

# A pena e a medida de segurança

CÉLIO TEODORO ASSUNÇÃO

SEM falar das origens e da Idade Média — foi na Itália, com o pensamento de CESAR BECCARIA, exposto no seu livro “Dei delitti e delle pene” (1821), que se iniciaram realmente as grandes e duradouras construções sistemáticas do Direito Penal. Com sua obra, surgiu também a chamada escola clássica, que abriu o caminho a muitas das modernas concepções sobre a pena.

Fundamenta BECCARIA o direito do soberano punir os delitos na necessidade de defender a sociedade contra as transgressões dos individuos; por esta razão, as penas que transponham tal necessidade são intrinsecamente injustas, já que a idéia da utilidade deve ser base da justiça humana. Baseando-se na prevenção, deu como conceito fundamental da sua obra a máxima: “é melhor prevenir os delitos que castigá-los”.

O delito foi considerado, portanto, como uma entidade jurídica transgressora da lei, cuja existência justifica a pena que, por sua vez, como entidade igualmente jurídica, tem por finalidade anular o crime, restabelecendo a ordem jurídica.

CARMIGNANI tomou estas idéias e as desenvolveu, acrescentando que o objetivo da política é que goze a sociedade o maior bem possível, sofrendo a menor quantidade de mal: o que está justificado pela condição humana de aspirar e manter sempre a esperança do bem, temendo constantemente o mal. Como os homens experimentam com maior intensidade o temor da dôr, em relação com a atração do prazer, escolheu a sociedade a ameaça de dôr como meio mais eficaz, entre os aptos, para punir os delitos. Daí, vem o conceito de que a pena é o sofrimento imposto, de acôrdo com a lei e por tribunais constituídos jurisdicionalmente, ao culpado por uma infração à ordem jurídica.

Dêsse modo, a finalidade da pena é impor o temor aos malvados instintos dos homens. Ela não é um mal, senão um bem para o delinqüente, cuja injusta vontade reforma (Roe-

der). É, fundamentalmente, sofrimento imposto pelo delito cometido, mas aspira a realização de fins práticos (Cuello Calon).

Não é possível dar à pena somente um caráter reformador: é necessário considerar também a sua característica de expiação ou retribuição, o que lhe dá sentido de sofrimento, de castigo imposto em retribuição ao delito cometido.

A pena não aspira fim algum, é um mero ato de justiça (teoria absoluta), afirmam alguns; outros, veem nela um sentido de prevenção (teorias relativas), aspirando sempre prevenir novos delitos. Cremos que ambas idéias são certas, pois que a pena-castigo (além de ser mero ato de justiça) exerce também uma ação intimidativa sobre a sociedade e realiza uma função preventiva. De duas maneiras obra: 1) quando atua sobre o individuo isolado — ESPECIAL; 2) quando atua sobre a coletividade, "erga omnes" — GERAL.

É, pois, função da pena impor o sofrimento aos culpados, mediante a privação ou restrição de determinados bens jurídicos. Pode ser perversa, mas não é um mal, porque reforma (Roeder). Ela é, antes de mais nada, um sofrimento.

### PERSONALIDADE E LEGALIDADE DA PENA

Deve ser pessoal a pena, isto é, recair somente sobre a pessoa do culpado — *nulla poena sine culpa* — de maneira que ninguém pode ser condenado por fato criminoso praticado por outrem.

A pena deve ser legal, ou seja, estabelecida por lei — *nulla poena sine lege* — e só pode ser imposta dentro dos limites fixados, para um fato previsto em dita lei como delito. Aos tribunais cabe a sua aplicação. São princípios consagrados universalmente pelo Direito Penal e, por isso mesmo, espantamos a calamidade em que se constituiu o Tribunal de Nuremberg, em plenos anos deste civilizado século XX, condenando, por lei que não era legal, crimes cometidos durante uma guerra. Nem legalidade e nem tipicidade.

### MODERNAS TENDÊNCIAS

Façamos um retrocesso, a fim de darmos curso àquelas considerações históricas com que iniciamos este modesto trabalho. Diz FILLIPO GRAMATICA ("Principios de D. Penal Subjetivo" — Madrid, 1942 — Reus) que, quase contemporaneamente com o aparecimento da escola clássica, houve um retôr-

no à concepção moral da pena, ou, pelo menos, uma tentativa, através das idéias dos italianos Rosmini e Mamiani. Tal movimento não ganhou corpo e a escola clássica iniciou com BECCARIA para ganhar a sua fase mais brilhante com FRANCESCO CARRARA, que publicou o seu "Programa del corso di diritto criminale" em 1861.

Suplantando a BECCARIA e outros, CARRARA submete a origem da necessidade de castigar às ofensas ao Direito, a uma eterna lei moral, que pode ser infringida de mil maneiras e não dispõe a sociedade de um freio para elas, uma censura imediata e sensível. Por isto, as necessidades humanas fizeram aparecer a coação e a sanção, completando a lei moral.

Desta maneira, o fim da autoridade social se concretiza na tutela jurídica, que é expressa praticamente com a pena.

Depois, veio nova escola, surgida com o positivismo que dominou a história, a filosofia, enfim, as artes, na segunda metade do século passado. Teve como precursor a figura de CESARE LOMBROSO, autor da obra "L'uomo delinquente" (1876). Propunha um minucioso diagnóstico da natureza psicopatológica do indivíduo delinquente, em vez de um exame da entidade objetiva do delito.

Negava assim a imputabilidade moral do réu, considerando patológica toda atividade criminosa. Foi, entretanto, ENRICO FERRI o verdadeiro mestre desta escola, quando rompeu em luta contra o livre arbítrio e colocou a gênese do delito nas condições de ambiente, de educação, necessidade social e, sobretudo, nas condições mórbidas dos indivíduos, não importando sejam essas físicas ou psíquicas, adquiridas, congênitas ou hereditárias.

Desta ordem de pensamento, surge o conceito de que a pena não deve ser tão somente a retribuição de uma culpa moral com um castigo proporcionado, senão um conjunto de providências sociais, preventivas e repressivas, que tanto possam atender a natureza e gênese do delito, como também preservar eficaz e humanamente a sociedade.

Entre os pensamentos clássico e positivo, estão os ecléticos Impallomeni, Alimena, von Liszt, von Bar, Binding, etc.

Vem, em seguida, o movimento técnico-jurídico, tendo como figura exponencial ARTURO ROCO e como seguidores brilhantes Manziani, Pessina, Massari, Vannini, Battaglini, Antolisei, para falar apenas na Itália, berço da nova corrente de pensamento penal. A missão da ciência do Direito — para os técnicos-juristas — deve limitar-se à gênese e ao estudo



do direito positivo. O fundamento do Direito Penal encontra-se no conceito de tutela, quando visa garantir as condições fundamentais e indispensáveis da vida em comum. Sua arma de combate é a coação, ou melhor, sua força latente e, a pena é o meio específico de atuação daquela tutela e dessa coação.

Façamos ligeira menção aos modernos penólogos norte-americanos, tais como Sutherland, Wines, Tannenbaum, Barnes, Taft, Tappan etc., que, do antagonismo entre pena-castigo e pena-prevenção, constituíram uma novíssima corrente de pensamento, que se expressa pelo conceito de pena-tratamento, com base no conhecimento da personalidade do delinqüente.

Finalmente, para encerrar o rápido panorama das tendências do Direito Penal da idade moderna, registraremos os dois mais recentes movimentos de idéias: a TEORIA DA AÇÃO FINALISTA, de WELZEL, professor da Universidade de Bonn — Alemanha; e a TEORIA DA NOVA DEFESA SOCIAL, de GRAMATICA, professor da Universidade de Gênova — Itália, que prega a subjetivação do Direito Penal; combate qualquer idéia de repressão penal e aspira, de maneira exclusiva, a resocialização dos indivíduos anti-sociais.

### O PENSAMENTO DE CUELLO CALÓN

Para o insígne mestre da Universidade de Madrid, a idéia de direito penal segue ligada estreitamente à de retribuição, não podendo prescindir uma da outra.

A retribuição não é — como afirmam os positivistas — uma vingança disfarçada, sobretudo porque aspira “fins mais altos, de mais amplos horizontes, a manter a ordem e o equilíbrio que são fundamentos da vida moral e social, a protegê-los e restaurá-los em caso de serem perturbados pelo delito. A retribuição é uma idéia universal, arraigada com firmeza na consciência coletiva que, secularmente, reclama o justo castigo para o culpado, idéia que dá à repressão criminal um tom moral que a eleva e enobrece” (“Derecho Penal” — Barcelona — Bosch, 1955). Assim, pela retribuição, a pena visa a restauração da ordem jurídica — do Direito — e constitui exigência fundamental da Justiça.

Não é uma retribuição ineficaz a que aspira a pena, mas, sim, a realização de fins práticos, que operem no delinqüente uma ação intimidativa. A pena age contra o delito, impondo, ao mesmo tempo, temor àqueles que vivem em sociedade, fazendo-lhes ver as duras conseqüências de um delito (função preventiva).

Os modernos penalistas da Alemanha, tais como von Roeder, Maurach e Mezger (os dois últimos da Universidade de Munich), bem como outros ilustres da Itália, dois países que sempre comandaram e orientaram a ciência penal, admitem a mesma ordem de conceitos do prof. CUELLO CALÓN, sustentando o caráter retributivo e intimidativo da pena. Ademais, é exatamente esta a doutrina que vem sustentando Sua Santidade, o Papa Pio XII, em várias ocasiões.

Segundo o prof. CUELLO CALÓN, ao elaborar-se o Código espanhol de 1870, o correcionalismo de ROEDER havia feito na Espanha mais seguidores que em nenhum outro país. Mas, os jurisconsultos que integraram a comissão de redação, continuavam comungando os princípios do Código precedente (1848), mantendo-se, pois, a orientação num sentido retributivo-expiatório. Daí, estar vigente em nossos dias o mesmo critério, passando-se pelo Código de 1932.

O atual Código Penal, refundido em 1944, informa-se nos mesmos princípios.

### FINALIDADE DA PENA

A pena atende, precipuamente, a três finalidades: correcional, reformadora e uma terceira que não está caracterizada (propomos a denominação de *arbitrária*), mas que pode ser exemplificada pelo sistema adotado na Bélgica, de correção dos incívicos.

Não se pode admitir a pena, apenas com uma finalidade correcional, porque existem penas que podem ser aplicadas com finalidade reformadora, tal é o caso daquelas de privação de liberdade. Certo seria admitir a finalidade correcional-reformadora.

Atendendo a estas finalidades, as penas podem dividir-se em: — intimidativas, corretivas e eliminativas, ou de segurança.

As primeiras destinam-se aos criminosos não corrompidos, aos que ainda podem temer a pena. As de correção, visam exatamente os corrompidos, mas ainda susceptíveis de reforma; pretendem reformar o caráter pervertido dos delinquentes, cuja sensibilidade não está completamente relaxada. Por fim, as eliminativas ou de segurança devem ser aplicadas aos delinquentes endurecidos, bárbaros e perigosos, que não temem a pena — os que são irreformáveis e irrecuperáveis para a sociedade.

Ditas penas de eliminação são fortemente combatidas, hoje em dia, por ser difícil sustentar que há criminosos irrecuperáveis ou irreformáveis. Muitos dos que assim são considerados — por determinados penalistas — não passam de miseráveis enfermos mentais, temperamentos psicopatas, vítimas de um mal endógeno (por exemplo: epilepsia), que reclamam maior assistência por parte do Estado, não no sentido da sua eliminação do corpo da sociedade, mas no de que são enfêrmos e, portanto, necessitam é de tratamento.

O sofrimento corporal — penas corporais — está, como as penas infamantes, praticamente desaparecido, surgindo apenas e raramente como meio para a manutenção da ordem nas prisões (Inglaterra) e palmadas de escola...

Quanto à materia (aflicção penal), as penas podem ser:

- a) *corporais* — recaem sôbre a vida ou integridade física: pena de morte, trabalhos forçados, etc.;
- b) *privativas de liberdade* — privam da liberdade de movimento: prisão;
- c) *restritivas de liberdade* — limitam a liberdade: exílio local, obrigação de residir em determinado lugar, etc.;
- d) *privativas ou restritivas de liberdade* — que podem recair sôbre direitos de caráter público ou de família: proibição de voto, etc.;
- e) *pecuniárias* — recaem sôbre o patrimônio do condenado: busca, apreensão, etc.;
- f) *infamantes* — privam da honra a quem as sofra: raspar a cabeça, cortar a mão.

A Groelandia, que depende da Dinamarca, adota um sistema pouco conhecido, que é chamado de retenção da liberdade.

## COMO SURTIU A MEDIDA DE SEGURANÇA

Não é recente a adoção do critério da periculosidade subjetiva, como fundamento à ação preventiva do Estado contra a criminalidade — afirma o ministro Nelson Hungria (“Comentários do Código Penal” — vol. III — Rio de Janeiro). Já era definido por *Feuerbach*, em 1800, com a mesma essência de nossos dias. Depois, foi *Garófalo* que a divulgou, se bem que sob o rótulo de temibilidade. A pena afirmava — devia ser determinada pela temibilidade do delinqüente.



Com o advento do positivismo penal, que adotou esta fórmula para combater o tradicional princípio da responsabilidade psíquica ou culpa moral, o crime passou a ser considerado um produto de fatores endógenos e exógenos, necessariamente atuantes sobre a vontade. Daí, desencadeou-se toda a desconfiança contra a pena castigo, a tal ponto que negavam a sua aplicação. Contra o criminoso somente caberiam medidas profiláticas ou de defesa, na proporção do perigo que representa para a segurança social.

Mais uma vez, voltou-se a falar da periculosidade, como critério que autoriza a ação preventiva do Estado contra os criminosos. Cuidou-se mais da pessoa do delinquentes, em contraste com o que fazia o excessivo jurismo clássico e, o que é mais importante, concluiu-se que a pena resultava insuficiente para o combate à crescente percentagem da reincidência criminal. Já não era mais a única arma!

Quando adquiriu consistência a teoria da periculosidade, visando, sobretudo, determinados criminosos chamados "semi-responsáveis" ou de "imputabilidade restrita", com os quais equivocara-se a corrente positivista, surgiu a medida de segurança. Subordinada à subjetiva noção de periculosidade, com caráter de prevenção especial, lado a lado com outras faladas medidas preventivas, tinha por fim recuperar o indivíduo para a sociedade, fôsse ele inútil, indesejável ou enfêrmo, e ainda, recomendada era para aquele que demonstrasse a impossibilidade de qualquer processo de cura ou adaptação, pois permitia uma segregação sob assistência.

Tendo uma estrutura diversa da pena, a medida de segurança não seria mais do que uma ampliação, à órbita jurídico-penal, das providências e medidas de caráter administrativo que se tomavam, naquela época, contra os loucos, ébrios habituais e menores delinquentes.

### SEUS MAIS DESTACADOS DEFENSORES

As primeiras notícias que se têm destas medidas ou semelhantes, datam do século XVI (fins) e são procedentes da Holanda e da Inglaterra. No primeiro país, existiu a RASPHUIS com a finalidade de punir aqueles que se encontravam na ante-sala do crime. Pretendia a recuperação e a reforma por meio de um trabalho duríssimo, no qual poderia ser evitada a recaída de ladrões, inimigos do trabalho, prostitutas, enfim, indivíduos perigosos.

No século XVII, na Espanha, haviam as chamadas “galeiras de mulheres”, usadas para a recuperação de ladras e prostitutas, instituição que provocou o aparecimento de outras no século seguinte. Anos depois, os loucos julgados incapazes passaram a ser internados em manicômio.

No ano de 1885, em França, adotou-se o afastamento dos criminosos reincidentes para as colônias distantes. Em Prússia, ou melhor, no seu direito territorial, ao lado das penas, figuravam determinadas medidas destinadas à prevenção contra os mendigos, vagabundos, prostitutas e delinquentes de perversas inclinações.

KLEIN dá-nos, já naquela época, uma noção das medidas de segurança, estabelecendo a distinção entre a pena, que continha um mal, e ditas medidas, que não eram necessariamente aflitivas e tinham em conta somente a periculosidade do sujeito.

GABRIEL TARDE afirmava que a pena servia apenas para coibir os delitos que não dizem respeito às necessidades naturais. Era impotente, portanto, contra o roubo, o furto, enfim, crimes que são provocados pela miséria ou paixões poderosas.

A União Internacional de Direito Penal, com VON LISZT, VAN HAMEL e PRINS, depois de 1905, discutiu e difundiu bastante a nova idéia, chegando mesmo a admitir que a periculosidade não necessitava ser revelada por uma prática criminosa, bastando a presunção bem fundada de que o indivíduo viesse a delinquir. Idéia que não durou muito.

Coube, entretanto, ao austríaco CARLOS STOOS as honras de colocar na órbita do direito positivo tais idéias, que já se encontravam cristalizadas pela aprovação das experiências feitas na Holanda, Inglaterra, Espanha e França. No biênio 1893-94, foi encarregado de dirigir um projeto de Código Penal para a Suíça e, então, aproveitou a oportunidade para, ao lado da pena, essencialmente repressiva e aflitiva e, como tal, servindo a prevenção “erga omnes”, estabelecer a medida de segurança, essencialmente preventiva e com fundamento exclusivo na periculosidade subjetiva. Também na Inglaterra, pouco antes da primeira guerra mundial, foram adotadas leis que criavam várias medidas de segurança.

STOOS afirmava que há determinados grupos de pessoas, inclinadas a cometer delitos, tendo-se em vista seu estado corporal e espiritual. A política criminal deve verificar tais distúrbios, eliminando-os ou atenuando-os. A pena — de um modo geral — não é adequada para isto, porque se determina tendo em vista o estado do criminoso somente no ato que praticou,



isto é, baseia-se exclusivamente na culpabilidade. São necessárias, pois, outras medidas que consigam o que a pena não tem conseguido.

Dizia que estas são substitutivos da pena e não se confundem com ela. Devem ser aplicadas aos delinquentes jovens, os refratários ao trabalho (vagabundos e desempregados), os anormais mentais, os alcoolatras e criminosos habituais.

ENRICO FERRI, no projeto que elaborou em 1921 para o Código Penal italiano, tentou a realização do sistema unitário de sanções, subordinado à periculosidade subjetiva. Diz o Prof. NELSON HUNGRIA (ob. cit. p. 22) que tal sistema só nominalmente se diferenciava do sistema bifronte ou dualístico de STÖOS. O que havia era apenas uma troca de rótulos: onde estava escrito "responsabilidade moral" e "culpabilidade", passava-se a ler "responsabilidade legal" e "periculosidade", e, onde se lia "pena e medida de segurança", preferia-se escrever simplesmente "sanções". FERRI pregava, entretanto, as medidas preventivas em grande escala, dizendo: "Homens mais cultos, mais morais e mais sãos". Ademais, outras medidas de política social são os conhecidos substitutivos penais de FERRI.

O Código italiano de 1930, resultante do projeto de ROCCO, consagrou o sistema dualístico, fazendo com que as legislações de quase todos os países do mundo, especialmente da América, acolhessem pena e medida de segurança debaixo de um só estatuto penal. Assim, Noruega, Suíça, Iugoslavia, Polônia, Dinamarca, Letônia, China, Rumania, Perú, Cuba, Colombia, México, Uruguai, Equador, Porto Rico e Brasil, são países que adotam ainda a mesma sistemática.

Não se deve confundir com as medidas de segurança, que somente são impostas em caso de delito, aquelas outras preventivas aplicadas a sujeitos perigosos, não delinquentes (ébrios, toxicômanos, vagabundos, etc.), ainda quando sejam impostas judicialmente. O Código argentino de 1924, ou melhor dito, os projetos argentinos de 1924 e 1928, o projeto do Código Penal chileno de 1929, várias leis de países da América e a lei de "Vagos y Maleantes" espanhola estabelecem disposições como as descritas.

### DEFINIÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Define o prof. CUELLO CALON a medida de segurança como especial meio preventivo, privativo ou limitativo de bens jurídicos, imposto pelo Estado a determinados grupos de cri-

minosos perigosos para lograr sua readaptação à vida social (medidas de educação, de correção e de cura) ou sua separação da mesma (medidas de segurança em sentido estricto), ou, ainda sem aspirar especificamente as estas finalidades, conseguir a prevenção de novos delitos.

Ao primeiro grupo, pertencem:

- a) tratamento educativo de menores delinquentes;
- b) tratamento e internamento de delinquentes anormais mentais;
- c) internamento e cura dos alcoolatras e toxicômanos;
- d) internamento de vadios e refratários ao trabalho para adaptação e uma vida útil;
- e) submissão ao regime de liberdade vigiada.

Ao segundo grupo:

Internamento de segurança dos delinquentes habituais perigosos e incorrigíveis, por suas tendências instintivas e, ademais, dos loucos criminosos.

Ao terceiro grupo:

- a) expulsão de estrangeiros;
- b) proibição de residir ou de frequentar determinados locais, propícios ao crime;
- c) obrigação de residir em determinados locais (confinamento);
- d) proibição de exercer certa profissão.

Nos países nórdicos, tais como Suécia, Noruega, Finlândia, Dinamarca e Islandia, pratica-se a castração dos delinquentes com caráter de medida de segurança, somente nos casos sexuais perigosos. Tanto esta bárbara medida, como a assexualização usada em determinados setores dos Estados Unidos, sofrem o impacto de violentas críticas pelo muito que encerram de desrespeito à dignidade da pessoa humana.

## DIFERENÇA ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA

Diz a exposição de motivos do Código Penal Brasileiro que a medida de segurança se difere da pena "quer do ponto de vista de suas causas e de seus fins, quer pelas condições em que deve ser aplicada e pelo seu modo de execução". E o ministro NELSON HUNGRIA estabelece entre pena e medida de segurança as seguintes diferenças:

a) a pena é consequência da culpabilidade e aplica-se aos responsáveis; a medida de segurança decorre da periculosidade e aplica-se tanto aos responsáveis como aos irresponsáveis;

b) a pena tem cunho essencialmente ético e baseia-se na justiça; a medida de segurança é eticamente neutra e tem por fundamento a utilidade;

c) a pena é sanção e se impõe por um fato certo (crime praticado); a medida de segurança não é sanção e se impõe por um fato provável (possibilidade de reincidir);

d) a pena é retributiva e a medida de segurança é segregação tutelar ou readaptação do indivíduo anti-social;

e) a pena, adstrita à noção realística ou causal do crime (lesão ou perigo de lesão de um bem ou interesse penalmente protegido), é proporcionada à gravidade deste e, conseqüentemente, determinada no seu quantum; a medida de segurança, ainda que condicionada, de regra, à precedente prática de um fato previsto como crime, somente tem este em conta como um dos sintomas do estado perigoso individual, a cuja indeterminada duração está subordinada a sua execução;

f) a pena é necessariamente aflitiva (como todo castigo) e a medida de segurança é desprovida de tal caráter, pelo menos do ponto de vista psicológico; a pena tem como caráter jurídico essencial o sofrimento e a medida de segurança pode admiti-lo apenas como meio indispensável à sua execução, pois ela é medicina, tratamento, assistência ou pedagogia;

g) a pena tem a prevenção especial e a geral e, a medida de segurança visa tão somente a prevenção especial.

Em síntese, a medida de segurança vive ao lado da pena, como seu substitutivo ou suplemento. A pena volta-se para o passado (quia peccatum est) e para o futuro (ne amplius peccetur), enquanto a medida de segurança olha somente para o futuro.

O mestre CUELLO CALÓN afirma que a pena se impõe, tendo em vista a culpabilidade, enquanto a medida de segurança leva em conta exclusivamente a periculosidade do sujeito. Aí está a fundamental diferença entre as duas. Ademais, a pena não só realiza sua função sobre o culpado, mas ainda atende a sentimentos tradicionais arraigados no espírito do povo, que exige a punição de delito. A medida de segurança desconhece isto e é empregada como medida de prevenção social.



Quando se trata, porém, de um criminoso habitual de grande periculosidade, assume a medida de segurança uma posição de PENA DE SEGURANÇA, até verificar-se a volta normal (ou possibilidade dela) de delinqüente à sociedade. É um prolongamento da pena.

A escola positiva adota um sistema unitário de sanções, não distinguindo entre pena e medida de segurança. Alegam os positivistas:

- a) ambas constituem perda ou diminuição dos bens jurídicos;
- b) ambas pressupõem a prática de um delito e são proporcionais à periculosidade do delinqüente;
- c) ambas servem para intimidar a generalidade dos homens e ainda para readaptar o sujeito à vida social;
- d) ambas têm por finalidade a defesa social, reafirmam a autoridade do Estado, são aplicadas pelos mesmos órgãos com idênticos procedimentos e garantias fundamentais, têm uma duração relativamente indeterminada e são tão semelhantes que podem ser aplicadas indistintamente.

A maioria dos códigos admite o sistema dualístico, mas há atualmente uma tendência no sentido de se aceitar a medida de segurança com as mesmas características da pena, principalmente quando já se reconhece que, em determinados casos, possui ela uma eficácia intimidativa e um valor aflitivo às vezes superior ao das penas.

Autores como BIRKMEYER, ALIMENA, GARRAUD e THYREN advogam a existência de um Código retributivo para as penas e outro preventivo para as medidas de segurança.

Critério bastante seguro para distinguir entre pena e medida de segurança é o indicado pelo ministro NELSON HUNGRIA, quando, apoiado em ilustres penalistas, marca a diferença entre capacidade de delinquir e periculosidade. Diz êle: "...no cálculo da pena, o que se tem a investigar é a "capacidade de delinquir" (a que expressa e distintamente se refere o Código italiano), que, se tem notas comuns com a periculosidade (de que pode ser indício), não se confunde com esta".

Contesta a GRISPIGNI, dizendo que capacidade para delinquir é uma cousa e periculosidade é outra. A primeira é o conjunto dos elementos em virtude dos quais se pode aquilatar da criminalidade do réu no caso concreto, enquanto a pe-

riculosidade, diversamente, entende com o futuro e é a acentuada possibilidade que o agente torne a delinquir, a probabilidade de reincidência. A periculosidade não serve a um objeto de justiça, mas de utilidade: não é fundamento à justa ou proporcionada retribuição do mal pelo mal, que o Estado, tem o direito e o dever de exercer.

Por fim, não se admite mais o argumento de que as medidas de segurança devem estar fóra do Código Penal, por se tratarem de medidas mais administrativas ou de um pretensão direito da polícia, que é um ramo do direito administrativo. Hoje em dia, isto não passa de restos do exagerado reacionarismo da escola clássica ortodoxa contra a corrente positivista — afirma o penalista brasileiro. BRICHETTI diz, com muita razão, que a natureza jurídico-penal das medidas de segurança é *sentida* antes de ser demonstrada: “nescio, sed fieri sentio”, como diria CATULO. LONGHI diz que elas são meios coercitivos para a defesa contra a delinqüência e pertencem, portanto, à matéria do direito penal. Constituem um capítulo do direito penal: o direito de segurança — finaliza NELSON HUNGRIA.

### DURAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

De um modo geral, as medidas de segurança são de duração indeterminada, absoluta ou relativa. Há — entretanto — em nossos dias, uma tendência para a sua fixação. Tratando-se de delinqüentes habituais, tendem a conservar o caráter de indeterminação, pois depende de ser comprovada a cessação da periculosidade. A maioria das legislações dos países se manifesta por uma indeterminação absoluta, especialmente em casos de loucura.

### O SISTEMA ITALIANO

Na Itália, o juiz pode determinar a cessação da periculosidade. Vigora um sistema de indeterminação, mas com um mínimo fixo:

- 2 anos — para os criminosos habituais;
- 3 anos — para os habituais e profissionais;
- 4 anos — para os criminosos por tendência.

É excessivamente duro o sistema italiano. Para os delinqüentes enfermos mentais e anormais, é adotado pela maioria de países um sistema por espaço indefinido. Há um mínimo que vai de 2 a 10 anos.

## OUTROS SISTEMAS

Os Estados Unidos (Berne's Law) adotam determinadas medidas semelhantes às de segurança, mas não as denominam assim. São referentes ao internamento de delinqüentes habituais, toxicômanos, à proteção contra a delinqüência infantil e juvenil.

A Suécia está bem próxima da legislação norte-americana.

A Inglaterra estabeleceu sistema interessante: indeterminado, variando entre um mínimo (5 anos) e um máximo (12). Iniciou com o "Vagrancy Act" de 1824, depois vieram o "Habitual drunkards Act" de 1879, o "Prevention of crime Act", de 21-12-1908, o "Mental deficiency Act", de 18-5-1913 e, finalmente, o "Preventive detention Act", especial para os delinqüentes habituais. Antes é cumprida a pena, depois aplicada a medida de segurança.

A Bélgica criou um sistema de reclusão especial, estabelecendo um espaço entre 10 a 20 anos para os habituais e profissionais.

Como dissemos antes, com relação aos delinqüentes enfermos mentais e anormais, adota-se o internamento por espaço indefinido. Assim, na Alemanha e Espanha, para não nos referirmos a outros países. Tal critério é combatido, pois nada mais justo e claro fôsse suspenso o internamento, tão logo se verificasse a concretização da cura.

Para a suspensão das medidas de segurança, são adotados dois critérios:

- 1) — pelos juizes e tribunais;
- 2) — por uma comissão mista especial, integrada pela autoridade judicial (papel preponderante), psiquiatra e representante da prisão.

## ○ CÓDIGO BRASILEIRO

O Código Penal brasileiro de 1940, que está inspirado no projeto de Rocco, consagra o sistema dualístico de sanções. Com respeito à medida de segurança (arts. 75 e 101), admite a possibilidade de verificação da periculosidade (art. 77), se a personalidade e antecedentes do sujeito, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir.



Estabelece uma duração de 1 a 6 anos, para o internamento em manicômio judiciário, prazo que se fixa relacionando diretamente com o que a lei comina pena de reclusão.

Para internamento em caso de custódia e tratamento, a duração é de 6 meses a 3 anos, seguindo-se o mesmo critério para a sua fixação e, ademais, levando em consideração a enfermidade mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que acarreta a irresponsabilidade.

Para os reincidentes em crimes dolosos, os condenados a reclusão por mais de 5 anos e o condenado a pena privativa de liberdade, se o crime se relaciona com a ociosidade, vadiagem ou prostituição, o prazo da medida a ser aplicada pode ser de 1 a 2 anos (art. 93). São ainda consideradas medidas de segurança: a liberdade vigiada, o exílio local, a proibição de frequentar determinados lugares, etc.

São medidas de segurança de caráter PATRIMONIAL: a interdição de estabelecimento, comercial ou industrial; ou de sede de sociedade, ou associação, além dessas, o confisco dos instrumentos e produtos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitui fato ilícito.

### CRISE DA PENA

Ao iniciar o Curso de Doutorado da Universidade de Madrid, em outubro de 1955, dizia o prof. CUELLO CALLÓN que nota-se, nos dias de hoje, uma tendência no campo do Direito Penal, no sentido de se afastar do estudo dos delitos, preocupando mais aos penalistas e estudiosos os problemas relacionados com a pena e sua aplicação. E, dentro desta moderna tendência, verifica-se que vivemos um momento que bem poderia ser chamado de crise da pena, sobretudo, pelo que evidenciaram o Congresso de Criminologia de Londres (1950), as resoluções da Comissão Internacional Penal e Penitenciária (1951), o VI Congresso Internacional de Direito Penal (Roma, 1953) e as obras de penalistas italianos, norte-americanos e alemães da atualidade.

É que prestigiosa corrente doutrinária insiste no paradoxo de abolição radical da pena-castigo, pregando as denominadas medidas preventivas de segurança, de tutela, de tratamento, de readaptação e educação, completamente isentas da idéia de culpa moral e desprovidas de caráter aflitivo ou de sofrimento com o fim de exemplaridade. Assim é que o dualismo pena

e medida de segurança vai perdendo vigor na doutrina, já havendo um acôrdo (Roma, 1953) no sentido de se evitar a submissão do mesmo sujeito a ambas medidas ou sanções.

Dita corrente parte do correcionalismo de ROEDER, onde a idéia pode ser encontrada em embrião, fortalece-se com o advento da escola positiva italiana e corporifica-se com as idéias dos norte-americanos, que declaram a falência do penitenciariismo. Para reajustar homens à vida social — dizem êles — inverteu o penitenciariismo os processos lógicos de socialização: impõe silêncio ao único animal que fala; obriga regras que destroem qualquer esforço de recuperação moral para a vida livre; induz um passivismo hipócrita pelo medo do castigo disciplinar; impugna até mesmo o sentimento de amor próprio.

Há ainda os que afirmam não haver diferença nenhuma entre pena e medida de segurança, pois ditas medidas têm um verdadeiro sentido penal, como certos internamentos que apresentam escassa ou nenhuma diferença com as penas privativas de liberdade, especialmente nos países que as adotam de modo mais ou menos indeterminado. Por outra parte, acreditam que as medidas de segurança possuem uma eficácia intimidativa e um valor aflitivo, às vezes superior ao das penas.

## CONCLUSÃO

Se é verdade que a pena já não é suficiente ou que desconfiamos da sua eficácia, se é verdade que o penitenciariismo abriu falência e está desacreditado, não quer dizer que já se possa prescindir da pena nos nossos dias. Dentro de um sistema penal, acreditamos ser impossível deixar à margem a repressão e esta é eminentemente *pena*. Surgiu com os primeiros homens e está condenada a ser pedagogia de todos os tempos.

Reconhecemos a utilidade da adoção das medidas de segurança e outras preventivas para um melhor desempenho da ação fiscalizadora e punitiva do Estado, em benefício da sociedade. Ambas — pena e medida de segurança — se completam nesta missão. Não acreditamos que haja falhado a missão da penitenciária ou a finalidade da pena, porque do simples fato de ser ela, muitas vêzes, insuficiente, não se deve concluir que ela é ineficiente, portanto, deve ser extinta.

Creemos firmemente na oportunidade e certeza das palavras de BIAGIO PETROCELLI, e ilustra professor da Universidade de Napoli:

“Noi continuiamo a credere che la pena, nel suo significato e nella sua funzione tradizionale, non potrà essere distrutta, e che pertanto i mezzi di tutela contro la pericolosità criminale dovranno da essa rimanere sempre nettamente distinti. Continuiamo soprattutto a credere nella grande forza di difesa e di prevenzione che, sia pure indirettamente, agisce nell'intimo della pena retributiva. La quale, movendo da una valutazione morale dei fatti umani e da una corrispondente concezione della vita, funziona, non per ciò che essa è in so stessa, ma in forza del suo principio, da motivo elevato e pro fondo di educazione sociale, senza di che è assurdo rendersi fautori di sistemi di rieducazione e di riadattamento, con lo strano criterio che alla elevazione morale il sistema debba dirigersi soltanto dopo e non anche prima”.