

MEDIDAS DE SEGURANÇA E PERICULOSIDADE CRIMINAL: MEDO DE QUEM?

*Marcelo Lebre**

Resumo

A medida de segurança é a sanção jurídico-penal imposta ao agente que infringe uma norma penal e que, por motivo de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, é considerado incapaz (ou relativamente incapaz) de entender o caráter ilícito do fato ou de se comportar conforme esse entendimento. Ocorre que a tão só constatação da patologia psíquica não é suficiente para autorizar a aplicação da aludida medida, fazendo-se também necessária a comprovação da periculosidade do agente. E é exatamente aí que surge o problema: o que é ser perigoso? Trata-se de definição abstrata e casualística, a qual acaba por resgatar os postulados de um direito penal do inimigo, contrário a tudo aquilo que é propugnado em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Doenças mentais. Periculosidade criminal. Medidas de segurança. Direito penal.

Introdução: a edificação das medidas de segurança

As medidas de segurança traduzem, em sua essência, a ideia de providência, precaução, cautela, característica especial de dispensar cuidados a algo ou alguém para evitar um determinado mal. E é exatamente nessa perspectiva que elas também acabam consagrando seu escopo primordial: atuar no controle social, afastando o risco inerente ao indivíduo que é inimputável por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto e que praticou uma infração à norma penal.

* Especialista em Ciências Criminais. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia. Professor das Escolas Oficiais no Estado do Paraná (Escola do Ministério Público - Fempar; Escola da Magistratura - Emap; Escola da Magistratura Federal - Esmafe; Escola da Magistratura do Trabalho - Ematra), do curso de graduação em direito da UniBrasil e da pós-graduação da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCConst. Curitiba.

Nesse diapasão, é possível concebê-las como uma providência do poder político estatal que impede que determinada pessoa, ao cometer uma infração penal e se revelar perigosa, venha a reiterar a conduta desviante, necessitando de tratamento adequado para sua reintegração social (FERRARI, 2001).

Mas antes de alcançar a estrutura jurídica que tem hoje, o instituto foi alvo de diversas elaborações teóricas e legislativas, no Brasil e no mundo. Basta verificar que tais medidas surgiram – como espécie de sanção regulamentada em um ordenamento jurídico – apenas no final do século XIX, por inspiração da doutrina de Franz von Liszt¹, que as concebeu, ao lado das penas, como mecanismo eficaz de defesa social.

Inspirado por tais premissas teóricas, Carl Stoos, ao elaborar o anteprojeto do Código Penal suíço (1893)², fez questão de incluir em seu texto um capítulo inteiro para tratar de tais medidas, as quais passaram a incorporar vários diplomas legislativos por toda a Europa e América Latina dali por diante³. Inclusive no Brasil, as medidas de segurança vieram a consolidar-se com o Código Penal de 1940 e generalizar-se como alternativa para aqueles que eram “criminosos natos e incidiam em conduta humana típica e antijurídica, mas que eram inimputáveis” (NOGUEIRA, 1937).

Ocorre que a medida de segurança figura como espécie de sanção penal, razão pela qual ela só pode ser aplicada por um juiz de direito após o regular trâmite do processo penal e desde que preenchidos os seus requisitos legais, que são: (I) a prática de um injusto penal (ou seja, um fato típico e antijurídico); (II) a comprovação de inimputabilidade ou semi-imputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto (o que se dá por meio de perícia: o exame de sanidade mental); (III) e, por fim, a periculosidade

¹ Numa variante alemã do positivismo, Liszt propunha a imposição de penas ressocializadoras para os iguais e penas intimidatórias para os ocasionais. E para os incorrigíveis, como não era possível propugnar, em sua época, por uma matança coletiva dos mesmos, Liszt propugnava pela neutralização dos mesmos (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 100).

² BRUNO, Aníbal. *Direito penal: pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 255 (*verbis*): “[...] a parte geral do Projeto Stoos foi publicada em 1893, mas só em 1894 veio a publicação do texto integral, em 211 artigos, com as observações preliminares, do seu autor”. O anteprojeto encomendado objetivava a estruturação de uma legislação una e geral para toda a Confederação helvética, o que somente iria se concretizar tempos depois, entrando em vigor apenas em 1º de janeiro de 1942.

³ Assim, ela foi incluída no Código Penal italiano de 1930 (o conhecido “Código Rocco”), no Código Penal norueguês (1902); no Código Penal alemão (1909); no projeto austríaco de Código Penal (1910); no Código Penal argentino (1921); no projeto chileno (1929); na Lei belga (1930); no Código dinamarquês (1930); no Projeto francês (1930) e também no Código Penal espanhol (1928).

do agente. E é exatamente aí, no último requisito, que se encontra o grande problema das medidas: afinal, no que consiste a tal periculosidade criminal?

Fenomenologia da “loucura” e a construção histórica da periculosidade

Segundo definição do dicionário da língua portuguesa (FERREIRA, 2004), periculosidade diz respeito ao estado ou qualidade do que (ou de quem) é perigoso, consistindo – em termos penais – no conjunto de circunstâncias que indicam a probabilidade de alguém praticar ou tornar a praticar um crime.

Para Álvaro Mayrink da Costa (2008, p. 14), que faz expressa referência à noção firmada pela jurisprudência do Tribunal Supremo alemão, “a noção de periculosidade diz respeito exatamente à probabilidade de que se repita a realização de atos delitivos que ofendam gravemente a ordem jurídica”.

Nota-se, assim, que a periculosidade criminal implica um juízo de probabilidade de o agente vir a cometer novos fatos ilícitos-típicos. É a “probabilidade de reiteração criminal”⁴, a qual traduz essencialmente uma ideia de risco: “[...] um risco representado por circunstâncias que prenunciam um mal para alguém, ou para alguma coisa, resultando ameaça, medo ou temor à sociedade” (FERRARI, 2001, p. 153)⁵.

A periculosidade criminal funda-se, portanto, na ideia de que os doentes mentais infratores, movidos por certos apetites e impulsos que lhe são próprios (em face do seu quadro clínico), provavelmente praticarão novos ilícitos-típicos, configurando-se a medida de segurança como a modalidade sancionatória mais adequada para tratá-los ou simplesmente neutralizá-los.

Por isso, correta a observação de Gomes da Silva, quando assevera que boa parte dessa racionalização, especialmente feita pelos profissionais do Direito, está centrada em uma noção estritamente intuitiva acerca dos riscos de que eventual liberação do sentenciado portador de transtorno mental possa trazer à sociedade (SILVA, 2001).

A noção de periculosidade representa nada além do que “um juízo futuro e incerto sobre condutas de impossível determinação probabilística,

⁴ Sobre o tema, Petrocelli acentua a predileção da doutrina para com a fórmula periculosidade criminal, visto que “periculosidade social é expressão a que falta univocidade, pois diversos são os perigos que incidem sobre o objeto sociedade; periculosidade criminal indica periculosidade de homens, relacionada ao delito, que é ação humana” (PETROCELLI, Biagio. *La periculosità criminale e la sua posizione giurídica*. Padova: Cedam, 1940, p. 36).

⁵ Em sentido análogo, cf.: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Juspodivm, 2009.

aplicada à pessoa rotulada como perigosa, com base em uma questionável avaliação sobre suas condições morais e sua vida pregressa” (CARVALHO, 2003, p. 137). Não por outra razão Cristina Rauter aduz que “a noção de periculosidade está indissociavelmente ligada a certo exercício de futurologia pseudocientífica” (RAUTER, 1997, p. 71).

Ocorre que essa ideia de risco, para tentar fugir de uma abstração racionalmente inaceitável, acaba sendo construída a partir da gravidade implícita do fato criminoso, o que gera uma absurda incongruência neste instituto: pois acaba imputando-se efeitos sancionatórios a uma medida que se propunha exclusivamente terapêutica (SILVA, 2001).

O que se vê, portanto, é a manipulação do conceito de risco, legitimando e ampliando um poder de disciplina que busca sempre o controle dos indivíduos desviantes (os “anormais”, nas palavras de Michel Foucault) por meio de um processo compulsório de normalização penal.

Mais uma vez citando Gomes da Silva (2001, p. 78),

é de se ver que a história judiciária brasileira deflagra inúmeros casos de sujeitos condenados por crimes bárbaros, sem que a sociedade ou os operadores do Direito tenham demonstrado alguma preocupação especial com a possibilidade de que aquele sujeito, após o cumprimento da pena, voltasse a delinquir.

Assim, vale questionar: qual o fundamento para se temer mais o portador de transtornos mentais? Poder-se-ia responder: exatamente o fato de ser portador de transtorno mental. Entretanto, o simples fato de ser portador de transtorno mental não constitui, em si, crime algum (afinal, existe uma infinidade de pessoas portadoras de patologia penal que não estão submetidas – e nem precisam estar – ao sistema penal)⁶.

Nos dizeres de Zaffaroni e Nilo Batista (2003, p. 811), “a periculosidade de uma pessoa que tenha cometido um injusto pode não ser maior nem menor do que a de outra que o tenha causado, se a mesma depende de um padecimento penal”. Nesses termos, afirmam também que “não existe razão aparente para estabelecer que um azar leve à submissão de uma delas a um controle penal perpétuo”.

⁶ Os transtornos psíquicos só interessam ao direito penal quando há a prática de um crime, e mais, que se demonstre que o agir do infrator-patológico desvia de um padrão socialmente aceitável (quantitativa ou qualitativamente) - *ibidem*, p. 86.

Ou seja, o crime não é privilégio dos “anormais” e nem sempre o crime do próprio doente mental está ligado à sua patologia – razão pela qual não há falar em predisposição para o ilícito. Até porque, ainda quando se torna um hábito ou mesmo um meio de vida, o crime não é, de modo algum, resultante de uma orientação mais ou menos fatalista do indivíduo.

No final das contas, verifica-se apenas que o argumento da periculosidade acaba descortinando (ao mesmo tempo em que revigora e legitima) o papel primordial desempenhado pelo sistema penal: o de controle social do indesejado.

Críticas à periculosidade como fundamento das medidas de segurança

O que não se percebe é que esta figura – do indivíduo socialmente perigoso – acabaria por abarcar uma infinidade de situações de risco (totalmente imprecisas e demasiado abstratas) praticadas por determinados tipos de autor, conformando por vias transversas um Direito Penal em que o fato praticado é de pouca relevância jurídica. Afinal, é sobre o próprio autor que acaba recaindo a atuação preventiva do poder punitivo (POLAINO NAVARRETE; POLAINO-ORTS, 2001).

E a história da humanidade demonstra que a prática real do poder sempre imputou a certo grupo de indivíduos a carapuça da periculosidade, conferindo-lhes sempre um tratamento rigoroso e punitivo, típico de um inimigo: estrangeiros, mendigos, leprosos, bruxas, prostitutas, ébrios, tóxicômanos, terroristas e, é claro, os enfermos mentais, sempre tiveram lugar cativo nesse funesto rol (ZAFFARONI, 2007).

Nesse diapasão, a incorporação da periculosidade social nas legislações penais acabou funcionando como uma espécie de válvula de escape à restrição da liberdade dos cidadãos inconvenientes (os “estranhos”) ao poder⁷. Fundando-se em um temerário conceito de danosidade, que ignora a abstração que lhe é intrínseca, autorizou-se a indefinida e arbitrária restrição da liberdade de certos grupos de indivíduos.

Sob o pretexto de configurar-se como uma medida de defesa social, permitiu-se e legitimou-se a investida preventiva contra esse grupo histórico

⁷ Nesse sentido: JAKOBS, Günther; MELIÁ; Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. E mais: não foi à toa que a ideia de periculosidade social foi incorporada à legislação de quase todos os regimes políticos autoritários mundo a fora (a título de exemplo, foi incluída no Código Penal brasileiro de 1940, feito sob a égide do período ditatorial).

de indesejados, antes mesmo da prática de um injusto, em alguns casos, criando um verdadeiro mundo de Minority Report⁸.

Mas vale lembrar que o Direito Penal moderno, estruturado sobre as bases constitucionais da culpabilidade, não permite que a persecução criminal se apoie em fatores externos ao fato delitivo praticado (ligados ao indivíduo e suas características pessoais). Ao contrário: toda a edificação jurídico-penal em um Estado democrático parte exatamente da premissa que as pessoas devem ser julgadas e punidas apenas por aquilo que fizeram de errado (e que demandem um juízo de reprovação), e não por aquilo que são ou podem vir a ser.

Nesse passo, é certo que o instituto da medida de segurança não encontra vez no novo marco constitucional exigido para o direito penal contemporâneo.

Conclusões

Frente a todas as considerações feitas, é possível concluir que essa lógica perversa e excludente que transforma o portador de transtorno psíquico infrator em um cidadão de segunda classe não se coaduna com as premissas firmadas pela Carta Magna de 1988.

E essas conclusões decorrem exatamente do fato de que a categoria da periculosidade, nuclear desse modelo repressivo chamado medida de segurança, é completamente isenta de significado: basta lembrar que o conceito de periculosidade se funda no juízo de que o indivíduo, em razão de sua doença mental ou desajuste social, tem a probabilidade de vir a praticar ou tornar a cometer um injusto penal.

Como indica Salo de Carvalho (2003, p. 137), “a popularização de tal categoria no senso comum teórico dos juristas e do homem de rua, pela

⁸ SPILBERG, Steven (Diretor). *Minority report*. USA: Twentieth Century Fox e Dreamworks Pictures, 2002. A película se passa em Washington no ano de 2054, onde a divisão “pré-crime” teria conseguido acabar com os assassinatos, graças ao auxílio de paranormais (os *precogs*), que visualizam o futuro e possibilitam que o culpado seja punido antes que o crime seja cometido. Quando os *precogs* têm uma visão, o nome da vítima aparece escrito em uma pequena esfera e em outra esfera está o nome do culpado. Também surgem imagens do crime e a hora exata em que acontecerá. Essas informações são fornecidas para uma elite de policiais que tenta descobrir onde será o assassinato, evitando o crime e recolhendo a um estabelecimento prisional que afastará para sempre o agente (autor do futuro “quase-crime”) do convívio social. Note-se que qualquer semelhança com as medidas de segurança não é mera coincidência...

assunção ideológica da terminologia defensivista, não permite clara definição de sua essência”. Ou seja, trata-se de categoria extremamente abstrata, sem qualquer sentido objetivo. E continua:

Não obstante, é parâmetro para justificação da incidência do sistema pena sobre os indivíduos classificados como perigosos. Representa, em classificação ideal típica, o mais espetacular resíduo etiológico nos sistemas penais contemporâneos (CARVALHO, 2003, p. 137).

Para Benigno Di Tullio (*apud* FERRARI, 2001, p. 153),

a periculosidade constitui um critério que não exclui as graves incertezas existentes em todo prognóstico, configurando-se impossível prever, com convicção, a posterioridade de qualquer indivíduo, especialmente sob o enfoque de uma conduta futura.

Por mais que se tente atenuar a subjetividade na definição do perigoso, atrelando-a, por exemplo, à probabilidade de reiterar condutas criminosas em face do histórico do agente (como faz o legislador brasileiro), certo é que tal missão ainda assim será praticamente irrealizável, haja vista que o próprio conceito sempre estará fundado num duvidoso juízo de prognose.

É exatamente nessa perspectiva que se pode aventar a inconsistência e a necessidade de se repensar todo o instituto. Afinal, não há como se falar em um direito penal de matriz democrática, consoante exigência constitucional, diante dessa abstração.

Security measures and criminal dangerousness: afraid of whom?

Abstract: Security measure is a penal-legal punishment imposed to someone whom inflict a penal norm and, for reason of mental disease or incomplete mental development, is considered unable (or relatively unable) to understand that the fact is unlawfully or to have a behavior according to this understanding. However, just to realize that exists a clinical pathology is not enough to allow the application of this measure. It is necessary to prove that the agent is dangerous. And it is in this point that comes a question: what is being dangerous? This is an abstract and casuistic definition that ends to

bring back postulates of a criminal law of the enemy, what is against everything that people proposes in a democratic state of law.

Keywords: Mental diseases. Criminal dangerousness. Security measures. Criminal law.

Mesures de Sécurité et Dangerosité Criminelle: peur de qui?

Résumé: La mesure de sécurité est la sanction juridique-pénal imposé à l'agent qui viole la norme pénal et qui, pour motif de maladie mentale ou développement mental incomplet, est considéré incapable (ou relativement incapable) de comprendre le caractère illicite du fait ou de se comporter en conformité avec cet entendement. Il arrive que la seule constatation de la pathologie psychique n'est pas suffisante pour autoriser l'application de la mesure en référence, se faisant aussi nécessaire pour faire la preuve de la dangerosité de l'agent. Et c'est exactement ici que surgit le problème: qu'est ce qu'un être dangereux? Il s'agit d'une définition abstraite, et fortuite, laquelle finit par récupérer les postulats d'un droit pénal de l'ennemi, contraire à tout ce qui est proposé dans un État Démocratique de Droit.

Mots-clé: Maladies mentales. Dangerosité criminelle. Mesures de sécurité. Droit pénal.

Medidas de Seguridad y Peligrosidad Criminal: ¿miedo de quién?

Resumen: La medida de seguridad es la sanción jurídico penal impuesta al agente que infringe una norma penal y que, por motivos de enfermedad mental o desarrollo mental incompleto, es considerado incapaz (o relativamente incapaz) de entender el carácter ilícito del hecho o de comportarse conforme a este entendimiento. Ocurre que la sola constatación de la patología psíquica no es suficiente para autorizar la aplicación de la aludida medida, haciéndose necesaria también la comprobación de la peligrosidad del agente. Es exactamente allí que surge el problema: ¿qué es ser peligroso? Tratase de una definición abstracta y causalística, la cual termina por rescatar los postulados de un derecho penal del enemigo, contrario a todo aquello que es propugnado en un Estado Democrático de Derecho.

Palabras-clave: Enfermedades mentales. Peligrosidad criminal. Medidas de seguridad. Derecho penal.

Referências

- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. Medida de segurança. In: RIBEIRO, Bruno de Moraes; LIMA, Marcellus Polastri (Coords.). *Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DI TULLIO, Benigno. *Principes de criminologie clinique*. Paris, 1967 apud FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001.
- FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Juspodivm, 2009.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Brasília: Senado Federal, 2006.
- NAVARRETE, Miguel Polaino; POLAINO-ORTS, Miguel. Medidas de seguridad inocuizadoras para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Lima, n. 2, p. 481-521, 2001.

NOGUEIRA, Ataliba. *Medidas de segurança*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937.

PETROCELLI, Biagio. *La pericolosità criminale e la sua posizione giurídica*. Padova: Cedam, 1940.

RAUTER, Cristina. Manicômios, prisões, reformas e neoliberalismo. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 71-76, 1997.

SILVA, Eliezer Gomes da. Transtornos mentais e crime: algumas reflexões sobre o complexo diálogo entre a psiquiatria e o direito penal. *Direito e Sociedade*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 81-125, jul./dez. 2001.

SOARES, Orlando. Incapacidade, imputabilidade e preservação da saúde mental. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 325, p. 78, jan./mar. 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Recebido em 8/11/2012

Aprovado em 25/1/2013