma medida de segurança pós-delitiva, aplicada ao imputável, ainda vigente em nossa legislação⁷⁹. Ela é imposta em razão de características do agente, constituindo-se em um tipo normativo de autor, uma vez que não possui relação seja com culpabilidade pelo ato, seja com o conteúdo do injusto-típico, implicando em violação do *ne bis in idem*, sendo, portanto, inconstitucional⁸⁰.

A reincidência como medida de segurança pós-delitiva fica evidente quando se examina sua incidência nas legislações penais do passado. Dessa forma, ela aparece como causa de reclusão do “vadio” em colônias penais, artigo 400 do Código Criminal da República de 1890, bem como uma das hipóteses de periculosidade presumida na antiga Parte Geral do Código Penal de 1940 (artigo 78, inciso IV). Na legislação comparada, podemos citar a já mencionada múltipla reincidência da legislação penal argentina (artigo 52, Código Penal Argentino) e o caso dos delinquentes perigosos (por tendência, alcoólicos e equiparados) na legislação penal portuguesa (artigos 83 a 90, Código Penal Português).

Como bem aduz FIGUEIREDO DIAS, essa a espécie de pena direcionada a delinquentes por tendência (múltipla reincidência do artigo 83, Código Penal Português) é:

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. et. al. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.1, p. 138-139.

⁸⁰ A reincidência possibilita a maior penalização fundada em tipos criminológicos de autor e teorias dogmáticas enumeradas pelas noções de periculosidade social e patologia individual. Ela não proíbe atuar, mas ser, violando o aspecto substancial da estrita legalidade penal, vide: CARVALHO, Salo. Comentário à jurisprudência Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista. *Revista Estudos Criminais*, n. 1, p. 109-119, 2001. REALE JÚNIOR discorda que o reincidente seja um tipo normativo de autor, mas sim afirma que a prática de novo fato delitivo indica a presença de uma vontade de ilícito mais intensa, que deveria ser levada em conta no juízo de culpabilidade, já que o objeto deste não é apenas o fato, mas o seu autor. REALE JÚNIOR crê, ainda, que o reincidente mereça “[...] uma reprimenda mais grave por sua *conduta de vida*, em desrespeito flagrante à justiça” [grifo nosso], vide: REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*: parte geral. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 417 e ss. Ver também: CEREZO MIR. *Orientación político-criminal del Código Penal Español*. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2506/26.pdf>>. Acesso em 20, dez., 2016, p. 528 e ss. Não se compactua, aqui, com o posicionamento de REALE JÚNIOR. Acredita-se, que a razão para tal aumento de pena motivado pela reincidência não decorre de seu impacto no juízo de culpabilidade, muito menos que a conduta de vida do infrator deva representar maior reprovabilidade penal, mas sim que esse aumento (e as demais consequências da reincidência) é decorrente de uma demanda “[...] de caráter burocrático das agências policiais: os infratores de escassa importância não podem ser legalmente eliminados, motivo pelo qual as agências policiais requerem uma pena eliminatória sem relação com a magnitude dos delitos”, in: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. et. al., *op. cit.*, p. 139.

[...] um *misto de pena e de medida de segurança*: de pena até o limite da sanção que concretamente caberia ao fato, eventualmente agravada já em função da “culpabilidade da personalidade”; de medida de segurança na parte restante, comandada pela persistência da perigosidade do delinquente⁸¹.

É possível observar, então, que alguns institutos penais vão ganhando novos rótulos⁸², a fim de ser mais bem aceitos pela sociedade, como se representassem alguma novidade e solução mágica para problemas sociais complexos, mas seu conteúdo e função não mudam. Mesmo não permitindo medidas de segurança a imputáveis, ainda subsiste no sistema penal brasileiro a reincidência, um aumento de pena que nada mais é do que uma medida de segurança pós-delitiva⁸³, com questionável fundo de periculosidade social.

Já as medidas de segurança pré-delitivas, nas quais se antecipa a punibilidade para um momento anterior à prática de um injusto típico, encontravam justificativa na doutrina brasileira na década de 40 do século passado. Nesse sentido, BENTO DE FARIA argumentava que as medidas de segurança vieram completar o sistema de pena de um ponto de vista de defesa social, principalmente visando à correção do delinquente, até mesmo não permitindo que o indivíduo se tornasse criminoso, incidindo, pois, em uma perspectiva *ex ante*⁸⁴. Visava-se, assim, coibir a periculosidade social, manifestada já no agir antissocial do indivíduo, que não precisaria necessariamente ser criminoso.

Imperioso, por conseguinte, que sejam examinadas as legislações pretéritas a fim de que se verifique como a periculosidade social se relacionava com as medidas de segurança, e quais espécies dessa sanção penal eram permitidas pelo ordenamento à época.

⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 161.

⁸² Denominado por KOHLRAUSCH como “rótulo enganoso”, em relação à pena privativa de liberdade e à custódia de segurança na Alemanha, vide: BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*. reimp. Depalma: Buenos Aires, p. 32-33.

⁸³ Também pode ser chamada de pena neutralizante irracional, vide: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. et. al. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.1, p. 138.

⁸⁴ Assim lecionava BENTO DE FARIA: “O desenvolvimento do crime, devido não só a fatores conhecidos como, agora, às transformações do mundo pela sucessividade de lutas que alteram, profundamente, nos sobreviventes, os sentimentos e o caráter, exigem maiores cuidados em resguardo da defesa social, entre os quais – o complemento do sistema de penas com um sistema de medidas tendentes não só a melhor garantir aquela defesa, quando inaplicáveis ou insuficientes os meios de repressão, como, principalmente, a correção de determinados delinquentes, afastando-os das possibilidades de delinquir (educação, cura, segregação) [...] tornou-se imperioso aos estados lançar mão de novos meios que lhe permitissem, não somente punir o indivíduo, mas, antes, impedir que o indivíduo se fizesse criminoso” [grifo nosso], in: FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro: Parte Geral (arts. 42-120)*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942, v. 2, p. 182.

Atente-se para o fato de que algumas penas, antes que as medidas de segurança fossem assim denominadas, já desempenhavam função de assegurar a sociedade frente a um autor perigoso.

2.2.1 Os “loucos de todo gênero”: inimputabilidade penal no Código Criminal do Império (1830)

O Código Criminal do Império, de 1830, foi a primeira codificação penal brasileira, após a independência de Portugal em 1824. Antes dele, era aplicada ao crime a disciplina portuguesa presente nas Ordenações do Reino, um misto de despotismo e beatice, que confundia crime com pecado, além de admitir penas que se assemelhavam ao terror, não fazendo jus à insígnia de legislação penal. O primeiro código nacional em matéria penal sofreu influências do Iluminismo, principalmente do pensamento de BENTHAM e das codificações francesa, de 1810, e napolitana, de 1812, tornando-se, também, o primeiro código penal autônomo da América Latina⁸⁵.

Nesse Código, a maioridade penal iniciava-se aos 14 anos (artigo 10, parágrafo 1º). Como hipóteses de ausência de responsabilidade penal (inimputabilidade), eram elencadas de um lado a menoridade e de outro a loucura. Não existiam medidas de segurança sistematizadas e com princípios próprios, todavia, as crianças menores de 14 anos poderiam ser recolhidas às casas de correção até completarem 17 anos, caso possuíssem discernimento (artigo 13), sendo que o juiz não era obrigado a estabelecer limite temporal para a privação de liberdade imposta (duração incerta da medida). Aqueles declarados inimputáveis por doença mental, que abrangia os genericamente denominados “loucos de todo o gênero”, seriam isentados de pena (artigo 10, parágrafo 2º), sendo recolhidos aos estabelecimentos para eles destinados ou entregues às suas famílias, conforme a conveniência do juízo. Os denominados loucos só seriam julgados se cometessem o crime nos intervalos de lucidez⁸⁶.

⁸⁵CARVALHIDO, Hamilton. Prefácio. In: TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Império do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2003. [Coleção história do direito brasileiro. Direito penal], p. 13-20 [XIII-XX].

⁸⁶TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Império do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2003. [Coleção história do direito brasileiro. Direito penal], p. 24-28.

Segundo FERRARI, tratava-se de medida humanitária, que não poderia ser confundida com sanção, já que era proibido que se julgassem as pessoas portadoras de doenças mentais, sendo o recolhimento de loucos em estabelecimentos a eles direcionados (locais que viriam a se tornar manicômios judiciários no século XX) ou seu encaminhamento às famílias apenas uma medida administrativo-policial⁸⁷.

2.2.2 Medidas de Segurança no Código Penal Republicano (1890)

O Código Penal de 1890 foi a segunda codificação penal nacional e a primeira do período republicano brasileiro. Ele não conheceu a sistematização das medidas de segurança que só ganhou corpo a partir de 1940. Isso não quer dizer que não existiam o que ATALIBA NOGUEIRA chama de “cautelares assegurativas”, muitas destas inseridas na legislação penal por meios processuais:

A acolhida de algumas cautelares assegurativas, em leis extravagantes, porém, não invalida a afirmação de que o direito vigente desconhece as *medidas de segurança*. Escassas e esparsas, sem sistemas, sem princípios gerais de aplicação, confundidas com penas e outras providências, adotadas **muitas delas como meios processuais**, são meros precursores do moderníssimo instituto jurídico⁸⁸. [grifo nosso]

As hipóteses de inimputabilidade mais próximas da realidade que hoje conhecemos eram disciplinadas no artigo 27, parágrafos 3º e 4º, Código Penal de 1890, determinando não serem criminosos: “§3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação” e “§4º Os que se

⁸⁷ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 33 [nota de rodapé 43].

⁸⁸ ATALIBA NOGUEIRA, J. C. *Medidas de Segurança*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937, p. 243. A grafia das palavras está de acordo com a norma culta do vernáculo da época em que o texto foi escrito. Optamos por não modificar para o atual acordo ortográfico para ser fiel ao original e não interromper a leitura recorrendo repetidamente à expressão “sic”. De acordo com FRAGOSO: “Nos códigos penais do século passado [XIX] encontram-se, assim, claramente, providências cautelares, por vezes *sob* aparência de pena, que antecipam as modernas medidas de segurança” in: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Sistema do duplo binário: vida e morte*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo19.pdf>. Acesso em: 18, jul., 2013, p. 1.

acharem em completa privação de sentidos e intelligencia no acto de commetter o crime”⁸⁹. Não havia referências à semi-imputabilidade.

MACEDO SOARES entendia que as disposições especiais dos parágrafos 3º e 4º compreendiam os “loucos de todo gênero” (como no Código Criminal do Império) e aqueles, que mesmo não sendo loucos, praticaram o crime durante uma enfermidade ou perturbação mental que lhes tirasse a consciência ou liberdade dos próprios atos, tornando-os irresponsáveis. Segundo ele, esse código, no lugar da expressão “completa privação” (artigo 27, p. 4º), queria dizer “completa perturbação” de sentidos ou inteligência. Porém, a palavra perturbação, que constava no projeto original, foi alterada quando da sua publicação oficial. Assim, “A expressão – *completa privação* – deve ser entendida no sentido de – *perturbação de sentidos* que prive o agente de *liberdade moral* pelo estado de *inconsciencia* em que se acharem no acto de commetterem o crime”⁹⁰.

Sobre a polêmica envolvendo a expressão “completa privação”, COSTA E SILVA aduz:

O Legislador de nosso país, trocando a phrase, ampla e vaga, do codigo que lhe serviu de modelo, pela de “completa privação”, quiz traduzir inequivocamente o pensamento de que, para acarretar a impunidade do autor de um facto criminoso, era mister mais do que uma simples perturbação dos sentidos e da intelligencia. Essa perturbação devia ser de tão alto gráu, de tamanha intensidade que privasse o agente da consciencia do acto praticado [...] O paragrapho que analysamos abrangia (com exclusão dos casos do paragrapho anterior) os loucos de todo gênero (na phraseologia do codigo de 1830) ⁹¹.

COSTA E SILVA concordava, pois, que o Código Penal de 1890, com essa redação quis abarcar a antiga locução “loucos de todo gênero” presente no Código Criminal do Império, sendo que tal condição acarretaria a impunidade do autor pelo fato

⁸⁹ MACEDO SOARES, Oscar. Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. [Coleção História do direito brasileiro. Direito penal], p. 75-76.

⁹⁰ MACEDO SOARES, *op. cit.*, p. 78.

⁹¹ COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004, v.1. [Coleção História do direito brasileiro. Direito penal], p. 190.

cometido, ou melhor, o autor não cometeria um crime, devido a ser irresponsável por seus atos, não é à toa que a menoridade⁹² também constava no rol de hipóteses do artigo 27.

O instituto que mais se assemelha às medidas de segurança atuais se encontrava no artigo 29⁹³, Código Penal de 1890, segundo o qual os indivíduos isentos de culpabilidade em razão de “afecção mental”, ou seja, aqueles disciplinados pelo artigo 27, parágrafos 3º e 4º, deveriam ser entregues às suas famílias ou recolhidos aos hospitais para alienados, desde que o seu estado mental o exigisse, a fim de garantir a segurança do público.

Aqui já aparecem os germes das principais funções desempenhadas pelas medidas de segurança, quais sejam: a prevenção especial positiva - pois o estado mental exigia cuidados médicos para sua recuperação ou cura e posterior retorno à sociedade - e a negativa - neutralização de sua periculosidade para a garantia segurança (ou ordem) pública. Tanto é assim, que dependendo da periculosidade presente nos alienados eles seriam direcionados à sua família ou a instituições médicas, já evidenciando a grande influência da ciência médica na questão da inimputabilidade.

Segundo COSTA E SILVA, os irresponsáveis eram divididos em duas classes:

[...] a dos perigosos e a dos que não o são. Os primeiros serão recolhidos a hospitaes de alienados; e os segundos entregues a suas familias. A internação dos individuos absolvidos pelo referido motivo em estabelecimentos adequados é *medida de segurança* que as mais diversas legislações adoptam, embóra sem uniformidade em pontos de superior relevancia⁹⁴. [grifo nosso].

Como se pode notar pelo excerto acima, na doutrina penal da época já aparecia a expressão “medida de segurança”, antes mesmo delas despontarem, de fato, com essa nomenclatura na legislação penal. Alguns anos após a edição do Código Penal, o artigo 11,

⁹² Entendida como excludente de responsabilidade às crianças menores de 9 anos e àquelas praticassem o crime sem discernimento, dos 9 aos 14 anos, conforme os parágrafos 1º e 2º do artigo 27, Código Penal de 1890.

⁹³ Artigo 29. “Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues às suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alienados, si o seu estado mental assim exigir para a segurança do publico”, in: MACEDO SOARES, Oscar. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. (Coleção História do direito brasileiro. Direito penal), p. 78.

⁹⁴ COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004, v.1. (Coleção História do direito brasileiro. Direito penal), p. 220.

Decreto n. 1.132/1903, disciplinou os lugares aos quais corresponderia à execução de tal medida hospitalar, criando, assim, os manicômios judiciários destinados a esses indivíduos “perigosos” aos quais se refere COSTA E SILVA⁹⁵.

Como ensina ATALIBA NOGUEIRA, o artigo 43, Código penal de 1890, que regulava as sanções penais genericamente denominadas de “penas”, também encampava duas outras medidas que se assemelhavam às de segurança, a interdição (alínea f) e a suspensão e perda do emprego público (alínea g)⁹⁶. Estas, ao contrário da internação, eram aplicáveis aos imputáveis.

O condenado à pena privativa de liberdade (chamada de prisão celular) maior de seis anos sofria interdição, cujos efeitos eram: a) a suspensão de todos seus direitos políticos; b) a perda de todo ofício eletivo temporário ou vitalício, emprego público, das respectivas vantagens e vencimentos; c) perda de todas as dignidades, condecorações e distinções honoríficas; d) perda de todos os múnus públicos (artigo 55 do Código Penal de 1890).

MACEDO SOARES entendia que a interdição não era pena acessória da privativa de liberdade⁹⁷, mas sim, seguindo ensinamento de VIEIRA de ARAÚJO, efeito especial da prisão maior de 6 anos⁹⁸. A interdição era algo semelhante a alguns dos atuais efeitos advindos da condenação (artigo 92, Parte Geral do Código Penal de 1984), porém era aplicada somente a crimes considerados graves, o que reforça seu caráter voltado à periculosidade que comportava tanto o delito quanto seu próprio autor.

Nota-se que o parágrafo único do artigo 55 do Código Penal de 1890, previa uma pena de privação do exercício de arte ou profissão, mesmo que ela não constasse no rol do artigo 43, que era imposta sempre que o crime a cominasse junto à pena privativa de liberdade. Já seus efeitos se produziram depois de cumprida a pena de prisão, assemelhando-se ao funcionamento da medida de segurança aplicada ao imputável no sistema do duplo binário, que a legislação penal viria a adotar em 1940.

Entretanto, essa penalidade não estaria ligada ao exercício de qualquer tipo de profissão, mas somente aos crimes nos quais se exigiria determinada profissão para figurar

⁹⁵ATALIBA NOGUEIRA, J. C. *Medidas de Segurança*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937, p. 243.

⁹⁶*Ibid.*, p. 242.

⁹⁷Referimo-nos à pena privativa de liberdade por entender que este é o correspondente atual do instituto que à época do CP/1890 recebia a nomenclatura de prisão celular.

⁹⁸MACEDO SOARES, Oscar. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. (Coleção História do direito brasileiro. Direito penal), p. 151.

como agente. MACEDO SOARES considera essa medida uma pena acessória, mesmo que não prevista no ementário de penas: “A privação do exercício de alguma arte ou profissão não se acha enumerada entre as penas estabelecidas no art. 43, mas o paragrapho unico do art. 55 não oferece duvida; Ella é uma pena accessoria que prolonga-se affectando o criminoso depois de cumprida a prizão celullar”⁹⁹.

Além da interdição, aparecia uma segunda medida assecuratória estabelecida pelo artigo 43, alínea “g”, Código Penal de 1890, e consistia na suspensão e perda de emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro. O artigo 56 disciplinava a perda do emprego público e o artigo 57 a suspensão da função. Essa última privava o condenado de qualquer emprego público no período em que estivesse suspenso, menos aquele obtido por meio de eleição popular.

Segundo MACEDO SOARES, esse dispositivo:

[...] abriu uma excepção, para que os cargos de eleição popular não sejam empregos que possam ser suspensos por sentença judiciaria. Nem é possível confundir-se – cargo (mandato) de eleição popular – com emprego provido por acto de qualquer dos poderes publicos¹⁰⁰.

MACEDO SOARES defendia também, interpretando o Código Penal de acordo com a Constituição da República de 1891 que, em caso de mandato eletivo, se o condenado já o exercia antes da condenação, a suspensão não poderia a ele ser aplicada. Como bem aduz, “Deve se entender que durante a pena de suspensão não pode o condemnado exercer aquelles direitos políticos, e assim não podera ser eleito. Mas se já estiver eleito a disposição legal não tem effeito retroactivo para prival-o do mandato”¹⁰¹.

Na contravenção de vadiagem (artigo 399, Código Penal de 1890) também é cominada uma medida assecuratória ao “vadio” reincidente (artigo 400, Código Penal de 1890), quando violado o “Termo de tomar ocupação”, sendo ele direcionado às colônias penais em ilhas marítimas e nas fronteiras do território, implicando penalidade deveras gravosa.

⁹⁹ MACEDO SOARES, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 155.

¹⁰¹ MACEDO SOARES, Oscar. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. (Coleção História do direito brasileiro. Direito penal), p. 156.

Como se não fosse suficientemente grave a reclusão do reincidente de um a três anos em localidades extremas, o Decreto n. 145/1893 modificou o artigo 399 impondo a reclusão do “vadio” e do “capoeira” por tempo indeterminado, bem como regime de trabalho obrigatório¹⁰².

MACEDO SOARES admite que a punição não advenha do fato criminoso em si, mas sim da própria existência social perigosa, que corresponderia a atos preparatórios para o cometimento de crime, almejando a lei a prevenção de infrações por meio da correção de uma personalidade predisposta ao crime:

A vadiagem é, como diz Silva Ferrão, menos um facto criminoso em si mesmo do que um modo de existencia social perigoso que o legislador quiz reprimir, É mais um acto *preparatorio* ou de predisposição de crime, que mesmo *tentativa* malefica, porque o ser vadio não constitue nem começo de crime ou habito de fazer mal. Mas a lei penal presume aqui a grande possibilidade e probabilidade dessa consequencia, e seu caracter e fim é portanto eminentemente preventivo e correccional.¹⁰³[grifo do autor]

Como se pode deduzir do excerto acima, nessa época era sustentado por parte da doutrina penal que o “vadio” não cometia propriamente um fato criminoso, mas sim seu modo de ser preparava terreno para o cometimento de crimes. A periculosidade, eminentemente social, fundamentava a imposição da medida, punindo o autor por sua própria conduta de vida, aproximando-se de um Direito Penal do autor.

Na doutrina de MACEDO SOARES, não poderia ser considerado para fins penais o “parasitismo social” dos ricos, mas apenas daquele “[...] que deixe de exercitar profissão, officio ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meio de subsistencia ou domicilio certo em que habite”¹⁰⁴. Assim, a parcela abastada da população era impune mesmo que abstratamente sua conduta se subsumisse ao tipo penal de vadiagem.

Do mesmo modo, VIEIRA DE ARAÚJO diz que o parasitismo social não é punível, somente aquele antissocial, ligado, principalmente, à falta de condições de

¹⁰² ATALIBA NOGUEIRA, J. C. *Medidas de Segurança*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937, p. 242.

¹⁰³ MACEDO SOARES, Oscar. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. (Coleção História do direito brasileiro. Direito penal), p. 766.

¹⁰⁴ *Ibid.*, loc. cit.

subsistência e a repugnância ao trabalho, elementos determinantes para caracterizar a “vagabundagem” penalmente reprovável¹⁰⁵.

Hoje fica evidente que inexistem bem jurídico apto a ser protegido pelo direito penal nessa contravenção, bem como que ela tutela apenas a moralidade, uma vez que não há um interesse humano digno de proteção a justificar a intervenção penal. Desse modo, correta é a afirmação de BECHARA, segundo a qual não cabe “[...] ao ordenamento jurídico, e ainda menos à esfera jurídico-penal, regular a educação moral de cidadãos adultos ou manter-lhes moralmente coretos”¹⁰⁶.

Além disso, o discurso da doutrina penal da época é utilizado para punir aqueles indivíduos pobres que, mesmo não tendo condições de subsistência, nem domicílio certo, não aceitam vender sua força de trabalho, subvertendo aquilo que move o capitalismo, a exploração do labor alheio.

Os excertos de juristas da época deixam bem claro que o tratamento penal era diferenciado de acordo com sua classe social. Se o “parasitismo” do rico é tido como social e, assim justificado, não sendo punível, o do pobre, por ser considerado improdutivo, antissocial, era penalmente reprimido, sendo a reincidência apenada de forma severa, talvez para punir aquele que abalava a ordem instituída apenas pelo seu modo de ser.

Dessa maneira, o agente que possui recursos financeiros para assegurar sua existência “[...] deixa por isso mesmo de ser temível, pois não tem necessidade para viver de apropriar-se das cousas doutrem”¹⁰⁷. Essa espécie de mágica propiciada pelo dinheiro, que conduziria à ausência de “temibilidade”, realça bem como o conceito de periculosidade é aberto, encampando as mais diversas justificativas e servindo, muitas vezes, à manutenção do poder, por meio da punição de uma conduta (nesse caso a vadiagem) que, por si só, não comporta lesividade alguma.

Retomando o exame da disciplina penal da contravenção de vadiagem, o parágrafo único do artigo 400, Código Penal de 1890, estabelecia que se o reincidente

¹⁰⁵ VIEIRA DE ARAUJO, João. *O Código Penal interpretado*. v. II. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. v. 2. (Coleção História do direito brasileiro. Direito penal), p. 395.

¹⁰⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 310. A autora ensina, ainda, que “[...] no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a legitimidade do Direito Penal advém do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos, a intervenção penal é logicamente incompatível com a pretensão de limitar tal desenvolvimento da personalidade exclusivamente conforme opções morais, mesmo majoritárias, que não sejam próprias do indivíduo [...] toda a concepção limitadora do livre desenvolvimento da personalidade a partir da moral é, portanto, contrária ao próprio conteúdo material do Estado”, *ibid.*, p. 311.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 393.

fosse estrangeiro ele seria deportado. VIERA DE ARAÚJO se refere a essa sanção como uma “[...] a accção benéfica, *salutar e moralisadora desse meio natural e social de eliminação de verdadeiras fezes humanas* que vêm dar ás nossas plagas fiadas na impunidade quasi geral dos crimes e onde menos se lhes depara mesmo na mendicidade uma rica messe”¹⁰⁸ [grifo nosso], reforçando, pois, o caráter neutralizador da deportação. Desse modo, funcionando como medida assecuratória, ela dividia cidadãos em classes privilegiadas e subalternas, imputando até mesmo o rótulo de lixo humano ou “fezes humanas” a indivíduos que deveriam ser descartados por meio da deportação, como sustentado pelo autor acima.

Observa-se, também, que não apenas no Código Penal de 1890 eram cominadas espécies de medida de segurança, uma vez que além do termo de “tomar ocupação” (obrigação decorrente do crime de vadiagem cujo quebramento conduziria à reincidência), existia o “termo de bem viver”, que era providência de polícia administrativa voltada ao interesse da ordem social, sendo “[...] meio preventivo para não delinquir e assecuratorio dos bons costumes e tranquilidade publica”¹⁰⁹. Permitia-se, assim, que fosse aplicada uma espécie de sanção, sem crime ou contravenção, sendo que a mesma sequer se encontrava presente no Código Penal, fato que, além de apontar a natureza administrativa das medidas de segurança no início de sua sistematização, denota que sua imposição poderia ter lugar em momento anterior ao fato típico praticado pelo agente, em razão da periculosidade social.

ATALIBA NOGUEIRA nos apresenta também outros marcos legislativos anteriores a 1940 que se assemelhavam às medidas de segurança, tais como: o artigo 12 da Lei n. 4.269 de 1921, (que regulava a repressão ao anarquismo) ordenando o fechamento por tempo indeterminado de associações, sindicatos e sociedades civis, quando nocivos ao bem público; a Lei n. 4.294 de 1921 que criou um estabelecimento especial para internação de toxicômanos; a Lei 4.242 de 1921, artigo 3º, destinado aos “delinquentes mentais

¹⁰⁸ VIEIRA DE ARAUJO, João. *O Código Penal interpretado*. v. II. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. v. 2. (Coleção História do direito brasileiro. Direito penal), p. 396.

¹⁰⁹ MACEDO SOARES, Oscar. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. (Coleção História do direito brasileiro. Direito penal), p. 769. Para MACEDO SOARES o “termo de tomar ocupação” se distinguia do “termo de bem viver” em razão do primeiro representar um complemento da pena corporal, decorrente de uma condenação, já o segundo seria aplicável pela polícia a certos tipos de pessoa (artigo 12, p. 2º, Código de Processo Criminal).

imatuross” que culminou no Código dos Menores (1926) e Consolidação das Leis de Menores (1927); e a Lei de Segurança, n. 38/1935¹¹⁰.

Um dos primeiros projetos de reforma do Código Criminal de 1890 teve como autor VIEIRA DE ARAUJO, três anos após a entrada em vigência do novo Código. Nele aparecem medidas de vigilância policial, artigo 56, dando poder à autoridade para proibir a residência, estada, passagem em certos e determinados lugares ou indicar residência em um estado ou município (inciso I), expulsar o estrangeiro do território nacional (inciso II) e ordenar visitas e buscas nas residências (III)¹¹¹.

Pela redação desse dispositivo, observa-se que todas essas medidas disciplinadas nesse projeto de Código Penal direcionavam-se aos réus, sendo, pois, processuais, não aos condenados, como no Código Penal de 1890. Assim, tentava-se conter o impulso criminal de certos delinquentes antes mesmo que esse se manifestasse na realidade, o que denota a colonização do Direito Penal nacional pelo perigosismo da Escola Positiva italiana.

ATALIBA NOGUEIRA, ainda, elogia a legislação italiana de 1930, afirmando que a futura legislação penal deveria nela se inspirar:

O melhor é enveredar francamente para o modelo italiano, o código Rocco, onde se inspirou SÁ PEREIRA, sem se abeberar completamente de todos seus magistrais ensinamentos. Hoje, decorridos mais de seis anos de vigência daquele código, não nos resta apenas a letra da lei, mas podemos servir-nos da lição da experiência. Provam as estatísticas o grande decrescimento da criminalidade na Itália. Em grande parte isto se deve á sabia adoção das medidas de segurança.¹¹²

O novo Código Penal entrou em vigência em 1940 e, como previu ATALIBA NOGUEIRA, inspirou-se na legislação penal italiana, sistematizando o instituto das medidas de segurança e criando princípios gerais regentes da matéria pela primeira vez no Brasil.

¹¹⁰ATALIBA NOGUEIRA, J. C. *Medidas de Segurança*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937, p. 241-243.

¹¹¹*Ibid.*, p. 243-244.

¹¹²*Ibid.*, p. 254.

2.2.3 Medidas de segurança na antiga Parte Geral do Código Penal (1940)

2.2.3.1 Pressupostos

As medidas de segurança encampadas pela parte geral do Código Penal de 1940, anteriormente à sua reforma, eram aplicadas, em regra, posteriores ao cometimento do delito. Assim, exigia-se a prática de um injusto típico para sua aplicação (artigo 76, inciso I) bem como a periculosidade do agente (inciso II do mesmo artigo). Elas impunham-se tanto ao inimputável quanto ao imputável, em razão do sistema do duplo binário que permitia a substituição da pena por medida de segurança, bem como a aplicação sucessiva de medida de segurança, logo após o cumprimento da pena diminuída¹¹³.

Entretanto, excepcionalmente, poderiam ser pré-delitivas, conforme permitia a redação do parágrafo único do artigo 76. Essa excepcionalidade trazida por esse dispositivo remetia às hipóteses de quase crime, quais sejam: a) crime impossível, também chamado de tentativa imperfeita (revogado artigo 14, atual artigo 17); e b) participação impunível (revogado artigo 27, atual artigo 31) – ajuste, determinação ou instigação e auxílio, mesmo que não houvesse sequer tentativa de cometimento de crime¹¹⁴.

¹¹³ REALE JÚNIOR, Miguel. et. al. *Penas e medida de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 282.

¹¹⁴FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 34-36. MARTINS, não considera esses casos como manifestação de periculosidade pré-delitual, uma vez que estas hipóteses constituiriam “inequívoca atividade delituosa”, de acordo com seus ensinamentos: “[...] o observador menos atento dirá que, desse modo, o legislador brasileiro de 1940 também prevê casos de periculosidade pré-delitual. Pois não admite que esta possa se manifestar, através de um fato sem as características do delito? Só, aparentemente, apresenta-se lógica a consequência que assim se pretende deduzir. As ações a que se referem os arts. 14 (tentativa inadequada) e 27 (ajuste, determinação, instigação ou auxílio para o cometimento do crime) concretizam inequívoca atividade delituosa. Não chegam a constituir um delito, nos casos do artigo 14 pela impossibilidade de consumação material; nas hipóteses do art. 27 pela inexecução material do delito. Mas, em qualquer desses casos, o pensamento delituoso se positivou em ação, de modo concreto e inequívoco. A impunibilidade é aconselhada por motivos de política criminal, mercê de um critério exclusivamente utilitário. Daí a sua impunibilidade não impedira aplicação da medida de segurança”, in: MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 425. Já BADARÓ afirma categoricamente que algumas medidas se aplicavam antes do delito, assim: “Face à lei penal citada, a periculosidade é, em regra, delitual, conforme o inciso I do artigo 76 do C. Penal. Sendo, excepcionalmente, pré-delitual (art. 76, parágrafo único) e *post-delitual*, (arts. 75 e 79, parágrafo único do C. Penal de 40 e art. 751, inciso II do C. de Processo Penal de 1941)”, vide: BADARÓ, Ramagem. *Imputabilidade, periculosidade e medidas de segurança*. São Paulo: Juriscredi LTDA., 1972, p. 12.

A despeito do princípio da legalidade para as medidas de segurança ser enunciado no *caput* do artigo 76, seu parágrafo único relativizava sua vigência, permitindo “[...] a aplicação de medida profilática, ainda que não praticado o delito”¹¹⁵. Reitera-se, então, que elas poderiam ser aplicadas em razão da periculosidade social, ou seja, poderia haver a incidência de uma sanção antes que houvesse sequer um injusto típico, já havia a expressa autorização para a aplicação de medidas de segurança ao sujeito perigoso, mesmo quando ele praticava atos não puníveis. Puniam-se, assim, etapas de cogitação ou preparação do crime (participação não tentada) ou quando houvesse ineficácia absoluta do meio ou absoluta impropriedade do objeto nos atos executórios, o que conduziria à impossibilidade da sua existência.

Conforme argumenta FERRARI:

A legislação era incoerente: ora exigia, para a aplicação da medida de segurança, a prática prévia do delito, ora o dispensava. A exigência constituía um mero controle a evitar o arbítrio judicial, demonstrando-se como um indivíduo de efetiva periculosidade. Em casos excepcionais, dispensava-se a prática do crime, configurando-se suficientes para a sanção fatos perigosos socialmente (quase-crimes), que também poderiam atestar a perigosidade do indivíduo. Admitia-se a medida de segurança de cunho social, presumindo-o delincente¹¹⁶.

Ora, se o Código Penal permitia que se aplicasse uma sanção penal sustentada não no crime, pois ele é impunível de acordo com a própria determinação legal, mas exclusivamente na periculosidade, só há um nome possível a esta: medida de segurança pré-delitiva. Importante chamar os institutos jurídicos pelo que eles são substancialmente, ainda mais quando se trata de uma consequência penal para um fato penalmente irrelevante, como é o quase crime.

Não se quer sustentar aqui que os tribunais brasileiros aplicavam medidas de segurança pré-delitivas antes de 1984. Essa pesquisa não se propôs a fazer um estudo jurisprudencial, por meio do levantamento de sentenças do período entre 1940 a 1983, para constatar se (e em qual medida) elas eram realmente aplicadas pelo Judiciário brasileiro, mas sim que a lei penal previa expressamente a possibilidade de aplicação de medidas de

¹¹⁵ FERRARI, Eduardo Reale, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁶ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36.

segurança antes de cometido um ilícito-típico. Essa possibilidade fica evidente na medida de segurança “liberdade vigiada”, quando esta prevê expressamente sua aplicação no caso de quase-crimes (revogado artigo 94, inciso III).

MARQUES, comentando o trâmite processual das medidas de segurança, afirma que tanto a prática de crime, como o quase crime eram pressupostos válidos para sua imposição. Dessa forma, o processo penal de medidas de segurança seria dividido em dois, um de aplicação de sanção por fato delituoso e o outro “[...] por fato não criminoso”¹¹⁷. O que reforça a ideia da possibilidade de aplicação de medidas de segurança anteriores ao cometimento de fatos tidos como crime, não só presente na letra da lei, mas também na doutrina processual penal.

Não se pode olvidar, igualmente, que o artigo 75 representava uma exceção ao princípio da anterioridade da lei penal, porque não era necessário que a medida de segurança estivesse prevista em lei anterior ao fato. Elas regiam-se pela lei vigente na sentença ou, se diversa, pela lei vigente ao tempo da execução, não importando se a lei nova punisse mais gravemente do que a anterior (representando, também, um menoscabo do princípio da irretroatividade da lei penal). No Código reformado não foi acolhido semelhante dispositivo, em razão de se ter superado “[...] o sentido autoritário do dispositivo revogado, acolhendo-se orientação moderna e constante de textos estrangeiros”¹¹⁸ sendo que “A medida de segurança recebe, agora, a tutela do preceito da reserva legal, em toda amplitude”¹¹⁹.

Além do cometimento de um fato tipificado como crime ou um quase-crime, o Código Penal exigia a periculosidade do agente, segundo pressuposto da medida de segurança. A periculosidade era presumida pela lei quando o agente fosse inimputável. Essa presunção também tinha lugar nos casos dos agentes que cometiam crimes em estado de embriaguês habitual - não importando se esta fosse causada por álcool ou substâncias análogas-, bem como para os reincidentes em crime doloso e os condenados que faziam parte de associação, quadrilha ou bando de “malfeitores”, quando praticassem crime nesta condição.

¹¹⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. rev. atual. Campinas: Millennium, 2009, v. 3, p. 263.

¹¹⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. et. al. *Penas e medida de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 287.

¹¹⁹ *Ibid.*, loc. cit.

Não subsistia a presunção se a sentença fosse proferida dez anos após o fato para inimputáveis e cinco anos para os outros casos, bem como se transcorrido mesmo lapso temporal da data de prolação da sentença, sem que a execução da medida assecuratória tivesse sido iniciada, conforme redação do artigo 78 da Parte Geral do Código Penal de 1940.

Pode-se questionar a vigência do princípio da jurisdicionalidade das medidas de segurança em vigor à época, já que a periculosidade era presumida taxativamente pela lei, sendo que essa presunção absoluta “substituíam-se ao juiz no reconhecimento da periculosidade, dispensando a averiguação judicial, com conseqüente presunção de periculosidade”¹²⁰, não deixando margem para a aferição real desse pressuposto.

Nos casos não abarcados pela presunção de periculosidade, era necessária a sua verificação (revogado artigo 77, Código Penal), que se baseava nos antecedentes e personalidade do agente, nos motivos e circunstâncias do fato, nos meios empregados e nos modos de execução, na intensidade do dolo ou o grau da culpa. Esses elementos fariam supor o perigo de cometimento de injustos futuros, abrindo espaço para uma perigosa futurologia.

Observa-se que o referido dispositivo foi modificado pela Lei n. 6.415 de 1977, em plena ditadura militar, incluindo nesse rol quando o fato praticado revelasse torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral do agente (artigo 77, inciso II), possibilitando, assim, uma ampliação do que era considerado como periculosidade do agente para situações eminentemente morais.

2.2.3.2 *Espécies de Medidas de Segurança*

Existia maior diversidade de medidas de segurança na legislação penal de 1940 se comparadas com a atual legislação¹²¹, que comina apenas a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e sujeição a tratamento ambulatorial (artigo 96, incisos I e II). Além de maior diversificação, na lei penal anterior, as medidas assecuratórias

¹²⁰FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36.

¹²¹GERMANO, Alexandre Moreira. *Das Medidas de Segurança Detentivas*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1983, p. 10-13.

poderiam ser divididas em pessoais e patrimoniais, sendo que a legislação atual optou por não tipificar estas últimas.

As patrimoniais eram subdivididas em duas espécies: a) interdição de estabelecimento comercial ou sede de sociedade associação e b) confisco. Já as pessoais se subdividiam em detentivas (artigo 88, parágrafo 1º) – internação em manicômio judiciário (inciso I), em casa de custódia e tratamento (inciso II), em colônia agrícola ou instituto de trabalho¹²², de reeducação ou de ensino profissional (inciso III) – e não detentivas (parágrafo 2º do mesmo artigo), cujo pressuposto era a periculosidade em grau atenuado¹²³. Estas últimas se dividiam em: liberdade vigiada (inciso I), proibição de se frequentar determinados lugares (inciso II) e o exílio local (inciso III). Para a presente pesquisa, interessa analisar as medidas não detentivas, bem como aquelas patrimoniais, a fim de confrontá-las mais à frente com as cautelares diversas da prisão presentes na legislação processual.

A liberdade vigiada era aplicada ao egresso de um dos estabelecimentos de internação, aos casos de periculosidade decorrente de quase crime – hipóteses já mencionadas de crime impossível e auxílio e instigação em crimes não tentados -, àquele que transgredia o exílio local e a proibição de frequentar determinados lugares, bem como às hipóteses em que a lei não especificasse a medida de segurança aplicável.

No momento de aplicação da liberdade vigiada, o juiz deveria prescrever ao indivíduo regras de comportamento¹²⁴ que se destinassem a desviá-lo do cometimento de

¹²² BENTO DE FARIA defendia que o trabalho era obrigatório, estando limitado pela saúde e resistência física do condenado. Este não seria um agravamento da medida de segurança, mas uma via para a honestidade e readaptação social. O trabalho aparecia, pois, como um “bem”, mesmo que fosse forçado. Esse autor argumenta “O trabalho é a lei da vida, ao qual ninguém pode nem deve subtrair-se. Ele impõe, por maior razão, ao sentenciado, cujo delito, em muitíssimos casos, denuncia, na complexidade de sua etiologia, a falta de dedicação às atividades de esforços são e honestos”, in: FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro: Parte Geral (arts. 42-120)*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942, v. 2, p. 204. Hoje sanções penais desumanas e degradantes como as de trabalho forçado, aplicadas especialmente em campos de concentração ao longo da história recente, são vedadas pela Constituição (artigo 5º, inciso XLVII, Constituição Federal).

¹²³ MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 443. Tal autor também lecionava que a origem da periculosidade era preponderantemente exógena sendo determinada por certos ambientes e estímulos exteriores.

¹²⁴ A esse respeito o artigo 767 do Código de Processo Penal estabelecia entre as normas de conduta obrigatoriamente impostas àquele sujeito à liberdade vigiada, “tomar uma ocupação”, ou seja, deveria procurar um trabalho se apto para tanto, bem como era faculdade do juiz estabelecer que o mesmo se recolhesse cedo à sua habitação e que não frequentasse casa de bebidas ou tavolagem, certas reuniões, espetáculos ou diversões públicas (FARIA, Bento de, *op. cit.*, p. 224; NORONHA, Magalhães E. *Direito Penal: Introdução e Parte Genal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1967, v.1, p. 396-397), o que denota a grande ingerência estatal na conduta de vida do indivíduo, mesmo que na parte geral do Código Penal de 1940 já

crime futuro, cabendo à polícia, na falta de órgão especial, fiscalizar seu cumprimento. Segundo advogava BENTO DE FARIA, não poderia ser estabelecida qualquer restrição ou constrangimento pelas autoridades policiais ao vigiado fora das normas prescritas pelo juiz, mesmo assim esse autor argumentava que não raro ocorriam arbitrariedades por parte da polícia¹²⁵.

Se as obrigações da liberdade vigiada fossem transgredidas, caberia ao juiz a faculdade de determinar a internação do agente, por até seis meses, em um dos estabelecimentos destinados ao cumprimento de medida de segurança detentiva (artigos 94, 95 e 96 da antiga parte geral).

O exílio local era a proibição de residir em determinada localidade, município ou comarca em que o crime fosse praticado, tendo prazo mínimo de um ano (artigo 97, parte geral de 1940). Esta medida abarcava, além da proibição de residência, a simples permanência em local da prática do crime, ainda quando ali não residisse. O juiz poderia conceder licença para visita ao local quando realmente necessário e para atender ao princípio da humanidade¹²⁶.

A última modalidade assecuratória pessoal não detentiva era a proibição de frequentar determinados lugares. A esta a lei cominava especificamente o fim preventivo especial (artigo 98, *caput*, Código Penal), durando no mínimo um ano se o crime fosse praticado sob a influência de álcool e três meses nos demais casos.

Para a doutrina, frequentar determinado local pressupunha habitualidade. Assim, a proibição não seria violada se o apenado fosse visto ocasionalmente em determinado local, uma vez que o convívio social do indivíduo não poderia ser prejudicado, obrigando-o ao isolamento. BENTO DE FARIA advoga que a proibição se dirigia aos locais que favorecessem os “impulsos” do vigiado ao cometimento de novos delitos (tapolagem, espetáculo, diversões), porém não era razoável proibir a ida do vigiado, por exemplo, a um restaurante, para comer, se divertir ou cumprir obrigações sociais. Além do mais, o indivíduo poderia beber em sua casa. Quando fala de impulsos do delinquente, o autor

não fosse mais tipificada na lei penal a vadiagem, que previa o “termo de tomar ocupação” como uma das obrigações acessórias da pena.

¹²⁵ FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro: Parte Geral (arts. 42-120)*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942, v. 2, p. 225-226. Em semelhança, Magalhães Noronha argumenta que: “Não há quem não sinta tôdas as desvantagens da fiscalização policial, que dificilmente se fará sem vexame e constrangimento, tornando ainda mais difícil a vida do liberado, quando a sua missão é não só impedir que êste torne a delinquir, como também ampará-lo e orientá-lo”, in: NORONHA, Magalhães E. *Direito Penal: Introdução e Parte Geral*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1967, v.1, p. 397.

¹²⁶ FARIA, Bento de, *op. cit.*, p. 227.

confessa a influência do determinismo positivista em sua doutrina, uma vez que o “ser delinquente” não conseguiria controlar seus impulsos atávicos, sendo gerido por suas paixões, o que dialoga com o pensamento lombrosiano¹²⁷.

Com relação às medidas de segurança patrimoniais, a primeira modalidade tipificada era a interdição de estabelecimento (comercial ou industrial) ou de sede de sociedade ou associação. A motivação que ensejava a interdição desses locais era a de funcionarem como meio ou pretexto para a prática de crimes. Diferente das outras medidas de segurança, estas possuíam margens mínima e máxima de duração, sendo temporalmente determinadas.

A interdição do local afetava a atividade comercial ou industrial que ali se desenvolvia. Não era direcionada apenas ao condenado, mas também ao terceiro a quem ele tivesse transferido o local, desde que este mantivesse o mesmo negócio daquele que havia sido interdito. A interdição não obstava a mudança do estabelecimento para outra circunscrição territorial, já que a terminologia normativamente empregada referia-se ao “mesmo comércio” (artigo 99, parágrafo 1º), permitindo, assim a interpretação de que não abrangia a mesma atividade comercial ou industrial desenvolvida em outro lugar, já que “mesmo comércio” não dizia respeito só à atividade, mas também ao seu local¹²⁸.

A interdição de sociedades ou associações implicava que elas eram proibidas de exercer suas funções em qualquer outro lugar (parágrafo 2º do mesmo artigo), diversamente do que ocorria com o comércio e a indústria. Não causa espanto que a lei penal da época perseguisse grupos políticos, uma vez que, cinco anos antes da entrada em vigor do Código Penal de 1940, a Lei n. 38/1935 já proibía a existência de partidos, agremiações ou juntas de qualquer espécie que visassem à “subversão” da ordem política. Alguns deles, de acordo com a doutrina, se transformaram em sociedades civis para burlar essa proibição¹²⁹.

O confisco, segunda medida patrimonial permitida pela revogada Parte Geral do Código Penal, nada mais era do que uma forma de expropriação fundamentada em fins preventivos penais. Este teria lugar em relação aos instrumentos e produtos do crime, desde que fossem objetos cuja fabricação, alienação, uso, porte ou detenção constituísse

¹²⁷FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro: Parte Geral (arts. 42-120)*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942, v. 2, p. 228-229.

¹²⁸*Ibid.*, p. 230.

¹²⁹FARIA, Bento de, *op. cit.*, p. 230-231. MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 444.

fato ilícito (artigo 100 da antiga parte geral). Não se confundia com a busca e apreensão, instituto do processo penal, mas os objetos apreendidos por este poderiam ser confiscados. Neste caso, o indivíduo não era considerado perigoso, mas sim o objeto (artigo 100) ¹³⁰. Depois de confiscados, esses instrumentos e produtos delitivos eram atribuídos ao patrimônio da União como efeitos de condenação, como dispunha o artigo 74.

Diversamente do que acontecia com a pena, que precisava ser cumprida integralmente para que o estrangeiro fosse expulso do território nacional, a imposição de medida de segurança não obstava sua expulsão, não estando, pois, abarcada pela mesma garantia da pena¹³¹. Ao que parece, ampliou-se a medida assecuratória direcionada aos estrangeiros, presente na legislação penal anterior (artigo 400, parágrafo único, Código Penal de 1890) direcionada apenas àquele considerado “vadio”, a todos os estrangeiros considerados perigosos, que poderiam ser “eliminados” do país.

As medidas de segurança poderiam, ainda, ser aplicáveis provisoriamente, ou seja, no curso do processo, desde que os agentes se subsumissem as hipóteses de periculosidade presumida enumeradas pelo revogado artigo 78, de acordo com artigo 80, *caput*. O tempo cumprido em face da medida de segurança provisória era computado no prazo mínimo de duração da medida concretamente aplicada ao final do processo. Talvez essa aplicação provisória seja o que de mais próximo há das atuais cautelares diversas da prisão presentes no Código de Processo Penal, porque excetuava também a presunção de inocência, a despeito de não exigir, como é o caso das cautelares, que se cumprissem certos requisitos para sua aplicação¹³². Entretanto, esse juízo comparativo terá maior aprofundamento no próximo capítulo.

A aplicação de medidas de segurança de forma provisória possuía apenas um viés utilitarista que não atendia às garantias do devido processo legal, como a presunção de inocência, pois se antecipava o juízo próprio do momento da condenação. A existência, excepcionalmente, de medidas de segurança anteriores ao cometimento de um ilícito ou mesmo anteriores à condenação, com larga influência defensista, não foi monopólio somente da antiga parte geral do Código Penal, também se manifestou em legislações de outros países, como se poderá observar após serem examinadas as medidas de segurança no Código Penal de 1969.

¹³⁰FARIA, Bento de, *op. cit.* p. 231-233.

¹³¹*Ibid.*, p. 233-234.

¹³² FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36.

2.2.3.4 Código Penal de 1969

O Código Penal de 1969 teve sua vigência postergada até a sua revogação em 1978, por essa razão pode ser considerado uma codificação “natimorta”. No tocante às medidas de segurança, acrescenta-se pela primeira vez expressamente a categoria do semi-imputável, permitindo que o juiz substituísse a pena privativa de liberdade por internação (artigo 93)¹³³.

FERRARI acredita que esse código inovou a execução da medida de segurança ao eliminar a cumulatividade entre sanções detentivas, sendo aplicada a privação de liberdade por meio da pena ou a internação. Assim, não se admitia a soma de pena com o tratamento, mesmo sendo o agente considerado semi-imputável, o juiz deveria aplicar apenas um das sanções, o que implicava na adoção do sistema vicariante¹³⁴.

Quanto às espécies de medidas assecuratórias, a divisão entre pessoais (detentivas se não detentivas) e patrimoniais foi mantida. As pessoais detentivas reduziram-se à internação em manicômio judiciário, podendo ser realizada em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio ou estabelecimento penal em caso de semi-imputabilidade. Por outro lado, acrescentam-se às não detentivas a interdição do exercício de profissão e a cassação de licença para dirigir veículos motorizados (artigo 91)¹³⁵.

2.3 LEGISLAÇÕES ALIENÍGENAS QUE ENCAMPAVAM MEDIDAS DE SEGURANÇA FUNDADAS NA PERICULOSIDADE SOCIAL

2.3.1 Espanha

As medidas de segurança aparecem na Espanha no Código Penal de 1928, mas é na lei de “Lei de Vadios e Mendicantes” que o catálogo de medidas preventivas é

¹³³MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 445-446

¹³⁴FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 38.

¹³⁵MARTINS, José Salgado, *op. cit.*, p. 446.

ampliado. Essa lei estabelecia, em seu artigo 9º, que a aplicação de medidas não estava condicionada, necessariamente, à prática de um fato previsto como crime, mas sim à periculosidade antissocial¹³⁶. Na década de 1970, a “Lei de Periculosidade e Reabilitação Social” substituiu aquela de 1933, no entanto, ainda contemplava medidas de natureza pré-delitiva, porque aceitava a intervenção do Estado na liberdade do indivíduo mesmo que não houvesse a comissão qualquer crime. Permitia, assim, tanto a periculosidade criminal quanto a social. MIR PUIG salienta que essa lei possuía caráter fundamentalmente pré-delitual, porque as medidas de segurança se aplicavam antes do delito em decorrência dos estados perigosos de autor, como, por exemplo, a homossexualidade, expressão que foi suprimida desta lei pela Constituição Espanhola de 1978 juntamente com outras hipóteses de periculosidade¹³⁷.

Em 1983 houve uma grande reforma do Código Penal Espanhol que não logrou, entretanto, abolir as medidas pré-delitivas, fazendo com que o Judiciário, notadamente o Tribunal Constitucional Espanhol, tivesse um papel importante na inaplicabilidade dessas medidas previstas na lei de 1970, sendo somente derogadas pelo Código Penal Espanhol de 1995, que adotou o sistema dualista conhecido como vicariante, como é no Brasil, em que não são cumuladas as duas sanções, mas se aplicam alternativamente¹³⁸. A adoção do vicariato, de acordo com setores da doutrina espanhola, seguiu uma nova orientação político-criminal, na qual há similaridade entre as garantias e os fundamentos que das medidas de segurança e da pena, adaptando, assim, o Código Penal aos valores encampados pela Constituição espanhola¹³⁹.

No Código Penal espanhol de 1995, além de as medidas somente serem aplicáveis *post delicto* e aos inimputáveis, elas não podem resultar mais gravosas nem se protraírem mais no tempo que a duração da pena abstrata aplicável ao fato cometido, fazendo com que estas não sejam desproporcionais à pena aplicável (o princípio da proporcionalidade relacionado às medidas de segurança foi adotado pelo artigo 6.2 do Código Penal

¹³⁶ Artigo 9º de “Vadios e Mendicantes”: “[...] *podrán estimarse también como síntomas de peligrosidad los hechos reguladores de actividad antisocial, aunque no estuvieren sancionados como delictivos en el momento de su ejecución*”.

¹³⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 7 ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 760. GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. et. al. *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 503-504.

¹³⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. et. al. *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 36-37; CERESO MIR, José. *Derecho Penal – Parte General*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 55-56.

¹³⁹ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. et. al., *op. cit.*, p. 501.

espanhol¹⁴⁰), ou seja, que não impliquem a retirada mais gravosa de direitos individuais, fazendo com que o princípio da proporcionalidade seja respeitado¹⁴¹.

A ideia da adoção do sistema vicariante no sistema espanhol como um avanço não foi pacífica, um dos críticos é BACIGALUPO. Ele afirma que esse sistema está na contramão do moderno direito europeu, já que a relação entre penas e medidas de segurança não é alternativa, mas operaria complementarmente. Por essa razão, o autor apresenta ideia contrária aos dispositivos do Código Penal Espanhol que limitam a medida de segurança e fazem uma correlação de proporcionalidade entre estas e as penas (artigos 6.2 e 101 e seguintes). Afiança, assim, que a medida de segurança como está posta não atende ao fim proposto pelo próprio Código Penal espanhol, por se basear na culpabilidade. Fundamentalmente parece se preocupar com o caso dos criminosos que, mesmo sendo considerados responsáveis, são tidos como perigosos, podendo a necessidade de prevenção ir além do *quantum* estabelecido à pena. Quanto a estes delinquentes, mas especificamente criminosos sexuais, afirma que tanto o Direito francês como o alemão têm tomado medidas específicas nesse âmbito que demonstram os inconvenientes e a ineficácia de sancionar essas reincidências em crimes sexuais agravando-se a pena, pois esta dificilmente poderia cobrir todas as necessidades preventivas desses autores, devendo se estender para além do tempo que dura a pena¹⁴².

Essa ideia de retomada das medidas de segurança em razão da periculosidade do agente imputável em determinados crimes é decorrência da seguridade cidadã, que propugna assegurar a sociedade (apenas aqueles considerados cidadãos) frente ao perigo representado por delinquentes de alguns tipos de delito, geralmente considerados graves, mas que não decorrem da sociedade de risco, representando a retomada da força da periculosidade do delinquente e de um direito penal alicerçado em estados de autor¹⁴³.

¹⁴⁰Posiciona-se contra esse dispositivo CERESO MIR, para quem as medidas de segurança não têm que ser necessariamente proporcionais à gravidade do delito cometido, senão unicamente à periculosidade do delinquente, uma vez que segundo ele o cometimento de um delito pouco grave pode indicar um prognóstico de cometimento de crimes mais graves. Vide: CERESO MIR, José, *op. cit.*, p. 60-61. Posição esta que se discorda aqui, pois se entende que o indivíduo não deve ficar a mercê do arbítrio do Estado além das margens da pena concreta que cumpriria se não fosse imputável ou semi-imputável.

¹⁴¹GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. et. al., *op. cit.*, p. 504.

¹⁴²BACIGALUPO, Enrique. *Teoría y práctica del derecho penal*. tomo 1. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 73.

¹⁴³DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-01, p. 01-37, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>>. Acesso em: 15, ago., 2016, p. 9 e ss.

Na atualidade, entre as medidas substitutivas do internamento adotadas pelo Código Penal espanhol, se encontra a expulsão de território nacional de estrangeiros residentes legalmente na Espanha, que não poderão regressar ao país por um prazo de 10 anos, devido a uma modificação do artigo 108 pela lei n. 11/2003, uma medida que é caracterizada como puramente defensiva revestida de alta insegurança e discricionariedade, que não está adequada ao princípio da taxatividade e de segurança jurídica¹⁴⁴, podendo ser considerada xenófoba.

2.3.2 Itália

O tema da periculosidade nas discussões entre os penalistas dos séculos XIX e XX tem que ser lido em um contexto mais amplo, em que o Estado assume, por meio da política criminal, o governo na vida de seus cidadãos, a fim de fomentar o sentimento de comunidade entre estes, principalmente em nações há pouco tempo unificadas, como a italiana. Elege-se, então, um inimigo comum, o delinquente. É em um momento histórico de predomínio de um autoritarismo ideológico e desenvolvimento de tendências antiliberais, como forma de pacificar conflitos sociais, que emerge o Código Penal Italiano de 1930, o primeiro código que sistematizou as medidas de segurança impondo-as princípios gerais¹⁴⁵.

No fascismo italiano assistiu-se a uma centralização de poder na mão do Executivo. Argumenta-se, que despeito dessa centralização, a função de segurança e ordem assumida pelo Direito Penal, diferentemente do que ocorre no nazismo, mostra algum nível de compatibilidade com as regras e princípios da tradição liberal, não se confundindo com o querer do chefe do Executivo ou de seu partido¹⁴⁶. Utilizando esse argumento, a doutrina penal italiana operou um salvamento do Código Rocco (que se encontra vigente até hoje), alegando que o mesmo respeitava princípios garantistas¹⁴⁷.

¹⁴⁴GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. et. al. *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 507.

¹⁴⁵CRISTOFARO, Ernesto de. Legalità e pericolosità: la penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato. *Quaderni Fiorentini*, Milano, Giuffrè Editore, n. 36, p. 1031-1082, 2007, p. 1041.

¹⁴⁶*Ibid.*, p. 1044.

¹⁴⁷MODONA, Guido Neppi. Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista. *Quaderni Fiorentini*, Milano, Giuffrè Editore, n. 36, p. 983-1005, 2007, p. 984.

Apesar de chamar as medidas de segurança de administrativas, o ordenamento italiano opõe a elas a jurisdicionalidade, em razão de que somente podem ser aplicadas pelo juiz. Exige a periculosidade social do agente e a prática de crime, bem como a segunda parte do artigo 202¹⁴⁸ admite a incidência de medidas pré-delitivas, quando for possível presumir a periculosidade social do indivíduo.

Do mesmo modo que o revogado artigo 75 do Código Penal brasileiro de 1940, também aqui aparece a exceção ao princípio da legalidade, sendo aplicável a lei do tempo de imposição da medida, em detrimento do tempo do cometimento do fato, mesmo que desfavorável¹⁴⁹. Além disso, é permitida a aplicação de medidas de segurança ao crime impossível, às hipóteses de mero acordo para cometer um delito ou de instigação para a comissão de um delito não perpetrado (artigos 49, *caput* e 115, Código Penal Italiano)¹⁵⁰, como ocorria no ordenamento brasileiro antes de 1984. Pode-se mencionar também a possibilidade da aplicação provisória das medidas de segurança anteriormente à sentença, de maneira preventiva (artigo 206 do Código Penal Italiano¹⁵¹; artigos 73¹⁵² e 286¹⁵³, ambos do Código de Processo Penal Italiano).

¹⁴⁸ “Artigo 202: “*Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato. La legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato*” [grifo nosso]

¹⁴⁹ Sobre isso, PELISSERO ensina que a retroatividade das medidas de segurança é diferente da irretroatividade garantida às penas. A diferença na disciplina das sanções penais se deve ao fato de que as medidas de segurança, tratando-se de instrumentos direcionados a prevenir a comissão de ulteriores crimes, não devem assegurar ao agente nenhuma previsibilidade das consequências sancionatórias, sendo a elas aplicada lei vigente ao tempo de sua execução, mesmo se desfavorável em relação àquela vigente ao tempo da comissão do crime, vide: PELISSERO, Marco. *Il doppio binario nel sistema penale italiano*. Disponível em: <<http://www.law.unc.edu/documents/faculty/adversaryconference/doppiobinario-italiano-pelissero.pdf>>. p. 1-15. Acesso em: 30, jun., 2015, p. 3.

¹⁵⁰ CRISTOFARO defende que essa atenuação do fato, propiciada pela figura do quase crime, desancora o princípio da legalidade da sanção penal de um conteúdo de lesividade. Assim, quando se é complacente diante das exigências de segurança, se oferece guarida jurídica a uma aceção sensivelmente atenuada do termo “fato”, acabando por pender a balança do juízo de periculosidade sobre a avaliação prognóstica do comportamento operada pelo juiz segundo uma discricionária apreciação dos elementos pessoais e com isso se desancora o princípio da legalidade que regula o sistema penal do referimento a um pressuposto contudístico de lesividade suficientemente certo e estável, in: CRISTOFARO, Ernesto de. *Legalità e pericolosità: la penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato. Quaderni Fiorentini*, Milano, GiuffrèEditore, n. 36, p. 1031-1082, 2007, p. 1053-1054.

¹⁵¹ Artigo 206 – “*Applicazione provvisoria delle misure di sicurezza: Durante l'istruzione o il giudizio, può disporsi che il minore di età, o l'infermo di mente (88 s.), o l'ubriaco abituale (94), o la persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti (93), o in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool o da sostanze stupefacenti (95), siano provvisoriamente ricoverati in un riformatorio o in ospedale psichiatrico giudiziario, o in una casa di cura e di custodia. Il giudice revoca l'ordine, ritenga che tali persone non siano più socialmente pericolose. Il tempo dell'esecuzione provvisoria della misura di sicurezza è computato nella durata minima di essa (cpp 312 s.)*”.

¹⁵² Dispõe sobre os procedimentos cautelares.

¹⁵³ Dispõe sobre custódia cautelar em local destinado à saúde mental.

Apesar desse dispositivo do Código Penal italiano ter sido declarado inconstitucional pela Corte Constitucional Italiana em dois momentos¹⁵⁴, a exceção ao princípio da legalidade no tocante à retroatividade não foi afetada por essas decisões. Ainda, esse dispositivo possui aparente similitude com o revogado artigo 80 do Código Penal pátrio¹⁵⁵.

FERRAJOLI critica a sistemática de medidas de segurança adotada pelo Código Rocco como exceções às garantias penais. Segundo o autor, o legislador fascista introduziu um sistema duplamente vexatório, sem amparo no princípio da estrita legalidade penal nem mesmo nas garantias próprias das penas, baseando-se na personalidade do sujeito para determinar sua periculosidade social. A legislação italiana apóia-se, pois, em um tipo normativo de autor¹⁵⁶.

PELISSERO, explanando sobre as características das medidas de segurança concebidas pela legislação penal italiana, confirma que tal sistema excetua a estas garantias que caberiam à pena, porquanto afirma tratar-se de um sistema maximamente flexível, maximamente indeterminado, maximamente anti garantista¹⁵⁷.

MANZINI, em comentários à norma penal italiana, ensina que além das medidas de segurança estabelecidas pelo Código Penal, também existiam na década de 1930 medidas assecuratórias policiais, que não precisariam observar a existência de um fato previsto como delito por lei, nem mesmo o requisito da comprovada periculosidade, podendo ser aplicáveis apenas por suspeita, como nos casos das providências referentes aos menores ociosos, aos vagabundos (do mesmo modo que na Espanha à época), à

¹⁵⁴A sentença de 24 de julho de 1998, sob o número 324, da Corte Constitucional Italiana, declarou pela primeira vez inconstitucional esse artigo quanto à recuperação provisória de crianças e adolescentes em hospital psiquiátrico judiciário. Já a sentença de 29 de novembro de 2004, sob número 367, declarou inconstitucional a impossibilidade do juiz impor uma medida de segurança não detentiva, ao invés da internação em hospital psiquiátrico judiciário, mesmo quando aquela é idônea a assegurar à pessoa doente mental tratamento adequado, capaz de conter sua periculosidade social.

¹⁵⁵MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 430.

¹⁵⁶FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer; Juarez Tavares; Fauzi Hassan Choukr, Luis Flávio Gomes. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 718.

¹⁵⁷PELISSERO, Marco. *Il doppio binario nel sistema penale italiano*. Disponível em: <<http://www.law.unc.edu/documents/faculty/adversaryconference/doppiobinario-italiano-pelissero.pdf>>. p. 1-15. Acesso em: 30, jun., 2015, p. 2. MANZINI argumenta que o pressuposto das medidas de segurança previstas pelo Código Penal italiano é o crime, mas não como fato subjetivamente imputável, sim como mera entidade objetiva, já que o crime não é a causa da aplicação das medidas de segurança, mas somente ocasião, in: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano – Secondo il Codice del 1930*. v. 3. Torino: Editrice Torinese, 1934, p. 176. Vide também: FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 720.

expulsão do estrangeiro ordenada por autoridade administrativa e a repatriação de pessoas suspeitas¹⁵⁸.

Em versão mais recente dessa mesma obra de MANZINI, datada de 1942, período marcado por ditaduras totalitárias na Europa e pela segunda guerra mundial, este autor advoga contra a adoção da esterilização dos delinquentes como medida de segurança, defendida por parte da doutrina estrangeira da época, notadamente na Alemanha por STROOTHENKE e FRANK, uma vez que era inumana, repugnante e contrária aos postulados cristãos presentes na cultura italiana¹⁵⁹.

2.3.3 Alemanha

Conforme relata ZAFFARONI, o discurso do inimigo ontológico, como um conceito pretensamente material, já se expressava na doutrina garofaliana, encampada pelos tipos de autor de LISZT. O nazismo acrescentou o antissemitismo à ideia de inimigo, todavia “tampouco este era resultado de uma individualização que admitisse sua natureza de puro arbítrio político, porque por trás de toda individualização de um inimigo há um mito que lhe pretenda conferir um caráter *ôntico*”¹⁶⁰. Nesse sentido, pode-se dizer que a doutrina penal do nacional-socialismo foi a expressão máxima do conceito de periculosidade positivista¹⁶¹.

Na Alemanha, desde 1909, todos os projetos de Código Penal receberam em seu bojo medidas de segurança, todavia elas foram incluídas apenas em 1933, em razão de uma lei especial que alterou o Código Penal à época vigente. De acordo com FRAGOSO, era “[...] inadmissível, para os nazistas, que um dado “*técnico*” (a mera ausência de

¹⁵⁸*Ibid.*, p. 178-179.

¹⁵⁹ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. t. 4, v. 4. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1949, p. 264. [Optou-se aqui por utilizar a obra traduzida ao espanhol, porque esta conta com adendos que não constavam na obra de 1934, sendo que a atualização desta não foi encontrada no idioma original. O volume traduzido para o espanhol foi publicado em 1949, todavia o original é datado de 1942].

¹⁶⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 3 ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 105.

¹⁶¹*Ibid.*, p. 105-107. Conforme nos mostra ZAFFARONI: “Caso reste alguma dúvida acerca de que o saber nacional-socialista foi o coroamento da individualização ôntica garofaliana de inimigo e, portanto, do desenvolvimento coerente da periculosidade até suas últimas consequências, cabe assinalar que não deixou de haver um positivista que recordasse isso ao próprio Mezger e que, por esse motivo, lhe atribuisse falta de coerência (e nazismo)”, *ibid.*, p. 107.

culpabilidade) permitisse que um elemento perigoso pudesse voltar à comunidade do povo”¹⁶².

Nas reformas penais empreendidas pelos nazistas, que objetivavam assegurar em bases jurídicas a ditadura totalitária, revogou-se o princípio da legalidade, mediante Lei datada de 28 de junho de 1935. Assim, permitiu-se que um fato, ainda que não fosse previamente tipificado como punível pela lei penal, poderia receber sanção penal quando a ela fizesse jus segundo a ideia fundamental da lei penal ou o sadio sentimento popular, fazendo com que o Direito Penal fosse ideologicamente manipulado¹⁶³. Esse dispositivo permitia a incidência de sanções penais baseadas unicamente na periculosidade social, uma vez que sem legalidade tudo pode ser tido como criminoso ao arbítrio de quem detém o poder.

As medidas de segurança introduzidas à época nazista constituíam sete modalidades: internação em sanatório ou estabelecimento de tratamento; internação em estabelecimento de recuperação para toxicômanos; internação em casa de trabalho; custódia de segurança; castração de criminosos sexuais perigosos; proibição de exercício de trabalho; e expulsão. Essas medidas poderiam ser impostas cumulativamente, não estando submetidas ao princípio da retroatividade¹⁶⁴ (como viria a ser adotado no Código Penal brasileiro de 1940).

De acordo com FRAGOSO, dentre todas essas modalidades, que eram em sua maioria repressivas e não de tratamento, as mais importantes para o regime nazista eram a custódia de segurança – privação de liberdade aplicada aos reincidentes perigosos, em ala anexa às penitenciárias por tempo indeterminado - e a castração – retirada dos testículos do condenado por crimes sexuais (pena corporal). A despeito do que se pode imaginar, a imposição da custódia de segurança, quase na totalidade dos casos, se dava para crimes de escassa gravidade. Já a castração põe às claras o caráter racista e eugenista do regime totalitário¹⁶⁵.

O Direito Penal alemão contemporâneo, conforme ensina JAKOBS, pressupondo o cometimento de um ilícito-típico, adota o sistema do duplo-binário, sendo que a medida

¹⁶² FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 257.

¹⁶³ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de La Teoría del Delito*. 1ed. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña; Javier de Vicente Remesal; Miguel Días y García Conlledo. Madrid: Civitas, 1997, p. 118-120.

¹⁶⁴ FRAGOSO, Cristiano Falk, *op. cit.*, p. 257-258.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 259-260.

de segurança ora pode completar a pena ora substituí-la, segundo o que seja necessário à prevenção. Esse sistema de medidas permite sua imposição a inimputáveis, semi-imputáveis e imputáveis perigosos¹⁶⁶.

Além do princípio da legalidade adotado pelo atual Código Penal alemão, que exige o cometimento de fato tipificado como crime, é estabelecido como princípio reitor das medidas de segurança e correção o princípio da proporcionalidade (artigo 62, Código Penal alemão). Segundo esse mandado, só poderão ser impostas medidas de segurança quando elas guardarem relação com os fatos-típicos cometidos pelo autor, os delitos que possa vir a cometer e o grau de sua periculosidade.

De acordo com MAURACH, GÖSSEL e ZIPF, a regulação alemã das medidas de segurança prevê espécies privativas e não privativas de liberdade. Ao primeiro grupo pertencem a internação em hospital psiquiátrico (artigo 63, Código Penal alemão), em um estabelecimento para toxicômanos (artigo 64) e a custódia de segurança (artigo 66) - esta última, direcionada aos reincidentes perigosos, também aparece no artigo 23 do Código Penal austríaco. Já ao segundo grupo corresponde à liberdade vigiada (artigo 68 e seguintes), à retirada da permissão para dirigir (artigo 69 e seguintes) e à inabilitação profissional (artigo 70 e seguintes)¹⁶⁷.

Segundo esses autores, quanto à contenção da periculosidade do agente as medidas de segurança podem ser divididas em dois grupos: ressocializadoras e neutralizadoras. No primeiro grupo encontra-se a internação em um estabelecimento para toxicômanos, já ao segundo pertencem a custódia de segurança, a inabilitação profissional e a retirada da permissão para dirigir. A liberdade vigiada e a internação em hospital psiquiátrico ocupariam uma posição intermédia entre as exigências de segurança comunitária (prevenção geral) e a ressocialização (prevenção especial)¹⁶⁸.

Pode ser observado, que algumas medidas baseiam-se em uma suposta tendência a delinquir, o que leva o agente a ser considerado fonte de perigo para a sociedade. Esse fundamento é trazido pelo o artigo 66, inciso I, n. 3, Código Penal alemão, que trata da custódia de segurança, ainda mantida como medida de segurança pós-delitiva direcionada aos reincidentes perigosos desde a sua introdução pelo regime nazista, podendo durar até

¹⁶⁶JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 38-40.

¹⁶⁷ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. trad. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 862.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 863.

10 anos. Segundo CEREZO MIR, em 2002 houve a ampliação da custódia de segurança, notadamente para delinquentes considerados violentos e crimes contra a liberdade sexual, sendo que o tribunal pode, no momento que comina a pena, estabelecer que ao final desta o condenado seja internado em um centro de custódia¹⁶⁹.

O perigo de reiteração delitiva também motiva a aplicação de medidas de segurança não detentivas, como a liberdade vigiada (artigo 68, Código Penal alemão), desde que a lei preveja essa sanção junto à pena privativa de liberdade. Medida de segurança similar a esta aparecia, como visto, na antiga Parte Geral do Código Penal de 1940, sendo extinta em 1984, a diferença que na legislação alemã não pode ser aplicada às situações de quase-crime, como possibilitava a lei brasileira.

De acordo com JAKOBS, as medidas de segurança na Alemanha são por um lado medidas tutelares jurídico-civis e por outro autênticas penas¹⁷⁰, como é o caso da custódia de segurança. Nessa quadra, é pertinente a indagação se tal sistemática não violaria o Direito Penal do fato, sendo que pelo futuro não se poderia castigar já agora.

FERRÉ OLIVÉ e outros se surpreendem que ainda exista no ordenamento jurídico alemão uma medida de segurança voltada ao delincente habitual perigoso, em razão das consequências deletérias de sua aplicação para as garantias do apenado, entretanto vislumbram um forte movimento reformista na Espanha, a fim de possibilitar uma custódia de segurança depois de cumprida a pena para que se garanta a segurança da sociedade¹⁷¹.

Quando as medidas assecuratórias somente aplicam-se em razão da periculosidade do agente, esgotada, por exemplo, a força retributiva proporcional da pena, não mais se aplica em relação ao delito passado, mas sim aos delitos que o agente pode vir a cometer em razão de ser perigoso. Questiona-se, então, a legitimidade de antecipação sancionadora de uma conduta que ainda não ocorreu, até onde o Estado pode ir para salvaguardar bens-jurídicos?

A seguir, examinam-se os requisitos das atuais cautelares alternativas à prisão, suas justificações e hipóteses de incidência a fim de notar se elas realmente se aproximam

¹⁶⁹ CEREZO MIR. *Orientación político-criminal del Código Penal Español*. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2506/26.pdf>>. Acesso em 20, dez., 2016, p. 538.

¹⁷⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 38.

¹⁷¹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. et. al. *Direito Penal Brasileiro: parte geral - princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 682-683. Advoga pela custódia de segurança na Espanha: CEREZO MIR, *op. cit.*, p. 537.

das medidas de segurança previstas nas legislações penais passadas, principalmente das modalidades não detentivas.

CAPÍTULO 3 AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO

2.1 ASPECTOS GERAIS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL: O CÂMBIO PROVOCADO PELA LEI 12.403/2011

De acordo com GOMES FILHO, as providências cautelares são instrumentos dentro do instrumento (processo), almejando a própria eficiência do provimento jurisdicional principal, a serviço do direito material. Elas se conceituam como “[...] mecanismos de que se vale a técnica processual para *antecipar*, atendidas determinadas condições, aquilo que somente deveria constituir resultado da realização daquelas atividades preparatórias”¹⁷². Os requisitos para sua aplicação são: a probabilidade de existência do direito material controvertido e o perigo desse direito não ser satisfeito pela demora da prestação jurisdicional¹⁷³.

Na seara processual penal, os requisitos da cautelaridade na Teoria Geral do Processo *periculum in mora* – risco de inefetividade do direito, objeto da ação, que não seria passível de exercício pela demora na prestação jurisdicional, uma vez que o provimento principal poderia perder seus efeitos -, e *fumus boni iuris* - indícios de existência do direito, que conduziriam ao provável provimento do objeto principal da ação -, que justificam a cautela processual ou a concessão de tutela antecipada¹⁷⁴, são

¹⁷² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 218-219. Quanto à instrumentalidade da cautelar, BADARÓ afirma: “Qualquer medida cautelar não é um fim em si mesma, mas um instrumento para atingir a finalidade de assegurar a utilidade e eficácia de um futuro provimento principal”, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 717. Também concorda com a instrumentalidade das medidas cautelares: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 787-788; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. rev. atual. Campinas: Millennium, 2009, v. 4, p. 9 e ss.

¹⁷³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷⁴ Conforme sustentam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO a justificativa do processo cautelar se daria em razão do “[...] perigo de que, enquanto os órgãos jurisdicionais operam, a situação de fato se altere de tal modo que torne ineficaz e ilusório o provimento (que pode chegar tarde demais, quando o dano já for irremediável)”, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrino; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 352. Ver também as páginas 353-355. De igual modo: MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. rev. atual. Campinas: Millennium, 2009, v.1, p. 360-361.

transladados para *periculum libertatis*¹⁷⁵ - a liberdade do indivíduo representa um perigo ao regular andamento do processo, em razão, por exemplo, da possibilidade de interferência na produção de prova, coação de testemunha ou fuga, devendo ser restringida - e *fumus commissi delicti* - indícios suficientes de autoria e materialidade do crime, não podendo a medida ultrapassar os limites da justa causa¹⁷⁶.

Anteriormente à promulgação da Lei n. 12.403/2011, que modificou dispositivos do Código de Processo Penal referentes aos instrumentos de cautela, vigia no Processo Penal brasileiro o binômio prisão preventiva - liberdade provisória¹⁷⁷ para dirimir o conflito entre os interesses da persecução criminal e a necessidade de resguardo da liberdade do acusado por meio da imposição ou não da medida cautelar. Não existiam intermédios entre esses dois extremos, mesmo que se advogasse no sentido de que o poder geral de cautela permitia a imposição de medidas alternativas atípicas por analogia¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Conforme aduz LOPES JÚNIOR, estabelecendo importante diferenciação da teoria geral do processo e processo penal: “Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado [...] O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto”, LOPES JÚNIOR, Aury, *op. cit.*, p. 788. Ainda, o autor defende que o *periculum libertatis* não pode ser presumido: “O *periculum libertatis* não se presume. Tampouco pode ser fruto de ilações fantasmagóricas ou transtornos persecutórios. Uma análise séria, que racionalize os medos, levará a conclusão de que na imensa maioria das prisões cautelares decretadas sob esse fundamento a prisão é ilegal, pois não existe a situação fática legitimante da intervenção penal”, *ibid.*, p. 858.

¹⁷⁶ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 15; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 501; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 786-788, esse último defende o abandono da doutrina civilista de CALAMANDREI a favor de buscar conceitos próprios do processo penal.

¹⁷⁷ Conforme ensina PACELLI, a liberdade é a regra, o que é provisório são sempre a prisão e outras cautelares, então essa expressão é tecnicamente incorreta, apesar de constar expressamente na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXVI, in: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *op. cit.*, p. 494. De igual modo: FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais no Código de Processo Penal. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 116, considera a expressão inadequada.

¹⁷⁸ O poder geral de cautela é amplamente refutado pela doutrina. Nesse sentido: “[...] não se tratava de medidas atípicas para “beneficiar o acusado”, que assim não seria preso cautelarmente, as de medidas atípicas que restringiam seu direito de liberdade mais do que o permitido em lei, uma vez que, não sendo adequada a prisão cautelar, o acusado deveria ficar em liberdade, provisória ou plena, conforme o caso”, ver: BARARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 760. Ainda: “Tento em vista o critério de liberdade da Corte Interamericana, parece difícil admitir a existência de poder geral de cautela do magistrado para restringir direitos fundamentais sem que haja uma previsão legal”, in: DEZEM, Gabriel Madeira, Medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, n. 223, p. 15-16, jun., 2011, p. 15. GIACOMOLLI também critica o poder geral de cautela por este afrontar o princípio da reserva legal, conforme ele ensina “[...] ao cidadão não pode ser aplicada uma medida cautelar não prevista em lei. Desse modo, mesmo em sua concepção formal, a reserva legal exige um limitador na intervenção estatal e evita a incidência arbitrária e incalculável desta, ou seja, é uma garantia do cidadão. Com isso, resta afastado o denominado poder geral de cautela, com aplicação das medidas cautelares atípicas”, in: GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 27. SCARANCE FERNANDES fala em taxatividade das hipóteses expressamente previstas, uma vez que a regra é a liberdade, seguindo o princípio de presunção de inocência, constitucionalmente afirmado, FERNANDES, Antonio Scarance, *op. cit.*, p. 114. Ainda, conforme Aury Lopes Júnior, “No processo penal, forma é garantia. Logo, não há

Decretava-se a prisão preventiva ou não se impunha medida alguma, restando, pois, a liberdade ao acusado.

As justificativas à alteração legislativa foram ao mesmo tempo humanistas e pragmáticas. O primeiro dos argumentos de justificação era de que a prisão provisória agravava a situação já calamitosa dos cárceres brasileiros, acentuando ainda mais o encarceramento em massa¹⁷⁹. Dos 496.251 presos no Brasil, segundo dados oficiais do Departamento Penitenciário Nacional antes da aprovação da Lei 12.403/2011 (dezembro de 2010), 164.683 eram provisórios¹⁸⁰, sendo a prisão cautelar, então, responsável por aproximadamente 34% do total de aprisionados, situação deveras chocante, levando-se em conta o caráter excepcional que deveria nortear a prisão no decorrer do processo, bem como o princípio da presunção de inocência estampado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

O segundo argumento era que parcela vultosa de presos provisórios recebia penas alternativas (restritivas de direitos ou multa, artigo 44 do Código Penal) ou iniciavam o cumprimento de pena em regime aberto ao final do processo, representando a segregação cautelar medida mais grave do que a própria pena aplicada. Seguindo esse mesmo raciocínio, LOPES JÚNIOR:

É inadmissível submeter alguém a uma prisão cautelar quando a sanção penal aplicada não se constitui em pena privativa de liberdade. E mais, deve ainda o juiz estar atento para evitar uma prisão cautelar em crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, em que a eventual pena aplicada terá de ser, necessariamente, substituída por pena restritiva de direitos¹⁸¹.

espaço para “poderes gerais”, pois todo o poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal [...] A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu”, LOPES JÚNIOR, Aury, *op. cit.*, p. 790.

¹⁷⁹ Conforme PACELLI as medidas cautelares pessoais “[...] surgem precisamente para evitar o excesso de encarcerização provisória”, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 496.

¹⁸⁰ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen): quadro geral*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/anexos-sistema-prisonal/populacao-carceraria-sintetico-2010.pdf>>. Acesso em 20 de ago., 2016.

¹⁸¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 803. Também BADARÓ “Em nenhuma hipótese, e por nenhum dos motivos que caracterizam o *periculum libertatis*, pode-se decretar a prisão preventiva se não há prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade”, in: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 719.

Tendo por base essas críticas à banalização da prisão cautelar, o legislador criou medidas cautelares alternativas, que em tese implicam menor restrição de direitos ao réu se comparadas ao cárcere e pretendem ser, a depender do caso concreto, mais eficazes ao objetivo pretendido, levando-se em conta o princípio da proporcionalidade, principalmente em relação à necessidade do processo para com a adequação à restrição imposta¹⁸².

A nova legislação foi celebrada inclusive pelo editorial do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, uma das publicações mais críticas às legislações de emergência e ao punitivismo, como se pode observar no excerto abaixo:

É fato que a já conhecida fórmula da legislação do pânico tem sido largamente utilizada pelos políticos [...] Assim, quando uma lei é aprovada na direção oposta das tradicionais respostas punitivas simplistas, este espaço deve ser utilizado para reconhecer que *é possível elaborar uma legislação penal e processual penal como parte de uma política criminal consistente. Foi o que ocorreu com a promulgação da Lei 12.403, de 2011*, que regulamentou a utilização de medidas cautelares no processo penal¹⁸³ [grifo nosso].

Enaltecendo, inclusive, a criação de medidas cautelares alternativas: “[...] é uma inovação fundamental – trazida pela nova lei – o oferecimento de um *verdadeiro cardápio de medidas cautelares alternativas* que permitem ao juiz escolher a mais adequada para garantir o andamento do processo, sem ferir garantias individuais do réu”¹⁸⁴[grifo nosso].

De acordo com BOTTINI, a criação dessas medidas tem o seu valor na “[...] superação da medíocre dicotomia do processo penal, pela qual o juiz não dispunha de alternativa diferente da prisão para assegurar a ordem processual e a aplicação da lei penal”¹⁸⁵. Assim, tendo em vista a lista de novas medidas disponíveis, foi estabelecido no artigo 282, parágrafo 6º, Código de Processo Penal, que a prisão preventiva só será

¹⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 715-716.

¹⁸³ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Um oásis no deserto punitivo [Editorial]. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, n. 223, jun., p. 1, 2011.

¹⁸⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, *op. cit.*, p. 1.

¹⁸⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mais reflexões sobre a Lei 12.403/11. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, n. 223, jun., p. 13, 2011, p. 13.

aplicada, caso não puder ser substituída por outras cautelares pessoais, reforçando seu caráter de excepcionalidade. O cárcere se compõe, então, da *máxima cautelaridade*¹⁸⁶.

As novas medidas pessoais alternativas à prisão atendem às finalidades elencadas no artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal, quais sejam a necessidade para aplicação da lei penal (cautela final), para a investigação ou para a instrução criminal (cautela instrumental) e, nos casos expressamente previstos, visa evitar a prática de infrações penais (cautela extraordinária ou especial)¹⁸⁷.

Os instrumentos cautelares pessoais do Processo Penal passam também a encampar dois elementos da proporcionalidade: a necessidade, mencionada no parágrafo anterior, e a adequação - à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do acusado (artigo 282, inciso II, Código de Processo Penal)-¹⁸⁸, que deverão nortear o juiz em sua aplicação, sendo que há a possibilidade de aplicar as medidas alternativas isoladamente, de forma cumulada quando se revelar necessário, podendo também substituí-las, voltar a decretá-las ou revogá-las (artigo 282, parágrafos 1º e 5º).

Salienta-se, ainda, que a decretação da medida de ofício só está permitida na fase processual (artigo 282, parágrafo 2º, Código de Processo Penal), o que reforça o princípio acusatório presente na Constituição (artigo 129, inciso I, Constituição Federal)¹⁸⁹. Privilegiou-se também o princípio do contraditório, pelo qual o acusado/indiciado será intimado a se manifestar quando requerida a cautelar (artigo 282, parágrafo 3º, Código de

¹⁸⁶ BADARÓ, Gustavo, *op. cit.*, p. 753; “A preferibilidade das medidas cautelares alternativas à prisão tem, como *reverso da moeda*, a *excepcionalidade da prisão preventiva*. A prisão preventiva é a *extrema ratio*, somente podendo ser determinada quando todas as outras medidas alternativas se mostrarem inadequadas” [grifo do autor], BADARÓ, Gustavo, *op. cit.*, p. 757.

¹⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 754.

¹⁸⁸ DEZEM, Guilherme Madeira, Medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, n. 223, p. 15-16, jun., 2011, p. 15; FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais no Código de Processo Penal. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 105; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 504- 506, este se refere principalmente à “proibição do excesso” autorizando o interprete a não aplicar sanções ou proibições excessivas (que vão além da necessidade do processo). Já BADARÓ advoga que o termo foi empregado em sentido diverso daquele estabelecido pela doutrina majoritária, em que a proporcionalidade é composta de três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Ao definir as características de necessidade e adequação o legislador o fez no sentido em que estas se apresentam no âmbito processual penal. A primeira se volta à imprescindibilidade da medida, para em seguida se buscar a mais adequada, ou seja, aquela que imponha a restrição menos gravosa aos direitos do acusado, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *op. cit.*, p. 715-717. Vide também: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 801-804, que nos alerta quanto à expressão “condições pessoais do indiciado ou acusado” abrir um perigoso espaço para um direito penal do autor, ainda mais quanto ao controle de legalidade da prisão por parte dos tribunais.

¹⁸⁹FERNANDES, Antonio Scarance, *op. cit.*, p. 105.

Processo Penal), desde que não haja urgência ou perigo de ineficácia da medida. LOPES JÚNIOR elogia a inserção do contraditório no momento de imposição das medidas cautelares alternativas. Todavia, critica a forma atécnica utilizada pelo legislador, já que a intimação da “parte contrária” não deve ser lida como intimação do Ministério Público, mas sim como intimação do acusado, para que este, por meio de seu advogado, contradite a cautelar¹⁹⁰.

3.2 AS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO EM ESPÉCIE

As medidas cautelares pessoais diversas da prisão encontram-se especificadas no artigo 319, Código de Processo Penal, totalizando nove possibilidades. Conforme leciona SCARANCE FERNANDES, elas não observam o princípio da gradualidade¹⁹¹ de forma sistemática, como ocorre na legislação italiana (artigo 275 do Código de Processo Penal Italiano¹⁹²), ou na portuguesa (artigo 193.2 do Código de Processo Penal Português¹⁹³).

¹⁹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. Boletim IBCCRIM, São Paulo, a. 19, n. 223, p. 5-6, jun./2011, p. 6.

¹⁹¹ “A regra da gradualidade impõe que as exigências cautelares sejam graduadas de acordo com a gravidade do crime e sanção que poderão vir a ser aplicadas [...] Tanto o Código Português quanto o italiano apresentam uma escala de graduação das medidas cautelares, a partir das consideradas de menor gravidade até a prisão preventiva (arts. 196º, 197º, 198º, 200º, 201º, 202º do CPP português e 281, 282, 283, 284 e 285 do CPP italiano)” in: FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais no Código de Processo Penal. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 112.

¹⁹² Artigo 275: (*Criteri di scelta delle misure*) - 1. *Nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto.* 1-bis. *Contestualmente ad una sentenza di condanna, l'esame delle esigenze cautelari è condotto tenendo conto anche dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto e degli elementi sopravvenuti, dai quali possa emergere che, a seguito della sentenza, risulta taluna delle esigenze indicate nell'articolo 274, comma 1, lettere b) e c).* 2. **Ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata.** 2-bis. **Non può essere disposta la misura della custodia cautelare se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena.** 2-ter. *Nei casi di condanna di appello le misure cautelari personali sono sempre disposte, contestualmente alla sentenza, quando, all'esito dell'esame condotto a norma del comma 1- bis, risultano sussistere esigenze cautelari previste dall'articolo 274 e la condanna riguarda uno dei delitti previsti dall'articolo 380, comma 1, e questo risulta commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole.* 3. *La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. [...]* [grifo nosso], In: LATTANZI, Giorgio. *Codice di Procedura Penale – annotato con la giurisprudenza*. 7 ed. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 1097-1098.

¹⁹³ Artigo 193.2: “A prisão preventiva só pode ser aplicada quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coação”, em comentário ao artigo aduz Manuel Lopes Maia Gonçalves “[...] a aplicabilidade da prisão preventiva se restringe aos casos em que, além dos parâmetros fixados em outras disposições, as restantes medidas de coação se mostram inadequadas ou insuficientes, Trata-se da *extrema ratio* dentre as exigências cautelares do processo penal, e não da medida coercitiva por excelência”, in:

Por não obedecerem ao princípio da gradualidade, ou seja, não estarem dispostas no Código de Processo Penal da menos à mais restritiva, como nas legislações portuguesa e italiana, optou-se, visando a uma melhor sistematização, dividi-las em três categorias, conforme proposto por FERNANDES, quais sejam: a) medidas proibitivas de condutas (artigo 319, incisos II, III e IV); b) medidas impositivas de condutas (incisos I e V) e c) medidas restritivas de direito em sentido estrito (incisos VI, VII e IX), apesar de todas implicarem restrição de direitos em maior ou menor grau¹⁹⁴. Já a fiança (inciso VIII) tem natureza mista, entretanto, em razão de sua lateralidade para o tema aqui trabalhado - cautelares alternativas como medidas de segurança provisórias -, não será objeto de estudo desse trabalho.

3.2.1 Medidas proibitivas de condutas

3.2.1.1 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

A primeira dentre as medidas proibitivas de conduta é a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares. Exige-se que esta advenha de circunstâncias relacionadas ao fato, a fim de que se evitem novas infrações (artigo 319, inciso II, Código de Processo Penal). Para FERNANDES, essa vedação encontra fundamento em razão de determinados lugares serem “propícios a estimular atos delituosos”¹⁹⁵, o que leva a conclusão que algumas localidades seriam, pois, “criminógenas”.

De igual forma, LOPES JÚNIOR afirma que esta cautelar “[...] busca evitar que a frequência do réu a determinados lugares possa criar condições favoráveis para que o agente pratique novos delitos da mesma natureza (ou não)”¹⁹⁶. Como visto no capítulo

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal: anotado e comentado*. 12 ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 436.

¹⁹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais no Código de Processo Penal. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 118-120.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 119. CRUZ não se refere a locais criminógenos, mas a “situações criminógenas”, CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas princípios e alternativas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 146.

¹⁹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 866. Também Badaró “[...] a finalidade da medida é afastar o acusado de tais locais que possam facilitar ou estimular a prática delitiva”, [grifo nosso] p. 764. Nesse sentido, CRUZ “Tem-se como certa a ilação de que as

anterior, essa remissão a locais criminógenos também era usada para justificar a medida de segurança homônima, presente na antiga parte geral do Código Penal (artigo 98, caput, parte geral Código Penal de 1940), orientada tanto à periculosidade do agente, como ao risco trazido pelo próprio local.

Como exemplo de uso prático dessa cautelar relacionada a lugares que poderiam estimular o crime é comum na doutrina a referência a estádios de futebol e torcidas organizadas¹⁹⁷. O que não se trata de mera coincidência, pois essa medida já era cominada como pena restritiva de direitos, a fim de impedir o comparecimento às proximidades de estádio ou qualquer local em que se realizasse evento esportivo (artigo 41-B, parágrafo 2º, Estatuto do Torcedor, Lei n. 10.671/2003), como consequência advinda de uma condenação e não aplicada no curso do processo, como a ora examinada.

Essa cautelar apresenta similaridades, também, com algumas consequências da pena privativa de liberdade, como o livramento condicional (artigo 78, parágrafo 2º, alínea a, Código Penal) e a *sursis* da pena (artigo 132, parágrafo 2º, alínea c, Lei de Execuções Penais). No campo processual, é correlata àquela medida protetiva presente no artigo 22, inciso III, alínea c, Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). Assim, estende-se a todo o processo penal esse mecanismo que antes era restrito ao sistema de proteção à violência doméstica contra a mulher.

As expressões “frequência” e “acesso”, presentes na redação nessa medida, podem ser diferenciadas, sendo que a primeira pressuporia habitualidade, uma ideia de reiteração da conduta, já a segunda seria mais restrita impedindo o acusado de ir, ainda que uma única vez, a determinado local durante o período de imposição da cautelar. Conforme aduz BONFIM, este entendimento mais restrito é o adotado pela lei.¹⁹⁸

BADARÓ também diferencia frequência e acesso, importando esse último termo em maior restrição aos direitos do imputado. Porém, segundo ele, a cautelar não deve ser interpretada de forma a sempre restringir o acesso do acusado ao local da proibição. O juiz,

circunstâncias e as peculiaridades subjacentes a certas práticas delitivas podem ser fatores indutores da criminalidade”, CRUZ, Rogério Schietti Machado, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 764; BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44-45; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 866. FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais no Código de Processo Penal. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 119-120.

¹⁹⁸ BONFIM, Edilson Mougenot, *op. cit.*, p. 44.

a depender das circunstâncias que se relacionam com o fato e do risco de novas infrações penais, pode determinar tanto a proibição de frequência, quanto a proibição de acesso¹⁹⁹.

Nessa quadra, já se pode estabelecer uma diferenciação com a extinta medida de segurança de proibição de frequentar determinados lugares, uma vez que a esta não vedava o acesso²⁰⁰, de modo que o agente ao qual ela era aplicada poderia ocasionalmente ir ao local da proibição. Quando se veda o acesso, as funções desta se transmutam naquelas desempenhadas pela extinta medida de exílio local (revogado artigo 97 do Código Penal), no sentido de não poder de nenhuma forma estar ou acessar determinada localidade e não da vedação de residência, a menos que o crime tenha sido cometido no local em que o acusado resida. Nesse último caso, se aproximaria mais da cautelar proibitiva de contato com pessoa determinada.

A efetividade dessa cautelar é questionada por BONFIM, tendo em vista a ausência de fiscalização por parte do Poder Público²⁰¹, também LOPES JÚNIOR acredita que o Estado não tem condições nem meios para fiscalizar o cumprimento desta²⁰². Essa crítica à potencial inefetividade da medida aparece também em PACELLI e CRUZ, que aventam a possibilidade de cumulação desta com o monitoramento eletrônico, com vias a possibilitar a fiscalização²⁰³.

Quanto à finalidade de prevenção da reiteração delitiva, BORGES, em tom crítico, a relaciona à manutenção da ordem pública, fundamento de difícil constitucionalidade: “Mais uma vez, o propósito de preservação da ordem pública é manifesto [...] Por si só, a associação do instrumento à prevenção de novas práticas criminosas já induz à sua inconstitucionalidade”²⁰⁴. Do mesmo modo, LOPES JÚNIOR questiona sua cautelaridade e, portanto, constitucionalidade “Não se vislumbra tutela do

¹⁹⁹BADARÓ, Gustavo, *op. cit.*, p. 763-764.

²⁰⁰FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro: Parte Geral (arts. 42-120)*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942, v. 2, p. 228-229.

²⁰¹BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45.

²⁰²LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 866.

²⁰³OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 509. Segundo PACELLI não há obrigatoriedade cumulativa do monitoramento eletrônico, que representa medida mais gravosa que a proibição de acesso e frequência a determinados lugares, porém não se pode descartar a utilidade de tal cumulação; CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas princípios e alternativas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 146.

²⁰⁴BORGES, Rafael. *Análise preliminar da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 447-459, 2012, p. 451.

processo ou de seu objeto, aproximando-se da problemática da prisão preventiva para garantia da ordem pública, dado seu caráter de prevenção especial manifesto”²⁰⁵.

Ainda, CRUZ, aduz que a finalidade instrumental dessa medida não é clara, assemelhando-se a: “[...] *uma medida de defesa do próprio acusado e da sociedade*, assumindo, com menor onerosidade, mas com similar preocupação, *função homóloga à desempenhada pela prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica*”²⁰⁶ [grifo nosso].

Nesse particular aspecto, BADARÓ assevera que uma medida cautelar, que visa evitar a reiteração criminosa é, de fato, antecipação de pena. Todavia, segundo ele, aparentemente essa cautelar não assume a função de pena antecipada, já que não há sanção penal que se assemelhe a esta²⁰⁷. Posiciona-se, aqui, de maneira diferente do que afirma o autor, pois, como aduzido há pouco, ela é similar à pena restritiva presente no Estatuto do Torcedor e tem correlação com consequências advindas da aplicação de sanção penal, como é o caso do livramento condicional e *sursis*.

Acredita-se que esta medida, atendendo ao fim de coibir a reiteração delitiva, representa uma antecipação de sanção penal, não propriamente de uma pena, mas de medida de segurança não detentiva, atípica em nossa legislação penal atual, todavia, presente, com algumas diferenças na sua redação, na antiga parte geral do Código Penal (artigo 98, caput), revogada em 1984, examinada no capítulo anterior.

Considera-se, então, que esta é uma reedição de medida de segurança abolida há mais de 30 anos da nossa legislação, que funcionaria em âmbito processual para assegurar a sociedade em razão da periculosidade do autor, não do crime que cometeu, mas por crimes futuros, o que fica bem claro se observado o texto legal, principalmente em razão da menção ao risco de novas infrações penais. Isto tem relação com o fenômeno da expansão do Direito Penal, a ser debatido à frente, e sua legitimidade será posta em xeque no capítulo subsequente, que irá confrontá-la com os princípios penais.

²⁰⁵ LOPES JÚNIOR, Aury, *op. cit.*, p. 866.

²⁰⁶ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas princípios e alternativas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 146.

²⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 763.

3.2.1.2 Proibição de contato com pessoa determinada

A segunda medida proibitiva se perfaz na vedação de contato com pessoa determinada a quem, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o acusado permanecer distante (artigo 319, inciso III, Código de Processo Penal). Medidas processuais similares a esta eram previstas anteriormente no artigo 22, inciso III, alíneas a e b, da Lei Maria da Penha e no artigo 69, parágrafo único, da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9099/95).

A medida ora examinada apresenta similaridades com a anterior, mas naquela se objetiva proteger um grupo de pessoas indeterminadas ou a sociedade como um todo ante ao comportamento potencialmente delitivo para quem é cominada, já nesta as pessoas tem de ser individualizadas, por exemplo, em razão de sua vulnerabilidade perante o autor.²⁰⁸

Essa cautelar tem finalidade de cautela instrumental, voltando-se à produção de provas orais, para que acusado/indiciado não interfira na produção destas, assediando ou subornando vítimas ou testemunhas. Tanto que “pessoa determinada” não se restringe à vítima²⁰⁹, devendo, entretanto, a proibição guardar relação com as circunstâncias do fato. Concordamos, então, que esta medida realmente funcionará como cautelar quando cumprir sua função de preservação de prova²¹⁰.

Todavia, parte da doutrina entende que o fim de coibir a reiteração delitiva também está embutido nesta. De acordo com FERNANDES esta proíbe “[...] o contato com determinada pessoa porque, em virtude do fato do processo, pode ser ela atingida por outras práticas delituosas”²¹¹. Já PACELLI menciona que a essa proibição quer coibir a “reiteração de novos conflitos”, protegendo, assim, a vítima ou seus familiares, não especificando se esses conflitos estariam relacionados especificamente à reiteração delitiva²¹².

²⁰⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas princípios e alternativas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 147.

²⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 764.

²¹⁰ BORGES, Rafael. *Análise preliminar da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 447-459, 2012, p. 451.

²¹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais no Código de Processo Penal. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 119.

²¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 509.

Por sua vez, CRUZ menciona pessoa “em situação de risco ante o comportamento do acusado”, principalmente em relação ao crime de ameaça, podendo esta vir a se cumprir, levando à interpretação que esse risco se direciona, de fato, à reiteração de infrações penais, principalmente em âmbito doméstico.²¹³ Na contramão, BADARÓ não aceita que esta medida se preste a coibir novos delitos, porque a ela não foi dado cumprir essa finalidade extraordinária, devendo haver previsão expressa nesse sentido²¹⁴.

Quanto à delimitação do contato, pode-se afirmar que este, em um mundo moderno, conectado às novas mídias, não se dá apenas na dimensão espacial, mas também nas virtuais e telepresenciais. Desse modo, o juiz pode, para garantir a eficácia da medida, estender a proibição esses âmbitos²¹⁵.

Já em relação à delimitação espacial (territorial) da proibição de contato, BONFIM critica a ausência de limitação máxima e mínima da distância que o acusado/indiciado deva guardar de determinada pessoa, repetindo, de acordo com seu entendimento, o equívoco presente na Lei Maria da Penha. Devido a essa ausência de limites pré-definidos, o juiz terá sempre de respeitar o princípio da proporcionalidade, a fim de que a distância não seja exagerada, implicando restrição mais gravosa do que seria desejada, nem tão módica, conduzindo, assim, à inefetividade da proibição²¹⁶.

De acordo com BADARÓ, o critério de adequação, presente no artigo 282, inciso II, Código de Processo Penal, não só orienta a escolha da medida, bem como as modalidades de execução da medida escolhida, “[...] não devendo prejudicar o exercício de outros direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as exigências cautelares que o caso requer”²¹⁷.

CRUZ defende que, nos casos de crime de ameaça (especificamente ameaça à vida), cuja pena máxima é de seis meses de detenção, caso a proibição de contato seja violada, poderia ser aplicado o cárcere cautelar, apesar da lei vedar expressamente essa

²¹³ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas princípios e alternativas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 146-147.

²¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 765.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 765.

²¹⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

²¹⁷ BADARÓ, Gustavo, *op. cit.*, p. 766. De acordo com Gustavo Badaró, se o acusado, a quem for imposta a proibição de contato, encontra-se ocasional e involuntariamente com a pessoa de que trata tal proibição, como em locais públicos ou privados abertos ao público, esta não pode ser considerada violada.

hipótese a crimes apenados com pena igual ou inferior a 4 anos de reclusão (artigo 313, inciso I, Código de Processo Penal). A justificativa dessa postura residiria na ponderação de dois interesses em conflitos, liberdade do acusado e vida da pessoa por ele ameaçada, devendo o direito proteger o de maior valor, ou seja, a vida, sacrificando provisoriamente a liberdade²¹⁸.

LOPES JÚNIOR também admite a prisão preventiva do acusado que ameaçar a vítima, mas não pelo fato do crime de ameaça e sim por violação da obrigação imposta, que pode conduzir à decretação da *extrema ratio*, conforme admitido pelo artigo 282, parágrafo 4º, Código de Processo Penal²¹⁹.

Importante destacar que essa medida, quando tutela a produção de prova, não encontra nenhum óbice substancial, dado que ela se direciona eminentemente ao Processo Penal e não se presta a assegurar a sociedade de eventual perigo, como a medida anterior. Mesmo assim, ressalta-se, em caso de sua desnaturalização, caso funcione para coibir a reiteração delitiva (desempenhando função extralegal), como desejam alguns, incorrerá também na mesma crítica da medida anterior, sendo antecipação de sanção penal.

3.2.1.3 Proibição de ausentar-se da comarca

A terceira é a proibição de ausentar-se da comarca, quando sua permanência na jurisdição seja conveniente ou necessária à investigação ou instrução (artigo 319, inciso IV, Código de Processo Penal), podendo conciliar-se com proibição de ausentar-se do país (artigo 320 do mesmo diploma), também inserida pela Lei 12. 403/2011. Medida correlata já se encontrava no artigo 89, parágrafo 1º, inciso III, da Lei dos Juizados Especiais, como uma das condições que são impostas ao acusado para a suspensão condicional do processo.

Na tramitação do Projeto de Lei n. 4.208/2001, que culminou na lei em comento, a redação desse inciso se modificou algumas vezes. Na minuta original previa-se a possibilidade de ser usada como cautela final, isto é, para aplicação da lei penal, coibindo possível fuga, e, como cautela instrumental, apenas nos casos de necessidade da investigação ou instrução e não de mera “conveniência”. Entretanto, em sua tramitação na

²¹⁸ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas princípios e alternativas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 147-149.

²¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 866.

Câmara dos Deputados, a redação desse inciso foi modificada, incluindo a expressão *conveniência*, sem mencionar o risco de fuga como um dos elementos para sua incidência, bem como retirando a proibição de saída do país desse inciso e disciplinando-a em artigo separado²²⁰.

Para LOPES JÚNIOR a redação original era melhor, pois incluía a expressão “para evitar fuga”, já a expressão “conveniente”, ora adotada pela legislação, abre margem à discricionariedade judicial²²¹. Do mesmo modo, CRUZ afirma que:

[...] afigura-se inadequado relacionar uma medida cautelar restritiva da liberdade humana a razões de mera *conveniência*. A crítica vale também, *a fortiori*, para a redação do artigo 312, onde se prevê, como um dos motivos para a decretação da prisão preventiva, a “conveniência da instrução criminal”: deveria o legislador limitar-se tão somente a razões de efetiva necessidade de cautela, sob pena de afrontar a regra da excepcionalidade de toda medida dessa natureza²²².

Nota-se que a redação final do inciso, que se tornou parte integrante do Código de Processo Penal, além de incluir a expressão vaga “conveniência”, que permite, por sua elasticidade conceitual, abarcar fins alheios ao processo penal democrático, previu expressamente a finalidade de cautela instrumental a essa medida proibitiva. Não indica, pois, desígnio de evitar a fuga, principal objetivo do projeto de lei.

PACELLI, utilizando uma interpretação sistemática, admite seu uso para garantir a aplicação da lei penal coibindo a fuga, argumentando, principalmente, que a proibição de ausentar-se da comarca para os fins de instrução processual é de pouca efetividade, tendo em vista a garantia de não autoincriminação que assiste ao acusado, não podendo o indivíduo ser compelido a produzir prova contra si mesmo²²³. Essa garantia foi

²²⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas princípios e alternativas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 150-151.

²²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 867.

²²² CRUZ, Rogério Schietti Machado, *op. cit.*, p. 149-150.

²²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 510-511, segundo este autor, seria melhor a imposição dessa medida a fim diverso do que cominado pela lei, sendo mais branda que outra medida direcionada a coibir a fuga do acusado, como o comparecimento periódico em juízo, medida mais rigorosa. Também BONFIM afirma que ela deva ser usada para assegurar a aplicação da lei penal: “[...] verificando o juiz que o acusado ou investigado dê efetivas demonstrações de que pretende furtar-se à aplicação da lei penal, poderá o juiz impor a referida medida”. Acredita, ainda, que a sua eficácia dependerá de imposição cumulada com outra cautelar, como o comparecimento periódico em juízo, para apresentação, por exemplo, de comprovante de residência atualizado, in: BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403 de 04*

reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos paradigmáticos *habeas corpus* n. 77.135/SP²²⁴ e n. 83.096/RJ²²⁵, além do direito ao silêncio possuir assento constitucional (artigo 5º, inciso LXIII, Constituição Federal).

Conforme crítica de LOPES JÚNIOR, essa perspectiva de obrigar o autor a estar disponível para servir à instrução como objeto de prova está em oposição ao processo penal democrático, em que o acusado é visto como sujeito processual, não objeto. Ele também não vislumbra fundamento legal apto a obrigar o réu a não se ausentar da comarca para tutela da prova, uma vez que o mesmo tem que anuir com os procedimentos probatórios realizados com a sua participação²²⁶.

Para BORGES, essa medida não pode ser usada para fins diversos daqueles almejados na investigação ou instrução, não podendo ser utilizada, então, para coibir a fuga do acusado. Apesar do artigo 3º, Código de Processo Penal, admitir o recurso à interpretação extensiva e à analogia, estas não podem ser usadas para restringir direitos e garantias fundamentais, uma vez que:

A moderna hermenêutica constitucional destaca a “supremacia da Constituição” e a “interpretação conforme a Constituição” como princípios instrumentais de interpretação de qualquer lei ou ato estatal. A dignidade humana e o devido processo legal, de inegável matriz constitucional (art. 1º, inc. III e art. 5º, inc. LIV, da CR), não tolerariam que se avançasse sobre a esfera de direitos do acusado sem adequada e expressa previsão legal. Dessa forma, se o legislador subordinou à necessidade/conveniência da investigação ou da instrução, seu uso somente pode ser cogitado sob esta justificativa²²⁷.

De igual modo, BADARÓ afirma que o princípio da legalidade, em sua vertente taxatividade, não autoriza a aplicação da medida para finalidade diversa daquela prevista em lei:

de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

²²⁴ “Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio” (HC 77.135/SP).

²²⁵ “O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável” (HC 83.096/RJ).

²²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 867.

²²⁷ BORGES, Rafael. *Análise preliminar da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Discursos Seditiosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 447-459, 2012, p. 451.

[...] sendo as medidas cautelares pessoais regidas pelo princípio da legalidade, não se pode aceitar qualquer forma de poder geral de cautela, mormente quando se trata de ausência de medida específica, mas de pretender adotar uma medida legalmente prevista, para finalidade diversa da disposta em lei. O princípio da legalidade, em seu aspecto de taxatividade, vincula rigorosamente a aplicação da medida, à previsão legislativa, somente sendo cabível nos casos e modos previstos em lei. No caso, não há omissão, mas deliberada escolha do legislador quanto à finalidade da medida, exclusivamente voltada para a proteção ou tutela da atividade probatória²²⁸.

Da mesma maneira, LOPES JÚNIOR, mesmo não vislumbrando fundamento legal apto a justificar a imposição dessa medida para fins instrutórios, não admite que ela seja usada para fim diverso do que está presente na legislação, porque “[...] a medida deve ser utilizada nos limites legais e não subvertida”²²⁹.

A cautelar que proíbe a ausência da comarca, então, perde sua efetividade quando é cominada a ela a finalidade instrumental, uma vez que é eminentemente direcionada à garantia da aplicação da lei penal, coibindo o risco de fuga do acusado. Ou seja, o argumento da potencial eficiência que poderia advir dessa cautelar cai por terra, quando o legislador prevê a ela finalidade que está fora do processo penal democrático, já que o acusado não é mais objeto de prova e sim sujeito, que não está obrigado a ajudar na produção de provas a ele deletérias. Como está disciplinada na lei processual, ela só poderá cumprir funções extralegis, o que conduz à sua ilegitimidade. É a expressão de como o discurso da eficiência pode, paradoxalmente, conduzir a medidas ineficientes, ao menos aos seus objetivos manifestos.

3.2.2 Medidas impositivas de condutas

3.2.2.1 Obrigação periódica de comparecimento em juízo

²²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 767.

²²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 867.

A primeira delas é a obrigação periódica de comparecer em juízo, sendo que seus prazos e condições serão fixados pelo magistrado, a fim de que informe e justifique suas atividades (artigo 319, inciso I, Código de Processo Penal). Esta já tinha sido incluída no artigo 89, parágrafo 1º, inciso IV, da Lei dos Juizados Especiais, funcionando como condição de suspensão do processo (analogamente ao que ocorre nas proibições de frequência e acesso a determinados lugares e de ausentar-se da comarca), não se constituindo em inovação antes inexistente na dinâmica processual penal.

Todavia, na lei dos juizados especiais, era preciso a expressa concordância do acusado com as condições de suspensão do processo para que esta fosse aplicada, trocando a limitação da liberdade pela certeza de ter o processo contra si suspenso. Já como medida cautelar, ela prescinde de concordância do acusado, uma vez que é faculdade do juiz, implicando, pois, situação mais gravosa que aquela anteriormente existente²³⁰.

Encontra-se presente também no Processo Penal português, artigo 198, e italiano, artigo 282. Em Portugal, é facultado o comparecimento do imputado à polícia “criminal”²³¹, não só em juízo, como na legislação brasileira. Já na Itália, a obrigação é eminentemente direcionada à polícia judiciária, determinando o juiz em qual agência da polícia judiciária deverá se apresentar, bem como fixando os dias e horários para tanto²³². Sobre a ausência de previsão do comparecimento do acusado perante a autoridade policial para justificar suas atividades, LOPES JÚNIOR entende que o “modelo brasileiro optou pelo total controle judiciário da medida, desconsiderando a facilidade de aproveitar a estrutura policial (afinal, a polícia está em “todos” os lugares) e também a maior eficácia do controle”. O comparecimento perante a autoridade policial proporcionaria, ainda, menor

²³⁰ BORGES, Rafael. *Análise preliminar da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 447-459, 2012, p. 450.

²³¹ Artigo 198 “Se o crime imputado for punível com pena de prisão de máximo superior a seis meses, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de se apresentar a uma entidade judiciária ou a um certo órgão de polícia criminal em dias e horas preestabelecidos, tomando em conta as exigências profissionais do arguido e o local em que habita” in: GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal: anotado e comentado*. 12 ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 442-443.

²³² Artigo 282: “(Obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria). 1. Con il provvedimento che dispone l’obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, il giudice [279] prescrive all’imputato [60,61] di presentarsi a un determinato ufficio di polizia giudiziaria. 2. Il giudice fissa i giorni e le ore di presentazione tenendo conto dell’attività lavorativa e del luogo di abitazione dell’imputato”, in: LATTANZI, Giorgio. *Codice di Procedura Penale – annotato con la giurisprudenza*. 7 ed. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 1153.

ônus ao imputado, tendo em conta a capilaridade da estrutura policial, que poderia se dirigir ao local mais próximo de sua residência²³³.

Nos dois dispositivos alienígenas citados, aparece a obrigação do juiz fixar dias e horários para o comparecimento do imputado ante ao órgão de justiça ou polícia, o que não ocorre na lei brasileira, que remete à abstrata expressão “no prazo e nas condições fixadas pelo juiz”. Melhor seria que o legislador tivesse especificado esta para que não houvesse a possibilidade de prejudicar jornada de trabalho do imputado, permitindo predeterminação de dias e horários. Todavia, acredita-se que o juiz deva se atentar para a jornada de trabalho do imputado, buscando não prejudicá-la, em razão da medida cautelar se orientar ao menor dano possível dos direitos do imputado, tendo em vista seu potencial estigmatizante.²³⁴

Como condição da suspensão do processo, ela aparece com maior rigor técnico, já que prevê o comparecimento periódico de forma mensal, pessoal e obrigatória, algo que a redação do Código de Processo Penal não menciona. Todavia, se crê que, por se tratar de medida cautelar pessoal, haja a obrigação do comparecimento do acusado, devendo o juiz aplicar a medida com prudência e razoabilidade, a fim de evitar que os prazos curtos inviabilizem o comparecimento do acusado e os demasiadamente longos conduzam à inefetividade da obrigação²³⁵.

Importante trazer à baila que o comparecimento periódico em juízo não se confunde com a obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, presente no artigo 310, parágrafo único. Este constitui exceção, restrito às hipóteses de delito abarcado por excludente de ilicitude ante a prisão em flagrante. Já aquela tutela a aplicação da lei penal, não tendo muitos efeitos para a instrução penal, senão a localização do acusado para intimação, visto que sua participação na produção de prova depende de sua anuência, podendo ser imposta juntamente com a liberdade provisória em quaisquer casos²³⁶.

²³³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 863. CRUZ também menciona as legislações alemã e austríaca como exemplo daquelas que permitem o comparecimento perante outra autoridade que não a judicial, in: CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas princípios e alternativas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 145.

²³⁴ LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 863-864.

²³⁵ BONFIM, Edilson Mougén. *Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42-44.

²³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 864-865. De igual modo: CRUZ, Rogério Schiatti Machado, *op. cit.*, p. 145.

A utilidade dessa medida é muito questionável, porque na prática o indivíduo comparece ao cartório e assina um documento, apenas sendo indagado pelo escrevente se ainda reside no mesmo endereço. Deveria o juiz realizar uma audiência, para que o acusado comprovasse suas atividades, sendo feito efetivo controle e garantindo a aplicação da lei penal, o que não ocorre, mesmo que “informar e justificar atividades” conste expressamente do dispositivo²³⁷. É, pois, mais uma medida de duvidosa eficiência.

3.2.2.2 *Recolhimento domiciliar nos períodos noturnos e dias de folga*

Quanto à segunda medida impositiva de conduta, o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, esta poderá ser aplicada quando o acusado possuir residência e trabalho fixos (319, inciso V). Não encontra paralelo na legislação processual, aproximando-se da pena restritiva de direitos que limita os fins de semana do condenado (artigo 48, Código Penal), dispositivo de pouca efetividade prática, bem como da prisão-albergue (artigo 93, Lei de Execução Penal) destinada ao regime aberto. Conforme afirma BONFIM, ela é “natimorta”, ante a impossibilidade concreta de sua efetividade, em razão de ausência de fiscalização do poder público²³⁸.

Segundo BADARÓ, para que essa medida seja efetiva, o juiz poderá determinar à polícia judiciária e ao oficial de justiça que a fiscalizem, verificando a presença do imputado em seu domicílio. Todavia, esta será melhor fiscalizada se cumulada ao monitoramento eletrônico²³⁹. É também o que pensa LOPES JÚNIOR, para quem “[...] a medida poderá vir cumulada com o monitoramento eletrônico, por exemplo, para assegurar-lhe a máxima eficácia”²⁴⁰, no mesmo sentido, PACELLI aduz que “[...] deveria ser também imposto o *monitoramento eletrônico*, sem o qual restaria muito difícil a constatação efetiva da eficácia da medida”²⁴¹.

²³⁷BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 762.

²³⁸BONFIM, Edilson Mougenot, *op. cit.*, p. 49; CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas princípios e alternativas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 152.

²³⁹BADARÓ, Gustavo, *op. cit.*, p. 768.

²⁴⁰LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 868.

²⁴¹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 512.

Além da dificuldade de fiscalização, BORGES acredita que a aplicação dessa medida é inviabilizada, em razão de grande parte da clientela do sistema penal não ter empregos formais, muitas vezes realizando atividades profissionais ocasionais, não preenchendo o requisito de emprego fixo exigido para a imposição desta. Aduz, também, que “Essa medida tem baixíssima eficácia cautelar e é indício notório de um processo penal que se coloca a serviço da sociedade de classes, viabilizando o controle social dos pobres e marginalizados”²⁴².

BADARÓ questiona se realmente essa medida cumpriria as finalidades manifestas a que se destina:

Todavia, concretamente é difícil imaginar uma efetiva finalidade cautelar, instrumental ou final para a medida do inciso V. Não se imagina em que o recolhimento domiciliar possa auxiliar na investigação ou na instrução. Poder-se-ia objetar que, sem sair de casa durante a noite, o acusado não poderia destruir a prova, ameaçar testemunhas, corromper peritos etc. Entretanto, não poderia fazer tudo isso no período diurno? Ou mesmo durante a noite, por interposta pessoa? De outro lado, será no mínimo ingênuo acreditar que o recolhimento noturno poderá justificar uma cautela final, por impedir ou mesmo dificultar a fuga. Quem pretender se furtrar a aplicação da lei penal também poderá, sem esforços muito maiores, fugir durante o dia²⁴³.

Essa medida cautelar não desempenha, pois, os seus objetivos manifestos (cautela instrumental e final), mas fornece a possibilidade de ampliação do controle (e, porque não, da estigmatização) da clientela preferencial do sistema penal. Como inexistente função cautelar, ela só desempenha função de manutenção da ordem pública, visando à prevenção de novas infrações penais, o que é vedado pela lei processual, devido à necessidade de previsão taxativa dessa finalidade, em decorrência do princípio da legalidade.

3.2.3 Medidas restritivas de direitos em sentido estrito

²⁴² BORGES, Rafael. *Análise preliminar da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 447-459, 2012, p. 451.

²⁴³ BADARÓ, Gustavo, *op. cit.*, p. 768. LOPES JÚNIOR diz ser censuráveis os fins metacautelares de prevenção geral e especial que podem ser desempenhados pelo recolhimento domiciliar, in: LOPES JÚNIOR, Aury, *op. cit.*, p. 868. Contrariamente, PACELLI defende o uso dessa medida qualquer que seja sua finalidade, até mesmo para garantir a ordem pública, vide: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 511.

3.2.3.1 Suspensão da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira

A primeira dentre as restritivas é a suspensão da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, desde que haja justo receio de seu uso para a prática de infrações penais (319, inciso VI, Código de Processo Penal). Figura análoga já se encontrava no Código Penal, como efeito da condenação (artigo 92, inciso I), bem como pena restritiva de direitos (interdição temporária de direitos, artigo 47, inciso I).

Apresenta-se como cautela extraordinária, ou seja, visa coibir a reiteração delitiva. Conforme elucida BONFIM: “A suspensão da medida, anteriormente providência de cunho meramente administrativo, pode ser aplicada pelo próprio juiz penal, evitando a continuidade delitiva e a utilização da atividade e da função para a prática de crimes”²⁴⁴. Assim, procedimento próprio do processo administrativo, prévio ou concomitante ao curso do processo penal, ganha contornos cautelares.

De acordo com CRUZ, essa medida direciona-se precipuamente à criminalidade de colarinho branco, em que o sujeito ativo, por possuir significativo poder econômico ou político, poderia interferir na prova com facilidade ou reiterar a prática delitiva²⁴⁵. Desse modo, ao lado da cautela extraordinária (prevenir reiteração delitiva), o autor acima também admite o uso dessa medida como cautela instrumental (impedir a interferência do acusado no processo). PACELLI, de modo semelhante, afirma que: “[...] nada impedirá a sua imposição também, e excepcionalmente, por *conveniência* da instrução ou da investigação nos casos em que for fundado o receio de destruição das provas cujo acesso dependa do exercício da função pública ou da aludida atividade econômico-financeira”²⁴⁶.

Por apego ao princípio da taxatividade, não acreditamos que essa medida tenha função de assegurar a instrução, ela visa apenas prevenir a reiteração delitiva decorrente de exercício de função pública²⁴⁷(crimes contra a administração pública) ou de atividade

²⁴⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

²⁴⁵ CRUZ, Rogerio Schiatti Machado, *op. cit.*, p. 155. Também relaciona a medida aos crimes de colarinho branco BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 772.

²⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 513. O autor justifica essa postura afirmando que o apego à legalidade em matéria cautelar pode conduzir ao incremento da prisão.

²⁴⁷ Afirmando que a suspensão não atinge mandato eletivo: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 772 e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, *op. cit.*, p. 513.

econômica e financeira (crimes econômicos). Sua redação não dá margens à interpretação diversa, já que menciona explicitamente o “justo receio de sua utilização para a *prática de infrações penais*”.

De todo modo, destina-se somente às infrações penais relacionados ao desempenho da atividade laboral, como ensina BADARÓ, num primeiro momento: “[...]fica excluída sua aplicação no caso de acusados que estejam sendo investigados ou já tenham sido denunciados por crimes que não guardem relação com a função pública que exerçam porque, nesse caso, a função pública não contribuiria em nada para possibilitar a reiteração criminosa”²⁴⁸, afirmando também que “[...] é de se exigir um nexo causal entre a medida de suspensão da atividade econômica e o crime cometido”²⁴⁹.

LOPES JÚNIOR alega que essa medida é de discutível constitucionalidade, pois “Não se tutela o processo ou seu objeto, aproximando-se, tal medida a uma (ilegal) antecipação da função de prevenção especial da pena”²⁵⁰. Por conta de sua gravidade “Sempre deverá ser fundamentada a decisão que impõe tal medida, apontando especificamente no que consiste o receio de reiteração e não se admitindo decisões genéricas ou formularias”²⁵¹. Por sua vez, BADARÓ afirma ser “[...] impossível aceitar que a finalidade de “evitar a prática de infrações penais” se compatibilize com os escopos de medidas processuais penais que sejam verdadeiramente cautelares e, como tais, simplesmente assecuratórias e conservativas”²⁵².

Funcionando ela como antecipação de pena ou dos efeitos da pena, pertinente é a crítica de BORGES quanto à violação do princípio de presunção de inocência, assim, pode-se dizer que “A pretensão de utilizá-la como medida cautelar e, portanto, previamente à sentença judicial, fere o princípio de presunção de inocência e consagra hipótese de restrição de direitos incompatível com o processo de conhecimento inacabado”²⁵³.

Apesar de parecer inovadora e intimamente ligada aos acontecimentos seu tempo, notadamente em uma época onde a corrupção é noticiada diariamente pelos meios de comunicação, e à modernização do Direito Penal, que se dirige à criminalidade das classes detentoras do poder (econômico – crimes contra o sistema econômico-financeiro - e

²⁴⁸BADARÓ, Gustavo, *op. cit.*, p. 769.

²⁴⁹*Ibid.*, p. 772.

²⁵⁰LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 869.

²⁵¹*Ibid.*, *loc. cit.*

²⁵²BADARÓ, Gustavo, *op. cit.*, p. 769.

²⁵³BORGES, Rafael. *Análise preliminar da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 447-459, 2012, p. 452.

político - crimes contra a administração) tradicionalmente imunes à incidência do sistema penal, medidas com fins securitários e contornos muito parecidos a esta, já figurava na legislação penal antes mesmo de serem sistematizadas as medidas de segurança em 1940.

Como as medidas de segurança não eram conhecidas com essa nomenclatura no Código Penal de 1890, a suspensão do emprego público era tipificada genericamente como pena, mas desempenhava natureza assecuratória, em um momento em que a pena possuía natureza eminentemente retributiva e o arcabouço teórico da Escola Positivista Italiana começava a ganhar corpo no Brasil. Ela era estabelecida pelo artigo 43, alínea “g”, Código Penal de 1890, e disciplinada no artigo 57, do mesmo diploma e, mesmo dispondo sobre a perda de emprego público, excluía explicitamente a sua incidência no caso de mandato eletivo. É importante que se diga também, que ela decorria de condenação, não estando prevista sua aplicação no decorrer do processo.

A atual regulação da medida cautelar é omissa sobre a possibilidade da suspensão provisória da função pública decorrente de mandato eletivo, mas parte da doutrina defende que não poderia ser a este aplicada²⁵⁴. Advogando no sentido dessa impossibilidade, BADARÓ argumenta que essa suspensão representaria uma perda do mandato:

No caso brasileiro, em que a lei não estabelece prazo máximo de duração da medida, caso se interprete o conceito de função pública, de forma ampla, a abranger as funções decorrentes de mandatos eletivos, a suspensão poderá se prestar, facilmente, como um *mecanismo para cassação, de fato, do mandato eletivo* [...] significará, de fato, determinar a *perda* do cargo, com base em cognição sumária de órgão do Poder Judiciário, e sem observar o regramento constitucional²⁵⁵.

Quanto à suspensão de atividade econômico financeira, observa-se, a partir da leitura do Código Penal de 1890, que existia instituto similar, também eminentemente direcionado à garantia da segurança pública, contemplado em seu artigo 55, parágrafo único, não propriamente direcionado à suspensão, mas sim à privação do exercício de arte ou profissão, sendo sempre aplicada depois de cumprida a pena de prisão, desde que

²⁵⁴PACELLI advogava pela sua aplicação também a mandatos eletivos, mas mudou de posição em edições mais recentes de sua obra, entendendo que este “[...] vêm lastreado na livre manifestação do voto popular”, in: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 513.

²⁵⁵BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 770-771.

cominada junto a esta pelo tipo penal. Mesmo que esta se dirigisse à privação de atividades em geral e a cautelar somente àquelas econômica ou financeira, há de se convir que na expressão econômica exista a possibilidade que o magistrado a interprete de forma a abranger quaisquer tipos de atividades, em razão de sua abertura semântica²⁵⁶.

Diferentemente da proibição de frequência e acesso, a cautelar ora em exame não encontra paralelo tão direto em relação às medidas de segurança presentes na parte geral de 1940, a medida que lhe é mais similar é a interdição de estabelecimento comercial ou industrial, quando este serve à prática de novas infrações penais (artigo 99, revogada parte geral, Código Penal). A similaridade é em razão de ambas serem direcionadas, em parte, às atividades econômicas, sendo seu fim coibir a prática de novos delitos.

Todavia, a interdição direciona-se à pessoa jurídica, sendo patrimonial (apesar de afetar indiretamente as pessoas que lá trabalham), já a suspensão do exercício de função ou atividade de natureza econômico-financeira, direciona-se à pessoa, porém pode impactar também a empresa, como salienta LOPES JÚNIOR, levando “[...]a morte econômica de pessoas e empresas por um processo lento de asfixia”²⁵⁷, em decorrência de não haver prazos máximos de vigência da medida, sendo temporalmente indeterminada. De igual modo, BADARÓ alerta:

A extensão e amplitude de tal conceito poderão colocar em risco o direito ao trabalho e à livre iniciativa econômica. Ao mais, não se pode perder de vista que o CPP apresenta o grave vício de não estabelecer um prazo máximo de duração da suspensão que, somado com a conhecida demora de tramitação dos processos, poderá transformar a medida de suspensão de atividade econômico-financeira em uma *proibição de atividades econômico-financeiras* [...] não havendo limitação temporal, a medida poderia implicar, ainda que indiretamente, uma forma de o Poder Judiciário *proibir o exercício de determinadas atividades econômicas*, com base em cognição sumária e sem a observância de um prévio devido processo legal²⁵⁸ [grifo nosso].

²⁵⁶ Contra a possibilidade de abranger quaisquer atividades econômicas, BADARÓ argumenta que somente podem ser objeto dessa suspensão aquelas atividades que se sujeitam à regulamentação ou que exijam autorização legal, in: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 772.

²⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 869.

²⁵⁸ BADARÓ, Gustavo, *op. cit.*, p. 772. Para BADARÓ, seguindo os passos de dispositivo similar no ordenamento português (artigo 199.1, *a*, CPP português) que restringe a amplitude das atividades que podem ser objeto de suspensão, não se podem ser suspensas qualquer atividades econômico-financeiras, mas apenas aquelas “que sejam objeto de regulamentação legal ou que exijam autorização legal”.

A medida de segurança que interditava estabelecimentos comerciais ou industriais previa prazos mínimo e máximo de duração, sendo que poderia ser imposta por até seis meses. Imaginemos que seja imposta suspensão de atividade econômico ou financeira sem imposição de prazos, já que a lei não os determina e, levando em conta a lenta tramitação do processo penal, ela pode, inclusive, chegar a ser mais gravosa à atividade econômica do que a revogada medida de segurança, que era decorrente de uma sentença penal, não imposta sem que a cognição processual fosse esgotada, como a cautelar suspensiva.

Desse modo, acreditamos que, como a proibição de frequentar ou acessar determinados lugares, esta não atenda aos fins cautelares de proteção da instrução ou investigação e de garantia da aplicação da lei penal. Ela é uma medida de segurança aplicada na fase processual, em razão da periculosidade do agente e por tempo indeterminado, voltando-se mais para a prevenção especial negativa, ou seja, neutralização do perigo, até que sobrevenha uma sentença.

Mais preocupante que uma cautelar cumprindo fins de sanção penal antes da conclusão do processo penal é o afastamento automático do servidor público decorrente de indiciamento por lavagem de dinheiro, disciplinado pelo artigo 17-D, Lei n. 9613/1998, inserido recentemente pela Lei 12.683/2012. Nem se pode dizer que é cautelar, já que a ela não é oposta a jurisdição, nem tem que responder aos critérios de proporcionalidade, sendo medida eminentemente policial, fruto de uma visão policialesca e inquisitória incompatível com a matriz acusatória adotada pela Constituição Federal.

Conforme aduz ARAS, há uma inversão da lógica das cautelares bem como a transferência da função jurisdicional à autoridade policial, de modo que:

Não se exige fundamentação para afastar o servidor. Porém, o afastamento só cessará mediante decisão fundamentada do juiz. Ou seja, por absurdo, o dispositivo não exige tal motivação para a suspensão da atividade do servidor, o que viola o devido processo legal e o artigo 93, inciso IX, da Constituição, mas a impõe para restabelecer o status quo de quem ainda é presumivelmente inocente. Um disparate²⁵⁹.

²⁵⁹ ARAS, Vladimir. *O art. 17-D da Lei de Lavagem de Dinheiro*. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/804/o-art-17-d-da-lei-de-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em 20 set., 2016. Visando a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo já tramita uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob o n. 4911, junto ao Supremo Tribunal Federal. Também advoga contra o afastamento automático das funções de servidor público em decorrência de indiciamento OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 514.

Do exame desse dispositivo fica evidente o paulatino abandono do garantismo, na mesma proporção em que ganham força institutos jurídicos que visam assegurar cada vez mais a sociedade, todavia à custa do sacrifício de direitos fundamentais, de quem, por vezes, nem mesmo foi denunciado. O servidor é submetido, assim, à humilhação pública, muitas vezes televisionada, atribuindo-lhe prematuramente o rótulo de delinquente a fim de apaziguar o clamor público.

3.2.3.2 Internação provisória

A possibilidade de internação provisória do acusado figura como segunda medida cautelar restritiva de direitos propriamente dita, sendo adstrita às hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, quando concluírem os peritos se tratar de sujeito inimputável ou semi-imputável, desde que haja risco de reiteração criminosa (artigo 319, inciso VII, Código de Processo Penal), cumprindo a função de cautela extraordinária. BADARÓ afirma que antes do advento da lei 12.403/2011 já era possível que a prisão preventiva fosse cumprida em instituição psiquiátrica, por interpretação dos artigos 2º, parágrafo único, e 108, Lei de Execuções Penais²⁶⁰.

É direcionada especificamente a autores que não são passíveis de responsabilização (de forma plena ou parcial) em âmbito penal. Ao contrário do Código de Processo Penal, a lei n. 12.403/2011 não distinguiu inimputabilidade à época do fato (artigo 151, Código de Processo Penal) e inimputabilidade superveniente (artigo 152, Código de Processo Penal). Pode, então, ser aplicada aos inimputáveis ou semi-imputáveis se essa for preexistente ou superveniente.

Quanto às hipóteses de semi-imputabilidade, SANTORO FILHO advoga somente ser cabível a aplicação da internação se o laudo pericial que atestá-la contiver expressamente a conveniência da aplicação desta, analogamente à substituição da pena determinada pelo artigo 98 do Código Penal, aliada ao prognóstico desfavorável de reiteração delitiva²⁶¹. O autor busca alguma segurança jurídica exigindo a conveniência da

²⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 774.

²⁶¹ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Medidas Cautelares no Processo penal*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 55.

internação e o prognóstico desfavorável, porém, estes são extremamente subjetivos, não sendo possível afirmar com certeza que um sujeito cometerá um crime no futuro²⁶².

No que se refere ao laudo pericial, LOPES JÚNIOR alerta para possibilidade deste viciar nova avaliação do indivíduo que já possuirá o rótulo de doente mental. Dada a urgência das cautelares, pode acontecer do laudo não ser realizado a tempo, criando-se a categoria de “louco temporário”, além dessa avaliação, quando realizada, ser muito subjetiva, revelando “a temível fundição do discurso jurídico com o da psiquiatria, gerando uma ditadura do modelo clínico com efeitos penais”²⁶³.

Como argumenta BADARÓ, não se acredita que a medida desempenhe função cautelar, sua finalidade é de assegurar a ordem pública. Desse modo, é difícil sua compatibilização com o princípio da presunção de inocência²⁶⁴. Ela tutela a periculosidade do sujeito, o que fica claro na referência que o dispositivo faz à reiteração de delitos praticados com violência e grave ameaça, “Tudo a indicar, como dito, que a medida tem nítida finalidade de “segurança da sociedade”, e não de um escopo terapêutico, visando à recuperação do inimputável ou semi-imputável”²⁶⁵.

Conforme aduz BORGES, “Mais uma vez, a literalidade do dispositivo depõe contra a sua (pretensa natureza) cautelar. Na prática, o legislador criou hipótese de prisão provisória para inimputáveis e semi-imputáveis com fundamento na garantia da ordem pública”²⁶⁶.

A função de garantia da ordem pública desempenhada pela internação provisória fica evidente nas palavras de CRUZ:

²⁶² SÁ, analisando aspectos do exame criminológico, direcionado aos imputáveis na fase de execução, principalmente em razão da obtenção de benefícios, afirma que na análise do potencial da reincidência o contexto pode mudar o resultado da avaliação: “[...] se se consideram isoladamente a agressividade e a atitude oposicionista de um examinado, elas serão “friamente” interpretadas como indicadores de probabilidade de reincidência tal como previsto nas tabelas de índices. Por outro lado, se tais características forem analisadas no contexto de marginalização, de vulnerabilidade (que pode ser atestado pelo histórico de lar desagregado, fugas do lar etc., e pela própria experiência de encarceramento), elas poderão ser interpretadas como legítimos mecanismos de defesa do indivíduo, necessários à sua sobrevivência, perante o ambiente que lhe apresenta hostil” in: SÁ, Alvin August de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*: proposta de um modelo de terceira geração. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Se quanto aos imputáveis já condenados não existe a certeza sobre a prática de infrações penais futuras, com muito menos credibilidade se queda o prognóstico realizado pelo laudo pericial de inimputabilidade na fase processual para fins de internação provisória.

²⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 870.

²⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 773-775.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 775.

²⁶⁶ BORGES, Rafael. *Análise preliminar da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 447-459, 2012, p. 453.

Essa diferenciação [inimputabilidade ou semi-imputabilidade à época do fato ou superveniente] perde relevância desde que se tenha a medida ora analisada como efetivamente de cunho cautelar, *destinada a proteger a ordem pública, potencialmente ameaçada pelo comportamento perigoso do acusado*, assim definido em prova pericial. A situação hipotética renderia ensejo à prisão preventiva – presentes, evidentemente, os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal -, substituível, porém, pela internação provisória do acusado, providência menos gravosa²⁶⁷.

Não se pode concordar, como afirma CRUZ, que a internação provisória, quando garanta a ordem pública, realmente funcione como cautelar. Quando se direciona a esse objetivo, ela cumpre a função de neutralização do indivíduo, ou seja, de prevenção especial negativa, para que o sujeito, por sua periculosidade inerente, não represente risco à ordem instituída. As finalidades preventivas são inerentes à sanção penal, não às medidas alternativas que visam acautelar o processo, visto que estas devem ser instrumentais. A prevenção da reiteração delitiva que se objetiva com essa cautelar só poderia ser admitida como válida se partisse de uma medida de segurança decretada após o advento de uma sentença penal.

Alegar que ela é menos gravosa que a prisão provisória, pois possibilitaria tratamento do indivíduo, é desconhecer a realidade das instituições psiquiátricas direcionadas à execução penal no Brasil e os fins que estas realmente cumprem. Conforme bem coloca LOPES JÚNIOR: “A situação é ainda mais preocupante se considerarmos as condições em que se encontram os manicômios judiciários, onde, não raras vezes, o acusado entra imputável e sai completamente louco”²⁶⁸.

Nessa quadra, importante lembrar, em conformidade com os ensinamentos de PACELLI, que essa medida já era contemplada pelo processo penal brasileiro desde 1941²⁶⁹, na internação do acusado em caso de doença superveniente, disciplina no artigo 152, parágrafo 1º, Código de Processo Penal, aparecendo com outra roupagem a partir de 2011, mas com o mesmo conteúdo. CRUZ reforça ainda mais essa percepção, já que

²⁶⁷

²⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 870.

²⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 515.

assevera que essa medida cautelar preenche uma lacuna no sistema normativo, em razão do afastamento da validade da internação superveniente no curso do processo.²⁷⁰

A internação, nesse caso, é muito criticável em razão de violar o princípio da presunção de inocência, implicando antecipação de sanção, que nem sequer se pode afirmar se será aplicada ao final do processo, pois este poderá ser retomado somente após a recuperação do acusado, ou seja, a lei condiciona a duração dessa internação ao retorno da condição de imputável do indivíduo, sendo, pois, temporalmente indeterminada.

Assim, no decorrer do processo será aplicada uma “medida de segurança provisória” e, se o acusado se restabelecer, será a ele cominada uma pena, uma situação deveras inexplicável em um sistema de sanções penais vicariante, uma vez que efetivamente serão aplicadas duas sanções diversas, não justificáveis pelo tratamento que necessitaria o sujeito em fase prévia à condenação, mas sim pela periculosidade (medida de segurança provisória) e culpabilidade (pena), sendo que a primeira não tem relação direta com o fato delituoso, pois a condição que dá ensejo a ela é superveniente.

PACELLI, em comentário à internação do artigo 152, parágrafo 1º, Código de Processo Penal, é por sua revogação, conforme justifica:

É preciso ter sempre em conta que a privação da liberdade daquele submetido a processo penal ainda não sentenciado definitivamente, isto é, com decisão passada em julgado, será sempre uma custódia (recolhimento a estabelecimento prisional ou mesmo hospital, no caso de inimputável) do *inocente*, a exigir, portanto ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme dispõe o art. 5º, LXI, da CF [...] pela impossibilidade de se poder adotar qualquer tipo de critério hermenêutico que permita viabilizar a aplicação simultânea da referida norma de internação (por tempo indeterminado) e do princípio constitucional da inocência, precisamente em razão da indeterminação temporal, somos pela revogação do citado art. 152, § 1º, configurador de verdadeira antecipação dos resultados finais de uma ação penal condenatória²⁷¹.

²⁷⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas princípios e alternativas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 156-157. Apesar de concluir pela invalidade da internação prevista no artigo 152, parágrafo 1º, Código de Processo Penal, CRUZ não estende essa invalidade à cautelar, uma vez que considera a prevenção da prática de novas infrações penais como finalidade legítima a ser desempenhada pela medida cautelar.

²⁷¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 323. Defende a legitimidade da medida de segurança provisória (antes mesmo do ressurgimento dela como cautelar de internação provisória): PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e processo penal*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 67-71, usa para tanto o argumento da temibilidade do criminoso e do perigo que o mesmo representaria para o “seio social”.

Também somos pela revogação desse dispositivo por implicar restrição ilegal e muito grave aos direitos fundamentais do acusado, além do que, como argumenta LOPES JÚNIOR, “Aqui reside um grande problema, pois muitas doenças mentais não são passíveis de “cura”, mas apenas “controláveis” em maior ou menor grau, com tratamento e uso de medicamentos. Logo, a rigor, o processo ficará indefinidamente suspenso”²⁷².

A redação do artigo 319, inciso VII, Código de Processo Penal, prevê expressamente que a internação somente será aplicável em crimes praticados com violência ou grave ameaça, então não tem uma aplicação tão abrangente quanto a medida do artigo 152, parágrafo 1º, aplicável a quaisquer crimes, porque não guarda correlação com eles. Porém, a cautelar poderá ser decretada tanto à inimputabilidade ou semi-imputabilidade preexistente (época do fato) quanto à superveniente, já aquela só será aplicável em razão da superveniência de doença mental, o que impossibilita a afirmação que a segunda é realmente mais gravosa que a primeira e vice-versa.

Afirma-se que medida correlata à cautelar ora examinada era autorizada pela antiga parte geral do Código Penal, em seu artigo 80, caput, em relação aos doentes mentais (revogado artigo 22), ébrios habituais e toxicômanos. Essa não representa novidade alguma como instituto processual, tanto é assim que MARQUES já elencava a aplicação provisória de medidas de segurança no rol das medidas cautelares, ao lado da prisão processual:

As medidas cautelares, conexas instrumentalmente à *persecutio criminis*, são as seguintes: a prisão preventiva, a prisão em flagrante, a prisão provisória, a interdição provisória de direitos, a aplicação provisória de medidas de segurança – na classe das providências coercitivas [...] ²⁷³.

Era facultado ao juiz antecipar as medidas de segurança cabíveis ao final do processo, não condicionando necessariamente à gravidade do crime, como o faz essa medida cautelar. Acredita-se que há correlação histórica entre a previsão do cumprimento provisório de medida de segurança no Código Penal de 1940 e os dispositivos que a disciplinavam, como a superveniência de inimputabilidade, no Código de Processo Penal

²⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 872. Esse autor também alerta para a impossibilidade de existir uma internação “provisória definitiva”.

²⁷³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. rev. atual. Campinas: Millennium, 2009, v. 4, p. 14.

de 1941. O que, porém, como acima explicitado, é de duvidosa legitimidade atualmente, mormente quanto ao sistema acusatório adotado pela Constituição Federal.

O parágrafo único do artigo 80 previa a detração do tempo cumprido na internação provisória no prazo mínimo de duração da medida de segurança. Entretanto, como cautelar, não há a previsão legal de detração²⁷⁴ do tempo cumprido de internação provisória na sanção efetivamente aplicada, o que reforça a percepção do caráter autônomo dessa medida, exercendo função de sanção penal no decurso do processo, “pós-delitiva” (uma vez que só existe processo penal por fato típico cometido no passado), mas anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, aplicada ao imputado, cuja única presunção constitucional e democraticamente aceita é a de inocência e não periculosidade, que impõe uma valoração própria do momento da condenação (ou absolvição imprópria).

3.2.3.3 Monitoramento Eletrônico

A nona medida é o monitoramento eletrônico (artigo 319, IX, Código de Processo Penal). Essa tecnologia, que já havia sido introduzida no ordenamento brasileiro pela Lei n. 12.258/2010, autorizando sua utilização no contexto da execução penal em razão de saídas temporárias no semiaberto (artigo 146-B, inciso II, Lei de Execução Penal) e cumprimento de pena em prisão domiciliar (artigo 146-B, inciso IV, Lei de Execução Penal), passa a ser usada como cautelar. Conforme relatório do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) sobre a implementação dessa medida, “A monitoração que ficava restrita à fase da execução penal, é ampliada ao público não sentenciado no curso do inquérito policial e

²⁷⁴ A doutrina processual penal admite à detração do tempo de imposição de cautelares, mas reconhece à margem de arbítrio concedida ao juiz pela lei. Como firma BOTTINI “Se a *detração* da *prisão* tem por fundamento o princípio da *equidade* e a *vedação ao bis in idem*, deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja outro qualquer, mesmo assim a lei dá margem arbítrio judicial nessa questão, cabendo ao juiz admitir ou não tal detração, uma vez que não é obrigatória”, in: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mais reflexões sobre a Lei 12.403/11. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, n. 223, p. 13, jun., 2011. Especificamente tratando de internação provisória, BADARÓ afirma: “Por implicar privação de liberdade, o tempo em que o investigado ou acusado inimputável ou semi-imputável ficar submetido à internação provisória deverá ser considerado para fins de detração penal, seja em relação à eventual pena, seja quanto ao prazo mínimo de aplicação da medida de segurança”, in: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012, p. 775.

mesmo aos acusados ao longo da ação penal.”²⁷⁵. Assim, amplia-se o controle penal para além da execução e até mesmo para antes do início do Processo Penal.

Conforme advoga BORGES, essa só poderá ser usada quando expressamente autorizada pelo acusado ou indiciado, como se percebe no excerto: “Tal ingerência no corpo do acusado, verdadeiro instrumento de biopoder, não poderá ser realizada à revelia de consentimento expreso. Diante da resistência do acusado, o ideal é que lhe submeta medida cautelar distinta”²⁷⁶. O relatório do DEPEN alerta ainda que, a despeito de seu potencial de desencarceramento, “o que observamos é a utilização dos serviços com vistas a ampliar o controle penal”²⁷⁷.

De modo semelhante à BORGES, PACELLI afirma que fere a dignidade humana colocar dispositivos de monitoramento no corpo da pessoa (monitoramento ativo), em razão do constrangimento que lhe é imposto. Entretanto, afirma que, quando o monitoramento consiste em ligações telefônicas e reconhecimento de voz (monitoramento passivo), para verificar se o agente encontra-se em determinado lugar, não há a necessidade de sua autorização, tendo em vista a baixa ingerência nos direitos individuais dele²⁷⁸.

PACELLI, ainda, acredita que esse instituto possui caráter excepcional, em razão de ser pensado não como uma medida cautelar, mas como uma alternativa à pena de prisão já imposta por meio de condenação. Desse modo, afirma que ela não deve ser aplicada sozinha, mas sim como garantia do cumprimento de outras cautelares que demandam maior grau de fiscalização, como o recolhimento domiciliar e a proibição de frequentar determinados lugares²⁷⁹.

O relatório do DEPEN também salienta que nos casos em que a monitoração eletrônica é aplicada como cautelar ou como medida protetiva de urgência, há uma dificuldade em aferir se ela está sendo realmente utilizada como alternativa ao cárcere ou como alternativa à liberdade, ou melhor, se ela se presta a prevenir a entrada do acusado no cárcere ou impor uma medida indevida quando apenas caberia responder em liberdade sem

²⁷⁵ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil*. Brasília: 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-primeiro-diagnostico-nacional-sobre-monitoracao-eletronica-de-pessoas>>. Acesso em: 20 ago., 2016, p. 25.

²⁷⁶ BORGES, Rafael. *Análise preliminar da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 447-459, 2012, p. 455.

²⁷⁷ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, *op. cit.*, p. 26.

²⁷⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 517-518.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 517.

nenhuma restrição aos seus direitos. Isso se deve em parte aos baixos índices de utilização, ou seja, em um universo de mais de 250.000 presos provisórios, o monitoramento eletrônico é aplicado apenas a 1.450 pessoas, de pouco impacto, pois, na diminuição do número de presos provisórios²⁸⁰.

Pode-se dizer que a imposição desse tipo de medida não altera a lógica punitiva em que a mesma encontra-se inserida. Assim, os funcionários responsáveis pela sua fiscalização, em geral se frustram quando é violada, por essa violação não conduzir automaticamente à prisão, alternativa entendida por eles como mais eficiente²⁸¹. O relatório do DEPEN termina por concluir que ela não se configura, na atual conjuntura, como alternativa à prisão, mas sim como instrumento que auxilia na ampliação do controle penal, a despeito do fomento direcionado aos serviços de monitoramento cautelar:

Observamos que a monitoração eletrônica não vem se configurando como uma alternativa à prisão, mas como um instrumento aliado aos movimentos de controle social e de recrudescimento do poder punitivo. Notamos, por outro lado que, desde o final do ano de 2013, o DEPEN vem fomentando os serviços nos casos das medidas cautelares diversas da prisão e das medidas protetivas de urgência²⁸².

Em outro estudo conduzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o uso do monitoramento eletrônico é visto de forma positiva, apesar de se reconhecer seu potencial estigmatizante, sua aplicação a casos pouco graves e ausência de impacto significativo na redução do encarceramento. O relatório do IPEA apresenta alternativa interessante, uma vez que afirma que a prisão processual poderia ser plenamente substituída pelo monitoramento eletrônico, se este vier acompanhado do recolhimento domiciliar²⁸³.

No entanto, entendemos que esse último relatório peca ao associar esses mecanismos cautelares à prevenção de crimes violentos, uma vez que o processo penal não

²⁸⁰ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil*. Brasília: 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-primeiro-diagnostico-nacional-sobre-monitoracao-eletronica-de-pessoas>>. Acesso em: 20 ago., 2016, p. 37.

²⁸¹ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, *op. cit.*, p. 46.

²⁸² *Ibid.*, p. 50.

²⁸³ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA. *Aplicação de Penas e medidas alternativas: Relatório de Pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_pena_s.pdf>. Acesso em: 20 ago., 2016, p. 94.

deve se prestar a exercícios de futurologia. Cada crime desenvolve-se em um contexto diferente, com atores diferentes e, através dos mecanismos processuais atualmente existentes, ainda não é possível prever se e quando um crime será cometido. Se a cautelar for aplicada em razão de finalidades próprias da sanção penal, perde seu caráter instrumental cautelar, constituindo-se em antecipação da própria sanção, que, em fase processual ou pré-processual, ainda é incerta.

Ainda, como alerta SANTORO FILHO, os altos custos da monitoração podem inviabilizar sua utilização, o que já se verifica em fase de execução²⁸⁴. O relatório do IPEA sobre o tema também pede maior investimento e aperfeiçoamento dos instrumentos cautelares de garantia da aplicação da lei penal, para implementar realmente uma política criminal alternativa à prisão²⁸⁵.

3.3 ANÁLISE CRÍTICA

A despeito do propalado pela maioria da doutrina processual, as cautelares alternativas não vêm representando um decréscimo da população carcerária provisória. Na verdade o percentual aumentou de 34% do total de presos para 40%, segundo o último levantamento (dezembro de 2014) feito pelo Departamento Penitenciário Nacional²⁸⁶.

Realmente o projeto de lei que veio a se tornar a Lei 12.403 tramitou lentamente durante cerca de 10 anos no parlamento brasileiro, distanciando-se do que é conhecido como legislação penal de emergência²⁸⁷, todavia nem todos os avanços deste foram mantidos e foi preterido projeto mais benéfico que reformularia todo processo penal²⁸⁸. Do exame das cautelares, parece que o parlamento privilegiou uma visão inquisitiva do

²⁸⁴SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Medidas Cautelares no Processo penal*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 56.

²⁸⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA, *op. cit.*, p. 94.

²⁸⁶ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional das Informações Penitenciárias: INFOPEN – Dezembro de 2014. Brasília: 2015. Disponível: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 20 de ago., 2016, p. 15.

²⁸⁷ Conforme BECHARA “A esse Direito decorrente da pretensa resposta imediata do Estado à demanda social de segurança podemos chamar Direito Penal de Emergência, caracterizado pela perda do caráter subsidiário e fragmentário e pela nítida assunção da missão de instrumento político de segurança”, in: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 411-436, jan./dez., 2008, p. 413.

²⁸⁸ COUTINHO, Jacinto. Mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Boletim do IBCCRIM*, ano 19, n. 223, jun., p. 4. 2011, p. 4.

processo penal, apesar de opor alguns princípios às cautelares (como taxatividade, proporcionalidade e contraditório), perseguindo com algumas delas funções que em nada contribuem para o regular andamento do processo e para a garantia da aplicação da lei penal, mas sim a garantia da ordem pública, sob a qual é possível recair quaisquer justificativas.

Além do que, o legislador não determinou prazos máximos para imposição dessas cautelares, ou seja, vigem durante o processo por prazo indeterminado e se considerarmos a lenta tramitação do processo penal, podem se constituir em restrição mais gravosa aos direitos do imputado que a própria sanção aplicada. A indeterminação temporal as aproxima de uma das características das medidas de segurança.

Não só isso, a ausência da previsão de detração penal das medidas cautelares alternativas na sanção concretamente aplicada ao fim do processo, deixa espaço à discricionariedade judicial, abrindo caminho para que esta se constitua em sanção processual autônoma, muitas vezes desconectada do crime objeto da ação penal.

A ausência de fiscalização do poder público, e a ineficácia de várias dessas medidas, que só cumpririam seus fins se cumuladas ao monitoramento eletrônico, bem como a resistência do Poder Judicial em aplicá-las demonstrada por diversos estudos²⁸⁹, põe em dúvida o discurso de eficiência que coloniza o direito e processo penal.

A última aproximação das cautelares alternativa às medidas de segurança é que a algumas daquelas é prevista a finalidade de evitar a prática de infrações penais futuras, ou seja, evitar a reiteração delitiva, que foi pensada nos primórdios da sistematização dos instrumentos assecuratórios como fundamento apto para aplicação de medidas de segurança pós-delitivas, baseadas em tipos normativos de autor. Entretanto, essas medidas de segurança eram posteriores ao trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, visando, principalmente, neutralizar a periculosidade do indivíduo.

²⁸⁹ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Liberdade em foco: Redução do uso abusivo da prisão provisória na cidade de São Paulo*. Abril de 2016. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/RELATORIO-LIBERDADE-EM-FOCO.pdf>>. Acesso em: 20 ago., 2016; DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil*. Brasília: 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-primeiro-diagnostico-nacional-sobre-monitoracao-eletronica-de-pessoas>>. Acesso em: 20 ago., 2016; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA. *Aplicação de Penas e medidas alternativas: Relatório de Pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_pena_s.pdf>. Acesso em: 20 ago., 2016.

A proibição de frequentar e acessar determinados lugares, a suspensão da função pública ou de atividade econômico-financeira e a internação provisória, parecem reedição de medidas de segurança que foram deslegitimadas há muito tempo, ainda pior: as duas primeiras direcionadas aos imputáveis, vilipendiando o sistema vicariante de aplicação de sanções penais presente na legislação material.

Quanto ao monitoramento eletrônico, pela amplitude que pode assumir, considera-se que este é mais um modo de fiscalização de outras cautelares do que uma cautelar em si, pois seus fins não são muitos claros, fazendo com que ele pareça uma reedição tecnológica da liberdade vigida, que atuava como medida de segurança não detentiva na Parte Geral do Código Penal de 1940.

Tentar-se-á no capítulo posterior situar a problemática das cautelares alternativas que desempenham função de medida de segurança em uma concepção de seguridade cidadã que vêm se impondo cada vez mais fortemente no lugar antes ocupado pelo garantismo penal, buscar-se-á também confrontá-las com alguns princípios penais constitucionais.

CAPÍTULO 4 EXPANSÃO PENAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

4.1 MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E SEGURANÇA CIDADÃ

O binômio do Direito Penal atual se divide entre posturas reducionistas e expansivas, dentro do que se pode denominar modernização do Direito Penal²⁹⁰. Este vem primordialmente abarcar os fenômenos da sociedade de risco, dirige-se, pois, à contensão de novos riscos, próprios das sociedades contemporâneas, visando proteger bens jurídicos coletivos e transindividuais. Pode-se dizer que ele é político criminalmente direcionado a classes que, por conta do poder econômico ou político são imunes à incidência do Direito Penal²⁹¹, abarcando, por exemplo, condutas relacionadas a ofensas ao meio ambiente²⁹², ao sistema econômico-financeiro, bem como aquelas decorrentes da globalização e do avanço tecnológico-científico.

No entanto, o esforço de parte da doutrina parece ser no sentido que esse novo Direito Penal não implique efetivamente sanção gravosa como aquele liberal²⁹³ que incide

²⁹⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do Estado de Direito (social e democrático). Trad. Érika Mendes de Carvalho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: n. 88, p. 95-142, 2011.p. 99.

²⁹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-01, p. 01-37, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>>. Acesso em: 15, ago., 2016.

²⁹² Em matéria de direito penal do ambiente, essencial a leitura de MENDES DE CARVALHO e ANDRADE, que denunciam a administrativização presente na Lei 9.605/98, em que muitos tipos não comportam lesividade alguma, protegendo meras funções administrativas, segundo as autoras “Alguns tipos penais da Lei 9.605/98 efetivamente apresentam traços característicos de um processo de administrativização exacerbado e de uma proteção conferida meramente às funções da Administração Ambiental, e não ao bem jurídico ambiente. Tudo isso contribui para corroborar os argumentos expendidos pelo discurso de resistência à expansão do Direito Penal. Com efeito, é possível apontar dezenas de tipos penais nos quais se constata o reenvio normativo a conceitos, a atos administrativos ou à normativa administrativa em geral”, in: CARVALHO, Érika Mendes de; ANDRADE, Addressa Paula de. Fraturas impostas ao sistema penal ambiental brasileiro pela lei 9.605/98. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). *Fraturas do Sistema Penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 201-228, p. 212.

²⁹³ Argumenta SILVA SÁNCHEZ que a adoção de um modelo de Direito Penal com garantias e regras de imputação flexibilizadas implica abdicar da cominação de penas de privativas de liberdade: “*Si nos atenemos al modelo sugerido, sólo hay dos opciones: la primera, que tales delitos se integren en el núcleo del Derecho penal, con las máximas garantías (en lo relativo a la legalidad, la proporcionalidad, la lesividad, la prueba, etc.) y las más rigurosas reglas de imputación (de la imputación objetiva, la autoría, la comisión por omisión, etc.); y la segunda, que se mantenga la línea de relativización de principios de garantía que ya hoy está acompañando a tales delitos, en cuyo caso debería renunciarse en ellos a la*

principalmente nas classes subalternas²⁹⁴. Os novos bens jurídico-penais exigem uma nova configuração da teoria do delito, por exemplo, antecipando a punibilidade para atos preparatórios, que sozinhos não importam lesividade, fato que, segundo alguns, leva à flexibilização de princípios penais de garantia e, em decorrência dessa flexibilização, a sanção não poderá ser tão gravosa. Dessa forma, surgem propostas como a de SILVA SANCHEZ, com a compartimentação do Direito Penal em diferentes níveis (Direito Penal de primeira e segunda velocidade²⁹⁵) ou a de HASSEMER de um Direito de Intervenção (*Interventionsrecht*)²⁹⁶, novo ramo do Direito que conjugaria elementos administrativos, civis e penais para que o núcleo do direito penal liberal fosse preservado, não sofrendo com o abandono das garantias penais e processuais.

Para a hipótese ora tratada nesse trabalho – medidas cautelares alternativas operando como medidas de segurança –, o problema central da expansão do Direito Penal não reside precipuamente na isenção das classes economicamente privilegiadas da incidência da pena privativa de liberdade, mas sim do uso de seu discurso para abraçar não a nova criminalidade (tutela de novos bens jurídicos e tipificação penal de novas condutas) advinda dos novos riscos (tecnológicos ou globais), mas sim a criminalidade quotidiana ou

conminación con penas de prisión que ahora existe”, SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. rev. ampl. Madrid: Civitas, 2001, p. 156.

²⁹⁴ BARATTA ensina que “O funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, seja no que diz respeito à proteção outorgada aos bens e aos interesses, seja no que concerne ao processo de criminalização e ao recrutamento da clientela do sistema (a denominada população criminal). Todo ele está dirigido, quase que exclusivamente, contra as classes populares e, em particular, contra os grupos sociais mais débeis, como o evidência a composição social da população carcerária, apesar de que os comportamentos socialmente negativos estão distribuídos em todos os extratos sociais e de que as violações mais graves aos direitos humanos ocorrem por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que fazem parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais”, BARATTA, Alessandro. *Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal*. Trad. Francisco Bissoli Filho, p. 1-22. Disponível em: <<http://danielaferli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>>. Acesso em 9, out., 2013, p. 4.

²⁹⁵ SILVA SANCHEZ defende ser impossível a manutenção de um Direito penal unificado, sendo que: “*El conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible (convertido en un indeseable soft law) y un Derecho penal mínimo y rígido —seguramente imposible— debe hallar así una solución en el «punto medio» de la configuración dualista [...] Así, se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión*”, in: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. rev. ampl. Madrid: Civitas, 2001, p. 160. Percebe-se que sua postura é de resistência ao discurso de modernização do Direito Penal.

²⁹⁶ HASSEMER escreve que: “*Bajo esta expresión quedan comprendidos aquellos instrumentos que pueden responder mejor que el Derecho penal a la demanda actual y futura solución de problemas. Estos instrumentos están aún en gestación y han de ser desarrollados, incluso teóricamente [...] En la medida en que se logre desarrollar un Derecho de intervención, podremos liberar al Derecho penal en el futuro de expectativas de prevención que no puede cumplir y que a la larga lo arruinan*”, in: HASSEMER, Wilfried. *Perspectivas del Derecho penal futuro*. Trad. Enrique Anarte Borralló. *Revista Penal*, Barcelona, a. 1, n. 1, p. 37-41, jan., 1998, p. 40.

criminalidade “de rua” (patrimonial convencional), já há muito conhecida. Assim, sanciona-se com maior severidade principalmente aqueles crimes relacionados com a ideia de periculosidade, seja pela reincidência seja pela gravidade do crime, como os crimes sexuais, tráfico de drogas, o terrorismo e organizações criminosas (nesses três últimos âmbitos as facilidades organizativas que lhes proporciona a sociedade tecnológica não são seu aspecto mais importante)²⁹⁷.

Na contramão do que ocorre com as condutas ofensivas aos novos bem jurídicos, cuja flexibilização das categorias penais implica pena atenuada, o discurso de modernização do Direito Penal é pervertido²⁹⁸, a fim de que, frente aos autores perigosos de crimes tradicionais, a flexibilização de garantias e princípios penais implique, paradoxalmente, mais pena ou aumento do controle penal. Dessa forma, legitima-se um Direito de medidas para (ou contra) o indivíduo perigoso, tendo como finalidade a neutralização dele, ou seja, com função somente preventiva geral negativa, funcionando como mecanismo de segurança da sociedade para a manutenção da paz ou ordem pública.

O Direito Penal assumiria, então, o modo de raciocinar próprio do ilícito administrativo, cuja lesividade não é considerada concretamente, mas globalmente (perigo). O cerne do Direito Administrativo é o todo, não se regulando pela estrita legalidade, mas sim por critérios de oportunidade e conveniência, já que o determinante é a visão macroeconômica ou macrossocial, ou seja, as “grandes cifras”, o “problema

²⁹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-01, p. 01-37, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>>. Acesso em: 15, ago., 2016, p. 9.

²⁹⁸ Direito penal de Segurança cidadã também pode ser chamado de Direito Penal de Emergência, este, segundo BECHARA, é uma expansão disfuncional do Direito penal, mas nem toda expansão pode ser assim considerada, em suas palavras: “[...] faz-se necessário estabelecer uma diferenciação clara entre o Direito Penal de Emergência e a expansão do Direito Penal. Embora ambos os fenômenos possam relacionar-se, na medida em que o Direito Penal de Emergência é uma expansão disfuncional do Direito Penal, nem toda expansão do Direito Penal será considerada Direito Penal de Emergência, sob um prisma disfuncional”, in: BECHARA, p. 424. Segundo DÍEZ RIPOLLÉS são as classes marginalizadas que correm o sério perigo de serem finalmente os destinatários das maiores facilidades de persecução de delitos propugnadas na expansão direcionadas a sociedade de risco. O risco não é tecnológico, mas são eles próprios, as pessoas excluídas do estado de bem estar social, os geradores de risco, in: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *op. cit.*, p. 9 e ss. Vide também: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. rev. ampl. Madrid: Civitas, 2001, p. 163. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 33-34.

estrutural” ou “sistêmico”²⁹⁹. Assumindo esse modo de raciocinar, o Direito Penal passa por um processo chamado de administrativização³⁰⁰.

A lógica administrativa de gestão de risco não é só trasladada aos riscos massivos desencadeados pelo progresso tecnológico, mas também ao sentimento de insegurança quotidiana. Ao lado da segurança técnica, passa a figurar a segurança pública ou interna, que demanda o endurecimento penal a determinadas categorias de delinquentes, levando até mesmo à segregação indefinida dos delinquentes “habituais” da criminalidade clássica, vista como uma variante da eficiência que a lógica administrativa vem proporcionar ao Direito Penal³⁰¹.

De acordo com SILVA SANCHÉZ, à medida que estabelece um mecanismo de segurança cognitiva, o Direito Penal se administrativiza, redescobrando a função de inocuidade, esta seria a terceira dimensão da administrativização. Assim, a lógica de aferição da periculosidade ganha novo fôlego, notadamente na doutrina norte-americana que nunca deslegitimou por completo as funções neutralizadoras da sanção. A dimensão de aferição psicológica se transmuta para uma atuarial, ou seja, em razão de estatísticas seria possível aferir a probabilidade de cometimento de novos delitos³⁰².

Apesar de parecerem inovadores, os discursos de segurança cidadã³⁰³, que querem garantir o cidadão frente a indivíduos fontes de perigo (ou não pessoas), como expressados

²⁹⁹ SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. rev. ampl. Madrid: Civitas, 2001, p. 126.

³⁰⁰ Ibid., p. 130. O fenômeno da administrativização do direito penal não é novo, no período pré-moderno o direito penal tomava a forma de direito administrativo ante sempre que emergências justificavam o tratamento diferenciado dos inimigos, tornando-se, a pena, coação direta, in: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 3 ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 83-84.

³⁰¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *op. cit.*, p. 10-11.

³⁰² SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria, *op. cit.*, p. 142-144. “*En efecto, a la hora de adoptar consecuencias jurídicas inocuidadoras, los métodos predictivos basados en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad han sido sustituidos por otros de naturaleza actuarial (actuarial justice), de modo que el delito pasa a ser abordado con las mismas técnicas probabilísticas y cuantitativas que, en el ámbito de los seguros, por ejemplo, se utilizan para la gestión de riesgos. Ello supone recurrir al método estadístico, tomando como base determinados indicadores, cuya cuantificación es el punto de partida para emitir pronósticos de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos (low risk offenders, médium risk offenders, high risk offenders), sin necesidad de entrar en estudios de la psicología del individuo concreto (diagnóstico y pronóstico clínico)*”, ver: *ibid.*, p. 144.

³⁰³ Conforme aduz JIMÉNEZ DÍAZ: “*Dicho modelo de Derecho penal de la seguridad ciudadana no puede presentarse como un aspecto más del fenómeno expansivo del Derecho penal vinculado a la consolidación de la moderna sociedad del riesgo, puesto que, en ningún caso, la delincuencia contra la que lucha está asociada al nacimiento de nuevas realidades, nuevos intereses y nuevos riesgos, sino que su objeto queda constituido por conductas delictivas tradicionales a las que penalmente se responde con parámetros más rigurosos*”, in: JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *Sociedad del riesgo e intervención penal*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 1-25, 2014. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>>. Acesso em: 15. ago., 2016.

por SILVA SANCHÉZ em seu Direito Penal de terceira velocidade³⁰⁴, dirigido aos incorrigíveis que ameaçam minar os fundamentos últimos da sociedade constituída em Estado³⁰⁵, e por JAKOBS em seu Direito Penal do inimigo, sendo inimigos aqueles que “[...] devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico mediante coação”³⁰⁶, permeiam o Direito Penal do Estado de Direito desde a Escola Positiva, que visava substituir o Direito Penal do fato por Direito Penal do autor³⁰⁷. ZAFFARONI nos diz que a principal contribuição de JAKOBS é usar uma linguagem clara e objetiva para tratar do tema do indivíduo perigoso, usando vocábulos como “inimigo” e “não pessoa”, desnudando um discurso já presente no Direito Penal e colocando em apuros todo o penalismo. Pode-se, então, afirmar que o principal mérito de JAKOBS é a clareza e a frontal sinceridade com que o problema é definido³⁰⁸.

O Direito Penal do inimigo é expressão de tendências expansionistas, caracterizando-se pela ampla antecipação da punibilidade, por um incremento das penas e abolição ou redução ao mínimo de determinadas garantias individuais³⁰⁹. Para JAKOBS, o Direito Penal conhece dois pólos em seus regulamentos: de um lado o cidadão, cuja conduta exteriorizada deve confirmar a estrutura normativa da sociedade, do outro o inimigo, que é interceptado em estágio prévio, em razão de sua periculosidade inerente³¹⁰.

³⁰⁴ SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria, *op. cit.*, p. 163 ss. Dimensão em que o “*Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales*”, *ibid.*, p. 163.

³⁰⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁰⁶ Conforme defende JAKOBS, “Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito de segurança das demais pessoas”, in: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 40.

³⁰⁷ Observa-se que GAROFALO não fala nem mesmo de condenado, mas apreende previamente as categorias de delinquentes no processo. Sobre réus instintivos ou ladrões natos incorrigíveis, ele argumentava que: “[...] *quando non si possa accertare alcuna forma di pazzia, il reo potrà essere relegato a perpetuità e sottoposto al lavoro come gli altri ladri abituali*”, in: GARÓFALO, Raffaele. *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*. Torino: Fratelli Bocca, 1885, p. 455, ao incorrigível era relegada a pena perpétua, a inocuização, uma vez que a pena de morte deveria ser adstrita ao homicida.

³⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3 ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 158-159.

³⁰⁹ CRESPO, Eduardo Demétrio. Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. *Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, p. 9-28, jul., 2004. p. 9.

³¹⁰ No capítulo sobre personalidade real e periculosidade fática, JAKOBS afirma “[...] o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado o cidadão, esperando-se até se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade”. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 36.

Ainda, “Essa tese o leva a defender que quem não oferece uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não pode esperar ser tratado como pessoa, pois do contrário seria vulnerado o direito à segurança das demais pessoas [...]”.³¹¹ A ideia trazida pelo penalista alemão se traduz em um conceito doutrinário e também um postulado político-criminal³¹².

A crítica central à teoria de JAKOBS reside no receio de que esta transforme o Direito Penal do fato em Direito Penal do autor, pois abandona princípios penais básicos, convertendo-se numa manifestação de tendências autoritárias, já conhecidas historicamente, sendo que a pretensa validade desta, residente na segurança, tenta derivar-se de sua eficácia³¹³.

Não se quer dizer que o discurso de JAKOBS e mesmo o de SILVA SANCHÉZ³¹⁴ não estejam imbuídos de uma vontade de contensão do discurso de periculosidade, ou seja, criam novos âmbitos dentro do Sistema Penal, a fim de que o abandono ou flexibilização de garantias penais, muitas traduzidas em princípios constitucionais imutáveis - como a legalidade - não atinja o núcleo liberal do Direito Penal, traduzido principalmente em crimes de lesão. Essa vontade de limitar discurso de periculosidade pode ser bem percebida na passagem de JAKOBS:

[...] quem inclui o inimigo no conceito de delinquente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos “guerra” e “processo penal”. De novo, em outra formulação: quem não quer privar o Direito Penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito – controle das paixões; reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios; a respeito da personalidade do delinquente no processo penal, etc.- deveria chamar de outra forma aquilo que *tem que* ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida³¹⁵.

³¹¹ CRESPO, Eduardo Demétrio. Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. *Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, p. 9-28, jul., 2004, p. 9.

³¹² GRACIA MARTÍN, Luis. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho; Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 76.

³¹³ CRESPO, Eduardo Demétrio, *op. cit.*, p. 10.

³¹⁴ SILVA SANCHÉZ deixa bem claro que sua legitimação desse direito penal de terceira velocidade se daria em âmbitos excepcionais e por tempo limitado, vide: SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. rev. ampl. Madrid: Civitas, 2001, p. 164.

³¹⁵ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 36.

No entanto, essa proposta estática (nomenclatura dada por ZAFFARONI³¹⁶) de alguns dos funcionalistas, como JAKOBS e SILVA SANCHÉZ, peca em não atentar que a realidade é mutável. A postura sistêmica inerente ao funcionalismo faz com que o mesmo veja a realidade como uma fotografia, assim, cedendo espaço ao Estado de Polícia em um compartimento estanque e muito bem delimitado dentro do Direito penal, as pulsões deste cessariam. Todavia, como a realidade do poder é dinâmica, todo o espaço que é concedido ao autoritarismo é usado para ganhar mais espaço até atingir o poder absoluto³¹⁷.

4.1.1 Sistema Penal Cautelar na América Latina

No contexto latinoamericano não há a necessidade de inserção e legitimação de um Direito Penal do inimigo nos moldes propostos por JAKOBS, uma vez que todo o Direito Penal opera na lógica do inimigo, já que este se perfaz na figura do delinquente, sendo que essa seleção do inimigo já é praticada aqui por efeito da criminalização³¹⁸. Isto se mostra claramente no alto índice de encarceramento cautelar, cujo número de presos provisórios chega quase à metade do total de encarcerados. Assim, pode-se dizer que existe um sistema penal da condenação (matriz acusatória) e sistema penal cautelar (matriz inquisitória). Neste, o Direito Penal opera com medidas assecuratórias, com base na periculosidade do indivíduo. Como advoga ZAFFARONI:

Na América Latina opera-se com uma generalizada medida de segurança por periculosidade presumida (sob a forma de prisão preventiva perversa) e só excepcionalmente com penas. Com isso toda a proposta de destinar penas ou medidas de mera contenção para os *inimigos* perde muito de seu sentido, uma vez que estas são empregadas desde o começo mesmo do processo de criminalização secundária e indiscriminadamente. É preciso entender que na América Latina quase todos os prisioneiros são tratados como *inimigos* no exercício real do poder punitivo³¹⁹.

³¹⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3 ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 155.

³¹⁷*Ibid.*, p. 166-167. ZAFFARONI discorda daqueles que defendem que a teoria de JAKOBS é derivada do pensamento de SCHMITT, uma vez que este, coerentemente, defende o Estado absoluto, único lugar em que o conceito de inimigo seria admissível, *ibid.*, p. 160.

³¹⁸*Ibid.*, p. 109.

³¹⁹*Ibid.*, p. 81-82.

As críticas ao aprisionamento provisório, motivadas por ele ser decretado fundamentando-se na garantia da ordem pública³²⁰, ou seja, visando assegurar a sociedade frente a uma fonte de perigo de delitos futuros, que corresponde a um pretense inimigo material (ou ôntico) apreensível na realidade, não podem ficar restritas à prisão, mas tem que refletir nas outras consequências de ampliação do controle que seguem finalidades similares às suas, ou seja, devem ser estendidas àquelas cautelares alternativas que possuem finalidade de sanção penal.

Como visto no terceiro capítulo, algumas cautelares diversas da prisão podem ser decretadas com base em critérios de reiteração delitiva, finalidade chamada de extraordinária, são elas: a proibição de frequência e acesso a determinados lugares, a suspensão de função pública ou atividade econômica ou financeira e a internação provisória. Por possuírem essa finalidade distanciam-se da instrumentalidade que lhe é exigida, perdem o caráter de instrumento do instrumento (processo).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é moderadamente progressista no tema da prisão cautelar, como se verá abaixo, já que não considera a gravidade abstrata do delito como apta a fundamentar a imposição de medida, mas a gravidade do crime em concreto. Entretanto, ela deixa claro o liame existente entre os conceitos de preservação da ordem pública e reincidência delitiva, sendo que o meio social deveria acautelarse ante ao indivíduo perigoso com o potencial (presunção) de reincidência. Apesar da expressão “ordem pública” não constar como fundamento das três cautelares nas quais se admite finalidade extraordinária, elas passam a se mover segundo essa lógica, uma vez que são conceitos associados. Segue trecho do voto do relator Ministro Ayres Britto:

[...] imperiosa necessidade de *acautelar o meio social* contra fatores de perturbação ou de insegurança que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, *o agente reincidirá no*

³²⁰FRAGOSO, confrontando o conceito de ordem pública, afirma que “Ordem pública é um conceito inteiramente fluído, sem densidade normativa alguma, que pode ser facilmente moldado para justificar as prisões mais absurdas. Requisitos que referem “*garantia da ordem pública*” constituem verdadeiros cheques em branco, dados pelo legislador ao juiz, para que imponha, a seu bel prazer, o encarceramento de presumidos inocentes. As muitas interpretações desse conceito “*ordem pública*” na jurisprudência da prisão preventiva mostram o leque de opções aberto ao juiz. Muitas vezes, reputa-se em perigo a ordem pública no caso de “*periculosidade do agente*”, ou de “*clamor público*”, ou de “*gravidade do crime*”, ou, ainda, de ameaça à “*tranquilidade social*” ou à “*credibilidade da justiça*”. O uso de um conceito tão fluído e aberto como ordem pública que se invoque qualquer argumento para prender alguém”, in: FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 328.

delito ou, de qualquer forma, representará *agravo incomum a uma objetiva noção de segurança pública*. Donde o vínculo operacional entre necessidade de *preservação da ordem pública e acautelamento do meio social*. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social. É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. Já no tocante à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como o *decreto de prisão preventiva está para a periculosidade*, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social alusivo à *possibilidade de reiteração delitiva* (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública)³²¹. [grifo nosso]

Nessa quadra, é pertinente a crítica feita por LOPES JÚNIOR ao perigo de reiteração delitiva como fundamento da prisão preventiva, que deve ser transladada ao âmbito das cautelares pessoais diversas da prisão, uma vez que estas também implicam restrição de direitos fundamentais:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudo tutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um *periculosômetro* (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bola de cristal.³²²

Porém, prevenir delitos futuros é uma função a ser desempenhada pela sanção penal em um Estado de Direito democrático. Um instrumento processual, como é o caso

³²¹HC 102065, Relator: Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011; PUBLIC 15-02-2011. FRAGOSO argumenta que o fundamento análogo à ordem pública, porém mais restrito aparece na Alemanha atual, mas deriva do nazismo e pode ser traduzido como “perigo de repetição”, o que corrobora a impossibilidade de dissociação entre garantia da ordem pública e reiteração delitiva, in: FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 330.

³²²LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 853.

das cautelares, não pode desempenhar funções que só são legítimas como consequências da infração de um tipo penal, após o devido processo legal. Pode-se dizer, que quando assumem essas funções, elas se tornam sanções penais aplicadas no curso do processo.

Nesse sentido, ZAFFARONI escreve que:

Essas racionalizações [fundamentando o aprisionamento provisório], na realidade, não são processuais mais sim *penais*, porque é impossível ignorar doutrinariamente que elas *regulam todo um sistema penal que opera antes da condenação*, que faz parte do sistema penal oficial, pois não é paralelo nem subterrâneo. O sistema penal oficial se divide em dois segmentos: um *cautelar* ou *pré-condenatório*, e outro *definitivo* ou de *condenação*, sendo o primeiro muito mais importante que o segundo, posto que a reação penal se esgota na delinquência leve e média, que é, com folga, a mais numerosa. As limitações que o processado sofre - **inclusive sem confinamento cautelar** - lhe infligem uma dor juridicamente legitimada, que pode ser considerada medida de segurança ou pena [...] ³²³. [grifo nosso]

O que parece estar latente a essas medidas cautelares diversas da prisão é a doutrina do efficientismo penal, que tenta relegitimar o sistema penal, que padeceria de crise estrutural de eficiência, atribuída a dificuldades de operacionalização do aparato punitivo. O efficientismo vem unido ao discurso de lei e ordem, ou seja, uma vez que o sistema penal não funciona, não é eficiente no combate à criminalidade, essa falha é devida à falta de aparatos punitivos. Noutros dizeres: não é suficientemente repressivo. Vera Regina Pereira de Andrade, em ensaio crítico ao efficientismo penal, afirma que para este “É necessário incrementar mais e mais a engenharia e a cultura punitiva, fechar cada vez mais a prisão, e suprimir cada vez mais as garantias penais e processuais básicas, rasgando, cotidianamente, a Constituição e o ideal republicano”³²⁴.

Mais do que isso, as cautelares alternativas por algumas características como: a) indeterminação temporal (se prolonga durante o processo), uma vez que não tem prazo determinado pela lei, b) fundamento de sua aplicação na periculosidade (probabilidade de reiteração delitiva em razão do indivíduo perigoso, que vive na “má vida”), avizinham-se mais das medidas de segurança do que da pena, uma vez que nesta há um resquício de

³²³ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3 ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 110.

³²⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismo, Abolicionismo e Efficientismo: A Crise do Sistema Penal entre Deslegitimação e Expansão. *Revista Sequência*, UFSC, Florianópolis, n. 52, p. 163-182, jul., 2006, p. 178.

reprovabilidade pelo crime passado. O desempenho de um escopo meta-processual, ou seja, alheio ao processo penal é própria dos poderes do Estado de polícia.

Ainda, conforme nos mostra ZAFFARONI, essa medida de segurança (processual) não pode ser considerada nem pós nem pré-delitiva, mas conforma uma nova categoria, a “periculosidade suspeita”. É fato que elas constituem disposições tradicionalmente incluídas na legislação processual, entretanto, apesar de serem reguladas por normas formalmente processuais, as normas de fundo, que definem seus critérios de imposição, são eminentemente penais “[...] em nada se referem aos passos a serem seguidos para a reconstrução da verdade que leva à sentença”³²⁵.

Num escorço sobre encarceramento em massa e aumento do controle do poder punitivo, FRAGOSO põe em dúvida a amplitude de possibilidade de decretação das cautelares alternativas, e as situa na tendência atual de ampliação do controle e vigilância³²⁶.

Ademais, o que vem reforçar a semelhança das cautelares alternativas às medidas de segurança é o fato de existirem medidas semelhantes nos códigos penais póstumos, que se moviam na lógica de periculosidade social, tanto direcionadas aos inimputáveis (aplicação provisória de medida de segurança) quanto aos imputáveis (proibição de frequentar determinados lugares e suspensão do emprego público ou atividade profissional), largamente deslegitimadas pelo modelo vicariante adotado. Conforme BECHARA, em razão da cultura de emergência, o ordenamento penal passa a sofrer uma involução, voltando a práticas pré-moderna, típicas da atividade de polícia:

A cultura de emergência e a prática da exceção são, então, responsáveis pela involução do ordenamento jurídico-penal, que se expressa na reedição, talvez em novos trajes, dos velhos modelos próprios da tradição penal pré-moderna, como a adoção de práticas inquisitivas e métodos de intervenção típicos da atividade da Polícia.³²⁷

³²⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3 ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 111.

³²⁶FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 319.

³²⁷BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 411-436, jan./dez., 2008, p. 427.

ZAFFARONI aduz que o Estado de Direito é ideal, assim sendo, nunca será plenamente realizado, em decorrência das pulsões autoritárias do Estado de polícia que nele habitam. Todavia, o conceito de Estado de Direito é útil, na medida em que atua contenção dos discursos autoritários, para que estes não ganhem poder absoluto, chegando ao total arbítrio na determinação do inimigo. Quando se percebe na realidade latino-americana que muitas pessoas já são tratadas como inimigos, não se pode aceitar de forma resignada essa realidade e muito menos legitimá-la, confundindo o plano do *ser* com o *dever ser*³²⁸.

Quando se abre a possibilidade de algumas cautelares funcionarem como sanção, devido a um exercício de vidência sobre a reiteração de condutas delitivas (uma vez que é impossível determinar o futuro como os videntes do filme *Minority Report*), para garantir a segurança do cidadão, como se o próprio acusado não o fosse, abre-se espaço para a legitimação do inimigo, do sujeito como fonte de perigo, não nos moldes limitados propostos por JAKOBS ou SILVA SANCHÉZ, mas sim a todos aqueles estigmatizados como delinquentes já na fase processual ou pré-processual, deixando espaço ao arbítrio judicial e à seletividade penal e antecipando-se um juízo que é próprio da condenação, sacrificando garantias penais e processuais.

O Direito Penal nunca deve ser neutro, ele deve estar ao lado do Estado Direito, e o que não é este senão as garantias penais e processuais? Por isso elas não devem ser abandonadas nem flexibilizadas de acordo com um ideal de segurança cidadã, a fim de que se apazigüe a opinião pública (ou clamor público) e a ordem pública (o que quer que corresponda a essa expressão) seja garantida. Como ensina ZAFFARONI:

O direito penal de garantias é *inerente ao Estado de direito* porque as garantias processuais penais e as garantias penais não são mais do que o resultado da experiência de contensão acumulada secularmente e constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de polícia, ou seja, *são o próprio Estado de Direito*.

Adota-se aqui uma postura que privilegia o Estado de Direito, assim, faz-se imperioso o cotejo das “medidas de segurança” processuais, com alguns princípios constitucionais que reflexo no Direito Penal.

³²⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3 ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 170-178.

4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PENAL

4.2.1 Constitucionalização do Direito Penal

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º, inciso III e no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal, fundamenta o Estado de Direito Democrático e Social. Dessa maneira, o indivíduo é colocado no centro do ordenamento constitucional, como um fim em si mesmo, sendo que este se sobrepõe ao Estado, que deve atuar em serviço da pessoa³²⁹. Tanto é verdade que o neoconstitucionalismo, pós-segunda guerra mundial, vem com intuito de dar força normativa aos princípios, considerados estes como mandados de otimização do ordenamento jurídico³³⁰.

Como acima exposto, a norma máster deu destaque ao ser humano e veio para limitar o arbítrio estatal após longo período de regime autoritário, como uma promessa de modernidade. Em relação ao Direito Penal, as teorias constitucionais do bem jurídico procuram formular critérios capazes de impor-se ao legislador ordinário, para limitá-lo na criação de ilícitos e cominação sanções penais³³¹.

De acordo com WELZEL, a punição em excesso leva à destruição do Direito Penal. Por essa razão, o Estado não pode se valer de fins econômicos e de organização estatal, como razões securitárias, para intervir na vida dos indivíduos, sem que a conduta destes represente lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico digno de tutela penal. Valendo-se de fins alheios ao Direito Penal, o Estado quebraria a força moral por detrás da norma, conduzindo-a a mera medida intimidatória. A intervenção penal só é

³²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p, 34.

³³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-94. GOMES esclarece que mandados de otimização são “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na sua maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, enquanto as regras prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem), que é ou não cumprida”, in: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55-57. Os princípios suscitam questões de validade e peso, já as regras somente de validade.

³³¹ PRADO entende que: “O conceito de bem jurídico deve ser inferido da Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais”. PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

legítima à medida que se dá como consequência jurídica de um delito – feito que lesiona deveres ético-sociais elementares³³².

Segundo MARONNA, a Constituição de 1988 é a estrutura fundadora, fonte, filtro e diretriz para evolução do Direito Penal. Sendo assim, aquela estabelece para ele limites explícitos e implícitos que se perfazem em princípios fundamentais do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito³³³.

Os princípios constitucionais com reflexos diretos no Direito Penal e que estão conexiados com a possibilidade (ou impossibilidade) de existência de medidas de segurança aplicadas no curso do processo são: I) legalidade, art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal; II) culpabilidade, implícito no inciso XLV do mesmo artigo; IV) intervenção mínima; e VII) proporcionalidade.

4.2.2 Legalidade

É necessário num ordenamento jurídico democrático, como ensina FIANDACA, pensar o princípio da legalidade fazendo uma releitura constitucional do sistema penal³³⁴, ou seja, em conexão com outras garantias também presentes no sistema constitucional.

O princípio da legalidade estabelece que não há crime ou sanção penal sem a existência de lei anterior que os defina. Dele derivam subprincípios, tais como: reserva legal – somente se pode aplicar uma sanção penal ao agente que praticou um fato à época tipificado como crime por lei, não se admitindo uso de outras fontes do Direito na criação de condutas típicas e cominação de sanções penais que não a lei; irretroatividade – a lei que cria novos crimes e comina novas sanções penais não pode retroagir aos fatos anteriores à sua vigência (a não ser que seja mais benéfica ao agente), seja porque não eram crimes, ou porque a modalidade de sanção penal não era a ele cominada ou era mais gravosa; e taxatividade – clareza e exatidão na descrição típica, esse subprincípio não se

³³² WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 4-8.

³³³ MARONNA, Cristiano Ávila. *Limitação temporal da medida de segurança*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 101.

³³⁴ FIANDACA, Giovanni. *Legalità penale e democrazia*. Quaderni Fiorentini, Milano, v.36, p.1247-1277, 2007, p. 1250.

aplica somente ao preceito primário, mas também ao secundário (sancionatório), não podendo ser esse indeterminado³³⁵.

No cotejo do princípio da legalidade com as cautelares alternativas que visam coibir a reiteração delitiva, elas aparentam, num primeiro momento, estar de acordo com ele, já que estão descritas em lei (reserva legal) e se perfazem em um rol certo e determinado (taxatividade). Entretanto, essa compatibilidade é falaciosa, já que uma sanção penal não deve estar disposta na lei processual, com falsas vestes de instrumentalidade, precisa ficar claro ao cidadão, como era na parte geral de 1940, a qual medida assecuratória ele poderá ser submetido, além do que ser dado a ele a oportunidade de contraditar a acusação estatal, uma vez que é presumidamente inocente (artigo 5º, inciso XVII, Constituição Federal), não podendo ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal (inciso LIV, mesmo artigo).

Ainda, questiona-se como pode ser admitido a retroatividade dessas medidas de segurança processuais a fatos cometidos antes da vigência da lei, em que apenas caberia a liberdade do acusado indiciado? Feriria o princípio da irretroatividade da lei penal (artigos 5º, inciso XL, Constituição Federal, e 2º, Código Penal) por representar providência mais grave em relação direito fundamental à liberdade do cidadão (acusado de crime ou não), retroagindo em seu malefício.

Quando a lei processual não comina prazos para que as cautelares se cumpram, sendo indeterminadas durante o decurso do processo, como se pode dizer que são essas sanções são taxativas? As hipóteses são taxativas, mas os limites temporais para a imposição destas não. Nas medidas de segurança criminais a taxatividade também reforça

³³⁵ MARONNA, Cristiano Ávila. *Limitação temporal da medida de segurança*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 102-105; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89-95.

o argumento de que deve existir limites temporais máximos em sua execução³³⁶, do mesmo modo deve ser nas sanções aplicadas no processo³³⁷.

4.2.2.1 *Ne bis in idem*

Também é derivado do princípio da legalidade o postulado do *ne bis in idem*, porque limita a discricionariedade punitiva do sistema criminal proibindo duplicidade de sanções motivadas pelo mesmo fato delitivo (até mesmo se uma delas for administrativa) para que o Direito Penal não seja usado para a perseguição, a fim de não se tornar terror. Possui tanto perspectiva substantiva – nenhum indivíduo pode ser castigado duas vezes pelo mesmo fato –, quanto processual – ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo delito. Está presente em tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil (artigo 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas e artigo 8.4 do Pacto de São José da Costa Rica). Se o indivíduo já cometeu o delito e vai cumprir a pena correspondente a ele, porque constrangê-lo por meio de uma medida cautelar com fins penais? É uma dupla punição disfarçada na legislação processual?³³⁸

Acreditamos que sim, ela constitui sanção autônoma e por isso fere o *ne bis in idem* por duas razões fundamentais: a primeira é que não há obrigatoriedade de detração em relação ao tempo de execução sanção penal decretada ao final do processo; a segunda é

³³⁶ MARONNA, Cristiano Ávila. *Limitação temporal da medida de segurança*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 108. Escreve FERRARI: “Diante do princípio da legalidade, não pode o Estado interferir indefinidamente no sagrado direito da liberdade do cidadão, devendo haver um limite máximo temporal pré-definido. A nosso ver, inconstitucional configura-se a ausência de limites máximos de duração às medidas de segurança criminais, afrontando a certeza jurídica e o Estado de Direito, e plena violação ao art. 5º, inciso XLVII, letra b, combinado com a cláusula pétrea enunciada no art. 60, § 4º, da Carta Magna”, ver: FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 95.

³³⁷ Para BARATTA, decorre também da legalidade o princípio do primado substancial da lei penal, por meio do qual “A limitação dos direitos do indivíduo, em cada um dos subsistemas da administração da justiça penal, não pode superar as restrições previstas taxativamente pela lei penal para os delitos de que pode ser suspeito, imputado ou condenado. Esse princípio exclui a introdução, de fato ou de direito, de medidas restritivas dos direitos do indivíduo, no regramento e na prática dos órgãos de polícia, do processo e da execução, que não sejam *estritamente necessárias aos fins da correta e segura aplicação da lei penal substancial*” [grifo nosso], in: BARATTA, Alessandro. *Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal*. Trad. Francisco Bissoli Filho, p. 1-22. Disponível em: <<http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>>. Acesso em 9, out. 2013, p. 7.

³³⁸ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. et. al. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89-90.

a possibilidade de fundamentos diversos da cautelar e da sanção penal. Enquanto cautelar se dirige, quando coíbe a reiteração delitiva, à periculosidade do sujeito, aproximando-se, assim, das medidas de segurança, se sobrevier uma pena ao final do processo, ela terá de se basear no princípio da culpabilidade, mecanismo que só poderia ser aceito em países onde vigora o sistema do duplo binário, mesmo assim somente depois do trânsito em julgado da sentença penal.

Pertinente é a afirmação de BITENCOURT, posicionamento que aqui se corrobora, segundo a qual “[...] a aplicação cumulativa de pena e medida de segurança nunca passaram de uma farsa, constituindo uma dupla punição ao condenado pela prática de um mesmo delito”³³⁹.

4.2.3 Culpabilidade

Seu matiz constitucional decorre do princípio da pessoalidade das penas, podendo o princípio da culpabilidade ser entendido como responsabilidade penal subjetiva. Hoje esse conceito possui um fundamento muito mais social, como capacidade de responsabilização penal em relação aos outros membros da sociedade, do que psicológico³⁴⁰. É a última das categorias do delito, exigindo, dentre outros requisitos, a imputabilidade, conceituada como a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e direcionar sua atuação de acordo com esse entendimento.

Se o imputável é considerado culpado ao final do processo receberá uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa). O fundamento desta reside na capacidade de culpabilidade, na reprovabilidade que advém do entendimento pelo agente do caráter ilícito do fato e do direcionamento de sua vontade contra a norma. Se durante o processo ou inquérito é aplicada, por exemplo, uma cautelar de suspensão de atividade econômica, em razão de poder reincidir em comportamentos delitivos, ela será aplicada em função de sua periculosidade. Pode-se dizer, então, que o princípio da culpabilidade será vilipendiado, uma vez que “somente cabe *atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a*

³³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1814.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 116.

*responsabilidade é pelo fato e não pelo autor*³⁴¹. Posicionar-se contra a imposição de sanções aos imputáveis em razão de sua periculosidade é também posicionar-se contra Direito Penal do autor e privilegiar a correta decisão do legislador penal de 1984 na adoção do sistema do vicariante.

4.2.4 Intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, que já constava no artigo 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, preceitua que o Direito Penal só deve atuar quando as demais instâncias formais controle social não forem idôneas a desempenhar a proteção dos valores socialmente relevantes, assim, é a última instância de controle do Estado, a *ultima ratio*. Desse princípio derivam dois subprincípios, o da subsidiariedade e fragmentariedade³⁴². Do primeiro se extrai que a proteção penal do bem jurídico, por meio da criminalização e conseqüente cominação de sanção, se dá somente diante de certas formas de ataque socialmente intoleráveis, sua atuação é, portanto, subsidiária em relação aos outros ramos jurídicos³⁴³.

Difícilmente uma cautelar, com funções de medida de segurança, poderia ser considerada uma medida de intervenção mínima por duas razões. A primeira razão que destoa de uma intervenção subsidiária é o fato dela ser materialmente uma medida de segurança e, como tal, só poderá ser aplicada ao final do processo, desde que seja prevista como consequência jurídica de um delito. A segunda razão é que ela situa-se em um paradigma de securitização, garantia do cidadão frente ao perigo personificado pelo delinquente. Privilegia, pois, o valor segurança em detrimento dos direitos fundamentais (ou garantias) do acusado. Assim, constitui Direito Penal máximo, que se contrapõe a intervenção mínima, em razão de:

[...] defender uma ideia antagônica àquela abarcada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que enaltece os direitos e

³⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 118.

³⁴² MARONNA, Cristiano Ávila. *Limitação temporal da medida de segurança*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 126-127.

³⁴³ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55-60.

garantias fundamentais. Pela discrepância entre as tutelas pretendidas por cada um, vê-se que com a aplicação do Direito Penal Máximo a pena assumirá apenas uma de suas funções, que é a de punir³⁴⁴.

Visando a prevenção do crime até mesmo durante o processo, a sanção penal acaba abandonando, paradoxalmente, a racionalidade no uso de seu objetivo preventivo para se tornar mero exercício de coerção e controle.

4.2.5 Proporcionalidade

O último princípio a ser sublinhado é o da proporcionalidade, que ganha relevo na atualidade, principalmente quando se trata da hermenêutica constitucional³⁴⁵. Talvez no âmbito penal esse mandado tenha sido primeiro desenvolvido, uma vez que BECCARIA³⁴⁶, no século XVIII, tratou da proporcionalidade dos delitos e das penas, e a Escola Clássica do Direito Penal, de modo geral, na defesa da finalidade retributiva justificava, por intermédio da culpabilidade, uma equivalência entre o fato praticado e a consequência jurídico-penal dele advinda³⁴⁷.

Para se entender a formatação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal, é necessário recordar que o programa criminal se direciona à máxima liberdade individual, sendo esta a regra e sua privação a exceção, por isso é necessário fixar limites à intervenção punitiva estatal. Esse mandado tem dois vieses, um de limitação legítima ao exercício do poder e outra de equilíbrio entre exigências sociais (justiça, segurança) e individuais (liberdade). Para a obstacularização da intervenção do *jus puniendi* na esfera

³⁴⁴ DUARTE, Mauro Henrique Tavares; CURI, Vinícius Fernando Cherem. Os influxos do Movimento Law and Order e The Broken Windows Theory no Brasil. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 19, p. 35-44, mai./ago., 2015, p. 40. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/24/artigo03.pdf>. Acesso em: 20, dez., 2016.

³⁴⁵ Conforme escreve GOMES, o princípio da proporcionalidade “[...] não está adstrito a atuar apenas nas restritas esferas onde pode ser verificado, uma vez que norteia a hermenêutica da Constituição em sua totalidade e, logo, permeia todo o ordenamento”, in: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 62.

³⁴⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p 51-52.

³⁴⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena, Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*. Tese (Doutorado em Direito Penal), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2008, p. 166-167; KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 1.ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 175.

individual, não bastam apenas limites formais, mas uma vinculação material que impeça o legislador de criminalizar de maneira não liberal³⁴⁸.

O conteúdo do princípio da proporcionalidade se compõe de três subprincípios: *necessidade* – a intervenção penal apresenta-se como insubstituível; *idoneidade* – norma penal é idônea para a prevenção de práticas já valoradas como necessitadas de ameaça penal; e *proporcionalidade em sentido estrito* – a qualidade e a gravidade da pena são proporcionais ao delito e mantêm uma relação proporcional com os outros delitos e penas que estão no mesmo sistema³⁴⁹.

As cautelares alternativas só são necessárias quando atuam como instrumentos dentro do processo ou quando garantem a aplicação da lei penal. Desse modo, o primeiro requisito da proporcionalidade é afastado quando se aplicam visando a prevenção de delitos futuros, uma vez que não decorre das finalidades próprias do processo, mas sim de intervenção penal desnecessária. Nem mesmo são idôneas, pois o ordenamento só admite à sanção penal o cumprimento de finalidades preventivas e não às formalmente processuais. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, se pode questionar como encontrar a relação proporcional do delito para com a medida cautelar, uma vez que essa é motivada pelo perigo de crimes futuros. Como apenas já agora o que ainda não ocorreu?

Segundo GOMES, se verificada, por meio um crivo de constitucionalidade, a desproporção da norma caracterizada pelo arbítrio estatal, há que ser declarada sua inconstitucionalidade³⁵⁰. Não só o poder judiciário deve afastar sanções desproporcionais, mas também a academia, na defesa das garantias do Estado de Direito, deve denunciar a inconstitucionalidade de uma norma. Dessa maneira, patente é o reconhecimento da inconstitucionalidade das medidas cautelares que desempenham função própria da sanção penal, constituindo-se em verdadeiras medidas de segurança processuais.

³⁴⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 73-74; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 41.

³⁴⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *op. cit.*, p. 79-81.

³⁵⁰ Como leciona GOMES “[...] o princípio da proporcionalidade produz uma ascendência do juiz executor da justiça material sobre o legislador”, in: *ibid.*, p. 221.

CONCLUSÃO

As medidas cautelares alternativas têm grande potencial de diminuir o encarceramento provisório no Brasil, desde que sejam aplicadas de forma instrumental e não sejam a regra diante da ausência de prisão provisória. Quando as cautelares se propõe a garantir a ordem pública e prevenir a reiteração delitiva assumem função de sanção penal, antecipando a consequência que deveria, em um Estado Democrático e Social de Direito, sobrevir somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A despeito do reconhecimento das boas intenções e do potencial desencarcerante das cautelares alternativas, elas estão inseridas na lógica da garantia da ordem pública, expressão que pode abarcar quaisquer justificativas em seu bojo, até mesmo o uso de instrumentos processuais para controle do agente, não pelo fato cometido, mas por quem ele é, por ser perigoso e vilipendiar a comunidade de cidadãos, como se o indiciado/acusado também não fosse cidadão.

Algumas das características das cautelares como a indeterminação temporal (sem duração definida durante o processo) e sua aplicação em razão da periculosidade (expressa na probabilidade de reiteração delitiva) as avizinham mais das medidas de segurança do que da pena, uma vez que nesta há um resquício de reprovabilidade pelo crime passado, que não aparece naquelas. O desempenho de um escopo meta-processual, ou seja, alheio ao processo penal é própria dos poderes do Estado de polícia, não do Estado de Direito Democrático.

Confrontando-se as medidas de segurança existentes no passado nas legislações penais brasileiras com as cautelares, se percebe que três destas encontravam correspondentes dentre aquelas que eram aplicadas como consequência jurídica de um delito.

Desse modo, a proibição de frequência e acesso a determinados lugares já aparecia no artigo 98 do Código Penal de 1940. Já suspensão de função pública ou de atividade econômico financeira possui semelhanças com as penas presentes nos artigos 43, alínea “g”, 57 e 55, parágrafo único, todos do Código Penal de 1890, bem como com a medida de interdição, artigo 99 da Parte Geral do Código Penal de 1940, a despeito de esta

ser patrimonial e aquela pessoal. A internação provisória, que agora aparece como medida cautelar, encontrava possibilidade na regulação da Parte Geral do Código Penal de 1940, no revogado artigo 80, parágrafo único.

Essas três cautelares mencionadas acima podem ser aplicadas objetivando a prevenção de delitos futuros, possuem, então, cautela extraordinária pela própria dicção legal, encampando, funções próprias da sanção penal. Por sua vez, o monitoramento eletrônico assemelha-se a uma reedição tecnológica da liberdade vigiada, pelo amplo controle que possibilita, que era previsto na Parte Geral do Código Penal revogada em 1984, constando até hoje no rol das medidas de segurança permitidas pelo Código Penal alemão. Apesar da lei não cominar à cautelar finalidade de reiteração delitiva, detectamos aqui um potencial de perversão do seu caráter instrumental.

Esse fenômeno da antecipação de sanções penais no processo com fins eminentemente preventivos, relaciona-se a seguridade cidadã, segundo a qual indivíduos com tendências delitivas tem que ser contidos antes de praticar novo fato típico em razão de sua periculosidade. Representa, pois, uma retomada do direito de autor e propugna pela expansão e atualização de medidas securitárias. De um lado o cidadão, aquele respeitador e fiel ao direito, de outro aquele que nem mesmo pode receber o rótulo de pessoa, que não merece as garantias próprias do cidadão.

Confrontando aquelas medidas cautelares que funcionam como medida de segurança provisória por periculosidade presumida com os princípios constitucionais no Direito Penal, podemos perceber que elas violam os postulados de legalidade, *ne bis in idem*, culpabilidade, intervenção mínima e proporcionalidade. Desse modo, não é possível admitir aplicação delas por razões preventivas, já que inconstitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Lauro de. *Código Penal Alemão*. São Paulo: EDUSP, 1974.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismo, Abolicionismo e Eficientismo: A Crise do Sistema Penal entre Deslegitimação e Expansão. *Revista Sequência*, UFSC, Florianópolis, n. 52, p. 163-182, jul., 2006.

ARAS, Vladimir. *O art. 17-D da Lei de Lavagem de Dinheiro*. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/804/o-art-17-d-da-lei-de-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em 20 set., 2016.

ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração, 2013.

ATALIBA NOGUEIRA, J. C. *Medidas de Segurança*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937.

BACIGALUPO, Enrique. *Teoría y práctica del derecho penal*. t.1. Madrid: Marcial Pons, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012.

BADARÓ, Ramagem. *Imputabilidade, periculosidade e medidas de segurança*. São Paulo: Juriscredi LTDA., 1972.

BARATTA, Alessandro. *Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal*. Trad. Francisco Bissoli Filho, p. 1-22. Disponível em: <<http://danielaferli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>>. Acesso em 9, out., 2013.

BECHARA, Ana Elisa Liberatere Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 411-436, jan./dez., 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Rafael. *Análise preliminar da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 447-459, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mais reflexões sobre a Lei 12.403/11. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, n. 223, jun., p. 13, 2011.

CARRARA, Sérgio Luis. A história esquecida: os manicômios judiciários no Brasil. *Revista Brasileira Crescimento e Desenvolvimento*, São Paulo, n. 20, p. 16-29, 2010.

CARVALHO, Érika Mendes de; ANDRADE, Andressa Paula de. Fraturas impostas ao sistema penal ambiental brasileiro pela lei 9.605/98. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). *Fraturas do Sistema Penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 201-228.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo. Comentário à jurisprudência Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista. *Revista Estudos Criminais*, n. 1, p. 109-119, 2001.

CEREZO MIR, José. *Derecho Penal – Parte General*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CEREZO MIR. *Orientación político-criminal del Código Penal Español*. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2506/26.pdf>>. Acesso em 20, dez., 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrino; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. Manicômios Judiciais são uma espécie de prisão perpétua. *Revista Consultor Jurídico*, 20, mai., 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 02, jun., 2015.

CORREIO BRASILIENSE. *Manicômios Judiciários*. Disponível em: <<http://stat.correioweb.com.br/especiais/manicomios-judiciarios>>. Acesso em: 02, jun., 2015.

COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. v. 1. [Coleção História do direito brasileiro. Direito penal].

COUTINHO, Jacinto. Mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Boletim do IBCCRIM*, ano 19, n. 223, jun., p. 4. 2011.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Culpabilidad y fines de La pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, n. 8, p. 9-42, 2008.

CRESPO, Eduardo Demétrio. Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. *Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, p. 9-28, jul., 2004.

CRISTOFARO, Ernesto de. Legalità e pericolosità: la penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato. *Quaderni Fiorentini*, Milano, Giuffrè Editore, n. 36, p. 1031-1082, 2007.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas princípios e alternativas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil*. Brasília: 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-primeiro-diagnostico-nacional-sobre-monitoracao-eletronica-de-pessoas>>. Acesso em: 20 ago., 2016.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional das Informações Penitenciárias: INFOPEN – Dezembro de 2014. Brasília: 2015. Disponível:

<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 20 de ago., 2016.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen)*: quadro geral. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/populacao-carceraria-sintetico-2010.pdf>>. Acesso em 20 de ago., 2016.

DEZEM, Gabriel Madeira, Medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, n. 223, p. 15-16, jun., 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-01, p. 01-37, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>>. Acesso em: 15, ago., 2016.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUARTE, Mauro Henrique Tavares; CURI, Vinícius Fernando Cherem. Os influxos do Movimento Law and Order e The Broken Windows Theory no Brasil. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 19, p. 35-44, mai./ago., 2015.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro: Parte Geral (arts. 42-120)*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942, v. 2.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais no Código de Processo Penal. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer; Juarez Tavares; Fauzi Hassan Choukr, Luis Flávio Gomes. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. et. al. *Direito Penal Brasileiro: parte geral - princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FIANDACA, Giovanni. Legalità penale e democrazia. *Quaderni Fiorentini*, Milano, v.36, p.1247-1277, 2007.

FRAGOSO, Cristiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Sistema do duplo binário: vida e morte*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo19.pdf>. Acesso em: 18, jul., 2013.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. t. 1. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1 [Série Clássicos Jurídicos].

GARÓFALO, Raffaele. *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*. Torino: Fratelli Bocca, 1885.

GERMANO, Alexandre Moreira. *Das Medidas de Segurança Detentivas*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1983.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Periculosidade no Direito Penal Contemporâneo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; Bottini, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Org.). *Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 237-253.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. et. al. *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal: anotado e comentado*. 12 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

GRACIA MARTÍN, Luis. A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do Estado de Direito (social e democrático). Tradução de Érika Mendes de Carvalho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: n. 88, p. 95-142, 2011.

GRACIA MARTÍN, Luis. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho; Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HASSEMER, Wilfried. Perspectivas del Derecho penal futuro. Trad. Enrique Anarte Borrallo. *Revista Penal*, Barcelona, a. 1, n. 1, p. 37-41, jan., 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Um oásis no deserto punitivo [Editorial]. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, n. 223, jun., p. 1, 2011.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Liberdade em foco: Redução do uso abusivo da prisão provisória na cidade de São Paulo*. Abril de 2016. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/RELATORIO-LIBERDADE-EM-FOCO.pdf>>. Acesso em: 20 ago., 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA. *Aplicação de Penas e medidas alternativas: Relatório de Pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 20 ago., 2016.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 1-25, 2014. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>>. Acesso em: 15. ago., 2016.

LATTANZI, Giorgio. *Codice di Procedura Penale* – annotato con la giurisprudenza. 7° ed. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. v. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente: in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*. v. 1. Torino: Fratelli Bocca, 1896.

LOPES JÚNIOR, Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 19, n. 223, p. 5-6, jun., 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO SOARES, Oscar. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. (Coleção História do direito brasileiro. Direitopenal).

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano – Secondo il Codice del 1930*. v. 3. Torino: Editrice Torinese, 1934.

MARONNA, Cristiano Ávila. *Limitação temporal da medida de segurança*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. rev. atual. Campinas: Millennium, 2009. v.1.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. rev. atual. Campinas: Millennium, 2009, v. 3.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. rev. atual. Campinas: Millennium, 2009, v. 4.

MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. trad. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 7 ed. Barcelona: Reppertor, 2006.

MODONA, Guido Neppi. Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista. *Quaderni Fiorentini*, Milano, Giuffrè Editore, n. 36, p. 983-1005, 2007.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-06, p. 1-23, 2002. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 06, set., 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – Parte General*. 5 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

NORONHA, Magalhães E. *Direito Penal: Introdução e Parte Genal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1967, v.1.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Frederico Abraão de. *Penas, Medidas de Segurança e Sursis: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. Barueri: Manole, 2015.

PELISSERO, Marco. *Il doppio binario nel sistema penale italiano*. Disponível em: <<http://www.law.unc.edu/documents/faculty/adversaryconference/doppiobinario-italiano-pelissero.pdf>>. p. 1-15. Acesso em: 30, jun., 2015.

PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e processo penal*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. Legislação e Jurisprudência. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=109&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 02, jun., 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. et. al. *Penas e medida de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: parte geral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROXIN, Claus. Derecho penal. *Parte General, tomo I: Fundamentos. La Estructura de La Teoría del Delito*. 1ed. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña; Javier de Vicente Remesal; Miguel Días y García Conlledo. Madrid: Civitas, 1997.

SÁ, Alvino Augusto de. et. al. (Coord.). *GDUCC - Grupo de diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade: uma experiência de integração entre a sociedade e o cárcere*. Brasília: Brasil. Ministério da Justiça, 2014.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Medidas Cautelares no Processo penal*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. rev. ampl. Madrid: Civitas, 2001.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Império do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2003. [Coleção história do direito brasileiro. Direito penal].

VIEIRA DE ARAUJO, João. *O Código Penal interpretado*. v. II. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. v. 2. (Coleção História do direito brasileiro. Direito penal).

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: parte general*. 4 ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 3 ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 1983. v. 5.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 1980. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. et. al. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.1.