

MARCOS ROBERTO RODRIGUES DA ROSA

**LIMITES DA MEDIDA DE SEGURANÇA CRIMINAL DETENTIVA
DO CÓDIGO PENAL MILITAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO MILITAR

UNIVERSIDADE CRUZEIRO DO SUL

São Paulo

2007

MARCOS ROBERTO RODRIGUES DA ROSA

LIMITES DA MEDIDA DE SEGURANÇA CRIMINAL DETENTIVA DO CÓDIGO PENAL
MILITAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Monografia apresentada à Universidade Cruzeiro do Sul - Curso de Especialização em Direito Militar, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Militar, sob orientação do Professor CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES.

UNIVERSIDADE CRUZEIRO DO SUL

São Paulo

2007

MARCOS ROBERTO RODRIGUES DA ROSA

DIREITO MILITAR:

LIMITES DA MEDIDA DE SEGURANÇA CRIMINAL DETENTIVA DO CÓDIGO PENAL
MILITAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Aprovado em ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Orientador

2º Examinador

3º Examinador

Nota: _____

Anotações: _____

Dedicatória

A meus pais, pelo apoio incansável e por possibilitarem
a conquista de uma etapa no meu aperfeiçoamento.
A meus irmãos e familiares, pelo amor, dedicação e
incentivo nos momentos de dificuldade.

Agradecimentos

A Deus, pelas bênçãos durante esta jornada e por mais esta oportunidade de evolução.

Ao atencioso Professor Cícero Robson Coimbra Neves, pela orientação. Muito obrigado pelo apoio nos momentos de dúvida e de angústia.

Aos Professores e Companheiros da UNIVERSIDADE CRUZEIRO DO SUL, pelos ensinamentos e pelo profícuo convívio.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

“Nas fileiras militares, o sentimento de honra atinge altíssimo grau de sensibilidade, asseverando que a defesa da honra é dever máximo de todos, dispondo que, numa corporação militar, na qual, pela sua natureza, a afirmação da coragem pessoal se destaca, não se poderá, de forma alguma, admitir a covardia de um de seus membros, sem se aviltar. Fazendo um paralelo entre a profissões do camponês, do comerciante e do militar, aduz que aquilo que para o militar é a honra, para o camponês é a propriedade e para o comerciante é o crédito ”.

Texto extraído da matéria: “Ato de serviço e sua conotação administrativa militar”, publicada na Revista “DIREITO MILITAR”, da AMAJME, nº 48, julho/agosto de 2004.

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO 10

1 IMPUTABILIDADE NO DIREITO PENAL MILITAR 15

1.1 Sanção Penal e a Constituição Federal – breves considerações 15

1.2 Culpabilidade 17

1.3 Imputabilidade Penal Militar 22

2 INIMPUTABILIDADE NO CÓDIGO PENAL MILITAR 28

2.1 Cronologia sucinta acerca da inimputabilidade e semi – imputabilidade no Brasil 28

2.2 Aferição da inimputabilidade no Direito Penal 30

2.3 O artigo 48, “caput”, do Código Penal Militar 32

2.3.1 Inimputabilidade por doença mental 34

2.3.2 Inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto ou retardado 35

2.4 A semi - imputabilidade penal – parágrafo único, do artigo 48 36

3 AS MEDIDAS DE SEGURANÇA CRIMINAIS DO CÓDIGO PENAL MILITAR E O ESTADO DE DIREITO 38

3.1 Introdução e breve esboço histórico da medida de segurança 38

3.2 Medidas de segurança criminais 41

3.2.1 Conceito, natureza e finalidades das medidas de segurança 41

3.2.2 Sistemas: o Duplo – Binário e o Vicariante 49

3.2.3 Pressupostos para aplicação das medidas de segurança 55

3.2.4 Espécies de medidas de segurança criminais do Código Penal Militar 64

3.3 A incidência de princípios constitucionais nas medidas de segurança 74

3.3.1 O Princípio da Legalidade nas medidas de segurança 75

3.3.2 O Princípio da Igualdade nas medidas de segurança 80

3.3.3 O Princípio da Presunção de Inocência nas medidas de segurança 86

3.3.4 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Humanidade nas medidas de segurança 90

3.4 Limites da medida de segurança detentiva no Ordenamento Penal Militar...96

3.4.1 Duração mínima 96

3.4.2 Duração máxima por tempo indeterminado – inconstitucionalidade da norma Penal Militar 97

CONCLUSÃO 114

BIBLIOGRAFIA 120

RESUMO

A pesquisa tem por objetivo fazer uma reflexão sobre a sanção penal a ser imposta ao militar delinqüente, portador de doença mental. Expõem-se considerações acerca da culpabilidade, da imputabilidade e da inimputabilidade dentro do Ordenamento Penal Militar.

Analisa-se o instituto da medida de segurança criminal como espécie de sanção penal do Estado, destinada ao militar delinqüente doente mental. Descrevem-se as características, a natureza e as modalidades deste instituto sancionatório e sua relação com a pena criminal. Destacam-se as diferenças de garantias existentes entre a aplicação da sanção penal ao agente imputável e a aplicação do sancionamento destinado ao agente inimputável ou semi-imputável (por falta de higidez mental).

Verifica-se a impropriedade da legislação penal castrense não prever um limite de tempo máximo de duração para as medidas de segurança, como é feito expressamente para as penas. Relatam-se soluções doutrinárias que visam determinar um limite temporal máximo para a medida terapêutico-penal, objetivando torná-la mais justa e coerente com os preceitos Constitucionais vigentes dentro do Estado de Direito.

Aponta-se a necessidade de dispensar às medidas de segurança criminais a mesma preocupação e as mesmas garantias constitucionais (de legalidade, respeito à dignidade da pessoa humana, igualdade) que são dispensadas às penas, para reduzir as desigualdades de tratamento penal sancionatório existentes entre o delinqüente doente mental e o delinqüente mentalmente sadio.

Palavras-chave: Estado democrático; militar; princípios constitucionais; culpabilidade; imputabilidade; inimputabilidade; delinqüente; sanção; pena; medida de segurança.

INTRODUÇÃO

O Estado busca manter a harmonia e o bem-estar da convivência em sociedade por meio de sua estrutura normativa e de seus ordenamentos jurídicos. Esta manutenção do tecido social se faz por meio do exercício do poder estatal que se fundamenta no estrito respeito aos ditames legais, mais ainda, este poder só é legítimo quando exercido sob a égide dos mandamentos ditados pelo sistema jurídico-normativo positivo, sobretudo na submissão irrestrita à Lei Maior – a Constituição Federal. Nesta linha, em seu artigo 1º, a Carta da República expressa que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito; assim sendo, por meio dos seus instrumentos jurídicos exerce o seu poder de controle social, interferindo na vida das pessoas para que seja mantida a ordem na vida em sociedade. Dentre estes instrumentos de controle, a legislação penal, comum ou militar, constitui um mecanismo de interferência do poder estatal mais gravoso, isso se dá em virtude de sua aplicação recair sobre a esfera de liberdade individual do homem.

A incidência de normas penais castrenses para realização do controle, proteção e manutenção dos organismos militares se faz por meio do sancionamento de condutas que lesionem bens jurídicos fundamentais à existência destas instituições. Para fazer valer a existência da norma penal e manter a proteção destes bens jurídicos, o Estado utiliza de duas formas de reação ou respostas sancionatórias, as penas e as medidas de segurança criminais, aplicadas quando da prática de um ato violador da norma. Em linhas gerais, as penas representam a espécie de sanção penal que recai sobre o militar delinqüente mentalmente sadio e as medidas de segurança representam a espécie de sanção penal que recai sobre o militar delinqüente doente mental.

A sanção penal (pena ou medida de segurança) é um mecanismo do Estado que possibilita a restrição da liberdade do agente, logo, todos os instrumentos garantidores, inseridos na Constituição Federal, devem valer tanto para o criminoso imputável, suscetível de pena, como para o inimputável ou semi-imputável, suscetível de medida de segurança. Verifica-se que a doutrina e a legislação penal comum ou militar dispensa pouca importância para o estudo do delinqüente doente mental e a aplicação das medidas de segurança criminais. Neste contexto é que se insere esta pesquisa, que está voltada a reunir dados e reflexões atuais acerca dos Limites da Medida de Segurança Criminal Detentiva do Código Penal Militar no Estado Democrático de Direito.

O problema tratado nesta pesquisa é justamente a forma desigual que o Estado sanciona o doente mental e o mentalmente sadio que violarem uma norma de direito penal militar. Ao delinqüente imputável o Estado prevê a aplicação da sanção – pena com prazo expressamente delimitado e

determinado na legislação, prevê também uma limitação máxima, em 30 (trinta) anos, o que impede a perpetuação da pena privativa de liberdade, além da incidência de garantias constitucionais que visam resguardar a dignidade da pessoa do apenado. Ao delinqüente inimputável (por doença mental), por sua vez, a interferência estatal, por meio da sanção – medida de segurança, possui somente um prazo mínimo de duração, não havendo na legislação penal castrense uma demarcação de limite máximo para encerrar a medida, deixando expresso o seu indeterminismo que pode acarretar em uma perpetuidade na sanção, o que evidencia uma grande diferença no tratamento penal sancionatório ofertado ao delinqüente imputável em comparação ao que é ofertado ao delinqüente inimputável (ou semi-imputável) por doença mental. Esta ausência de limite máximo, expresso no Código Penal Militar, leva a entender que os princípios e garantias constitucionais inerentes às sanções penais somente incidem sobre as penas criminais e não incidem sobre as medidas de segurança.

A delimitação espacial da pesquisa está restrita à legislação constitucional e à legislação penal brasileira, comum e militar, mais especificamente, na maneira com que o Código Penal Castrense trata o delinqüente doente mental. O universo pesquisado é o dos doutrinadores nacionais da área penal e constitucional, buscando os pensamentos existentes acerca do sancionamento penal do delinqüente inimputável (ou semi-imputável) por doença mental dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A hipótese levantada é a de que as garantias constitucionais inerentes às penas devem igualmente recair sobre a aplicação das medidas de segurança criminais, para que estas se ajustem dentro de um Estado Democrático de Direito. Somente dessa forma poderá existir uma equivalência de tratamento na aplicação da resposta Estatal para o inimputável por doença mental e para o imputável que praticarem uma infração penal militar. O delinqüente doente mental não pode sofrer um tratamento penal muito diferenciado em relação ao mentalmente sadio, sob fundamento da falta de compreensão dos seus atos. Enquanto o apenado sabe até quando ficará afastado do convívio social, o internado por meio de medida de segurança não tem esta mesma possibilidade de vislumbrar até quando o Estado poderá interferir em sua liberdade. Esta situação não se justifica nem se legitima dentro do atual ordenamento constitucional que assegura a todos a proteção e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, esta pesquisa tem por objetivo fazer uma investigação e refletir sobre a resposta sancionatória – medidas de segurança criminais - prevista no Código Penal Militar e imposta ao militar delinqüente inimputável ou semi-imputável em decorrência de doença mental. Dentro da

análise acerca da inimputabilidade do enfermo mental e sua consequência jurídico-penal, o presente trabalho traz a problemática que envolve a falta de demarcação, na legislação penal, de limites máximos de duração desta espécie de sanção, em confronto com as penas que são determinadas e limitadas no tempo, inclusive, apontar a inconstitucionalidade do dispositivo penal castrense que prevê a aplicação da medida de segurança por tempo indeterminado. Teve ainda como escopo mostrar a necessidade de se dispensar às medidas de segurança criminais o mesmo tratamento garantista que é dispensado às penas criminais.

A justificativa para esta pesquisa se fixa, principalmente, na pouca atenção que é dispensada às medidas de segurança criminais nos bancos escolares jurídicos. Este tema é pouco estudado em nossa doutrina nacional em razão de sua específica aplicação ao delinqüente doente mental. A doutrina valoriza o estudo das penas e da figura do crime, deixando de lado o instituto em questão. Desta forma, este trabalho faz uma ampla explanação sobre as medidas de segurança, trazendo sua conceituação, suas espécies, sua aplicação e incidência de garantias constitucionais, bem como, as acepções e os caminhos futuros a serem trilhados na aplicação desta espécie de sanção penal.

A pesquisa está estruturada em três capítulos. O inicial, "Imputabilidade no Direito Penal Militar", dissertar-se-á sobre a forma que o Direito Penal Castrense enxerga e trata o militar que possui capacidade de entender a prática de seus atos e ser responsabilizado penalmente pela sua conduta, traça conceitos e análises a respeito da imputabilidade, bem como, faz uma explanação acerca de preceitos referentes ao instituto da culpabilidade e sua implicação na análise a aplicação da pena.

No segundo capítulo, "Inimputabilidade no Código Penal Militar", o enfoque é voltado para a análise do artigo 48, do Código Penal Militar, formação, conceituação e verificação da inimputabilidade no Direito Penal Castrense, bem como é discorrido a respeito das espécies de inimputabilidades decorrentes de doença mental, sem esquecer de tratar da semi-imputabilidade que vem disposta no parágrafo único do artigo 48, do Diploma Penal em apreço.

O terceiro capítulo, "As Medidas de Segurança Criminais do Código Penal Militar no Estado de Direito", é, indiscutivelmente, o capítulo mais importante do trabalho. Trata, essencialmente, da resposta penal sancionatória que é dispensada pelo Código Penal Militar ao delinqüente doente mental, por meio das medidas de segurança criminais. Aborda a conceituação da medida de segurança, juntamente com sua natureza jurídica, espécies e pressupostos; a evolução do instituto, desde sua criação até sua sistematização no ordenamento penal brasileiro, passando pela evolução e transformação dos sistemas de aplicação, o Duplo – Binário e o atual Vicariante. Na seqüência, alguns princípios constitucionais que exercem força normativa sobre o Direito Penal Militar e de

maior importância quanto à incidência nas sanções penais - da dignidade da pessoa humana; o da legalidade; o da igualdade e o da presunção de inocência - foram destacados para análise, procurando mostrar a grande necessidade da incidência destes princípios e garantias constitucionais nas medidas de segurança criminais para uma devida aplicação dentro de um Estado que privilegia a democracia, o respeito aos ordenamentos jurídicos e a proteção dos cidadãos como pessoa humana. Por fim, são explorados os limites mínimos e máximos de duração das medidas de segurança criminais detentivas e, mais especificamente, o aspecto referente à inexistência de um limite máximo, com apontamentos e argumentos em defesa da inconstitucionalidade do dispositivo do Código Penal Militar que, expressamente, traz a indeterminação de um prazo máximo de duração para a medida de segurança detentiva. São trazidas sugestões doutrinárias para se fixar e determinar um limite máximo de duração para a medida terapêutica, visando equilibrá-la com as mesmas garantias conferidas às penas e legitimá-la dentro do atual Estado Democrático de Direito.

1 IMPUTABILIDADE NO DIREITO PENAL MILITAR

1.1 Sanção Penal e a Constituição Federal - breves considerações

A Constituição Federal traz em seu artigo 5º os Direitos e Garantias Fundamentais, elencando um rol de princípios próprios do Estado Democrático de Direito. Tais princípios assumem grande importância no cotidiano social, pois constituem uma verdadeira proteção do cidadão frente à intervenção do poder do Estado na vida das pessoas.

Como não poderia ser diferente, a Carta da República distribui sua força normativa para todos os ramos do direito, notadamente com grande influência na esfera penal. Este maior estreitamento com o direito penal tem origem na própria função exercida pela lei penal, qual seja, a proteção de bens jurídicos-penais essenciais ao indivíduo e à sua convivência social. Ao legislador cabe buscar na Constituição os bens jurídicos especialmente relevantes para a vida social e, uma vez identificados, tutelá-los penalmente. A lei penal vem, então, para sancionar as condutas lesivas a bens jurídicos fundamentais, utilizando-se da coação estatal (sanção criminal), para manter a ordem jurídica e garantir a paz social.

A reação estatal por meio da sanção criminal advinda do descumprimento de uma norma penal afeta diretamente a condição de liberdade do indivíduo, vale dizer, com a violação da norma de direito penal nasce para o Estado o poder de punir (*jus puniendi*), poder este que não pode ser exercido de forma desenfreada, sem existência de limites dentro de um Estado de Direito. Aí está o motivo pelo

qual o direito penal deve estar fixado e sustentado por determinados princípios fundamentais; princípios estes limitadores do controle penal.

Dentre os princípios constitucionais penais que limitam o poder punitivo e resguarda a liberdade do cidadão frente a intervenção estatal há que se destacar o princípio da legalidade ou da reserva legal, garantidor da liberdade do cidadão, trazendo em suas linhas que ninguém poderá ser punido por crime ou cumprirá pena que não estejam previamente cominados em lei.

Outros princípios de relevância e inerentes às sanções penais também devem ser observados: humanidade e dignidade da pessoa humana; da igualdade e da presunção de inocência.

O Código Penal Militar, que está sob a égide da Constituição Federal, traz hipóteses em que o agente viola uma norma penal, pratica um fato típico e antijurídico, porém, ausente de culpabilidade em virtude da constatação da inimputabilidade do autor do fato, quais sejam estas hipóteses: a inimputabilidade decorrente de doença mental(artigo 48, CPM); da utilização de álcool ou substâncias de efeitos análogos(artigo 49, CPM) e por desenvolvimento mental incompleto (menor de 18 anos, anteriormente tratado no artigo 50 e seguintes, CPM, porém, após o advento da Constituição Federal de 1988, artigo 228, tais artigos penais não foram recepcionados pela nova ordem constitucional, ficando o tratamento a cargo de legislação específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA, Lei 8069/90). Entretanto, ressalvo que esta pesquisa será focada somente no estudo da inimputabilidade decorrente de doença mental e, conforme será visto neste trabalho, a sanção penal a ser aplicada ao agente considerado inimputável é a medida de segurança, tema central a ser tratado, juntamente com suas características, pressupostos e aplicabilidade na legislação penal castrense.

Para compreensão correta dos conceitos de medida de segurança criminal, imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade, temas estes que servirão de base para o encaminhamento deste trabalho, é necessário, antes de tudo, passar em revista ao desenvolvimento do estudo da culpabilidade no Direito Penal.

1.2 Culpabilidade

A análise da culpabilidade é de suma importância no direito penal, pois é o momento em que o operador do direito volta-se para o criminoso e faz uma análise dos motivos (autodeterminação, capacidade, vontade, conhecimento, o não agir conforme a norma) que o levaram ao cometimento da infração penal, de modo a conduzi-lo na aplicação proporcional, necessária e adequada da punição, não deixando perder de vista os limites impostos pela culpabilidade, que impede a

instrumentalização da figura do agente criminoso.

Por esta razão pode-se dizer que no momento em que se utiliza o indivíduo simplesmente para punir, estaremos transformando o homem em meio para justificação dos fins. Não se pode, porém, admitir que o homem seja um meio para se atingir um determinado fim, pois a aceitação desta condição poderá nos levar como consequência à punição de um inocente.

A pena pode ter fins preventivos, mas não pode se calcar apenas nesta justificação, devendo ser fundada, também, na culpabilidade do indivíduo. Toda vez que se pune o indivíduo, exacerbando-se a culpabilidade, extrapola-se o caráter preventivo da pena.

De acordo com a evolução do estudo da culpabilidade, originariamente, era entendido que dolo e culpa integravam o instituto da culpabilidade. Com o aprofundamento das teorias do delito, da ação e a evolução da ciência penal, não mais prevalece este entendimento. O dolo e a culpa foram deslocados, deixaram de ser elementos que integram a culpabilidade e passaram a ser integrantes do fato típico, inseridos e analisados no momento da conduta do agente. A culpabilidade como juízo de reprovação é composta por outros elementos essencialmente normativos, e sua constatação é feita em um momento posterior à conduta, servindo de suporte para verificar se o agente, pela sua conduta, será merecedor ou não de pena.

A culpabilidade, dessa forma, constitui um dos fundamentos e os limites da aplicação pena, que, além disso, deve ser justa e necessária, tendo o condão de limitar a punição do sujeito, é o próprio juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando assim poderia ter feito. Funciona como fundamento e limitador da quantidade da pena, de forma que se a infração penal for mais reprovável, mais culpável o agente, maior, portanto, deverá ser a quantidade do sancionamento penal.

A culpabilidade, portanto, deve ser entendida como o juízo de censurabilidade realizado sobre uma pessoa que pratica um fato típico e antijurídico. Trata-se de pressuposto para impor a pena. A análise dessa censurabilidade só será realizada depois de verificada a existência da prática de um fato típico e também ilícito. Para chegar nessa concepção, o instituto da culpabilidade sofreu uma evolução dogmática ao longo do tempo, apresentando três teorias que buscam explicar o seu conceito, a Teoria Psicológica, a Psicológica - Normativa e a Normativa Pura da culpabilidade.

Para a Teoria Psicológica, a culpabilidade é a relação psicológica que se estabelece entre a conduta e o resultado, por meio do dolo ou da culpa, que estão analiticamente inseridos na culpabilidade. É o vínculo ou o nexu psicológico que liga o agente ou pelo dolo ou pela culpa ao seu fato típico e antijurídico. Esta conceituação tem base no sistema naturalista ou causal da ação, preconizado por

VON LISZT E BELING.

O ato culpável é a ação dolosa ou culposa do indivíduo imputável, em que a relação conduta-resultado se esgota no dolo e na culpa, que constituem as duas espécies de culpabilidade. Para esta teoria, a imputabilidade é condição da culpabilidade e seu conteúdo se exaure no dolo ou na culpa. Constituem-se elementos ou graus da culpabilidade: a imputabilidade e o dolo ou a culpa (estes como espécies ou modalidades de culpabilidade). A culpabilidade é vista como uma causação psíquica, um vínculo que une o autor ao delito. O dolo indica a vontade de agir do agente, mas não integra a ação.

Entendia-se que o dolo era excluído nos casos em que se reconhecia sua imperfeição, ou seja, em que a vontade não era corretamente construída, como nos casos de imaturidade e doença mental. Dessa forma, esta teoria não demonstrou perfeição na análise do querer do agente em praticar o ato, razão pela qual não se chegou a uma resposta adequada para a punição do crime culposos, pois não se tinha como aferir o elemento cognitivo, pois a ênfase era voltada para a vontade que se ligava ao resultado pelo dolo ou culpa e não para a verificação subjetiva do agir.

Por esta teoria também se tornava dificultoso fazer uma gradação da culpabilidade, haja vista a impossibilidade de considerar um mesmo fato mais ou menos reprovável (maior ou menor culpabilidade) de acordo com as circunstâncias que era cometido, pois o que bastava para imputar a culpa era a vontade que levava à conduta, chegando, assim, a um resultado criminoso.

Estas dificuldades e situações não resolvidas surgiram porque o dolo e a culpa possuem conceitos antagônicos, que expressam motivações distintas, logo, não poderiam funcionar como espécies do mesmo instituto. O dolo expressa um querer fazer o ato, é positivo e psicológico, já a culpa expressa um não querer e é essencialmente normativa, dependente de um juízo que identifica esse não querer atingir o resultado. O dolo até poderia funcionar como liame psicológico do autor e resultado, mas a culpa não.

Para a Teoria Psicológico - Normativa ou Normativa da Culpabilidade ou Normativa Complexa, a culpabilidade não é simplesmente a relação psicológica que existe entre o autor e o fato, ou entre o agente e o resultado, na medida em que representa um juízo de valoração de um fato doloso ou culposos. O dolo e a culpa não poderiam ser considerados espécies, mas sim elementos, graus da culpabilidade.

A culpabilidade passa a ser entendida como um juízo de valor, apoiado no mandado da norma, sobre uma situação psíquica, é reprovabilidade. Seu conceito é complexo ou misto, composto de fatos psicológicos de um lado, e por juízos de valoração de outro. O principal responsável por essas

inovações foi REINHARD FRANK, criador da teoria normativa da culpabilidade, em 1907.

A culpabilidade não mais seria somente uma ligação psicológica entre o autor e o resultado, mas sim um juízo valorativo que recai sobre o fato doloso ou culposo. Neste contexto psicológico-normativo, constituem-se como elementos ou pressupostos da culpabilidade: imputabilidade, dolo ou culpa (stricto sensu - negligência, imprudência e imperícia) e exigibilidade de conduta diversa.

O dolo aqui é o normativo, constituído pela consciência, vontade e conhecimento de que a ação ou omissão é injusta aos olhos da coletividade (elemento normativo - dolus malus), porém, não responde como punir nos casos em que o sujeito não conhece a proibição por displicência ou atitude negativa frente ao ordenamento, é o sujeito que não quer entender, ele acredita, por exemplo, que deve traficar, que deve roubar, ou seja, possui conceito próprio de seus valores.

A imputabilidade (capacidade de culpabilidade) não é pressuposto ou condição, mas elemento da culpabilidade e a inexigibilidade de outra conduta é uma causa de sua exclusão. Conforme Régis Prado[1], a culpabilidade surge, então, como um vínculo psicológico e como reprovabilidade por ausência de causas de inexigibilidade de outra conduta. É uma culpabilidade complexa ou mista que comporta uma vinculação psicológica (pelo dolo ou pela culpa) e uma normatividade com a exigência de uma conduta diversa da praticada para considerar um ato como sendo culpável.

Nesta teoria ainda se verifica a presença do dolo (elemento psicológico) na culpabilidade. O dolo como fator psicológico deve ser valorado, logo não poderia estar contido na culpabilidade (que é este juízo de valor). O dolo e a culpabilidade possuem essências diferentes, esta é normativa, devendo incidir naquele que é psicológico, logo, devem ser analisados em momentos distintos. O dolo é inerente ao querer psicológico do agente, culpabilidade é valor deste querer.

Para a Teoria Pura da Culpabilidade, a culpabilidade deve ser vista como um juízo de reprovabilidade da conduta típica e antijurídica. Essa teoria nasceu com a teoria finalista da ação que teve como precursores HARTMANN E GRAF ZU DOHNA, E WELZEL, este é visto como o maior defensor da teoria em estudo.

O dolo é retirado da culpabilidade e inserido no tipo penal, fazendo com que a culpabilidade comporte os seguintes elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude (diferente da teoria anterior que exigia o conhecimento real, pleno, aqui, é somente a possibilidade de conhecimento do injusto) e exigibilidade de conduta diversa. Nas palavras de WELZEL, culpabilidade é uma qualidade valorativa negativa da vontade de ação e não a vontade em si mesma.

Comprovado que o dolo e a culpa integram a conduta, a culpabilidade passa a ser puramente

valorativa ou normativa, um juízo de reprovação sobre o autor do injusto penal, excluindo-se qualquer elemento psicológico de seu conteúdo. A teoria normativa pura passa a exigir como elementos da culpabilidade apenas a imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa, deslocando o dolo e a culpa para o fato típico.

O dolo deslocado passa a ser concebido como natural e não mais normativo pois não comporta mais a consciência da ilicitude, que permanece integrada na culpabilidade como seu requisito ou elemento. O dolo natural passa a ser composto somente de consciência do que se quer (querer o resultado) e vontade (cognitivo e volitivo).

Na concepção finalista, o fim da conduta, elemento intencional da ação, passa a ser inseparável dela. Na lição de Mirabete[2], o dolo "é a consciência do que se quer e a vontade de realizar o tipo; se ele não existe, ou seja, se a ação não for dolosa, não há fato típico doloso.

O que se elimina com a exclusão do dolo é a própria existência do fato típico e não a mera culpabilidade pelo fato que o sujeito praticou. Assim, o dolo e a culpa não podem ser elementos da culpabilidade; colocando-os como fazendo parte desta, está se fracionando a estrutura natural da ação."

Pelo princípio da culpabilidade, toda pena será imposta no limite da culpabilidade, não podendo ser submetido à pena aquele que atua sem culpabilidade (exclusão da responsabilidade pelo resultado) e, portanto, a pena não pode superar a sua medida. Não se admite, nem por razões de reeducação social, nem de proteção da sociedade diante do criminoso, uma pena superior ao que permite a culpabilidade.

O Código Penal Militar, em alguns artigos, notadamente o artigo 33, deixa evidências que sua estrutura foi formada com base nos dogmas do causalismo. Já o Código Penal comum teve como base as idéias finalistas da ação, teoria mais aceita na atual estrutura penal. Dessa forma, partindo do pressuposto da possibilidade de ajustamento das idéias finalistas aos dispositivos do Código Penal Castrense, pode-se afirmar que a culpabilidade comporta os seguintes elementos, a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude.

1.3 Imputabilidade Penal Militar

Imputabilidade Penal é a capacidade de autodeterminação. É a total capacidade de entender e de querer agir de determinada maneira, resultando, dessa forma, em uma das condições de culpabilidade, o que faz nascer para o agente a responsabilidade criminal, dando a ele condições necessárias para responder pelos seus atos. É aptidão para ser culpável.

Na lição de Aníbal Bruno[4] é “o conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento”. Ao apresentar todas as condições necessárias para ser dotado de imputabilidade, ou seja, maturidade e sanidade mental, nasce para o agente a responsabilidade na área criminal. Falar que o agente é imputável é o mesmo que dizer que ele tem a capacidade de compreender a ilicitude do fato praticado e atuar conforme essa compreensão e com isso arcar com as conseqüências advindas do desrespeito à norma penal (responsabilização criminal).

A imputabilidade é um conceito essencialmente jurídico, contudo, suas bases estão condicionadas à saúde mental e a normalidade psíquica. Representa a condição de quem tem a capacidade de realizar um ato com pleno discernimento e com a vivência de direcionar seus atos.

Florian[4] afirma que a imputabilidade é o conjunto das condições psíquicas mínimas necessárias que, do ponto de vista subjetivo, determinam no homem a possibilidade de que um crime lhe seja atribuído, para o fim de aplicar-lhe as conseqüentes sanções penais. Da mesma forma, Asúa[5] expressa que a imputabilidade afirma a existência de uma relação de causalidade psíquica entre o fato e o seu autor.

Von Liszt[6] já dizia que a imputabilidade é a faculdade de determinação normal, sendo, conseqüentemente, suscetível de imputabilidade, todo homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são. Isto quer dizer que a imputabilidade está condicionada a quem adquiriu e mantém pelo menos duas funções psíquicas intactas: juízo de realidade e volição. O juízo de realidade é conceituado como a capacidade de definir valores ou atributos que damos aos objetos, expressando-se através do pensamento. A volição corresponde a atividade psíquica de direcionamento para atos voluntários, denominada de consciência do arbítrio. A vivência de escolha e decisão define a vontade ou as ações do arbítrio. Naturalmente que nesta atividade psíquica intervém uma série de outras funções psíquicas, como a percepção, o pensamento, o humor e os sentimentos.

Imputabilidade penal, portanto, é a condição de quem tem aptidão de realizar um ato com pleno discernimento. Pressupõe que este ato (injusto penal) ocorra em condições de normalidade psíquica, isto é, que o mesmo seja expressão de um estado de lucidez de consciência, de inteligência e de vontade. Cabe salientar que alguns conceitos não se confundem, tais como de capacidade de imputação e responsabilidade penal. A primeira é avaliada pela perícia médica, já a responsabilidade penal é de alçada judiciária, tendo em vista o ato praticado, levando-se em conta, de um lado, a avaliação de sua capacidade de imputação e de outro, o conjunto de provas da materialidade dos fatos cuja autoria deve-se ser atribuída.

Nesta linha, para Flaminio Fávero[7] a responsabilidade penal se traduziria na declaração de que um indivíduo em concreto, imputável, é aquele efetivamente idôneo para sofrer as conseqüências jurídico-penais de um delito, como autor e participante dele, declaração pronunciada pelos órgãos de jurisdição competente. Assim, a imputação de ato a alguém apenas indica a relação do ato-efeito com o agente-causa. Por outro lado, se quisermos, além disso, indicar a relação do agente com as conseqüências do determinado ato, determinadas pela lei, teremos de empregar o termo "responsabilidade penal".

O Código Penal Militar não traz o conceito expresso ou positivo de imputabilidade, mas sim, dita uma definição de quem é considerado inimputável, ou seja, aqueles que carecem de capacidade de culpabilidade, quando, por doença mental são incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento (artigo 48, caput, do CPM). Portanto, dessa construção do nosso Diploma Penal castrense, podemos extrair, contrario sensu, que só é imputável o indivíduo que tem capacidade de entender e querer, exigindo ainda que o agente revele certo grau de desenvolvimento mental, maturidade, normalidade psíquica, entendimento e faculdade de autodeterminação, ausentes alguns desses requisitos, total ou parcialmente, o Código Penal Militar considera o agente inimputável ou semi-imputável, conforme o caso.

Portanto, como se verificou, a capacidade de imputação poderá ser plena (total), parcial ou nula, implicando imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade. Além do artigo 48, do CPM, que é o enfoque deste trabalho, existem ainda previstos em nossa legislação modificadores que podem alterar a capacidade de imputação, ou seja, é nula a capacidade de imputação de atos criminosos praticados por menores de dezoito anos) e praticados em estado de embriaguez completa pelo álcool ou substância de efeitos análogos, proveniente de caso fortuito ou por força maior (art.49, do CPM).

Em termos processuais penais, toda vez que houver dúvida quanto à integridade psíquica do autor de um crime militar, determina-se o "exame prévio" (incidente de sanidade mental), nos termos dos artigos 156 a 160 do CPPM:

Artigo 156. Quando, em virtude de doença ou deficiência mental, houver dúvida a respeito da imputabilidade penal do acusado, será ele submetido a perícia médica.

§1º A perícia poderá ser ordenada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, ou do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do acusado, em qualquer fase do processo.

§ 2º A perícia poderá ser também ordenada na fase do inquérito policial militar, por iniciativa do seu

encarregado ou em atenção a requerimento de qualquer das pessoas referidas no parágrafo anterior.

Artigo 157. Para o efeito da perícia, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver; ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designará.

§1º

§2º

Artigo 158. A determinação da perícia, quer na fase policial militar quer na fase judicial, não sustará a prática de diligências que possam ficar prejudicadas com o adiamento, mas sustará o processo quanto à produção de prova em que seja indispensável a presença do acusado submetido ao exame pericial. .

Artigo 159.....

Artigo 160. Se os peritos concluírem pela inimputabilidade penal do acusado, nos termos do artigo 48(preâmbulo) do Código Penal Militar, o juiz, desde que concorde com a conclusão do laudo, nomear-lhe-á curador e lhe declarará, por sentença, a inimputabilidade, com aplicação de medida de segurança correspondente.

Parágrafo único. Concluindo os peritos pela inimputabilidade relativa do indiciado, ou acusado, nos termos do parágrafo único do artigo 48 do Código Penal Militar, o inquérito ou processo prosseguirá, com a presença de defensor neste último caso. Sendo condenatória a sentença, será aplicada a medida de segurança prevista no art. 113 do mesmo Código.

Se os peritos concluírem que o acusado, ao tempo da ação, era inimputável (art. 48, do CPM), o processo que estava suspenso retomará seu curso, com a presença de curador. Prosseguirá até a sentença final, que poderá ser absolutória ou condenatória. Esta porque o juiz poderá discordar do laudo (art. 160, CPPM) e considerar o agente imputável e, conseqüentemente, o crime provado.

Quanto à absolvição, poderá advir, ou porque o julgador concordará com a perícia e entenderá o agente inimputável, devendo, então, aplicar-lhe a medida de segurança de internação em manicômio judiciário (art. 112, do CPM); ou porque a autoria do delito não ficou provada, neste caso, não deverá aplicar qualquer tipo de medida ao agente.

A suspensão do processo não impedirá a realização de diligências que poderiam ser prejudicadas com o sobrestamento (oitivas de testemunhas enfermas ou prestes a se retirar para lugares distantes, exames de materiais que possam perecer com o tempo etc), nem a internação do acusado (ad cautelam) em manicômio ou estabelecimento adequado, a fim de resguardar os interesses alheios contra prováveis atos daquele e seu tratamento, bem como, possibilitar que ele responda pelo crime

praticado.

2 INIMPUTABILIDADE NO CÓDIGO PENAL MILITAR

2.1 Cronologia sucinta acerca da inimputabilidade e semi-imputabilidade no Brasil

A primeira referência feita em um ordenamento jurídico-penal brasileiro ao delinqüente que não apresentava higidez mental completa foi no Código Criminal do Império de 1830. A elaboração deste Diploma Penal, considerado o primeiro de natureza autônoma da América Latina, decorreu de uma previsão legal contida na Constituição de 1824. O Código de 1830 mencionava em seu texto que não seriam considerados criminosos os “loucos de todo o gênero”, prevendo ainda o recolhimento destes delinqüentes em estabelecimento apropriado ou entregue a sua respectiva família.

Em seguida, no tocante à inimputabilidade penal, o Código Penal de 1890 estabeleceu a maioria penal aos nove anos de idade e, quanto à saúde mental do agente, trouxe a previsão da inimputabilidade decorrente de “imbecilidade nativa ou enfraquecimento senil”, ou ainda, daquela proveniente de “completa privação de sentidos e de inteligência”, quando do cometimento da infração penal, não fazendo nenhuma alusão à semi-imputabilidade. Previa como resposta ao ato delitivo o recolhimento em hospitais de alienados, se o estado mental do agente implicasse em perigo à segurança pública ou a sua entrega às suas famílias.

Posteriormente, surgiram vários projetos para reformar ou revisar o Código Penal de 1890. Merece destaque os de Galdino Siqueira, de 1913, que sustentava a internação dos inimputáveis perigosos em manicômio ou em hospitais de alienados; de Virgílio Sá Pereira, de 1928, que mencionava os “delinqüentes de imputabilidade restrita” e tornava obrigatório ao juiz decretar o internamento do acusado que absolvido por falta de imputabilidade, ou por tê-la diminuída, quando manifesta sua temibilidade e de Vicente Piragibe, de 1932, denominada Consolidação das Leis Penais, aprovada e adotada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, que trouxe o restabelecimento da maioria penal aos 14 anos de idade e fixou causas passíveis de reconhecimento da inimputabilidade, estipulando regras para a internação dos criminosos acometidos de doença mental.

Necessário fazer menção, neste momento, ao Decreto – lei nº 1004, de 21 de outubro de 1969, que foi posteriormente revogado pela Lei nº 6578, de 10 de outubro de 1978. O referido Decreto que colocaria em vigor o Código Penal de 1969 cuidou da inimputabilidade e da semi-imputabilidade de

forma bem abrangente, com a redação do dispositivo muito próxima à do atual Diploma Penal. O artigo 31, caput, do Código Penal de 1969, cuidava da inimputabilidade, enquanto o seu parágrafo único tratava da semi-imputabilidade:

Art. 31. Não é imputável quem, no momento da ação ou omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Parágrafo único. Se a doença ou a deficiência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou de autodeterminação, não fica excluída a imputabilidade, mas a pena pode ser atenuada, sem prejuízo do disposto no art. 93.

Este decreto que não chegou a entrar em vigor foi elaborado no mesmo período que o CPM (Decreto Lei nº 1001/1969), por isso que o artigo acima citado tinha a mesma redação do artigo 48, do atual Diploma Penal castrense, denotando a linha de idéias e pensamentos acerca da imputabilidade penal que norteavam os estudiosos e os operadores do direito daquela época.

2.2 Aferição da inimputabilidade no Direito Penal

No âmbito doutrinário, conforme verificado nas obras de Da Ponte[8] ; Régis Prado[9] e Ernesto Führer[10] , as situações de inimputabilidade e imputabilidade nas legislações penais são aferidas segundo três critérios ou sistemas: o biológico ou etiológico; o psicológico e o biopsicológico ou misto.

Pelo sistema biológico, ou etiológico, inspirado nas legislações francesas, basta a constatação de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A ausência de inimputabilidade será atestada ao se verificar, reconhecer a total ausência de higidez mental ou parcial dela. Preocupa-se somente com a verificação de certos estado de patologia clínico-mental, com o estado anormal (biológico) do agente. Provada a existência deste estado, ausente estará a imputabilidade, sem levar em consideração os elementos psíquicos que tornariam o agente imputável. Só se preocupa com as causas biológicas que levaram o agente a não possuir autodeterminação para agir. “Não há crime nem delito, quando o agente estiver em estado de demência ao tempo da ação” - dispositivo do Código Penal Francês de 1810, artigo 64.

Pelo sistema psicológico, a preocupação é com a consequência, ou seja, não ser o agente ao tempo da ação ou omissão inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Diz respeito apenas às consequências psicológicas dos estados anormais do agente. Considera a situação psíquica do autor no momento do crime. Preocupa-se

apenas em verificar e constatar se, no momento da prática delituosa, o autor estava ou não com sua saúde mental abalada, não tendo relevância a natureza biológica que causou a falta de higidez mental. Verifica-se no momento do fato se por força de fatores que influenciam a inteligência ou a vontade, se o agente não se encontrava inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, deverá ser declarado inimputável.

Pelo sistema biopsicológico ou misto exige-se causa e consequência, ou seja, busca-se conceitos do sistema biológico e do sistema psicológico. Primeiramente, deve ser verificada a existência de uma doença mental no agente ou se ele tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Posteriormente, analisa-se se ele era capaz de entender o caráter ilícito do fato praticado e se tinha possibilidade de portar-se de acordo com esse entendimento. A anomalia mental deve influenciar de forma direta levando o agente a uma incapacidade de entendimento de caráter ilícito de sua conduta quando da prática criminosa, aí sim, poderá, dessa forma, ser considerado inimputável. Deve haver umnexo de causalidade entre a doença mental que levará o agente a uma impossibilidade de entender o fato ou agir de outra maneira, com o crime praticado. Por este sistema, o julgador não fica engessado ao laudo psiquiátrico para decidir, como ocorre no sistema biológico, já que, para atestar a responsabilidade penal não bastará somente um diagnóstico médico da doença, mas, também, as circunstâncias que cercaram o fato no momento de sua prática e o quanto a doença mental estava ou não atuando sobre a vontade de agir do agente, no momento do crime.

No ordenamento jurídico-penal brasileiro, o Código Penal Comum e o Código Penal Militar adotam como regra o sistema biopsicológico (artigo 26, do CP e o artigo 48, do CPM) e como exceção, quando se refere à menoridade, adotam o sistema biológico, pois, neste caso, basta para se excluir a imputabilidade, o presumido desenvolvimento mental incompleto do menor de 18 anos é uma presunção absoluta em nosso ordenamento, isto é, não se admite prova em contrário. Não se pode esquecer do dispositivo Constitucional expresso no artigo 228, que declara a total inimputabilidade penal dos menores de 18 anos de idade, sujeitando-os às normas de legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente).

2.3 O artigo 48, “caput”, do Código Penal Militar

Pelo que expressa o artigo 48, em seu “caput” estará excluída a imputabilidade (leia-se: não é imputável) do agente que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado estava ao tempo da prática da ação ou omissão criminosa, inteiramente impossibilitado de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. Assim dispõe o

dispositivo em análise:

Art. 48. Não é imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Para que fique caracterizada a inimputabilidade do agente, de acordo com o artigo 48, que seguiu o sistema biopsicológico, deve estar devidamente constatada a doença mental e como esta agiu de tal forma no agente que o deixou incapaz de entender o caráter antijurídico de sua conduta ou de determinar-se de acordo com essa ilicitude. Exige-se, portanto, a doença mental como causa e a impossibilidade de entender que sua ação é criminosa ou de agir de outra maneira como efeito, isso aferido ao tempo da ação ou da omissão.

No ordenamento penal militar, portanto, a inimputabilidade decorrente de anomalias mentais exige a presença de alguns elementos para que fique devidamente caracterizada, quais sejam: primeiramente, um elemento de natureza causal, que vem a ser a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; outro elemento de natureza consequencial, que pode ser a inteira incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento; e, por fim, um elemento de natureza cronológica que é a constatação da existência dos elementos anteriores ao tempo da ação ou da omissão.

A anomalia mental por si só não é causa suficiente para considerar o agente imputável. É necessário que, em consequência deste pressuposto biológico (anomalia mental), o sujeito perca a capacidade de entendimento, ficando inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato, de que este é socialmente reprovável ou de sua autodeterminação, referindo-se à capacidade volitiva do agente; vale dizer que ele não terá capacidade de dirigir seu comportamento de acordo com o entendimento, de que o seu agir é socialmente reprovável (o agente até faz idéia que seu comportamento será ilícito, porém, a vontade de agir supera sua razão).

Conforme Mirabete[12] , "Nos termos da lei, só é imputável aquele que, ao tempo da conduta (ação ou omissão), era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato: o agente pode entender o fato, mas não o caráter ilícito de sua conduta e, nessa hipótese, é imputável".

Damásio[13] ensina que "A capacidade psicológica manifesta-se por meio do entendimento e da vontade. Imputável é o sujeito que no momento da conduta possui capacidade de entender o caráter ilícito do fato e capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento. Há então, dois requisitos normativos de imputabilidade: intelectual e volitivo. Faltando um dos requisitos, surge a

inimputabilidade”.

O artigo 48, do CPM não pode ser interpretado de maneira isolada, deve-se verificar, juntamente, os artigos 110 e seguintes, que tratam da aplicação das Medidas de Segurança Criminais. De acordo com o artigo 111, inciso III, os delinquentes inimputáveis por doença mental estarão sujeitos a esta modalidade de sanção penal, portanto, isentos de sanção-pena. Os inimputáveis dessa natureza estarão isentos de pena devido à ausência de culpabilidade de que se reveste a ação típica e ilícita praticada pelo delinquentes com anomalia mental. Fala-se em ausência de culpabilidade, porque esta possui, em sua composição, a possibilidade de imputar ao agente a responsabilidade penal (imputabilidade) pela violação de uma norma e o dispositivo em questão traz em seu conteúdo hipóteses que excluem a imputabilidade, conseqüentemente, excluem a própria culpabilidade.

Dessa forma, o ordenamento penal castrense isenta de pena o inimputável de que se trata o caput do artigo 48, pois ausente está o pressuposto de sua aplicação, qual seja, a culpabilidade, de modo que não pode ser submetido a uma pena aquele que atua sem culpabilidade. O delinquentes doente mental, portanto, estará isento de pena devido à ausência de culpabilidade, porém, o Código Penal Militar prevê (artigo 112), para estes casos, a aplicação de medida de segurança, que se funda no grau de perigo que este agente apresenta para o convívio social.

2.3.1 Inimputabilidade por doença mental

Como uma das causas biológicas que excluem a imputabilidade, a doença mental vem a ser a perturbação mental de qualquer ordem, englobando todas as alterações mórbidas da saúde mental, que podem gerar como efeito a situação de incapacidade psicológica do agente de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de sua determinação. Não é necessário que cause os dois efeitos ao mesmo tempo, basta um.

Segundo Raúl Zaffaroni e Pierangeli[14] , para os efeitos da imputabilidade ou seu inverso, inimputabilidade, não é o conceito de "normalidade" o que nos serve, e o que o psiquiatra deve esclarecer são as características psíquicas que dificultaram ou facilitaram a compreensão da antijuridicidade no momento da realização do injusto. Quanto maior for a perturbação da consciência observada pelo psiquiatra e pelo juiz, maior será o esforço que o sujeito deve ter feito para compreender a antijuridicidade e, conseqüentemente, menor há de ser a reprovabilidade.

Importante ressaltar que não basta somente a doença mental para excluir a imputabilidade, necessário também que essa enfermidade cause vício de entendimento ou vontade.

2.3.2 Inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Desenvolvimento mental incompleto como causa de exclusão da imputabilidade refere-se ao agente que ainda não amadureceu por falta de tempo, o seu desenvolvimento mental ainda não concluiu (p.ex. os menores de 18 anos e os silvícolas não adaptados).

Já o desenvolvimento mental retardado faz referência aos que apresentam anomalias e devido a isso ocorreu uma parada na evolução mental, não conseguindo atingir a maturidade (p.ex. os oligofrênicos – débeis mentais, imbecis e idiotas – e os surdos-mudos não educados). São incapazes de entendimento e por muitos equiparados aos portadores de doença mental.

Conforme define Da Ponte[15] , "Enquanto a doença mental abrange todas as manifestações mórbidas do funcionamento psíquico, impedindo o indivíduo de adaptar-se às normas reguladoras da vida em sociedade, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado dirige-se àqueles que não alcançaram um estágio de maturidade psicológica razoável, ou que, por causas patogênicas ou do meio ambiente em que vivem, tiveram retardado o desenvolvimento das faculdades mentais".

Repetindo, tanto o desenvolvimento mental incompleto como o retardado não bastam para excluir a imputabilidade, necessário, também, que estas causas devidamente constatadas venham a gerar um vício de entendimento ou vontade do agente para, aí sim, vir a ser considerado inimputável. Cabe salientar que inimputabilidade aqui tratada é aquela decorrente de anomalia mental, haja vista que, para o desenvolvimento incompleto em razão da idade, a inimputabilidade dos menores de 18 anos é presumida de forma absoluta pela lei e o tratamento é realizado por estatuto específico.

2.4 A Semi-imputabilidade penal: parágrafo único, do artigo 48

O dispositivo penal castrense a ser analisado trata da responsabilidade diminuída, da redução de culpabilidade do agente em razão de perturbação mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Enquanto o caput trata da (total) inimputabilidade ou ausência de imputabilidade, o seu parágrafo único refere-se aos chamados semi-imputáveis, que são aqueles que possuem sua capacidade de entender apenas diminuída e não totalmente excluída.

Da mesma forma que a inimputabilidade, a semi-imputabilidade também exige a presença de alguns elementos para que fique devidamente caracterizada, quais sejam: o elemento de natureza causal, que vem a ser a perturbação mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; outro elemento de natureza consequencial, que pode ser a redução da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento; e por fim um elemento de natureza cronológica que é a constatação da existência dos elementos anteriores ao tempo da ação ou da omissão.

Destarte, o que se tem neste dispositivo em estudo é a influência gerada pela anomalia mental na conduta do delinqüente, de forma a deixá-lo parcialmente capaz de entender o caráter ilícito do fato praticado ou afetando parcialmente sua autodeterminação. Aqui, ocorrerá a redução do seu pleno entendimento, mantendo-o responsável pelo seu ato, mas com menor culpabilidade, “por apresentar uma capacidade reduzida de discernimento ético-social ou auto-inibição ao impulso criminoso”. [16]

Estão relacionados, nestes termos, os fronteirios, os psicopatas e os anormais psíquicos, abrangidos pelos agentes que estão entre a zona de saúde psíquica ou normal e a loucura.

Outro ponto que diferencia o inimputável do semi-imputável é a resposta penal dada pelo ordenamento quando da prática da infração. Ao inimputável, o Código Penal Militar prevê somente a aplicação de medida de segurança, já ao semi-imputável, a norma prescreve ao magistrado a faculdade de atenuar a pena de entre um quinto e um terço (art. 48, parágrafo único, c/c o artigo 73, ambos do CPM), ou ainda, substituí-la por medida de segurança detentiva (internação em estabelecimento próprio para tratamento), pelo prazo mínimo de um ano, o que nos remete ao que vem disposto no artigo 113, da norma Penal em análise.

O semi-imputável que, em razão de perturbação da saúde mental, ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, não está isento de pena, mas, "necessitando de especial tratamento curativo", a pena, que lhe seria aplicada, pode ser substituída pela internação em estabelecimento psiquiátrico (medida de segurança).

3 AS MEDIDAS DE SEGURANÇA CRIMINAIS DO CÓDIGO PENAL MILITAR E O ESTADO DE DIREITO

3.1 Introdução e breve esboço histórico da medida de segurança

Após a análise do instituto da imputabilidade e as causas de sua exclusão, existentes no atual ordenamento penal castrense, o trabalho de pesquisa, a partir de agora, convergirá para o estudo da resposta sancionatória, da consequência jurídica prevista no Código Penal Militar ao delinqüente desprovido de capacidade de censurabilidade ou entendimento acerca das ações por ele praticadas e que venha a cometer um ato ilícito-típico (crime militar).

A nossa legislação penal militar prevê, basicamente, duas formas de resposta sancionatória à violação de suas normas, consequência penal advinda da prática de um crime militar, quais sejam,

as "Penas" e as "Medidas de Segurança". Ao delinqüente imputável, que age de acordo com seu entendimento e goza da plenitude de sua capacidade mental e que pratique um ato violador da norma penal, há a previsão de aplicação de uma "pena" como sanção, em resposta ao seu ato praticado, pena esta calcada e aplicada na medida de sua culpabilidade. O que será focado, a partir de então, é que para o delinqüente considerado inimputável ou semi-imputável, em decorrência de uma anomalia mental e que pratique uma conduta injusta e contrária às normas penais militares, haverá a incidência da uma "medida de segurança" como sanção, em resposta ao ato delituoso por ele praticado.

Esta resposta sancionatória (medida de segurança) não é fundamentada com base na culpabilidade, pois esta se encontra ausente nestes delinqüentes, em virtude da anomalia mental. Para a sanção-medida, a fundamentação parte da constatação da perigosidade ou periculosidade que o delinqüente doente mental representa para o convívio social. O Estado impõe esta espécie de sanção penal para afastar o criminoso doente mental da sociedade e protegê-la do perigo que sua delinqüência representa.

Historicamente, o instituto da medida de segurança no Brasil já vinha disciplinado antes de 1893, ano este considerado o marco da primeira sistematização orgânica das medidas de segurança, com o anteprojeto de Karl Stoos que, posteriormente, em 1937, se tornaria o Código Penal Suíço. Porém, o enfoque dado no Brasil na época era o de medida de tratamento, ainda denominadas como pena. Tais medidas vinham dispostas no Código Penal da República de 1890.

Com a promulgação do Código Penal de 1940, após vários projetos, as medidas de segurança foram sistematizadas de forma definitiva no Brasil, com a adoção do sistema do duplo binário, apresentando-se ao lado da pena como forma de sancionamento. Era permitida a aplicação da medida tanto aos imputáveis como aos inimputáveis, ainda que não tivessem praticado o delito. Existia a previsão somente de um tempo mínimo, sem qualquer limite máximo de duração, sob o fundamento de necessária proteção social. As medidas comportavam duas espécies, as pessoais e as de natureza patrimoniais.

Em 1963, por meio de um anteprojeto de Nelson Hungria, um novo Código Penal (de 1969) entraria em vigor. Por este projeto, as medidas de segurança pessoais foram classificadas em detentivas ou não-detentivas. O novo Código adotaria o sistema vicariante, proibindo a cumulatividade de sanções detentivas e colocaria fim ao duplo binário no Brasil. Porém, o Código Penal de 1969 teve uma série de prorrogações para ser colocado em prática e fazer valer suas regras, sendo definitivamente revogado em 1975, sem nunca ter entrado em vigor.

Neste mesmo período em questão, além do Código Penal comum de 1969, estava em andamento o anteprojeto do Professor Ivo D'Aquino que veio a instituir, por meio do Decreto Lei nº 1001, o atual Código Penal Militar, que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1970. Das diversas inovações trazidas, este novo Diploma Penal (castrense) inaugurou no Brasil o sistema vicariante de aplicação de medida de segurança, em substituição ao já falido sistema do duplo-binário.

No âmbito do Direito Penal Militar há diferenças no instituto das medidas de segurança em relação ao existente no Código Penal comum. Conforme o artigo 110, do CPM, as medidas de segurança podem ser pessoais e patrimoniais. Por sua vez, as primeiras comportam duas espécies, as pessoais detentivas e não-detentivas, cada uma com suas características próprias de aplicação, conforme será analisado mais adiante.

No Direito Penal comum, somente com a reforma ocorrida em 1984 foi extinta a medida de segurança para o imputável (a este, somente a aplicação de pena de acordo e na medida de sua culpabilidade), suprimindo o sistema duplo-binário e adotando o vicariante. A partir de então, as medidas de segurança seriam destinadas exclusivamente aos inimputáveis (a estes, medida de segurança, de acordo com sua periculosidade e ameaça ao convívio social) e aos semi-imputáveis (a estes, pena ou medida de segurança), sendo necessário para sua aplicação a existência de periculosidade criminal e a prática de um ato típico e antijurídico. Trouxe somente duas espécies, detentivas e restritivas.

Apesar das inovações, tanto a reforma ocorrida no CPM, quanto a ocorrida no CP comum não fixou limites máximos para a sua execução, podendo perdurar enquanto não cessar o estado de periculosidade do delinqüente. Ao semi-imputável, sendo necessário o tratamento curativo, a legislação penal (comum ou militar) passou a permitir ao julgador a substituição da pena privativa de liberdade pela aplicação da medida de segurança (artigo 98, do Código Penal e artigo 113 do Código Penal Militar).

3.2 Medidas de segurança criminais

3.2.1 Conceito, natureza e finalidades das medidas de segurança

Dentro do ordenamento jurídico, cabe ao Direito Penal a proteção de bens especialmente relevantes para o convívio harmônico da sociedade. Neste aspecto, Alice Bianchini[18] adverte: "Somente bens de extrema valia para a coexistência do indivíduo é que poderão ser objeto de lei penal. Isto porque, sendo o direito penal o instrumento mais poderoso de que se vale o Estado no combate à

violência, e porque a sua utilização encerra, inexoravelmente, também, uma violência é de forma muito comedida que ele deve ser chamado a atuar". Esses bens essenciais ao indivíduo e à comunidade, dessa forma considerados, serão penalmente tutelados em razão da falibilidade demonstrada em sua proteção por outros instrumentos menos severos que o direito penal. A intervenção penal deve ficar restrita às situações que não possam ser resolvidas por outros meios ao dispor do Estado. Desta forma, a pena só é admitida quando não há outro mal menor passível de substituí-la.

Nestes termos é que, como ultima ratio, as normas jurídico-penais surgem para estabelecer ações ou omissões ilícitas, prevendo-lhes determinadas conseqüências como resposta às violações, ou seja, para coibir as condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos fundamentais, a lei penal lança mão de peculiares formas de reação ou sanção (resposta penal sancionatória) - que são as penas e as medidas de segurança.

No campo jurídico, o instituto da sanção como forma de garantir o cumprimento de uma norma não é privilégio somente do direito penal. Existem várias espécies de sanções e a doutrina costuma classificá-las em penais, ou criminais (quando vier como resposta à violação de uma infração penal) e extrapenais (civis em sentido amplo).

O termo "sanção", que vem do latim sancire[19] , significa consagrar, santificar a lei. Trata-se de vocábulo polissêmico, vale dizer, dotado de um significante e de vários significados. Assim, pode ser tido como a conseqüência, favorável ou desfavorável, proveniente do cumprimento ou descumprimento de uma norma.

De acordo com Miguel Reale[20] , quando tratou do instituto da sanção em sua obra LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO, "sanções são formas de garantia do cumprimento das regras", "todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra". Asseverou ainda quando se referiu à sanção jurídica: "o que caracteriza a sanção jurídica é sua predeterminação e organização".

Dessa forma, toda norma jurídica pressupõe uma conseqüência, um efeito, pelo seu cumprimento ou descumprimento. Ainda dentro do estudo do termo sanção, pode-se dizer que a sanção vem a ser a consagração de uma norma pela coletividade. No campo jurídico, "sanções jurídicas" são aquelas realmente disciplinadas pelo direito e, portanto, pelo próprio Estado. Entre estas, destacamos sua incidência na seara penal, civil, administrativa e outros ramos do direito.

De acordo com Maria Helena Diniz[21] , "a sanção é conceituada como uma medida legal que poderá vir a ser imposta por quem foi lesado pela violação de uma norma jurídica a fim de fazer

cumprir a norma violada, de fazer reparar o dano causado ou de infundir respeito à ordem jurídica". Pode-se dizer que nada mais é que uma resposta ao descumprimento da norma.

Portanto, para o fato que descumpra uma norma não-penal, a lei impõe a sanção civil, cujo fim é reparar ou satisfazer. Já a prática de ato qualificado como infração penal, a lei impõe uma sanção de natureza penal (pena ou medida de segurança) que, por se tratar de sanções de natureza jurídica, vêm determinadas previamente e adequadamente organizadas.

Como visto, tem-se que sanção vem no sentido de reação à violação da norma jurídica. Quando se tratar de ato que viole uma norma jurídica de natureza penal, criminal, a resposta jurídica apresentada pelo Estado, notadamente elaborada e veiculada por meio de lei (em sentido estrito), é a cominação de "penas", entendidas como conseqüências jurídicas (reações) aplicáveis à prática de um injusto penal. Porém, o ordenamento penal pátrio, comum ou castrense, prevê também uma outra forma de reação jurídica (sanção), qual, seja, a "medida de segurança".

Pautado está, portanto, que o direito penal possui como resposta ao desrespeito de sua norma o instituto da "sanção penal", que se personifica ou se materializa em duas espécies, as "penas" e as "medidas de segurança". Ambas possuem em sua essência a qualidade de privar ou restringir bens jurídicos, ambas são criadas previamente e com aplicação respaldada em lei e são impostas por órgãos jurisdicionais competentes ao agente infrator de uma norma de natureza penal.

As sanções penais objetivam proteger a tranqüilidade do convívio social e evitar a prática de infrações penais, defendendo, dessa forma, a sociedade contra as agressões, variando sua espécie de acordo com a presença ou não de culpabilidade (no caso, por ausência ou diminuição da imputabilidade) na conduta delituosa praticada pelo agente. Nas condutas violadoras da norma penal, praticadas por um agente imputável, tem-se a sanção penal "pena"; nas violações praticadas por um agente inimputável ou semi-imputável, estado este decorrente de anomalia mental, tem-se a aplicação da sanção penal "medida de segurança".

Bruno de Moraes Ribeiro[22] , em suas lições acerca da sanção aplicada ao delinqüente doente mental, destaca que as penas e as medidas de segurança apresentam um caráter aflitivo, na medida em que constituem a imposição de uma privação ou diminuição de bens jurídicos.

Para Maria Helena Diniz[23] "medida de segurança é a sanção imposta ao delinqüente inimputável, cuja alta periculosidade é conhecida, restringindo sua liberdade mediante a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou sujeição a tratamento ambulatorial, realizando assim, não só providência de proteção social, pela sua natureza preventiva mas também educativa e terapêutica".

Mirabete[24] também entendia a medida de segurança como uma sanção penal: "A medida de segurança não deixa de ser uma sanção penal e, embora mantenha semelhança com a pena, diminuindo um bem jurídico, visa precipuamente à prevenção, no sentido de preservar a sociedade da ação de delinqüentes temíveis e de recuperá-los com tratamento curativo".

Para Mestieri[25], as medidas de segurança "são verdadeiras sanções penais, pois participam da natureza da pena, tendo, porém, existência em função da perigosidade do agente".

Enquanto que para a aplicação de uma pena há como pressupostos a prática de um injusto penal, entendido como uma conduta típica e ilícita, bem como a presença de culpabilidade, entendida como um juízo de reprovação do ato praticado, para a aplicação de medida de segurança, exige-se a presença de um ato típico e ilícito, mas aqui, necessariamente, sem a existência ou diminuição de culpabilidade, que é excluída ou diminuída pela total ou parcial incapacidade de entendimento do ato praticado por parte do agente, vale dizer, ser o agente inimputável ou semi-imputável, porém, somente isso não basta, surge aqui como fundamentação para aplicação da medida, a periculosidade que o agente representa para o convívio social. Na medida de segurança o agente não tem entendimento do caráter ilícito do seu ato, mas o Estado, como forma de proteção social (prevenção), o retira do corpo comunitário para tratá-lo e evitar que venha a delinqüir novamente.

Reale Ferrari[26] postula que "a medida de segurança constitui uma providência do poder político que impede que determinada pessoa, ao cometer um ilícito-típico e se revelar perigosa, venha reiterar na infração necessitando de tratamento adequado para sua reintegração social".

As penas e as medidas de segurança como forma de sanções penais se identificam, ambas têm o condão de diminuir bens jurídicos - a liberdade do indivíduo; necessitam da prática de um prévio ato típico e ilícito; visam a defesa social e são aplicadas e controladas jurisdicionalmente.

A jurisprudência também se manifesta e corrobora com o entendimento de que medida de segurança criminal se reveste da natureza de sanção penal:

Medida de segurança como sanção penal - TJSP: "A medida de segurança, embora não se confunda com pena, constitui sanção penal" (RT 507/375).

TACRIMSP: "Medida de segurança não deixa de constituir sanção penal, pois pressupõe prática de fato previsto como crime" (RJDTACRIM 6/111).

Portanto, o que se verifica pelas idéias alinhavadas é que a medida de segurança, tanto quanto a pena, é sanção penal, entre elas não existem diferenças significativas em suas essências. O que ocorre no atual ordenamento penal é a variação dos meios de defesa social a disposição do jus

puniendi estatal, de acordo com a qualidade de categoria do criminoso, impondo-se, ora ao imputável, a resposta jurídico-penal denominada pena, ora aos inimputáveis e às vezes aos semi-imputáveis, a reação penal denominada medida de segurança. Cabe registrar que em relação a estes últimos fica ao alvitre da autoridade judiciária decidir no caso concreto a aplicação da medida de segurança ou a aplicação de pena reduzida ou atenuada (artigo 26, parágrafo único, c/c o artigo 98, ambos do Código Penal e o artigo 48, parágrafo único, c/c o artigo 113, ambos do Código Penal Militar). Logo, afirmar que a medida de segurança é sanção é totalmente verdadeiro, pois ela tem o caráter de garantir e reafirmar a existência da norma penal, bem como é predeterminada e organizada por meio de lei, obedecendo ao princípio da legalidade e reserva legal que são basilares para a elaboração e formação das leis de natureza penal.

Pelos argumentos já traçados, evidente está que, ao lado das penas, as medidas de segurança constituem espécie de sanção de natureza penal, dotada de jurisdicionalidade, natureza esta que se reveste de extrema importância para que a aplicação da medida possa conter em sua essência todas as garantias inerentes à interferência do Estado no direito de liberdade de todos os indivíduos. A aplicação dotada de natureza jurisdicional se demonstra essencial em virtude do caráter aflitivo que possui a medida de segurança, a partir do momento em que a sua imposição gera restrição na liberdade individual, em razão da prática de uma conduta típica e ilícita, o que justifica plenamente o controle a aplicação por parte do Poder Judiciário, sempre condicionada à necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade da medida, bem como a incidência das garantias constitucionais inerentes à aplicação das sanções de natureza penal.

Como bem destaca Reale Ferrar[27]i , "A medida de segurança criminal possui uma natureza monopolizadora do Poder Judiciário, configurando-se sua aplicação condicionada à necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade da medida terapêutica. Partindo-se da premissa de que o Estado Democrático deve proteger não apenas os indivíduos, mas também o próprio Estado, acreditamos constituir a medida de segurança uma providência estatal, condicionada aos limites do exercício jurisdicional".

Quanto às finalidades, aos objetivos a que se destinam, as medidas de segurança em sua origem tinham como escopo a necessidade de segregar os incorrigíveis, eram legitimadas com o fim de proteção e de inocuidade do indivíduo. Retirava-se o agente considerado incorrigível do convívio social, segregando-o, com base em um critério preventivo, qual seja, o de proteção do tecido social, e que a convivência harmônica dos homens deve ser protegida dos não-sociáveis, dos agressores da sociedade.

A idéia da medida de segurança surge como um substituto penal, tendo suas raízes na escola positiva do direito penal. Para os representantes desta escola, Cesare Lombroso e Enrico Ferri, diante do determinismo penal, o delinqüente deveria ser afastado do seio da sociedade por meio de uma medida de defesa social, que consistia na privação do indivíduo do convívio em sociedade.

Com o avanço da concepção de humanização do direito penal, voltado para a incidência e atenção à dignidade da pessoa humana, a segregação ou retirada do indivíduo da sociedade perdeu espaço para as idéias de tratamento e de recuperação do doente. Passou-se então a acreditar que a medida curativa se justificaria com o pensamento direcionado para recuperação do doente, acreditando na sua reinserção ao convívio social. A segurança criminal deveria ser imposta com o fim de recuperar o indivíduo e trazê-lo de volta à sociabilidade, não se justificando a pura retirada e segregação sem limites do indivíduo, do meio em que ele vive.

Neste contexto de recuperação por meio da medida, Figueiredo Dias[28] ensina que "no âmbito das medidas de segurança criminais o propósito socializador deve sempre que possível prevalecer sobre a intenção de segurança, orientando-se pelos princípios da sociabilidade e da humanidade".

Vale dizer que para a legitimação da aplicação da medida de segurança dentro da concepção humanitária de respeito à dignidade da pessoa que se alicerça um Estado Democrático de direito, a finalidade preventiva especial positiva, que se baseia no tratamento ressocializador do indivíduo, deve prevalecer sobre a finalidade preventiva especial negativa, que visa a proteção social com a segregação do indivíduo.

Quanto à prevenção geral negativa, que tem por base a intimidação do agente pela norma, pela severidade da norma, ameaça com imposição de penas mais graves, não há se falar de sua incidência no campo das medidas de segurança. Estas são aplicadas aos delinqüentes doentes mentais, que, por seu turno, não possuem capacidade de entender e discernir as conseqüências graves ou pesadas da prática de um ato ilícito. Ora, se o inimputável por doença mental não consegue compreender o caráter injusto de seu ato, de sua ação, também não tem possibilidade de se intimidar ou se sentir ameaçado pela norma e pela gravidade da conseqüência jurídico-penal de seu ato. "Quanto à prevenção geral negativa, inócua será sua função com referência aos delinqüentes doentes, já que não possuem capacidade de serem intimidados pela norma, nem discernimento quanto à sua compreensão". [29]

No tocante à prevenção geral positiva, que tem como escopo, de uma maneira ampla, a proteção da ordem jurídico-penal com a reafirmação da existência da norma penal como protetora dos bens jurídicos essenciais ao convívio social, deve ser observada a sua incidência no campo das medidas

de segurança, a partir do momento em que a prática de um ato típico e ilícito constitui pressuposto obrigatório para a sua aplicação.

Apesar do agente inimputável não entender as conseqüências de seu ato, sua ação afeta o convívio social (fere bens jurídicos) que deve ser restaurado com a reafirmação da norma em resposta aos anseios comunitários, ou seja, a sociedade espera que o Estado apresente uma resposta positiva ao ato praticado pelo delinqüente doente mental, resposta esta que deve ter o condão de reafirmar a norma penal, gerando assim a tranquilidade social abalada pelo fato ilícito-típico. Vale dizer que muitas vezes as normas de conduta são violadas, porém, mesmo violadas, continuam a existir, não perdem sua força; as sanções penais, então, seja a pena para o imputável, seja a medida de segurança para o inimputável, servem para mostrar ao infrator que sua conduta violadora não impede que a norma continue a existir. O delito é negativo e a pena e a medida de segurança (sanções penais de um modo geral) são positivas na medida em que reafirmam a vigência da norma e mostram para a coletividade que, mesmo violada, a norma continua em vigor.

Dentro do mesmo raciocínio, Reale Ferrari[30] destaca que "a prática de um ilícito-típico por parte do doente mental origina abalo na comunidade social, constituindo necessária a reafirmação do ordenamento jurídico com o intuito de estabilizar contrafaticamente as normas violadas. A medida de segurança criminal reafirmará o direito, gerando tranquilidade social".

Por derradeiro, conclui-se que, quanto aos fins, nas penas há a prevalência da prevenção geral positiva em relação à especial positiva. Nas medidas de segurança prioriza-se a prevenção especial positiva em relação à geral positiva.

3.2.2 Sistemas: o Duplo-Binário e o Vicariante

Desde o século XIX, com o constante aumento da criminalidade e dos índices de reincidência na delinqüência criminal, um movimento de idéias jurídicos penais, denominado de o Positivismo Criminológico, verificou que o sistema de penas, ora utilizado pelo ordenamento penal para reprimir a criminalidade e punir os infratores da lei, repressão esta que se pautava nos conceitos de culpabilidade e de retribuição do injusto praticado, havia fracassado. As finalidades de combater a prática do crime, aliada à idéia do mal que a pena representa ao delinqüente não estavam mais cumprindo com sua tarefa de controlar o avanço da criminalidade e nem evitam a volta do criminoso ao mundo da delinqüência, após o cumprimento da sanção imposta, esta não mais inibia a realização de novos atos infracionais.

Com o surgimento destas novas perspectivas, verificou-se a necessidade de elaborar uma nova

estruturação penal que atuasse mais na prevenção, de tal forma que funcionasse como um instrumento de defesa social e pudesse conter com mais eficiência o crescimento da criminalidade e a reincidência criminosa.

Surge então, na segunda metade do século XIX, a condução, pela Escola Positiva, a um encontro do naturalismo com o Direito Penal, representada por Lombroso, Ferri e Garófalo, que se encarregaram de promover a entrada do método científico dos domínios daquela ciência. Enquanto o primeiro descreve o criminoso como um ser biológico distinto de todos os demais, o segundo busca reduzir o direito penal a um capítulo da sociologia criminal, contribuindo com a teoria dos substitutivos penais e com a classificação dos delinquentes em nato, louco, ocasional, habitual e passional; coube a Garófalo a sistematização jurídica da Escola, dando especial desenvolvimento à periculosidade como base da responsabilidade e a prevenção especial como fim da pena.[31]

Com as idéias advindas da Escola Positiva, o crime deixa de ser analisado como um fato isolado, verificando junto a ele, características físicas e psíquicas de quem o praticou. Todos os delinquentes que tivessem praticado algum crime passaram a ser considerados perigosos, em maior ou em menor grau. Como já dito anteriormente a pena, até então utilizada pelo ordenamento vigente, perdeu eficácia e a prevenção especial só seria válida com o intuito de destinar tratamento à pessoa do delincente e reintegrá-lo ao convívio da sociedade. Surge, então, uma preocupação não somente com o crime em si, mas também, com a condição biopsicológica do autor do fato. Dessa forma, após análise destas condições, era verificado qual o melhor e mais conveniente tratamento que ele deveria ser submetido, sempre tendo em vista, mais uma vez, sua recuperação e reintegração ao corpo comunitário, trabalho este a ser desenvolvido com prevalência do aspecto preventivo da sanção a ser imposta.

Conclui-se dessa feita que a Escola Positiva foi responsável pelo desenvolvimento embrionário das medidas de segurança, tendo em vista que neste período houve também o surgimento da idéia da periculosidade do agente como fundamento e medida de atuação penal.

Com estas novas concepções de que ao delincente deve ser dado tratamento com vistas à sua cura, bem como defender o corpo social de seus atos, Karl Stoos, com seu projeto do Código Penal Suíço de 1893, codificou de forma sistêmica o instituto das medidas de segurança, às quais denominou "medidas de correção e segurança". Esta sistematização serviu de padrão às codificações mais avançadas da época.

Seguindo o mesmo passo de Stoos, merece destaque o Código Penal Italiano de 1930 que coroou e consolidou o debate doutrinário acerca das medidas de segurança. Tal código, conhecido como o de

Rocco, inspirou o nosso ordenamento penal de 1940. Todos estes traziam o sistema dualista de aplicação da medida de segurança, conhecido também como o sistema do duplo-binário.

Pelo duplo-binário, que é resultado das idéias de Stoos, a aplicação da medida de segurança é permitida de forma cumulativa com a pena, ou seja, aplica-se a pena privativa de liberdade e a medida de segurança. A idéia vem no sentido de que o delinqüente recebe a pena com base na sua culpabilidade, porém, em se demonstrando perigoso para a convivência em sociedade, também é merecedor de medida de segurança.

Dessa forma, este sistema prevê para os inimputáveis e semi-imputáveis a cumulação de pena privativa de liberdade e de medida de segurança. Mais ainda, um ponto deste sistema extremamente criticado, aos imputáveis considerados perigosos também se verifica a aplicação de medida de segurança em complemento à pena privativa de liberdade.

Em síntese, o que se verificou pelo sistema do duplo-binário é a possibilidade de imposição a um mesmo indivíduo de pena e de medida de segurança, sucessivamente.

O nosso Código Penal de 1940, em seus institutos, deixou evidente a adoção deste sistema, conforme se observa no artigo 82: "Executam-se as medidas de segurança: I - depois de cumprida a pena privativa de liberdade; ...§ 1º - a execução da medida de segurança é suspensa, quando o indivíduo tem de cumprir pena privativa de liberdade".

Com a entrada em vigor do CP de 1940, ocorre a sistematização da medida de segurança no Brasil, com sua aplicação baseada no sistema do duplo-binário, "vindo a medida de segurança a ser normatizada ao lado da pena, tendo ora o fim de completá-la, quando relacionada aos responsáveis, ora com o objetivo de substituí-la, quando da aplicação aos irresponsáveis".[32]

O CP de 40, além de prever a cumulação da pena com a medida de segurança, também trazia em seu bojo a possibilidade de sua aplicação independentemente da prática de um delito prévio, aos indivíduos inseridos em casos impuníveis (art.27) e àqueles que praticassem o crime impossível (art.14), caso fossem considerados perigosos. A periculosidade era legalmente presumida, conforme se verifica na Exposição de Motivos do CP de 40[33] : "...a periculosidade, em certos casos, como já foi acentuado, é presumida juris et de jure (art.78)".

Devido à falibilidade apresentada pelo sistema dualista (duplo-binário), no Brasil, ele perdeu força e expressão, haja vista à precariedade do funcionamento prático do sistema e a possibilidade de uma punição sem fim, que não se amoldava às idéias de reintegração social do indivíduo, bem como com as tendências de um direito penal garantista que cresciam a cada dia.

Um anteprojeto de reforma do ordenamento penal, de autoria de Nelson Hungria, do ano de 1963,

inovador e moderno para a época, já trazia a inadmissibilidade da privação do agente por meio de pena para posteriormente submetê-lo também a medida de internamento, em outras palavras, eliminou a cumulatividade de sanções detentivas. Pelo anteprojeto de Nelson Hungria, caso o indivíduo fosse considerado imputável, cabível seria apenas a sanção-pena; caso fosse considerado inimputável, exclusiva seria a aplicação da medida de segurança, não sendo mais admitida a soma da pena com a medida. Previa ainda ao semi-imputável a substituição judicial, pena ou medida de segurança. Estaria adotado, portanto, o sistema vicariante, encerrando o duplo-binário no Brasil. Porém, o que deveria ser o novo Código Penal de 1969, moderno e inovador, sofreu várias procrastinações em sua data de vigência e nunca veio a entrar em vigor.

Juntamente com este estudo, foi elaborado e colocado no mundo jurídico um novo ordenamento penal militar, que começou a vigorar em 01 de janeiro de 1970. Este novo Código Penal Castrense, de 1969, aboliu o sistema do duplo-binário e introduziu pela primeira vez no Brasil o sistema vicariato de aplicação de medidas de segurança criminais.

Somente muito tempo depois, em 1984, foi que a nova parte geral do Código Penal trouxe o sistema vicariante de aplicação das medidas de segurança, em substituição ao já falido e precário duplo-binário. Por este novo sistema, aos imputáveis há a possibilidade de aplicação somente da sanção-pena, na medida de sua culpabilidade, para os semi-imputáveis, aplica-se pena ou medida de segurança e aos inimputáveis, somente a sanção-medida de segurança, como forma de tratamento e proteção social do delinqüente que apresente periculosidade criminal. É vedada, neste sistema, a aplicação cumulativa ou sucessiva da medida curativa.

O que impulsionou o avanço das reformas ocorridas em 1984, principalmente no tocante as medidas de segurança, foram as idéias no sentido de que não era mais justificável a presunção em lei da periculosidade, bem como a existência de medida de segurança aplicáveis aos imputáveis, dentro de uma reflexão científica e adequada a um sistema penal moderno que caminhava para conferir à medida de segurança um verdadeiro conteúdo de sanção penal.

Com o Código Penal Militar de 1969 e a reforma do Código Penal comum, 1984, o ordenamento penal pátrio abandonou o sistema do duplo-binário para, enfim, acolher o vicariante. Foi do pretenso Código Penal de 1969 que, num avanço doutrinário incalculável, surgiram as idéias que revolucionaram o nosso direito positivo nesta matéria, abolindo o critério dualista, que foi substituído pelo monista ou utilitarista, o chamado sistema vicariante, segundo o qual não existe diferença essencial entre pena e medida de segurança detentiva. Extinguiu-se, assim, o desacreditado sistema, muito em moda na época, dos dois trilhos ou duplo - binário (doppio binario,

dual track, *Zweispurigkeit*), pelo qual eram impostas, cumulativa e sucessivamente, penas e medidas de segurança detentivas a criminosos imputáveis e semi-imputáveis.

Assim, pelas novas concepções trazidas pelo Código Penal Militar de 1969, se o agente for semi-responsável, nos termos do parágrafo único do art.48 do CPM, e tiver cometido um fato típico e antijurídico, deverá ser aplicado sistema vicariante: pena atenuada ou medida de segurança (art.113). Deixou de existir o sistema do duplo binário, que determinava a aplicação cumulativa e sucessiva de pena e medida de segurança. Neste novel estatuto, o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, deve impor ao condenado só pena (atenuada) ou só medida de segurança (a sentença é condenatória). Imposta esta, deve ser executada como se o sujeito fosse inimputável.

Dessa forma, o Código Penal Militar de 1969 e, posteriormente, a reforma de 1984, retiraram do ordenamento jurídico do Brasil o duplo-binário, adotando o vicariato, trazendo ainda como pressupostos obrigatórios para a sujeição do agente à medida de segurança, tanto a periculosidade criminal, como a prática de um ato típico e ilícito, abolindo de vez a possibilidade de aplicação da medida de tratamento sem a prática de uma infração penal, situação esta prevista no CP de 1940. Também foi excluída a presunção da periculosidade, devendo esta, a partir de então, estar devidamente constatada por meio de laudo médico-pericial e presente no delinqüente doente mental.

Levorin[34] assim retrata a mudança do sistema: "a substituição do duplo binário pelo sistema vicariante tem o condão de caracterizar uma idéia de limitação do sistema sancionatório. Limitação esta que pode ser visível tanto pela dignidade da pessoa humana, ao vedar o cumprimento de pena (como castigo estrito) para somente depois admitir um tratamento psiquiátrico com a medida de segurança".

O sistema vicariante foi escolhido com a idéia de impedir a exacerbação da intervenção penal, proteger a sociedade com limites para a aplicação da sanção penal (garantia individual). No vicariato, terminada a pena, o condenado deve ser posto em liberdade, ainda que persista sua periculosidade. No duplo-binário, com a cumulação das reações sancionatórias, ocorre ofensa ao princípio da determinação das penas, haja vista a continuidade do encarceramento, mesmo após o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta. A pena, mesmo possuindo um caráter afliativo, repressivo e retributivo (castigo), deve conter, também, um caráter humanitário no seu cumprimento. Funcionando ela como precedente da medida de segurança no duplo binário, sua finalidade será, essencialmente, de oprimir, castigar e vilipendiar o sentenciado, caminho este não mais a ser seguido pela nova ordem penal.

3.2.3 Pressupostos para aplicação das medidas de segurança

Antes de fazer uma análise dos pressupostos essenciais para a aplicação das medidas de segurança, trazidos pelo vigente ordenamento penal brasileiro, faz-se necessário registrar de que forma era alicerçada a aplicação da medida na vigência do Código Penal de 1940 que, como já visto, foi o primeiro diploma jurídico a sistematizar a medida de segurança no Brasil, e que recebeu influências em sua elaboração dos Códigos Penais Suíço e Italiano (Código Rocco).

De acordo com o Código Penal de 1940 as medidas de segurança tinham como pressupostos a prática de um fato previsto como crime, bem como a periculosidade do agente, porém, com um aspecto interessante, poderia ser imposta ao inimputável ou ao imputável. Para este, especificamente, ela era imposta para ser cumprida após o encerramento da pena privativa de liberdade (aspecto marcante do sistema do duplo-binário).

Ainda conforme o ordenamento penal anterior, em seu artigo 78, o agente era, em certos casos, legalmente presumido como perigoso (presunção *juris et de jure*, conforme a própria Exposição de Motivos), de acordo com algumas hipóteses enumeradas pela própria norma, que se constituíam de situações obrigatórias de aplicação da medida de segurança, pouco importando se presente ou não a prévia prática de crime. Neste artigo não se indagava quanto à periculosidade do indivíduo, se o agente se enquadrasse em algumas das hipóteses elencadas pelo dispositivo penal, estaria presente sua periculosidade, cabendo ao juiz a obrigação de impor a medida de tratamento.

Embora o Código Penal de 1940 trouxesse expressamente que a aplicação da medida de tratamento tinha como um dos pressupostos a prática de fato previsto como crime (artigo 76), o que indicava um relativo princípio da legalidade, dispunha também de forma expressa (art.76, parágrafo único) que a medida de segurança poderia ser aplicada sem a prática de um prévio delito, somente com base na periculosidade do agente, mais especificamente, nos casos de crime impossível e nos casos de impunibilidade. A prática de tais condutas (quase-crimes), consideradas perigosas socialmente, era suficiente para atestar a periculosidade do indivíduo, mesmo sendo somente um perigo social, o que conduzia o julgador a aplicar a medida de segurança inclusive nestas hipóteses, como o fim de proteger a sociedade de condutas, como já dito, socialmente perigosas e não criminalmente perigosas (artigo 78, c/c o artigo 94).

Do exposto, pode-se concluir que o CP de 40 trazia como pressupostos das medidas de segurança a prática de fato previsto como crime e a periculosidade do agente (que poderia ser presumida), porém, admitia a sanção por razões de periculosidade social, demonstrando uma relativização do princípio da legalidade, pois nestes casos não havia a necessidade da prática de um crime. O código

em questão também previa a aplicação da medida tanto para o agente inimputável como para o imputável.

Com as reformas ocorridas no sistema jurídico-penal, o princípio da legalidade nas medidas de segurança foi adotado de forma absoluta, não mais admitindo sua aplicação por fato não criminoso, dispondo como pressupostos obrigatórios, mesmo que de forma não tão expressa como, tanto a periculosidade criminal como a prática de um ilícito-típico, pressupostos estes que serão objetos de análise daqui por diante.

A prática de uma conduta típica e ilícita

A aplicação de uma medida de segurança ao agente inimputável primeiramente pressupõe a prática de um fato considerado típico e ilícito. Esta obrigatoriedade da prática de um delito evidencia a primazia da incidência do princípio da legalidade na aplicação da medida, de forma a afastar toda e qualquer tentativa de aplicação de uma sanção penal sem que esteja presente a prática de prévio ilícito-típico, resguardando dessa forma a segurança jurídica como uma garantia fundamental de proteção contra a intervenção desregrada do poder estatal na esfera de liberdade dos cidadãos, fundamentos estes essenciais dentro de um Estado Democrático de Direito.

Levorin[35] destaca que "Este fato ilícito típico constitui as exigências do Estado Democrático de Direito, somente se impondo medida de segurança quando presente o conteúdo mínimo do fato, quando há elementos mínimos caracterizadores do ilícito previsto na lei penal".

De acordo com Reale Ferrari[36] , "Em um Estado Democrático de Direito, a sanção penal está vedada a estados de para-delinquência, infrações exclusivamente políticas ou de marginalismo criminoso, já que ausentes estarão as práticas dos ilícitos-típicos criminais. Vadios, mendigos, rufiões, prostitutas e meros suspeitos de estados para-delinquentes não poderão submeter-se às medidas de segurança criminais, pois inexistentes a configuração objetiva e subjetiva da prática de qualquer ilícito-típico".

A prática de fato típico e ilícito funciona tanto como um indicador de periculosidade do agente, bem como fundamento e limite de aplicação da intervenção estatal na liberdade do delinquentemente doente mental por meio da sanção penal-medida de segurança.

Cabe uma importante diferenciação quanto a averiguação de ato ilícito e típico praticado por um agente inimputável ou praticado por um agente semi-imputável. Em se tratando de inimputáveis, a análise será feita somente sobre o fato violador da norma penal (requisitos de tipicidade e de ilicitude). Isto ocorrerá porque a culpabilidade estará excluída por ausência da imputabilidade do agente, acarretando dessa forma a verificação somente da presença de fato típico punível. A

inimputabilidade decorrente de doença mental gera a exclusão de culpabilidade, o que impossibilita a aplicação de pena criminal, por ser a culpabilidade um pressuposto desta, porém, impõe ao julgador a aplicação de medida de segurança criminal após a absolvição imprópria do agente inimputável.

Com relação aos semi-imputáveis, além da comprovação da prática de fato típico e também antijurídico, há a necessidade de se averiguar a culpabilidade, uma vez que o agente semi-responsável não está isento de pena criminal, podendo sim, necessitar de tratamento curativo (artigo 48, parágrafo único, c/c o art.113, do CPM). Portanto, além do fato ilícito-típico, o agente semi-imputável deve ser considerado (parcialmente) culpado, podendo o juiz aplicar a pena criminal privativa de liberdade atenuada ou aplicar a medida de segurança, caso necessite do tratamento.

Bruno de Moraes Ribeiro[37] , com relação aos semi-imputáveis: "Uma vez que a aplicação de pena privativa de liberdade pelo juiz é o antecedente lógico, exigido por lei, para que possa ser formulado o juízo a respeito de substituí-la ou não pela medida de segurança, e considerando que a aplicação de pena pressupõe, por sua vez, a verificação de todos os elementos do crime - inclusive da culpabilidade-, é claro que, na hipótese em questão, a aplicação da medida de segurança não pode prescindir da avaliação da culpabilidade do réu". No ato praticado pelo semi-imputável não há exclusão da culpabilidade por completo, e sim, devido à perturbação mental, há uma diminuição do juízo de reprovabilidade ou censurabilidade, componente do instituto da culpabilidade.

Conforme os ensinamentos de Damásio[38] , "Tratando-se do agente semi-responsável não é suficiente que tenha cometido um fato típico. É necessário que seja também antijurídico; e ele, culpado".

Por conseqüência do exposto, conclui-se também que, não será imposta a medida de segurança nas circunstâncias em que ficar comprovada a prática de ato sob o manto de uma excludente de ilicitude ou por não ser o fato punível (por exemplo na hipótese de uma escusa absolutória) ou ainda, se estiver ausente a tipicidade do fato. Se estiver excluída a punibilidade do fato (artigo 123, CPM) não será imposta a medida de segurança, nem subsiste a que já tenha sido aplicada. Portanto, se o agente agiu amparado por uma excludente de antijuridicidade ou por ausência de dolo ou negligência não pode impor medida de segurança, devendo o magistrado absolvê-lo, em razão da ausência da prática de ato típico e ilícito, pressuposto essencial de aplicação da medida.

Periculosidade Criminal

Outro pressuposto de aplicação das medidas de segurança é a constatação da presença de periculosidade criminal do autor do fato. Periculosidade ou grau de perigosidade do autor pode ser

conceituada como a potencialidade do agente em praticar novas ações danosas, em praticar novas infrações penais.

É o estado ou qualidade de perigoso. Conjunto de circunstâncias que indicam a probabilidade de alguém praticar ou tornar a praticar um crime[39]. Tem como consequência a temibilidade, que é a qualidade de temível. O agente por meio de seus atos infracionais (à norma penal) e suas condições circunstanciais demonstra e causa temibilidade ao corpo social, evidenciando provável prática de novos atos transgressivos.

Juntamente com o ato típico e antijurídico, a periculosidade criminal é pressuposto inarredável e essencial para que o julgador possa aplicar a devida medida de segurança ao delinqüente doente mental.

Reale Ferrari[40] ressalta a necessidade do pressuposto da periculosidade quando da aplicação da medida: "Em um Estado Democrático de Direito não há sanção-medida de segurança sem perigosidade criminal, devendo existir sempre uma correlação entre a perigosidade e o fato ilícito-típico praticado. A perigosidade e o ilícito-típico são vigas mestras a serem analisadas para a imposição da medida de segurança criminal".

A periculosidade criminal como um dos pressupostos deve ser vista e verificada mais do que uma simples possibilidade de nova delinqüência, não pode ser somente possibilidade e sim, um juízo de probabilidade efetiva da realização de novos atos criminosos, a leitura analítica da perigosidade criminal do agente deve ser feita nos seguintes termos "quando é provável que (o agente) cometa novo fato previsto na lei como crime" - dispositivo do Código Penal Italiano, art. 23[41].

O termo probabilidade é distinto de possibilidade, algo provável de voltar a acontecer demonstra uma maior certeza de sua realização, é mais palpável e concreto, enquanto que a mera possibilidade exprime idéia de incerteza ou algo de poucas chances de se repetir novamente. José Francisco de Faria Costa[42] reforça a idéia de que "enquanto a perigosidade traduz o caráter incerto dos acontecimentos futuros, a probabilidade indica um juízo de certeza sobre a constância da freqüência desses mesmos acontecimentos incertos. Trata-se de uma possibilidade qualificada, uma verdade provável, ou uma certeza de probabilidade".

A periculosidade criminal se fundamenta na idéia que em se tratando de um delinqüente doente mental, a probabilidade deste agente praticar novos atos infracionais é muito maior, em razão de sua ausência de discernimento na prática de seus atos, vale dizer, como não possui a capacidade plena de se sentir inibido para praticar determinados atos, no caso, criminais, em virtude da anomalia mental, a probabilidade de repetir os atos temíveis é muito maior, demonstrando assim a sua

periculosidade criminal para o corpo social, o que gera a conseqüente aplicação medida protetiva e curativa. Daí então, o instrumento do Estado de resposta sancionatória, não baseada na culpabilidade e sim, no perigo do agente, aplicando, portanto, a medida de segurança como uma medida protetiva da sociedade, tratamental e inocuidadora do doente mental delinqüente. Mais uma vez é bom reafirmar que deve haver a efetiva probabilidade de futura repetição da prática de atos criminosos (típico e ilícito), não somente a mera possibilidade de vir a ocorrer tais atos.

A potencialidade para a prática de novas infrações penais (periculosidade criminal) deve ser efetivamente comprovada, não se admitindo mais a mera presunção da perigosidade do agente, tal como se verificava no estatuto penal de 1940.

Mirabete[43] e Damásio[44] apontam em suas lições de direito penal dois tipos de periculosidade criminal em nossa legislação. Uma denominada de real, quando se refere ao delinqüente semi-imputável, haja vista a necessidade de constatação objetiva por parte do juiz, que verificará no caso concreto a real necessidade do tratamento curativo para este delinqüente. A outra forma de periculosidade é a chamada de presumida, quando se tratar do agente inimputável que, em sendo constatada a falta de higidez mental do agente, o juiz o absolverá de forma imprópria e, obrigatoriamente, aplicará a medida de segurança (artigo 112, CPM).

Dentro de uma aplicação racional das normas penais, que tem como princípios a fragmentariedade do direito penal, bem como sua mínima interferência no corpo comunitário, com respaldo e respeito na dignidade da pessoa humana, fundamentos estes basilares dentro de um Estado Democrático de Direito, é muito temerário considerar a leitura e a aplicação de uma periculosidade criminal meramente presumida, quando se trata da aplicação de uma sanção penal de cunho aflitivo e que tem o condão de privar a liberdade do agente, independentemente de ser uma pessoa que não possua plena capacidade de entender seu ato praticado. Como já dito, a periculosidade criminal deve estar registrada dentro de uma probabilidade da reiteração de condutas danosas, seria, pois, um contra senso total falar em presunção, enquanto o que se busca é a efetiva probabilidade e não possibilidade, não se pode aceitar uma mera possibilidade presumida como respaldo para aplicação de uma sanção penal.

Neste aspecto, muito bem destaca Régis Prado[45] "A periculosidade não pode naturalístico, cálculo de probabilidade, que se desdobra em dois momentos distintos: o primeiro consiste na comprovação da qualidade sintomática de perigoso (diagnóstico de periculosidade); o segundo, na comprovação efetiva da relação entre tal qualidade e o futuro criminal do agente (prognose criminal)".

O que confirma a erradicação de qualquer presunção de periculosidade em nosso sistema penal é a necessidade por parte do juiz em proferir uma sentença absolutória imprópria (artigo 439, “d”, CPPM), ato este que deve estar devidamente fundamentado com base na indicação e comprovação da inimputabilidade do agente, fundamentação que vai demandar por parte do magistrado uma análise criteriosa acerca da constatação do estado mental do agente, conseqüentemente levando-o a verificar também o grau de perigosidade que o réu representa para a sociedade. Ademais, o CPM ainda prevê a realização de exame de cessação de periculosidade do agente a qualquer tempo (artigo 112, § 2º, CPM), devendo ter continuidade na execução da medida de segurança somente se o agente ainda representar perigo real e concreto para o corpo social. Toda presunção de perigosidade é sempre reprovável dentro de um Estado Democrático de Direito que se fundamenta no respeito à dignidade da pessoa humana.

Carrara[46] advertia acerca da periculosidade presumida "Todas as indagações de fato relativas às condições da loucura devem ser deixadas ao arbítrio do magistrado e não podem ser definidas a priori pela Lei".

A presunção de periculosidade afronta pontos do bom direito. De plano se observa que qualquer tipo de presunção não se harmoniza com o direito penal moderno, nem com as garantias mínimas de que todo indivíduo deve dispor.

Dessa forma, conclui-se que, ao lado da prática de ato típico e antijurídico, a probabilidade de reiteração destes atos (periculosidade criminal) formam as duas bases de sustentação e de limitação da intervenção sancionatória do Estado ao agente inimputável ou semi-imputável, por meio das medidas de segurança criminais.

Convém ainda frisar que o atual ordenamento penal não mais prevê a aplicação da medida de segurança ao agente imputável, de modo que a ausência de culpabilidade plena (inimputáveis) ou reduzida (semi - imputáveis), em virtude de doença mental, se configura como uma condição necessária para a aplicação da medida.

Assim sendo, pode-se resumir os fundamentos de aplicação de sanção da seguinte forma, culpabilidade - pena; periculosidade - medida de segurança. Tem-se dessa forma que ao agente imputável não se impõe medida de segurança, mas somente pena; ao semi-responsável, pena atenuada (art.48, par. Único, do CPM) ou, se necessitar, tratamento curativo (art.113, CPM) e, para os inimputáveis aplica-se como regra a medida de segurança (art.48, caput, c/c o art. 112, ambos do CPM).

3.2.4 Espécies de medidas de segurança criminais no Código Penal Militar

No ordenamento penal brasileiro, a medida de segurança, desde sua efetiva sistematização no CP de 1940, sofreu variações quanto às suas espécies. Originariamente, comportavam duas modalidades, as pessoais (detentivas e não-detentivas), destinadas às pessoas consideradas perigosas e as patrimoniais, que tinham sua destinação à coisa, supostamente perigosa.

No âmbito do Direito Militar, o Código Penal Castrense contempla as seguintes espécies de medidas de segurança criminais: pessoais e patrimoniais. A medida que recai sobre a pessoa (pessoais) do agente ainda se subdivide em detentivas e não-detentivas (art. 110, do CPM). Traz ainda em seu artigo 111, quais são as pessoas sujeitas ao tratamento curativo da medida – os civis; os militares que perderem a função, posto, patente; os militares considerados inimputáveis ou semi-imputáveis por doença mental e os militares condenados por crime cometido na direção de veículo automotor (cassação da licença). Cabe ressaltar que o foco deste trabalho é a medida de segurança aplicada ao militar inimputável ou semi-imputável, assim considerado de acordo com o regramento do artigo 48, que cometer uma infração penal militar.

Vale consignar que no Código Penal comum, com a reforma da parte geral, ocorrida em 1984, somente as medidas de segurança pessoais permaneceram, sendo extintas as de cunho patrimonial. Manteve-se a divisão da espécie pessoais em detentivas e não-detentivas (restritivas).

Medidas de segurança criminais pessoais

Estas espécies de medida de segurança vão incidir diretamente sobre a pessoa do delinqüente doente mental, privando ou restringindo-o de sua liberdade individual. Os seus objetivos se coadunam com os próprios objetivos da medida, quais sejam, proporcionar um tratamento ao agente, haja vista sua condição de anomalia de saúde mental prevenir o corpo social contra novas ações delitivas de sua parte, ou seja, evitar que volte a praticar novos atos ilícitos e antijurídicos, nocivos à sociedade.

Comportam duas formas ou modalidades em sua aplicação, quais sejam, as pessoais detentivas, que privam o agente de sua liberdade e as pessoais não - detentivas (restritivas), que diminuem, limitam a liberdade do infrator militar, portador de distúrbios mentais.

Pessoais detentivas

Antes de iniciar a análise desta espécie de medida, faz-se necessária uma leitura da forma em que tais dispositivos eram elencados no Ordenamento Penal pátrio. O CP de 1940 trazia três modalidades de medidas pessoais detentivas: internamento em manicômio judiciário; internamento em casa de custódia e tratamento em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissionalizante.

A internação em manicômio judiciário era tratada no artigo 91, com incidência ao agente isento de pena, por inimizabilidade decorrente de doença mental. O referido artigo remetia o intérprete ao artigo 22 do CP de 1940, que foi mantido na reforma de 1984, porém, na figura do artigo 26. Pelo artigo 91, o inimputável seria internado no manicômio por um tempo mínimo de 06 (seis) anos, se a pena do crime cometido fosse de reclusão não inferior, em seu mínimo, a 12 (doze) anos; de 03 (três) anos, se pena do crime fosse de reclusão não inferior, em seu mínimo, a 08 (oito) anos; de 02 (dois) anos, se a pena privativa de liberdade do crime cometido fosse, em seu mínimo, de 01 (um) ano e de 01 (um) ano nos outros casos.

A incidência da internação em casa de custódia, prevista no reformado código, era tratada em seu artigo 92, sendo aplicada apenas para os delinquentes semi-imputáveis e imputáveis que fossem condenados por crime cometido em estado de embriaguez por álcool ou substância de efeito análogo, se habitual a embriaguez. A internação em casa de custódia, prevista em nosso atual ordenamento penal castrense, aplica-se tanto para os inimputáveis como para os semi-imputáveis que praticarem crime militar e que as condições pessoais e o fato praticado revelarem que ele oferece perigo à incolumidade alheia, sendo vedada sua incidência aos imputáveis, salvo se superveniente a doença mental, conforme preceitua o artigo 66, do CPM.

Quanto à internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissionalizante, enunciada no CP de 40, em seu art.93, embora configurada como espécie de medida de segurança, aplicava-se aos imputáveis reincidentes em crimes dolosos, aos imputáveis condenados a penas superiores a cinco anos de reclusão e aos imputáveis condenados a pena privativa de liberdade em crimes relacionados à ociosidade, vadiagem ou prostituição. Era um instituto com natureza substitutiva da pena privativa de liberdade, cujo objetivo era inocuizar os imputáveis considerados perigosos em que a sanção-pena não surtiria o efeito necessário.

Todas essas medidas detentivas estavam previstas no CP de 1940, todavia, foram abolidas pelas Reformas ocorridas no sistema jurídico – penal pátrio. O Código Penal Militar de 1969 manteve apenas a medida detentiva da Casa de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ou, à sua falta, em estabelecimento adequado.

A medida pessoal detentiva, ou privativa, atua diretamente no direito de ir e vir do delincente doente mental, impondo um tratamento mediante seu recolhimento, retirando-o do convívio social por meio de internamento em estabelecimento próprio para agentes dessa natureza, constituindo-se a internação em um meio eficaz para o tratamento, segurança e inibição do infrator.

Reale Ferrar[47]i expõe algumas características dessa espécie detentiva: "constitui um instrumento

fragmentário e residual, aplicável apenas quando não eficaz outra modalidade de tratamento, exigindo para sua imposição: a) a prática de um ilícito-típico relevante socialmente; b) um juízo de prognose. Consiste em última providência a ser aplicada, internando-se o delinqüente-doente somente quando necessário, buscando-se o tratamento pelo trabalho e pela reeducação. Como medida detentiva, inegável constitui sua aflição; deve orientar-se pelos princípios do Estado Democrático de Direito - residual e excepcional - com pressupostos obrigatórios e irrenunciáveis à imposição".

A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico como modalidade da medida de segurança detentiva será aplicada ao inimputável (de acordo com o art. 48, caput e artigo 112, CPM), ou ao semi-imputável (neste caso, se necessitar do tratamento, art. 48, parágrafo único e art. 113, CPM) quando praticarem um crime militar. Da análise destes dispositivos do Código Castrense verifica-se que para a aplicação obrigatória desta espécie de medida de segurança, presentes devem estar dois pressupostos: 1) agente inimputável ou semi-imputável, estado este decorrente de doença mental e 2) a prática de ato típico-antijurídico de natureza militar; sem esquecer da constatação da presença da periculosidade criminal, que revele o perigo do agente em liberdade à incolumidade alheia, fundamento e pressuposto essencial para aplicação da medida.

A internação como modalidade da medida detentiva será imposta por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, por perícia médica, a cessão da periculosidade do agente. Prevê a legislação penal militar que o grau de perigosidade do agente, com intuito de se constatar sua cessação ou não, será verificado dentro de um prazo mínimo variável de 1 (um) a 3(três) anos, repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o juiz da execução assim o determinar(art.112, §§ 1º e 2º).

Quanto a alguns aspectos de cumprimento da medida detentiva, a Lei de Execução Penal, a LEP, aplicável na Justiça Militar, prevê que o internado deverá ser submetido obrigatoriamente aos exames psiquiátricos, criminológico e de personalidade (arts. 100 e 174, c/c os arts. 8º e 9º, todos da LEP). Prevê também a possibilidade da assistência médica psiquiátrica ser desenvolvida em local diverso, haja vista a inadequação do tratamento em hospital público (art. 14 § 2º, c/c o art. 42 da LEP). Garantida, também, é a viabilidade de se contratar médico de confiança pessoal do internado, a fim de orientar e acompanhar o tratamento (art.43, caput, da LEP).

Por fim, esta modalidade de medida detentiva, ou privativa, consiste em tratamento de cunho aflitivo, em virtude da supressão da liberdade que ela gera, com aplicação, em regra, aos doentes mentais que praticam um ato típico e ilícito de natureza militar. A previsão legal do internamento

deve ser aplicada em conformidade com o grau de periculosidade do agente para com a incolumidade alheia, a ser analisado pelo julgador.

Pessoais restritivas ou não-detentivas

O Código Penal de 1940 trazia como medidas de segurança de natureza não - detentivas as seguintes modalidades: a liberdade vigiada; o exílio e a proibição de freqüentar determinados lugares.

A liberdade vigiada era tratada no artigo 94, cuja incidência se fazia sobre os egressos de estabelecimentos que cumpriram medidas de segurança detentivas, aos liberados condicionais e aos que transgrediam a proibição de freqüentar determinados lugares, ou transgrediam a imposição de exílio local. Aplicava-se, também, aos autores de tentativa impossível, ou de concurso de delinqüentes em que inexistente até mesmo a tentativa do crime, presumindo a periculosidade. Interessante ressaltar aqui que a aplicação desta medida não exigia os pressupostos fundamentais de aplicação da medida de segurança (prévio ilícito-típico e periculosidade), aplicando-se não somente aos delinqüentes imputáveis, mas também aos não criminosos, ou seja, funcionava como uma medida de segurança social e não criminal, haja vista a possibilidade de aplicação da medida sem a caracterização de uma conseqüência jurídico-penal (sanção penal).

No tocante ao exílio, que era tratado no, então, art.97, incidia sobre os delinqüentes imputáveis e tinha como finalidade afastar o criminoso, suposto perigoso, do local em que cometeu o crime, visando evitar o contato dele com meios e condições que poderiam contribuir para que voltasse a praticar mais ações delitivas.

A proibição de freqüentar determinados lugares, artigo 98, do CP de 1940, era aplicada aos indivíduos imputáveis com intuito de evitar o contato destes com locais que viessem a despertar a possível prática de ações criminosas. Pela letra da lei, era "imposta ao condenado por crime cometido sob a ação do álcool", refletindo a idéia de que, em determinados locais, devido à freqüência de determinadas pessoas, consumo de álcool e jogatinas, podiam provocar manifestações de criminalidade, de possível periculosidade. Impedia-se dessa forma o condenado de comparecer a esses locais, face ao risco de incidir na delinqüência.

Na reforma do CP comum, em 1984, todas essas medidas foram extintas, sendo introduzida somente uma única medida de segurança criminal pessoal e não-detentiva, trata-se do tratamento ambulatorial, previsto no art. 96, inciso II, CP, imposto ao inimputável e semi-imputável que praticar delito apenado com detenção. Nesta espécie de medida pessoal, a restritiva, inserida no atual Código Penal, não há uma privação de liberdade com internamento do doente-mental, o que

ocorre aqui é uma restrição relativa de sua liberdade ou de seus direitos. Não há, aqui, uma total exclusão do indivíduo do meio social, e sim, uma submissão do delinqüente doente mental a um regime terapêutico, mas, em liberdade, condicionando - o a efetivamente efetuar o tratamento de seu mal.

Como medida de segurança não – detentiva, o Diploma Penal Militar de 1969 trouxe e contempla até hoje, as seguintes espécies: cassação de licença para direção de veículos automotores, o exílio local e a proibição de freqüentar determinados lugares.

A cassação de licença para direção de veículos automotores, prevista no artigo 115, do CPM, é aplicada ao condenado por prática de crime relacionado à direção de veículos automotores, se as circunstâncias do crime evidenciarem a inaptidão do agente para essa atividade e que o agente oferece perigo para a incolumidade alheia. Pode ser determinada ao condenado ou ao absolvido por inimputabilidade. Jorge César[48] entende que a cassação deve ser efetuada pela autoridade de trânsito. Sustenta ainda a derrogação do presente artigo, em razão da posterior edição da Lei Federal nº 9455/97 (Código de Trânsito Brasileiro – CTB), notadamente o artigo 293, § 1º.

O exílio local, previsto no artigo 116, do CPM, é caracterizado como uma medida preventiva a bem da ordem pública, consistente na proibição do condenado residir ou permanecer, por pelo menos um ano, no local, no município ou na comarca em que o crime for praticado. Deve ser cumprido após a cessação ou suspensão condicional da pena privativa de liberdade. Por exigir como pressuposto a existência de condenação por pena privativa de liberdade, essa medida poderá ser aplicada ao imputável ou ao semi-imputável (a este, quando não for submetido à internação para tratamento psiquiátrico).

A proibição de freqüentar determinados lugares, prevista no artigo 117, do CPM, consiste na privação do condenado, por pelo menos um ano, de ter acesso a lugares(casa de bebidas, de jogos, de meretrício, p. ex.) que possam despertar no agente a vontade de praticar novas infrações criminosas. Essa medida visa prevenir a prática de ações criminosas pelo agente. Exige como pressuposto a existência de condenação por pena privativa de liberdade, logo, essa medida poderá ser aplicada ao imputável ou ao semi-imputável (a este, quando não for submetido à internação para tratamento psiquiátrico).

Importante destacar que, de forma diversa do Código Penal Militar, o Código Penal Comum, em seu artigo 96, inciso II, c/c o artigo 97, caput, 2ª parte, traz um indício de limitação da medida de segurança detentiva, instituindo uma medida de segurança não – detentiva. Será obrigatória a internação (medida detentiva) quando o crime praticado for punido com reclusão, porém, quando o

crime praticado for punido com detenção o juiz poderá deixar de aplicar a internação e aplicar o tratamento ambulatorial (não - detentiva). Dessa forma, o Código Penal comum, ao prever a internação como regra aos crimes de reclusão, entende que a práticas destes crimes representa, em tese, que o agente é mais perigoso do que aquele que cometeu um crime apenado com detenção, em que o juiz poderá deixar de aplicar o instituto detentivo, demonstrando também uma clara preocupação em se lançar outros meios e formas de tratamento do delinqüente doente mental.

Dessa forma, apesar de não existir dispositivo semelhante no Código Penal Militar, entendo ser perfeitamente aplicável ao delinqüente militar, inimputável por doença mental, face ao princípio do favor rei, do favor libertatis, pois a norma do Código Penal comum é mais benéfica ao acusado e privilegia o jus libertatis em detrimento ao jus puniendi do Estado, possibilitando ao Juiz de Direito do juízo militar, frente ao caso concreto, decidir pela internação ou pelo tratamento ambulatorial quando o crime militar cometido for punido com a pena de detenção.

Medidas de segurança criminais patrimoniais

Ao lado das medidas de segurança pessoais, o Código Penal de 1940 trazia a previsão de aplicação de medidas de segurança patrimoniais, destinadas às coisas e objetos que poderiam ser considerados perigosos para os interesses da sociedade. Fundava-se na idéia de que essas coisas, objetos ou, conforme a própria norma legal, "estabelecimento ou sede de sociedade ou associação", tinham a capacidade ofender bens jurídicos penalmente tutelados quando estivessem ligados ou fossem meios para prática de crimes.

O Ordenamento Penal Militar, introduzido a partir de 1º de janeiro de 1970, manteve a previsão das medidas de segurança criminais patrimoniais em duas modalidades, tal como vinham previstas no Código Penal de 1940, quais sejam, a interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação e o confisco.

Legitima-se a aplicação de medidas de segurança criminais patrimoniais na precaução de que, com a interdição do estabelecimento ou o confisco do instrumento utilizado pelo delinqüente, evitar – se – á o perigo existente nos objetos ou nos locais suscetíveis de potencial reiteração de delitos.

As medidas patrimoniais não se fundamentam na periculosidade do delinqüente doente mental, mas no perigo (ou potencial perigo) existente em determinados estabelecimentos ou associações, bem como o risco que certos objetos podem conferir ao cidadão na prática de um ilícito típico.

Aníbal Bruno[49] observa que as medidas de segurança patrimoniais tomam a noção de perigo em sentido exclusivamente objetivo, visando prevenir novos crimes, independentemente da periculosidade desse ou daquele homem. Não visa atingir, assim, nem o imputável e muito menos

ao inimputável, sendo seu destinatário o objeto supostamente perigoso.

O que se vê é que a medida patrimonial incide sobre determinados bens patrimoniais em virtude do possível perigo que tal estabelecimento ou objeto possa oferecer para o corpo social, no sentido de propiciar a prática de crimes. Bloqueia-se o funcionamento de determinados locais no intuito de prevenir novas práticas delituosas, locais estes potencialmente perigosos, ou seja, locais que podem estimular a probabilidade da prática de ações danosas (infração penal militar), como o próprio Código Penal Castrense traz em seu texto de lei "... se o estabelecimento, sociedade ou associação serve de meio ou pretexto para a prática de infração penal" (art.118, caput, do CPM).

O artigo 118, caput e seus §§ 1º e 2º, do CPM, disciplina a medida de segurança patrimonial na modalidade de Interdição de Estabelecimento ou Sede de Associação, que consiste na proibição do condenado, ou de terceiro de exercer no local o mesmo comércio ou indústria, bem como proíbe o exercício das atividades da sociedade ou associação interdita, em qualquer outro local.

A incidência desta modalidade de medida de segurança patrimonial recai sobre o estabelecimento e não sobre o proprietário ou sócios, de tal forma que visa inocuizar o local pelas condições favoráveis às situações criminosas que representam, com o fito preventivo de evitar a reincidência do delito. Ataliba Nogueira[50] mostra alguns exemplos de estabelecimentos suscetíveis à aplicação de medida de segurança criminal patrimonial na modalidade interdição: as casas de prostituição, casas de bebidas, clubes ou associações onde se vendiam ou usavam estupefacientes (entorpecentes), casas de antiquários e alfarrabistas (alfarrábio: livro antigo ou velho) onde presentes objetos furtados ou roubados. Com a aplicação da interdição patrimonial, tais locais são fechados como medida de prevenção à criminalidade.

A outra modalidade de medida de segurança patrimonial é o Confisco que vem disciplinado no artigo 119, do Código Penal Militar. O confisco possui um caráter exclusivamente preventivo, com incidência somente nos instrumentos ou produtos do crime, dispensando a própria apuração da autoria do fato ilícito que está ligado a tais instrumentos. A razão da incidência do confisco está focada na idéia de assegurar a não reiteração da prática delituosa, buscando a defesa social contra tais atos com a apropriação ou destruição de instrumentos e produtos do delito, consistentes em objetos cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção que constitui fato ilícito; dessa forma e por esse motivo são considerados objetos perigosos, passíveis do confisco estatal.

Esses objetos, considerados perigosos por estarem ligados a um crime, podem conduzir a novas práticas delituosas, aumentando, assim, a criminalidade. O Estado, então, como medida de defesa criminal, os destrói ou se apropria para impedir que sejam novamente utilizados em crimes.

Na legislação penal comum, com a reforma ocorrida em 1984, as medidas de segurança criminais patrimoniais foram excluídas do Código Penal. Foram mantidas somente as medidas de segurança pessoais, uma de cunho detentivo – internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico – e uma de cunho não-detentivo – tratamento ambulatorial – conforme expõe o artigo 96, incisos I e II, do Código Penal comum.

Como pôde ser verificado, as medidas patrimoniais, em razão de suas características próprias, estão fundamentadas na tentativa de evitar ou impedir a periculosidade que tais lugares e objetos possam propiciar para a prática de crimes militares. A natureza jurídica destas medidas se avizinha aos efeitos ou conseqüências da condenação criminal (artigo 109, do CPM). Diverge, dessa forma, da natureza de sanção penal que se revestem as medidas de segurança de cunho pessoal. Reale Ferrar[51]i destaca que a medida de segurança configurada como sanção penal aplica-se apenas pessoalmente e, de forma exclusiva, a inimputáveis ou semi-imputáveis que praticarem um ilícito-típico; a existência de espécies de medidas de segurança criminais patrimoniais só se justifica por não constituírem natureza jurídica de sanção penal.

3.3 A incidência de princípios constitucionais nas medidas de segurança

Como já discorrido nesta pesquisa, a Constituição Federal distribui sua força normativa sobre todas as normas ordinárias, principalmente sobre as de Direito Penal (comum ou militar). Pode - se dizer, mais especificamente, que o legislador constitucional, notadamente em seu artigo 5º, procurou proteger todos os cidadãos da intervenção estatal desenfreada na esfera de liberdade individual.

Alguns princípios constitucionais incidem sobre as sanções penais com o intuito assegurar a limitação do poder punitivo da Estado, evidentemente, na seara juridico - penal. Princípios como o da humanidade e dignidade da pessoa humana, da legalidade, da igualdade e o da presunção de inocência que, como será visto, constituem garantias fundamentais perpetradas na Constituição Federal e que fazem referência e aplicação expressa às penas criminais.

O legislador constitucional ao enunciar tais princípios falou simplesmente em pena, não fazendo referência expressa às medidas de segurança criminais. Devido a isso, muitas vezes as medidas de segurança são renegadas a um segundo plano, deixando de ser estudadas com tanta importância como é feito com as penas.

Por serem destinadas a certos delinqüentes que apresentem anomalia mental, a própria leitura da codificação penal castrense leva ao entendimento que o cerne da normatização é a pena e que a medida de segurança não deve ter mesmo respeito constitucional. Tal entendimento está totalmente

equivocado, pois tanto a pena como a medida de segurança distribui um caráter aflitivo ao indivíduo submetido a uma ou outra, mais ainda, ambas possuem natureza de sanção penal, haja vista sua cominação sobre o violador de uma norma de direito penal. Algumas indagações acerca da incidência ou não de princípios constitucionais na medida de segurança serão respondidas a partir de agora.

Diante dessas considerações, em sendo a medida de segurança criminal espécie de sanção penal e que sua aplicação significará uma invasão na esfera de liberdade do homem, todas as garantias e princípios constitucionais inerentes às penas devem ser observados e respeitados ao tratarmos da sanção - medida de segurança. Vale dizer que os instrumentos de garantia, inseridos na Carta Política de 1988, valem, também, para o inimputável e para o semi-imputável sujeito ao tratamento curativo, não podendo de forma alguma deixar de aplicar os princípios constitucionais a qualquer espécie de sanção penal (pena ou medida de segurança). Dessa forma, e somente assim, estará sendo obedecido o que vem expresso no artigo 1º da Constituição Federal, ou seja, que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito e que ressalta os direitos humanos e protege a dignidade da pessoa humana.

3.3.1 O Princípio da Legalidade nas medidas de segurança

Para as medidas de segurança, a Carta da República não fez referência expressa da aplicação do princípio da legalidade; o Código Penal Militar, em seu artigo 112, § 1º não determinou a duração da medida de segurança. Neste diapasão, surge a problemática quanto à possibilidade ou não do legislador infraconstitucional prever esta espécie de sanção, e o magistrado militar aplicá-la em detrimento ao princípio ora analisado. Vale indagar, à medida de segurança criminal se aplica a garantia fundamental trazida pelo princípio da legalidade?

O princípio constitucional da legalidade no âmbito do Direito Penal Militar, como garantia fundamental inerente ao Estado de Direito se fixa como o alicerce que resguarda a liberdade do cidadão frente ao intervencionismo do Estado. Importante se faz sua incidência em matéria criminal em virtude da afetação gravosa do direito penal a bens jurídicos individuais, garantindo dessa maneira uma mínima interferência na vida das pessoas, contribuindo para a segurança jurídica e a harmonia social, impossibilitando que o Estado intervenha além do que a lei lhe permite.

A Constituição Federal ao deixar expresso o princípio em seu artigo 5º, XXXIX - "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" - não fez clara menção às medidas de segurança criminais, porém, como norma de caráter constitucional impõe ao legislador

ordinário o respeito amplo a este direito fundamental. Por se revestir de garantia fundamental, deve ser entendida como uma garantia de defesa perante os poderes, sendo, portanto, indisponível e irrenunciável. A interpretação dada a este preceito constitucional deve abarcar também as medidas de segurança e não somente as penas, por isso falar em ampla e irrestrita interpretação, homenageando um direito penal garantidor que atua sob o manto da Carta Constitucional.

Significa dizer que tanto o crime quanto sua sanção - pena ou medida de segurança - somente existirão para o mundo normativo se forem estabelecidos em lei em seu sentido amplo, formalmente elaborada. Mais ainda, a uma pessoa incidirá a prática de um delito e sua consequência jurídico-penal (sanção penal), se anteriormente ao fato praticado, estiverem definidos como crime e com sanção (anterioridade do crime e de sua sanção).

A reserva de lei como corolário do princípio da legalidade deve incidir tanto na veiculação de condutas criminosas quanto na criação de penas e de medidas de segurança criminais. Somente a lei formal criará crimes e suas consequências jurídicas - sejam penas, sejam medidas de segurança. A lei formal e tão somente ela é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo.

Aliada à reserva de lei, a legalidade penal também serve para taxar e determinar o quantum que o Estado poderá interferir na liberdade das pessoas. É a garantia de predeterminação normativa de ilícitos penais e de sanções, bem como a demarcação de limites do jus puniendi do Estado, que, quanto mais fechado, hermético e sistematizado, mais linear e justa se torna a interpretação da norma penal militar, evitando disparidades atentatórias às garantias fundamentais no desempenho da atividade jurisdicional do poder estatal.

Cerezo Mir[52] quanto ao princípio constitucional incidente nas medidas de segurança diz que "o princípio da legalidade é um dos princípios fundamentais do Direito Penal moderno nos países. Seu âmbito de aplicação se circunscreveria inicialmente aos delitos e às penas, mas ao introduzir-se nas modernas legislações penais as medidas de segurança se estendeu a elas as categorias do estado perigoso".

As reações do Estado por meio de sanções penais constituem violências praticadas contra o ser humano, violência legítima necessária para fazer valer a existência da norma, mas aí que surge a grande importância das garantias constitucionais que funcionam como anteparo ao estado perigoso que tem o poder-dever de punir quando as leis penais são violadas, porém, o faz com todas as garantias essenciais aos cidadãos para que sua função de fazer valer as normas esteja legitimada

dentro de um Estado de Direito.

A legalidade penal se consagra na demarcação de um limite na intervenção estatal, exprimindo uma das principais garantias das pessoas. A sua essência se resguarda na garantia de que haverá um conhecimento prévio do tempo máximo a que o infrator da norma penal militar poderá ter limitada a sua liberdade. A sanção descrita com um prazo máximo determinado para acabar é garantia essencial do indivíduo, no sentido de saber, previamente, que, se infringir a norma penal militar, sofrerá estritamente aquela limitação em sua liberdade.

As medidas de segurança e as penas possuem um caráter aflitivo, haja vista a potencialidade de ambas em privar e restringir a liberdade física do sentenciado ou internado. Logo, todas as garantias inerentes ao Estado de Direito que recaem sobre as penas devem ter aplicação na sanção - medida de segurança, que, diante de seu caráter aflitivo, tal como a pena, necessita ser limitada e determinada, pois o Estado não pode exercer seu poder de punir de forma perene e eterna sobre nenhuma pessoa. Essa limitação somente se faz com a incidência de princípios como o da legalidade e seus corolários.

O princípio da legalidade incide na medida de segurança para garantir a limitação da intervenção do Estado na liberdade física do cidadão. Régis Prado[53] acentua quanto ao princípio da legalidade nas medidas de segurança que "não há dúvida, a exemplo das penas, que as medidas de segurança criminais também estão submetidas ao princípio da legalidade. Entendimento oposto comprometeria seriamente direitos e liberdades individuais constitucionalmente assegurados. Do conseguinte, a aplicação de toda e qualquer medida de segurança deverá estar prevista por lei no momento em que o sujeito for declarado perigoso".

A garantia constitucional da legalidade, portanto, com seus corolários (reserva legal, taxatividade e anterioridade) tem incidência integral nas medidas de segurança criminais. Todas as garantias inerentes às penas também devem incidir sobre as medidas de segurança. Sua criação deverá ser por meio de lei, impedindo a aplicação de medidas de segurança não-criminais ou não previstas previamente na legislação, à época da infração, sob pena de afrontar a Constituição Federal. "O princípio da legalidade assegura que a medida de segurança só poderá ser imposta caso esteja prevista em lei. O da anterioridade, por seu turno, impede a lei ordinária de instituir nova medida de segurança ou torna-la mais severa para os fatos ocorridos antes de sua vigência". [54]

Mir Puig[55] quanto a incidência do princípio da legalidade na medida de segurança ensina que "a garantia criminal exige que o delito seja determinado por lei (nullum crimen sine lege); a garantia penal exige que a lei assinale a pena correspondente ao fato (nulla poena sine lege), logo, devem

exigir-se respeito nas medidas de segurança e seus pressupostos". Sua aplicação deve ser clara, determinada e definida previamente, não podendo ser indefinida temporalmente. Pela legalidade não pode haver medida de segurança com caráter perpétuo, com duração ilimitada ou estabelecidas por períodos indefinidamente prorrogáveis.

Ainda que não haja norma expressa a respeito, as medidas de segurança estão submetidas ao princípio da legalidade, não é possível impor medida que não esteja previamente prevista em lei.

O princípio da legalidade na medida de segurança criminal deve ser plenamente obedecido para se evitar reflexos de desigualdade entre o criminoso imputável e o inimputável, sob pena de se transformar o Direito Penal Militar garantidor em Direito Penal Militar autoritário, possibilitando uma intervenção estatal desproporcional, afrontando o Estado de Direito Democrático, que é voltado para a construção da cidadania, para a prevalência dos direitos humanos e dignidade da pessoa humana, fundamentos tão ressaltados na Carta Política de 1988.

Reale Ferrari[56] ressalta que para imposição da medida de segurança criminal - presente num verdadeiro Estado Democrático de Direito - categórica deve ser a absoluta obediência ao princípio da legalidade, adotando-se tanto sua vertente formal como material.

Por fim, quanto ao princípio da legalidade na medida de segurança, vale destacar a lição de Levorin[57] , "A legalidade tem como essência a garantia da liberdade individual frente à intervenção estatal (art.5º, II e XXXIX da CF/88), portanto, aquela só poderá ser cerceada em casos rígidos, prévia e taxativamente previstos na lei, sem o que não há se falar em Ciência Penal, Direito Penal, Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, por fim não se falar em direito, mas extremo autoritarismo". Todas as pessoas têm o direito de saber, previamente, a natureza e a exata duração das sanções penais.

Impossível, portanto, a elaboração e imposição de medida de segurança criminal que não venha previamente prevista em lei. Impõe também o princípio da legalidade a obrigação ao julgador de limitar no tempo o máximo de privação da liberdade do internado por meio de medida de segurança.

3.3.2 O Princípio da Igualdade nas medidas de segurança

A legislação penal militar ao tratar da sanção aplicada ao agente com capacidade para entender seu ato traz clara e precisa determinação quanto à intervenção estatal em sua liberdade. Pois bem, ao autor do mesmo fato que não possua capacidade de entender seu ato, a resposta sancionatória do Estado não vem determinada de forma clara e precisa na lei. Para aquele fala-se em pena, para este,

em medida de segurança, ambas são respostas penais com natureza de sanção penal. Estamos aí diante de autores de atos que violam normas penais militares, ambos praticaram atos iguais em sua essência, porém, o tratamento sancionatório é inegavelmente desigual. Como aplicar a sanção penal ao inimputável doente mental de forma a legitimar este tratamento perante a Carta da República, para que não tenhamos aí uma clara violação ao princípio da isonomia e o mais importante, evitar tratamento penal tão distinto para o inimputável em relação ao imputável. É o mesmo que questionar de que maneira o princípio da igualdade deve incidir sobre a aplicação das medidas de segurança e sobre a pessoa do delinqüente doente mental?

O princípio da igualdade, consagrado na Constituição Federal, constitui traço marcante e fundamental da democracia em nosso país. Decorre dele a obrigatoriedade de se impor um tratamento isonômico a todas as pessoas submetidas aos ordenamentos legais normativos. As normas e as leis a serem elaboradas estão proibidas de veicular qualquer forma de discriminação que atente os direitos e liberdades fundamentais.

Advém, ainda, que na exteriorização da lei elaborada, ou seja, na aplicação da lei ao caso concreto não poderá existir discriminação de qualquer forma. Pessoas de idênticas condições devem receber o mesmo tratamento legal. As diferenças existentes, que também constituem essência na democracia de um país submetido aos ditames do direito, também serão tratadas de acordo com suas diferenças, de forma a manter a harmonia e igualdade de condições perante os ordenamentos legais. Também constitui obrigação do direito à isonomia a redução das diferenças existentes.

Reale Ferrari[58] em suas considerações pondera que "Partindo da premissa de que as desigualdades são inevitáveis entre os indivíduos, a igualdade material busca a igualização àqueles menos favorecidos. Prima pela concepção aristotélica em se conferir igualdade aos iguais, priorizando a desigualdade entre os desiguais". Importante mais uma vez reafirmar que dentro de um país democrático é essencial a existência das diferenças, devendo sempre se buscar a igualdade material de modo a reduzir tais diferenças existentes, proporcionando a todos iguais condições de desenvolvimento e crescimento social.

Dentro dessa linha de pensamento, trazendo para o tratamento legal a ser conferido ao infrator da lei penal militar, o Estado deve conferir tratamento sancionatório isonômico ao delinqüente, seja ele mentalmente enfermo, seja ele mentalmente sadio. As normas penais castrenses, dentro do princípio da legalidade penal, devem trazer e descrever as condutas tidas como atentatórias ao ordenamento jurídico-penal de forma clara, precisa, determinada e isonômica a quem for sofrer as conseqüências penais de sua violação. Não se pode conceber dentro do Estado de Direito Democrático que autores

de fatos idênticos (violação da norma penal militar), recebam tratamento tão discriminatório, sob o fundamento de um possuir capacidade mental e o outro não possuir essa capacidade para entender o fato cometido.

De forma alguma, não se quer defender a posição de que o delinqüente doente mental e o delinqüente mentalmente sadio devem receber igual análise em suas condutas, mas o que se quer é evitar que o inimputável que realizou a mesma conduta que o imputável receba um tratamento penal do Estado mais severo, pelo fato de não possuir higidez mental. O fato de se ter ou não condições mentais de entender a violação da norma penal não é um fator lógico a ser adotado como critério discriminatório. Não guarda correlação lógica e relevante adotar como fator discriminatório a falta de higidez mental do delinqüente e o tratamento jurídico penal (aplicação de sanção indeterminada) atribuído, sob fundamento da existência de desigualdade entre os delinqüentes. Mais ainda, admitir tal desigualdade fere outros princípios constitucionais fundamentais como legalidade e dignidade da pessoa humana.

A lei penal militar deve ser precisa e trazer delimitações claras ao descrever o quanto o Estado poderá interferir na liberdade do violador da norma, seja ele sadio mentalmente ou não. O que se verifica na legislação penal castrense e que salta aos olhos é a forma desigual neste aspecto, ou seja, ao agente imputável, a simples leitura do preceito secundário do tipo penal já fornece a informação do grau mínimo e do grau máximo que o Estado vai poder privar a liberdade do delinqüente, por exemplo, no Homicídio simples doloso, artigo 205, do CPM, a privação da liberdade poderá variar de 06 (seis) a 20 (vinte anos), mesmo antes de ter sua sentença, já saberá que terá privada sua liberdade em, no máximo, 20 (vinte) anos.

Agora, ao verificarmos a mesma conduta praticada por um delinqüente militar, considerado doente mental, o preceito secundário da norma não significará nada para ele, pois, neste caso, não se fala em aplicação de pena (mínimo de 06 e máximo de 20), mas sim de tratamento por meio de medida de segurança que, em nossa legislação penal militar, não possui uma limitação clara e evidente de quanto tempo poderá durar, o que se tem é que perdurará enquanto estiver presente a periculosidade do agente, ou seja, se persistir a periculosidade eternamente, sua privação de liberdade também persistirá. Fatos idênticos são, assim, tratados pela lei de forma desigual.

Reale Ferrari[59] sobre este aspecto alerta que "os infratores doentes mentais não podem ser tratados de forma mais severa se compararmos aos imputáveis. Devem possuir os direitos e instrumentos garantísticos enunciados em nossa Constituição Federal, não podendo a doença mental servir como fundamento à discriminação".

A intervenção estatal por meio do Direito Penal Militar deve apresentar clareza, precisão e limitação (direito penal mínimo, garantidor e proporcional), não podendo ocorrer e nem ser admitida diferenciação e discriminação entre inimputáveis e imputáveis, quanto ao aspecto do indeterminismo do sancionamento penal.

Nesse mesmo sentido expõe Levorin[60] , "Se o sentenciado tem direito a um prazo determinado na privação de sua liberdade, também o internado deverá ter...a indeterminação das medidas de segurança ofende o fundamental princípio constitucional da igualdade na medida em que confere um tratamento desigual ao inimputável ou semi-imputável que necessite de tratamento, comparados com o imputável ou semi-imputável que não necessite de tratamento".

A característica de medida terapêutica para a doença mental não é justificativa plausível para impossibilitar que o delinqüente doente saiba quando cessará a sua sanção. Sanção, seja pena ou medida de segurança, se reveste de aflição ao indivíduo submetido, ambas constituem forma de controle e meio de defesa social. Faz necessário, portanto, a existência de limites de intervenção estatal, sendo certo que toda garantia que recaia sobre a pena deve valer automaticamente para as medidas de segurança. Vale dizer, toda garantia concebida ao imputável deve ser igualmente concebida ao inimputável.

Desigual também se mostra outro aspecto trazido pelo Código Penal Militar, quanto ao máximo de pena privativa de liberdade que pode ser submetido o agente imputável - artigo 81 do CPM. De acordo com este dispositivo, de maneira geral, o delinqüente imputável não pode ter sua liberdade cerceada por mais que 30 (trinta) anos, mesmo que receba uma pena superior, decorrente de uma ou várias condenações, este será o limite máximo a ser cumprido. Para o inimputável, pela letra da lei, este dispositivo não incide, haja vista o legislador ter falado em pena privativa de liberdade, não fazendo menção à medida de segurança, logo, em um tratamento desigual, poderá ficar sem sua liberdade de forma indeterminada, enquanto perdurar sua perigosidade, podendo ser 3 (três), 30 (trinta) ou mesmo 100 (cem) anos!! Muñoz Conde assinala que a limitação da medida de segurança é imprescindível para que não se faça do enfermo mental delinqüente, um sujeito de pior condição do que o mentalmente são que comete um delito.

Ao chamar a atenção quanto ao que vem disposto no artigo 81, do CPM, neste momento, destaca – se um ponto de desigualdade existente entre o criminoso imputável e o inimputável, com ataque ao princípio de isonomia, sem prejuízo da análise a ser feita, em momento oportuno, do desrespeito à dignidade humana e humanidade, também atacados pelo mesmo dispositivo penal ao permitir a perpetuidade da sanção medida de segurança.

Reale Ferrari[62] ainda destaca que "o inimputável vem sendo tratado de forma desigual pelo Estado em virtude da incerteza quanto a duração máxima de sua sanção, enquanto o imputável terá ciência do limite máximo de seu castigo, constituindo imprescindível que o futuro legislador ajuste limites dignos e proporcionais de punição aos delinquentes doentes mentais, respeitando-se sempre o princípio da igualdade".

Enquanto não houver uma alteração legislativa que reduza o tratamento discriminatório que vem sendo dispensado aos semi-imputáveis e inimputáveis, é salutar que o julgador, sob o fundamento do princípio constitucional da igualdade e da legalidade, determine em sua sentença uma limitação da privação de liberdade por meio da aplicação de medida de segurança criminal. Agindo dessa maneira, simplesmente estaria realizando uma leitura constitucional dos preceitos da codificação penal, estando em perfeita harmonia com os preceitos fundamentais e garantidores, emanados em um Estado de Direito.

Pelo princípio da igualdade não se pode determinar o prazo intervencional da Estado na liberdade do sentenciado e indeterminá-lo para o agente submetido à medida de segurança. Se assim o for, ao sentenciado estará sendo conferido mais direitos e garantias em detrimento ao internado, o que fere o princípio da isonomia.

Há que se alertar, portanto, para a incidência irrestrita do princípio da igualdade nas medidas de segurança criminais. Aos delinquentes, sejam imputáveis ou não, ao serem submetidos à sanção penal pertinente, devem ter todo anteparo garantidor da Constituição da República. A incidência destes princípios e do ora analisado fará legitimar a resposta penal castrense sancionatória dada ao delincente doente mental dentro do Estado Democrático de Direito.

Deve sim, o julgador, ao impor medida de segurança ao delincente, valendo-se dos preceitos da isonomia jurídica (igualdade na intervenção estatal entre imputáveis e inimputáveis), demarcar, determinar e limitar o quanto e até quando o Estado privará a liberdade do inimputável. Mesmo não havendo dispositivo expresso em nossa legislação, estará plenamente acobertado e amparado pelo manto das garantias constitucionais fundamentais que, por exercerem força normativa, devem ser obedecidos de forma ampla e irrenunciável.

3.3.3 O Princípio da Presunção de Inocência nas medidas de segurança

A prática do ilícito penal militar pelo delincente doente mental e a periculosidade constituem os pressupostos de aplicação da medida de segurança criminal. Questiona-se, poderá o magistrado militar deixar de aplicá-la quando não tiver certeza da prática do ilícito pelo delincente doente

mental e/ou não se sentir convicto da presença deste estado de perigosidade, invocando em sua decisão o estado de inocência e o *in dubio pro reo*? Incidirá o princípio da presunção de inocência nas medidas de segurança criminais?

Com a consagração deste princípio como garantia fundamental, a Constituição Federal procurou, ao lado de outros direitos e garantias, resguardar ao máximo a liberdade da pessoa física, protegendo-a contra os abusos do poder do Estado.

Dizer que ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória significa dizer que o Estado não exercerá sua função sancionatória enquanto não comprovar e demonstrar a prática de um ilícito por uma pessoa, ou seja, as conseqüências advindas de uma sanção só serão efetivamente aplicadas quando houver a plena certeza, após um processo penal com todas as garantias inerentes, de que a pessoa realmente praticou o ato violador da norma, de que a pessoa realmente é culpada (culpa *latu sensu*) da prática do ilícito penal (comum ou militar). O Estado, personificado pelos seus representantes, deverá procurar demonstrar por meio de provas a certeza da imputação do delito, para aí sim, concretizar o seu direito de punir.

Cabe ao Estado a tarefa de demonstrar e provar a culpa, a responsabilidade pela prática de uma infração penal militar. Ao suspeito ou a qualquer pessoa que recaia a autoria de uma prática delituosa, caberá contra-argumentar, defender-se, haja vista que não cabe a ela provar sua inocência, pois, como garantia constitucional, a sua inocência estará presumida até que fatos realmente comprobatórios trazidos pelos órgãos estatais consigam quebrar esta presunção. Cabe ao Estado o dever de reverter tal situação de inocência e aí, de forma natural, garantidora, imputar-lhe uma responsabilidade penal, se os fatos concretos assim indicarem.

Em razão do estado de inocência vigora em matéria processual a regra de manutenção do réu em liberdade durante o transcurso da atividade persecutória do Estado. O acusado deve ser tratado como inocente até a imposição de uma sentença definitiva, seja ela condenatória ou absolutória, que imponha pena ou medida de segurança criminal. A aplicação de medidas de coerção antes da sentença final são admitidas apenas quando cautelares, excepcionais e proporcionais à futura e remota sanção.

Como bem ensina Antonio Scarance[63] "A regra deve ser a de que o acusado, presumido inocente, fique em liberdade, só se admitindo a prisão em situações excepcionais. Em razão da presunção inicial de inocência, a regra deve ser a sua liberdade, que será cerceada em maior ou menor grau em consonância com critérios expressamente definidos pelo legislador e em hipóteses taxativamente previstas".

O Estado-Juiz somente privará a liberdade do suspeito ou réu, antes de proferir final decisão, nos casos de extrema excepcionalidade, que seja de fundamental importância para a atividade persecutória, caso contrário, deverá sempre procurar manter a condição de liberdade do acusado, até então, inocente, evitando a todo custo o encarceramento desnecessário, infundado, que poderá constituir em uma antecipação de uma futura sanção definitiva, ato este não respaldado pelo ordenamento constitucional vigente. "Deve-se primar pela proporcionalidade entre o fato e a medida de segurança criminal imposta ao delinqüente infrator, admitindo sua execução cautelar aos casos de estrita e justificada necessidade". [64]

O princípio da presunção de inocência ou estado de inocência da pessoa submetida a um processo de natureza penal militar irradia forças para a formação de outros princípios correlatos, podendo ser destacado o princípio do in dubio pro reo. Derivado da inocência presumida, o in dubio pro reo reflete na decisão judicial no momento da apreciação de fatos que serviram para comprovar a existência do caso concreto analisado. Em surgindo dúvidas a respeito da culpa do acusado, da existência da prática de um delito, por este princípio, o juiz decidirá de forma mais favorável para a pessoa do acusado. Materialmente, justifica-se tal conduta por ser preferível decidir pela absolvição do culpado se comparado à condenação de um inocente.

O princípio da presunção de inocência e sua conseqüente relação com o in dubio pro reo deve ter inteira e irrestrita incidência nas medidas de segurança criminais. Vale dizer que se em um processo a decisão estiver se encaminhando para a aplicação de uma medida de segurança, em havendo dúvida sobre a situação fática existente, falta de comprovação da prática do ilícito-típico, materialidade, autoria, o juiz tem toda a liberdade de decidir com fundamento na presunção de inocência do delinqüente doente mental e deixar de aplicar a medida curativa, preferindo, neste caso, garantir a manutenção da liberdade, não impondo qualquer tipo de medida.

Reale Ferrari[65] lembra que o julgamento constitui-se em uma obrigação do Estado-Juiz, maior razão, então, assiste a reflexão acerca do comportamento do juiz perante uma dúvida fática insanável que recaia sobre um pressuposto da medida de segurança. Poderá ele utilizar-se da regra do in dubio pro reo para deixar de aplicar a medida e assegurar a liberdade do delinqüente doente mental, em razão de sua incerteza perante a situação concreta.

Em respeito aos mandamentos da Carta da República de 1988 há sim que lançar mão do estado de inocência e do in dubio pro reo no processo-crime envolvendo o doente mental. A incidência das garantias não faz distinção entre pena ou medida de segurança; como ambas são de cunho restritivo à liberdade e o princípio em questão resguarda a liberdade do acusado, seja ele imputável ou

inimputável, será merecedor da garantia constitucional. "É a mais nítida consagração do in dubio pro reo ou actore non probante absolvitur réus; há então prevenção legal da inocência do acusado. É o que o Código de Processo Penal expressamente consagra no art.386, VI: absolve-se o réu quando 'não existir prova suficiente para a condenação'". [66] O Código Processual Penal Militar também contempla expressamente o princípio, prevendo a absolvição do acusado em razão da insuficiência de prova, conforme exposto em seu artigo 439, letra "e".

Se o princípio relaciona-se com a liberdade do cidadão, inegável constitui sua aplicação quando duvidosa a legitimidade intervencionista, incidindo-se tanto na reação criminal denominada de pena como na medida de segurança criminal. Para a aplicação da medida terapêutica há a necessidade de dois pressupostos, a prática de um ilícito-típico de natureza militar e a presença de periculosidade no delinqüente doente mental. Em havendo dúvida por parte do julgador sobre a presença de um dos pressupostos, nada mais lhe resta a fazer, senão deixar de aplicar a medida de segurança em razão do in dubio pro reo. Tal princípio visa impedir a intervenção não legitimada do jus puniendi, vedando que o Estado puna na falta de certeza da presença de um ou outro pressuposto da medida terapêutica.

Reale Ferrari[67] ressalta que quando pairar dúvida, seja para impor pena, seja medida de segurança, impossível será o juiz furtar-se ao dever de escolher pela conclusão mais favorável à liberdade do cidadão, constituindo-se um dever constitucional a aplicação do in dubio pro reo.

Não há que se preterir do agente inimputável a sua condição inicial de inocência, o Estado o perseguirá para a aplicação da sanção que terá a potencialidade de retirar sua liberdade, liberdade esta protegida pela Constituição Federal tanto para o inimputável como para o imputável, ambos devem ter a mesma chance de manter resguardado o seu jus libertatis. "Valerá, sem restrições, o princípio do in dubio pro reo, não havendo motivo para proceder distinção de tratamento quando presente a dúvida fática que incida sobre elementos ilícito-típicos realizados por imputáveis, ou por supostos inimputáveis". [68]

Portanto, há que se reconhecer e aplicar de forma irrestrita o princípio ora analisado, em obediência aos ditames constitucionais. O Estado ao se defrontar com um quadro de incerteza no exercício de seu direito de punir, seja no aspecto da configuração do delito penal militar, seja no aspecto referente à presença de periculosidade criminal do agente, pressupostos estes inarredáveis da medida terapêutica, deve decidir em favor do delinqüente doente mental, valendo dizer, mantenha-o em liberdade. Estará, assim, empregando de forma coerente os meios de justiça criminal e cumprindo o papel constitucional, caso a convicção não ofereça alicerce concreto para

determinação de uma medida de segurança criminal.

3.3.4 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Humanidade nas medidas de segurança

A legislação infraconstitucional limita o Estado a submeter o condenado ao cumprimento de, no máximo, 30 anos de pena privativa de liberdade, conforme se verifica o artigo 81, do Código Penal Militar, limitação que evidencia um tratamento ao condenado respaldado no princípio da dignidade da pessoa do preso. Porém, no tocante à medida de segurança a codificação penal castrense não traz limites máximos para o seu cumprimento, podendo durar enquanto o agente for considerado perigoso para o convívio social. De acordo com os mandamentos emanados do princípio da dignidade humana da pessoa em respeitá-la em sua condição de pessoa, evitando penas cruéis, degradantes e perpétuas, pergunta-se, estaria este preceito (indeterminação de prazo máximo para a medida de segurança), que é um instrumento de discricionariedade à disposição do Estado, representado pelo operador do direito, legitimado dentro do Estado Democrático de Direito, que privilegia e tem como valor fundamental o respeito a dignidade da pessoa humana?

O princípio da dignidade da pessoa humana aliado ao princípio da humanidade reúnem em seu conteúdo várias outras garantias constitucionais fundamentais. Não se apresentam de forma isolada em nossa Carta Constitucional, vários outros preceitos fundamentais, inerentes às pessoas, à coletividade, ao trabalho, englobam estes valores de dignidade e humanidade, considerados com supremacia em nosso ordenamento maior. Não é por acaso que a Constituição Federal de 1988 considera, logo em seu artigo 1º, no mesmo patamar da soberania e da cidadania, o respeito à dignidade da pessoa humana como um fundamento basilar do Estado Democrático da Direito (artigo 1º, III, da CF/88).

A Constituição Federal preocupou-se em expressar de forma clara que as pessoas devem ser integralmente respeitadas, protegendo-as dos desmandos e autoritarismo do poder do Estado. Conseqüência de anos de evolução da sociedade sofrida com a forte interferência do poder público em suas vidas. Ao fixar a humanidade, a dignidade e respeito aos direitos humanos, o legislador constitucional erigiu o cidadão como o centro e o principal elemento, como o ente mais importante de uma nação democrática, soberana e que se submete aos ditames dos preceitos legais. Deixou-se de lado a idéia de que o Estado deve ter preponderância irrestrita a tudo e a todos, o respeito à pessoa do ser humano deve ter primazia em uma sociedade livre e democrática.

Dessa forma, a humanização refletiu sua força para várias vertentes. No campo do Direito Penal

houve uma grande preocupação em reconhecer o condenado e respeitá-lo como pessoa e não mais como um objeto que deveria ser degradado a qualquer custo pelo fato de ter violado uma norma de cunho penal.

A humanização das penas criminais no transcorrer dos tempos deixou clara essa nova forma de pensar da lei penal, evidenciando um maior respeito à figura da "pessoa" do condenado. Deixou-se para trás as penas aviltantes do corpo, as penas de morte, penas que tinham como objetivo a pura degradação do ser humano. O Direito Penal passou a concepção de ser mínimo, proporcional e garantidor. A própria Constituição Federal traz cláusulas consideradas pétreas que visam garantir, ao máximo, a liberdade, a vida e a integridade da pessoa humana. A restrição da liberdade constitui medida de exceção e, em sendo necessária (a prisão), deve ser garantida ao preso ampla e irrestrita possibilidade de perseguir sua liberdade.

Os princípios da dignidade da pessoa e da humanidade comportam em seu núcleo preceitos e garantias como da legalidade, igualdade, devido processo legal, o estado de inocência, individualização e pessoalidade da pena, prisão como exceção e não regra, dentre outros que funcionam como um escudo ao intervencionismo do poder público, deixando patente a preocupação constitucional com a figura da pessoa humana.

Mir Puig[69] destaca que em um Estado Democrático de Direito que respeita o indivíduo, a dignidade humana exige e oferece ao indivíduo a possibilidade de evitar a pena, comportando-se segundo o direito. Isso deve guardar relação com a segurança jurídica: o cidadão há de poder confiar que, se não violar a norma, não receberá castigo.

Especificamente à humanização e dignidade da pessoa humana, a Carta Magna deixou clara a sua intenção ao vedar penas como a de morte (salvo em caso de guerra declarada), perpétua, trabalhos forçados, de banimento, cruéis ou outras que possam ferir o indivíduo como pessoa e sua dignidade. Mais, assegurou aos presos o "respeito à integridade física e moral" (art.5º, XLVII e XLIX) procurando oferecer a ele condições para seu desenvolvimento como pessoa humana.

Nessa acepção afirma Maurício Antonio Ribeiro Lopes[70] , "a dignidade da pessoa humana exige que a punição esteja identificada, temporalmente, o mais próximo possível com o delito para se evitar que a pena seja imposta à pessoa que já expiou pelo tempo, por sua mudança de temperamento, caráter ou pelo sentimento de culpa de que não se tenha libertado, sofrimento bastante para tornar improdutiva pena criminal que venha agora ser imposta".

O princípio da dignidade da pessoa humana deve funcionar como um limitador do poder punitivo do Estado, visando impedir que sejam impostas sanções que aviltem a dignidade do ser humano

como pessoa, devendo ser respeitadas a integridade corporal e mental dos sentenciados ou internados.

Na lição de Reale Ferrari[71] "de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, nenhum cidadão pode ser sancionado desnecessária ou ilimitadamente, devendo haver restrições temporais máxima quanto à sua punição, respeitando-se o homem e seus atributos no instante da enunciação e aplicação dos preceitos primários bem como das sanções penais".

Um dos preceitos da Constituição Federal que materializa o princípio da dignidade da pessoa humana é aquele que proíbe a possibilidade de perpetuidade de penas. Este preceito ora destacado deve ser interpretado como a impossibilidade de se aplicar qualquer tipo de sanção (e não somente as penas) de forma perene; ele dita como exigência, uma limitação objetiva na restrição da liberdade da pessoa pelo Estado, qualquer que seja a pessoa passível de receber uma sanção penal, seja ela imputável ou inimputável, ambas devem ter as mesmas possibilidades de progredir a aprender com a sanção imposta pelo seu ato.

Na mesma linha de pensamento, Reale Ferrari[72] acentua que "a sanção, para ser imposta, exige condições humanitárias que configuram potencialidade ao cumprimento de suas finalidades legais ou filosóficas, de nada adiantando segregar o inimputável em casa de custódia e tratamento psiquiátrico que não ofereça o mínimo de possibilidade de recuperação". Tanto a pena como a medida de segurança devem oferecer possibilidades de recuperação pessoal, mesmo que nesta prevaleça a finalidade preventiva, não pode somente inocular o indivíduo, deve também procurar despertar o seu desenvolvimento para uma perspectiva futura de uma nova vida social livre de um intervencionismo perpétuo do poder estatal.

Neste diapasão, há que se fazer valer a incidência do princípio da dignidade humana de forma concreta na aplicação das medidas de segurança criminais. A forma em que esta espécie de sanção criminal vem disposta em nosso Ordenamento Penal Castrense, possibilitando uma aplicação indeterminada da medida, possibilitando uma segregação social perpétua do inimputável, não se coaduna com os ditames emanados da Constituição Federal.

O Código Penal Militar não fixou limite máximo para a duração da resposta penal sancionatória (medida de segurança criminal) aplicada ao criminoso doente mental, simplesmente previu que sua aplicação será por tempo indeterminado, condicionando seu término à cessação da periculosidade do agente, o que vale dizer, se não for constada a cessação da periculosidade criminal, poderá o delinqüente doente mental ter sua liberdade privada pelo resto da vida - nada mais é do que constatação da existência de uma prisão perpétua em nosso ordenamento.

A limitação da interferência estatal (mínimo e máximo do preceito secundário do delito) existente, refere-se à pena e não às medidas de segurança, logo, o delinqüente imputável sabe perfeitamente o máximo de tempo que poderá ficar sem sua liberdade, já o delinqüente doente mental não tem a mesma certeza, pois a legislação não possui parâmetros balizadores da sanção (medida de segurança) a lhe ser imposta.

Em outro aspecto, em respeito à vedação constitucional de aplicação de penas perpétuas, o Código Penal Militar em seu artigo 81 limitou o cumprimento de penas privativas de liberdade em 30(trinta) anos. Note-se que o Código falou somente em penas e não fez referência às medidas de segurança criminais, ou seja, tal limitação é válida somente para o militar infrator mentalmente sadio, que é merecedor de pena, porém, não tem aplicação para o militar infrator doente mental que recebe medida de segurança, o que torna evidente, mais uma vez, a insegurança quanto ao limite máximo legal da execução da medida terapêutico-penal, destacando ainda mais a desigualdade de tratamento existente entre imputáveis e inimputáveis ou semi-imputáveis que necessitem do tratamento.

Para diminuir a desigualdade existente e devidamente apontada, procurando não tratar o delinqüente doente mental tão diferente do que é tratado o delinqüente mentalmente sadio, mister se faz a obediência das garantias formadoras do princípio da dignidade da pessoa humana nas medidas de segurança também, e não somente quando se falar em aplicação de penas. Também o doente mental que cometeu um delito merece ser respeitado em sua integridade física e dignidade. Também deve ser merecedor de oportunidades para sua cura e desenvolvimento, todos são e devem ser iguais perante a lei, independente de sexo, cor, raça, deficiência física ou condição mental de entender seus atos.

Dessa forma, a medida de segurança criminal deve ter um marco máximo, não sendo permitida a sua perpetuidade, sob pena de ferir a própria dignidade do indivíduo submetido ao tratamento terapêutico-penal. Deve-se procurar igualar as condições e garantias; o delinqüente doente mental submetido à medida de segurança criminal, apesar do caráter preventivo predominante nesta modalidade de sanção, deve ter as mesmas possibilidades de ressocialização e de crescimento pessoal.

Assim, diz Levorin[73] , "a medida de segurança deve estar sob a égide do princípio da humanidade, devendo o internado ter resguardadas todas as garantias decorrentes da humanização e legalidade, dentre elas a limitação da ação do Estado, através de um prazo determinado de duração, para que se possa afastar a crueldade e grassar o mínimo de sofrimento ao internado." Deve sempre

estar com vistas a manter a dignidade do condenado, pois a perda de liberdade não pode redundar na perda da dignidade.

Dentro destas perspectivas, o princípio da humanidade e dignidade da pessoa humana destina-se a vedar penas de morte em tempo de paz, perpétuas, cruéis, com o fito principal de resguardar os direitos da pessoa humana, limitando o uso do poder estatal e garantindo a dignidade do infrator da norma penal militar. Tais princípios devem nortear o legislador ordinário na criação de sanções penais, bem como devem guiar o Estado-Juiz na sua aplicação. Não podem o legislador e o magistrado ultrapassar a determinação constitucional, decorrente dos princípios aqui analisados, sob pena de não ter legitimada, dentro de um Estado Democrático de Direito, a aplicação das medidas de segurança criminais.

3.4 Limites da medida de segurança detentiva no Ordenamento Penal Militar

3.4.1 Duração mínima

O ordenamento jurídico-penal castrense prevê para as medidas de segurança criminais um a duração mínima para a sua aplicação que pode variar de um a três anos, conforme vem disposto no § 1º, do artigo 112, última parte, do Código Penal Militar.

Há a previsão em lei também da realização de perícia médica ao término do prazo mínimo fixado (de um a três anos), devendo ainda ser repetida a perícia, de ano em ano, ou a qualquer tempo, se assim determinar instância superior ou o juiz militar das execuções - § 2º do artigo 112 do Estatuto Penal castrense e artigo 176, da Lei de Execução Penal.

A perícia médica realizada neste período tem por finalidade verificar se neste prazo mínimo de internação houve a cessação ou não da periculosidade do agente, haja vista que a persistência da periculosidade é um dos requisitos fundamentais autorizador e mantenedor da aplicação da medida ao delinqüente doente mental, pois, caso seja verificada a ausência de tal requisito, ensejará a desinternação do sentenciado.

Esta soltura, em razão da cessação da periculosidade, verificada por perícia médica, ficará condicionada ao comportamento do agente que não poderá realizar fato que indique ou demonstre que sua periculosidade ainda persiste, pelo período de um ano. Se assim o fizer, ou seja, realizar algum ato que demonstre que ainda está presente o requisito da periculosidade, a internação poderá ser restabelecida, conforme vem disposto no § 3º do artigo 112, do Código Penal Militar.

3.4.2 Duração máxima por tempo indeterminado – inconstitucionalidade da Norma Penal Militar

De acordo com o que já foi visto até agora, alguns princípios constitucionais incidem sobre a aplicação das medidas de segurança criminais, em razão de sua natureza de sanção penal. Doravante, serão alinhavados fundamentos com intuito de demonstrar a inconstitucionalidade da norma que prevê a aplicação de uma sanção penal ausente de duração máxima determinada por lei. A medida de segurança criminal se apresenta como um meio de cura da doença mental ou da perturbação mental que acomete o delinqüente na prática de um ilícito típico militar, vale dizer que tal condição mental impede que o militar criminoso tenha capacidade de entender o ato infracional praticado ou de autodeterminar-se nesse sentido. Dessa forma, em se verificando que seu estado mental foi relevante e incidente em seus atos, prevê o ordenamento penal militar a aplicação de medida de segurança e não pena, medida esta que não possui um tempo máximo predeterminado expresso ou implícito na lei.

A medida de segurança criminal a ser imposta ao militar delinqüente doente mental, no que tange ao tempo máximo de duração, não tem previsão legal expressa de seu término, somente diz a lei que poderá ser aplicada por tempo indeterminado, condicionando seu fim na efetiva verificação, por perícia médica, da cessação da periculosidade do agente inimputável ou semi-imputável (se assim necessitar de tal tratamento curativo), ou seja, a sanção-medida pode perdurar de forma indeterminada, enquanto estiver presente a periculosidade criminal do agente.

O que se tem para o delinqüente doente mental em termos de limites sancionatórios do Estado é a previsão somente de um tempo mínimo de duração da sanção-medida de segurança; não previu o legislador um prazo máximo para sua duração, mas sim, constou no texto legal a expressão vaga e lacônica “A internação,...é por tempo indeterminado...”, que poderá variar do mínimo estipulado (de um a três anos) até a total perpetuidade da exclusão do doente mental infrator do convívio social.

A previsão somente de um tempo mínimo e a indeterminação de um prazo máximo para a duração das medidas de segurança fundamenta-se, de acordo com os defensores desta linha, sob três aspectos: o inimputável é um delinqüente diferente, de pior qualidade que os demais e assim deve ser tratado; em tese, há maior possibilidade de reincidência do enfermo mental, porque seu ato se mostra mais perigoso para a sociedade e, por fim, não é possível saber até quando perdurará a periculosidade criminal do doente mental, logo, não se pode determinar o tempo que a medida terapêutica levará para curar o enfermo.

Em razão da exigência do princípio da segurança jurídica, inerente ao Estado de Direito, os argumentos que seguirão pretendem mostrar a necessidade de evitar um tratamento discriminatório

entre os imputáveis e os inimputáveis (ambos devem ter os mesmos direitos) e que nenhum dos aspectos fundamentadores do indeterminismo da medida de segurança podem ser sustentados perante o atual ordenamento constitucional.

Dessa feita, é certo que a medida de segurança pode durar perpetuamente porque, sendo o prazo indeterminado e condicionado apenas à cessação da periculosidade, pode privar o internado em sua liberdade até o final de sua vida.

Há, no tocante a este aspecto, uma evidente disparidade na forma de se aplicar a punição de natureza penal ao militar imputável e ao inimputável; ambos infringem uma norma penal castrense, cada um dentro de suas próprias características de entendimento e discernimento de seu ato, mas o Estado não pode prever um sancionamento tão desigual para um e para outro.

No que se refere ao intervencionismo estatal aplicado ao agente mentalmente sadio, o Código Penal Militar, em seu artigo 81, dispõe que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos, se a pena cominada é de reclusão e de 15 (quinze) anos se é de detenção. Significa dizer, ainda que o agente, neste caso imputável, venha a ser condenado e receba uma pena superior a 30 (trinta) anos de reclusão, consequência de vários processos, expressamente o Ordenamento Penal Castrense determina a unificação das penas para que se cumpra o limite máximo de 30 (trinta) ou de 15 (quinze) anos.

Nesse diapasão, se em um mesmo processo o agente tenha cometido vários crimes na mesma situação fática, por exemplo, vários homicídios, sobrevivendo como sentença condenatória uma pena de 150 (cento e cinquenta) anos, cumprirá o máximo previsto em lei – somente 30 (trinta) anos. Não se pode perder de vista que o Código Penal Militar fala em “limite da pena unificada” e pena quem recebe é o agente imputável e não o inimputável, aí está a evidente e injustificada desproporção de tratamento penal dispensado aos dois infratores da lei, já que o referido dispositivo do ordenamento repressivo não fala em “limite da medida de segurança” ou “limite da sanção penal”.

Outro ponto de suma importância dentro desta temática, a ser trazido para discussão, é a da garantia fundamental traçada pelo texto constitucional em seu artigo 5º. O inciso XLVII deste artigo dispõe que no Brasil não haverá pena de caráter perpétuo. Este mandamento expresso impõe ao Estado, de forma clara, um limite para a intervenção penal na liberdade individual do homem. O Estado não pode exercer seu direito de punir de forma perpétua, sem limites estabelecidos previamente em lei. Novamente, faz-se necessário ressaltar que a Constituição Federal fala que “não haverá penas”, não fazendo alusão nenhuma às medidas de segurança criminais, deixando desigual o tratamento sancionatório entre o imputável e o inimputável, no que tange à previsão de limites de aplicação e

execução da sanção penal imposta.

Não se pretende de forma alguma querer igualar e generalizar o tratamento penal sancionatório dispensado ao agente imputável e ao agente inimputável, pois, necessário e importante devem ser as formas do Estado atuar em um ou noutro caso, em razão das suas diferenças comportamentais em possuir ou não capacidade de entendimento do fato-crime praticado, porém, a interferência estatal na liberdade do agente, por meio do sancionamento penal, deve ser isonômica, paritária, seja ele doente mental ou não.

Não se pode admitir que um indivíduo tenha sobre si uma forma de sancionamento que pode chegar à perpetuidade, somente por ser considerado inimputável ou semi-imputável, enquanto que outro terá sua liberdade privada em no máximo 30 (trinta) anos. Importante ressaltar aqui que o agente imputável quando no cometimento da infração penal militar sabia ou tinha condições mentais de saber que sua ação era incorreta, mas mesmo assim agiu. O inimputável, por sua vez, no momento da ação delitiva, não possuía este discernimento, mas, mesmo assim, poderá ficar perpetuamente internado.

Ora, esta situação soa um pouco incongruente, ao imputável que se registra a presença da reprovabilidade (culpabilidade) em sua ação, a lei limita o cumprimento de sua sanção em no máximo 30 (trinta) anos, impondo a aplicação de sanção-pena, em virtude da presença do pressuposto da culpabilidade; ao inimputável, que há ausência de reprovabilidade (culpabilidade) em sua ação, em razão da existência de uma enfermidade mental, não há uma limitação máxima para aplicação e execução de sua sanção-medida de segurança, prevendo a lei somente um mínimo e que pode perdurar eternamente, sanção esta, aplicada com base na existência de periculosidade criminal na conduta do agente doente mental. Tem - se, então, para o ato reprovável, cumprimento de pena até 30 (trinta anos); para o ato não-reprovável, cumprimento de medida de segurança que poderá ser perpétua!!

Se o Estado tem um limite para não privar de forma abusiva a liberdade de todas as pessoas, inclusive de não manter encarcerado o sentenciado após 30 (trinta) anos, conforme unificação ditada pelo artigo 81, do Código Penal Militar, deve, portanto, existir um limite objetivo para a exclusão social do inimputável ou semi-imputável que necessite da medida curativa. Este limite significa um prazo de duração certo, determinado para que se termine a medida de segurança imposta e não deixar como limite-base somente a cessação da periculosidade (limite subjetivo) para colocá-lo novamente em liberdade.

Dotti[74] afirma que a pena de prisão perpétua atenta contra a dignidade humana, "Todas as sanções

permanentes devem ser proscritas dos ordenamentos jurídico-penais comprometidos com a defesa dos valores do homem". Levorin[75] complementa, “a medida de segurança também não poderá ser perpétua, intervindo ilimitadamente na liberdade do homem sem qualquer parâmetro definitivo de duração”.

Nessa concepção, é sabido que a Carta Magna proíbe a aplicação de penas perpétuas, cruéis, bem como privilegia a proteção e defesa da dignidade da pessoa humana, ditando dessa forma que legislações infraconstitucionais não podem prever sanções dessa natureza, sob pena de afrontarem preceitos fundamentais e incorrerem em flagrante inconstitucionalidade.

Como já visto em capítulo próprio, penas e medidas de segurança não possuem uma diferença substancial, ambas possuem natureza de sanção penal, como respostas ou conseqüências do descumprimento de uma norma penal militar. Possuem também a característica de submeter o sancionado a uma condição aflitiva, haja vista a restrição na liberdade que uma ou outra proporciona ao sentenciado. Em virtude destas semelhanças há que se dispensar às medidas de segurança as mesmas garantias e limites impostos às penas.

As garantias existentes em nossos ordenamentos jurídicos, no que se refere à aplicação de sanções penais, notadamente os mandamentos insertos na Constituição Federal, acima de tudo, constituem a mais pura expressão da limitação da intervenção estatal na liberdade individual das pessoas. A resposta sancionatória do Estado por meio do direito penal militar, por si só, já configura uma violência contra o tecido social (comunidade militar), dessa forma, ressalta-se a importância de ferramentas positivadas em nosso sistema jurídico para que funcionem como limitadores da atuação do poder estatal, garantidores da liberdade e da dignidade da pessoa humana, estabelecendo assim uma consistente segurança jurídica no âmbito da atuação penal militar.

Dentro da necessidade de limitar a atuação do Estado, ao homem deve ser concedido o direito de conhecer qual será o limite e até onde o Estado poderá intervir em sua liberdade, seja por meio de aplicação de pena, seja por meio de aplicação de medida de segurança criminal. Não se pode justificar um tratamento desprovido de garantias fundamentais a um sujeito, somente porque ele é mentalmente doente, ele não pode estar em piores condições do que o mentalmente sadio que comete uma conduta típica e ilícita.

Reale Ferrari[76] assevera que a “segurança jurídica exige que toda a sanção aflitiva tenha duração predeterminada, representando característica fundamental do Estado Democrático de Direito que a intervenção estatal na liberdade do cidadão seja regulamentada e limitada, não podendo furtar-se desta situação a medida de segurança criminal”.

A possibilidade de perpetuidade da medida de segurança ao inimputável denota uma transparente violação à garantia constitucional positivada no inciso XLVII, “b”, do artigo 5º, da nossa Carta Política, pois se assim o for, mantendo-se a indeterminação da duração das medidas de segurança, estar-se-á admitindo um tratamento muito diferente, neste aspecto, entre o imputável e o inimputável. Cabe aqui, fazer uma advertência quanto à clara inconstitucionalidade existente no dispositivo penal castrense que possibilita a aplicação indeterminada da sanção penal aplicada ao militar inimputável e ao semi-imputável que necessite do tratamento curativo.

Conforme acentuam Raúl Zaffaroni e Pierangel[77]i "se a Constituição Federal dispõe que não há penas perpétuas (art.5º, XLVII, b), muito menos se pode aceitar a existência de perdas perpétuas de direitos formalmente penais. A periculosidade de uma pessoa que tenha cometido um injusto ou causado um resultado lesivo a bens jurídicos pode não ser maior nem menor do que a de outra que o tenha causado, se a mesma depende de um padecimento penal".

Flávio Gomes[78] em seu artigo acerca das Medidas de Segurança e seus limites frisa que o direito de um condenado saber a duração da sanção que lhe será imposta, é inerente ao próprio princípio da legalidade dos delitos e das penas.

Dentro de um Estado Democrático de Direito, garantidor dos direitos fundamentais e de um direito penal mínimo, a medida de segurança criminal deve ser visualizada e aplicada com enfoque constitucional, tal qual ocorre com a aplicação da “sanção-pena”, pois se dessa forma não for, flagrante estará sua inconstitucionalidade em virtude de evidente afronta a preceito fundamental, preceito este que representa uma proteção indisponível e irrenunciável do cidadão (insere-se aí o militar) contra a intervenção abusiva do poder estatal na sua esfera de liberdade individual.

Não se pode conceber que para a prática de ações semelhantes (violação da norma penal militar) ocorra um tratamento tão desigual e discriminatório pelo fato de um agente ter consciência de seu ato praticado e o outro não possuir esse discernimento. Há aí uma afronta incisiva a igualdade jurídica, igualdade esta decorrente do princípio constitucional da igualdade que deve recair sobre todos os indivíduos, bem como desrespeito à dignidade da pessoa humana, haja vista a real possibilidade da aplicação de sancionamento penal cruel e extremamente aflitivo, possibilitando excluir um indivíduo da convivência social pelo resto de sua vida.

Conforme bem destaca Levorin[79] , “não se pode discriminar o criminoso inimputável ou semi-imputável que necessite de especial tratamento curativo em relação ao semi-imputável que não necessite de tratamento curativo ou imputável, sob argumento de que aqueles são perigosos e, portanto, representam um perigo para a sociedade”.

Não há dúvida que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, ao expressar que todos são iguais perante a lei, bem como considerar a necessidade de individualização de qualquer sanção, em seu artigo 5º, inciso XLVI, quis deixar claro que todos os direitos existentes ao imputável infrator estendem-se aos inimputáveis e semi-imputáveis violadores da norma penal militar, ordenando a existência de regras obrigatórias e garantidoras, tanto para enunciar e aplicar, como também para executar a sanção-medida de segurança.

Flávio Gomes[80] expõe seu posicionamento acerca das diferenças de tratamento ofertada ao imputável e ao inimputável: "em razão do princípio da legalidade o autor do fato punível tem o direito de saber antecipadamente qual o limite máximo da privação de sua liberdade e em razão do princípio da igualdade não se pode fazer do inimputável uma pessoa de pior condição que os demais".

Há que se fazer uma reflexão e repensar o caráter de indeterminismo que recai sobre o sancionamento por meio da medida de segurança em nosso ordenamento jurídico – penal militar. A segurança jurídica e uma proporcional aplicação do Direito Penal Castrense dentro de uma visão constitucional exigem a demarcação de um limite máximo para a medida de segurança criminal. Não se pode deixar de enxergar a nítida desigualdade entre o agente imputável e o inimputável ao receberem, cada um nas suas diferenças coerentes, a sanção pertinente ao seu ato. O que se deve buscar dessa forma é a igualdade de condições e garantias do delinqüente doente mental e do delinqüente sadio, pois ambos devem ter as mesmas possibilidades de crescimento interno, desenvolvimento e de ressocialização, finalidade esta presente tanto nas penas como nas medidas de segurança.

Reale Ferrari[81] acentua que não impor limites máximo às medidas de segurança criminais consiste em uma opção puramente retributiva, social, desligada do bem jurídico penal inadmissível na medida terapêutico-penal.

Como bem destacam Raúl Zaffaroni e Pierangeli[82], “não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete que tem a obrigação de fazê-lo”.

Verifica-se dessa forma que o dispositivo do Código Penal Militar que expressa a indeterminação da medida de segurança demonstra nítido confronto com os preceitos emanados da Constituição da República, notadamente o artigo 5º, inciso XLVII (proibição de penas perpétuas); o § 1º, do artigo 112, e o § 2º, do artigo 113, do Ordenamento Penal Militar, ditam uma norma eivada de

inconstitucionalidade, cabendo ao operador, dentro de uma perspectiva constitucional que tem como característica basilar o Estado de Direito, aplicar o sancionamento, por meio da medida de segurança, estabelecendo limites máximos ao sentenciar, seja o agente inimputável ou semi-imputável que necessite da medida curativa. Toda e qualquer sanção positivada na lei penal deve sofrer limitação máxima em sua duração, sob pena de rasgar os princípios basilares da ciência penal.

Flávio Gomes[83] diz que o correto, em suma, "é acabar com a indeterminação máxima das medidas de segurança. Não é compatível com o Estado de Direito, declarado no artigo 1º da Constituição Federal, essa situação. O Código Penal (comum ou militar), em conclusão, neste ponto, viola a Constituição Federal, contraria seus princípios fundamentais. A solução está em reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos penais que cuidam da indeterminação das medidas de segurança".

Ainda na seara da impropriedade do destacado dispositivo legal, incompatibilizado com o mandamento constitucional, Reale Ferrari[84] expressa que "Destarte, enunciado como cláusula pétrea – art. 60, §4º, da Constituição Federal – a sanção de caráter perene está proibida, constituindo, por analogia, a indeterminação quanto aos prazos máximos da medida de segurança, uma afronta à Constituição Federal – art. 5º, inc. XLVII -, a justificar nosso posicionamento a respeito da inconstitucionalidade do atual art. 97 do Código Penal Brasileiro. Inconstitucional ao nosso ver, portanto, a referência à ausência de limites máximos de duração dos prazos das medidas de segurança criminais, ou mesmo à expressão – ilimitada – até que cesse sua periculosidade , afrontando claramente o art. 5º, inc. XLVII, letra "b", da Constituição Federal". O fundamento ora expressado pelo renomado autor acerca do artigo 97, do Código Penal comum, é de perfeita adequação ao artigo 112, do Código Penal Militar, que também não apresenta limites máximos para a medida de segurança criminal.

Levorin[85] também alerta quanto à incompatibilidade do dispositivo dentro da legalidade penal "não pode o legislador ordinário prever a medida de segurança por prazo indeterminado, porque vinculado à garantia constitucional da legalidade penal, não tem poderes para, rompendo a reserva legal, instituir uma intervenção indefinida, que pode chegar a perpetuidade na indevida intromissão da liberdade individual".

Diante dessa problemática quanto à ausência de limites máximos na aplicação das medidas de segurança criminais, a doutrina atual apresenta soluções para que se torne legítima a resposta penal militar sancionatória ao delinqüente doente mental dentro do Estado de Direito Democrático.

Reafirmando as considerações já alinhavadas, a idéia de se fixar limites máximos nas medidas de segurança fundamenta-se na indispensável necessidade de impor restrições na intervenção estatal sobre a liberdade das pessoas, procurando manter uma igualdade de tratamento entre o delinqüente mentalmente doente e o sadio, no que se refere à imposição de sanções de natureza penal.

Roberto Bitencourt[86] afirma que “começa-se a sustentar, atualmente, que a medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito, pois esse seria o limite da intervenção estatal, seja a título de pena seja a título de medida, na liberdade do indivíduo, embora não prevista expressamente, adequando-se à proibição constitucional do uso da prisão perpétua”.

As soluções apresentadas são analisadas sob dois aspectos, quais sejam, a limitação da medida aplicada aos semi-imputáveis e as destinadas aos inimputáveis.

A aplicação da sanção para os semi-imputáveis, de acordo com o parágrafo único, do artigo 48 e com o artigo 113, ambos do Código Penal Militar, é facultativa do julgador, ou seja, o juiz de direito do juízo militar poderá aplicar a pena correspondente ao ilícito-típico, atenuada entre um quinto e um terço (cf. artigo 73 do CPM) ou substituí-la por medida de segurança, se o agente realmente necessitar do tratamento curativo. O magistrado apreciará as circunstâncias do caso concreto e decidirá, de forma fundamentada, pela aplicação de uma das duas sanções – regramento ditado pelo sistema vicariante, inaugurado no Brasil pelo atual Código Penal Castrense, substituto do sistema duplo-binário.

Muito bem, partindo destas duas possibilidades de conseqüências jurídico-penais que podem recair sobre o agente semi-imputável, discricionariedade esta conferida pelo Código Penal Militar ao julgador, quanto à demarcação de limites máximos de duração das medidas de segurança criminais, existem, na doutrina, duas possibilidades para a solução do problema: uma sugere como alternativa que o limite máximo da medida de segurança ao semi-imputável será aquele concretamente fixado na sentença pelo juiz; a outra sugere o balizamento pelos limites impostos no preceito secundário fixado ao ilícito-típico de forma abstrata.

De acordo com a primeira possibilidade, ao analisar a prática criminosa do semi-imputável, o juiz de direito militar deverá, primeiramente, fixar a pena segundo o seu entendimento e regras de dosimetria e atenuá-la de acordo com os parâmetros autorizados pelo preceito legal (entre um quinto e um terço). Em seguida, passará para a verificação da presença de periculosidade do réu e se ele necessitará realmente de ser submetido à medida curativa. Obtendo resposta positiva em tal verificação, aplicará a medida de segurança criminal em substituição à pena reduzida, fixada in

concreto. O quantum máximo estipulado na pena atenuada e que foi substituída será o limite máximo de duração da medida de segurança substitutiva imposta, ou seja, a medida terapêutica não poderá ultrapassar o máximo da pena imposta concretamente.

Neste sentido Raúl Zaffaroni e Pierangeli[87] entendem a imprescindível necessidade de reconhecer para as medidas de segurança como seu limite máximo a quantidade de pena que seria cumprida pelo semi-imputável, se não tivesse sido substituída pela medida terapêutica.

Na mesma linha de pensamento, Janora Rocha Rossetti[88] assenta que no caso de semi-imputáveis, o juiz deve sempre aplicar uma pena reduzida antes de substituí-la pela medida de segurança configurando este quantum como o limite máximo de duração da sanção – medida referente aos fronteiriços.

Ainda com a mesma linha de raciocínio, Flávio Gomes[89] consigna que o juiz primeiramente aplica a pena, reduzindo-a obrigatoriamente conforme o mandamento legal, para, posteriormente, substituí-la pela medida de segurança criminal, quando necessário. Neste caso, o limite máximo para duração da medida de segurança substitutiva será o máximo da pena concretamente fixada.

Uma segunda possibilidade de regramento doutrinário, ainda dentro do campo da limitação do sancionamento penal do semi-imputável, orienta no sentido de que o juiz não deve, primeiramente, aplicar a pena atenuada e, após declaração desta sentença, substituí-la pela medida de segurança. Deverá sim, ao decidir pela sentença a ser aplicada ao acusado, impor uma (pena atenuada) ou outra (medida de segurança criminal). Se sua decisão for no sentido de impor a medida, o limite máximo de sua duração será aquele cominado de forma abstrata no tipo penal militar.

Reale Ferrari[90], neste mesmo sentido, entende que “o juiz, elegendo a medida de segurança, nem sequer quantificará ou reduzirá a pena, já que impossível o juízo de censura àqueles que permanecem perigosos, no instante da decisão, tanto que carentes de tratamento especial curativo e não de pena reduzida.” Consoante a este entendimento, acrescenta o autor que o parâmetro da medida será aquele fixado de forma abstrata no limite máximo de duração do ilícito-típico.

O mesmo autor ainda diz que “declarada a semi-imputabilidade, o juiz deverá optar entre reduzir a pena ou aplicar a medida de segurança criminal, não cumulando as atividades sancionatórias sob pena de afrontar o sistema vicariato, existente no instante da decisão jurisdicional”. Não constitui cabível a aplicação da pena restritiva de liberdade para substituí-la, posteriormente, pela medida de segurança, bastando simplesmente a aplicação da medida terapêutico - penal.

O que se tem nestas duas possibilidades apresentadas para a determinação de um limite máximo ao sancionamento do semi-imputável, em primeiro lugar, nota-se uma variação no instante da

aplicação da sanção-pena ou sanção-medida. Enquanto uma orienta no sentido de exteriorizar uma pena atenuada, a outra nem sequer cogita a pena atenuada, se a decisão for pela aplicação da medida. A outra característica versa sobre qual o parâmetro final da medida de segurança, ou seja, para uma, deve ser balizada pelo máximo da pena aplicada de forma concreta, para outra, em se decidindo pela medida, o limite desta já está estabelecido, qual seja, aquele máximo já determinado de forma abstrata no tipo penal militar. Apesar destas diferenças, ambas pretendem colocar um fim ao indeterminismo da medida de segurança, de forma a legitimar sua aplicação dentro do sistema jurídico vigente.

A outra vertente a ser tratada agora é a aplicação da medida de segurança criminal ao inimputável e as propostas apresentadas para se impor um limite máximo a esta sanção. Neste caso, a medida terá como parâmetro de duração máximo o tempo correspondente ao marco máximo da pena abstratamente considerada à conduta típica e ilícita por ele praticada.

No caso dos inimputáveis não se verificam linhas de pensamentos distintas quanto à orientação para se estabelecer uma demarcação máxima da medida, as pesquisas apontaram para o mesmo sentido, qual seja, o limite máximo da medida de segurança aplicada ao inimputável é o máximo cominado na pena in abstracto.

Nesta linha de limitação da medida aos inimputáveis, destaca o alerta dado por Raúl Zaffaroni e Pierangeli[91] no sentido de que “é mister reconhecer para as medidas de segurança o limite máximo da pena correspondente ao crime cometido”.

Flávio Gomes[92], neste mesmo sentido, quando se refere à solução para determinar a duração das medidas de segurança criminais aos inimputáveis, expõe que para eles, a medida não pode extrapolar a pena máxima cominada ao delito, justificando tal exigência em razão da segurança jurídica que é um direito de todos num Estado de Direito.

Reale Ferrari[93] também se manifesta no mesmo sentido ao dizer que “nos inimputáveis os limites máximos quanto aos prazos de duração das medidas de segurança criminais aos inimputáveis deverão ser correspondentes aos marcos máximos das penas abstratamente cominadas aos ilícitos-típicos realizados pelos imputáveis”.

Após apresentação das soluções doutrinárias acerca dos limites das medidas de segurança criminais, cabe agora saber o que será feito depois de transcorrido o prazo máximo de duração da medida. Pergunta-se e se após o transcurso o lapso temporal máximo ainda assim persistir a periculosidade do agente?

A solução ora apresentada orienta que findado o período, a intervenção penal não poderá mais ser

mantida, restando duas opções: liberar o condenado ou interdita-lo civilmente. Portanto, expirado o prazo máximo da medida de segurança, se estiver curado, o condenado será posto em liberdade, do contrário, persistindo a doença mental no indivíduo submetido à medida, restará sua interdição em caráter civil, conforme os artigos 1767, 1768 e 1769, do atual Código Civil. Conforme assentam Raúl Zaffaroni e Pierangeli[94], em persistindo a doença mental da pessoa submetida à medida, a solução é comunicar a situação ao juiz do cível ou ao Ministério Público, para que se proceda conforme os preceitos do Código Civil e efetivar a internação nas condições nele elencadas.

Flávio Gomes[95] postula que “de qualquer modo a execução penal tem que ter um fim, pois o contrário seria admitir a privação perpétua da liberdade, que é proibida pela Constituição Federal. Toda execução penal tem que ter um limite; todo poder-dever de punir do Estado tem que ter um fim. O que se pode fazer nesta hipótese é transferir o inimputável perigoso de estabelecimento, passando sua internação a ter caráter administrativo, já não a natureza penal”. A sociedade deve assumir o risco de reincidência dos inimputáveis tal como assume com os ex-condenados, após saírem em liberdade.

As soluções apresentadas são de fundamental importância para a legitimação das medidas de segurança criminais dentro do Ordenamento Penal Militar e constitucional, bem como, para dar um tratamento isonômico a todos os que estão submetidos às normas penais castrenses, independentemente de submissão à pena ou à medida de segurança.

Acertada é a limitação da medida pelos parâmetros abstratos já estabelecidos no preceito secundário da descrição do tipo da Parte Especial do Código Penal Militar. Dessa forma, fixa-se um critério objetivo e justo para o delinqüente doente mental, inimputável ou semi-imputável que necessite de tratamento. Para este, os mesmos parâmetros podem ser seguidos, não sendo necessário o juiz decidir pela pena atenuada e aí substituí-la, poderá, desde já, se este for seu entendimento, optar pela medida de segurança direto, sem necessidade de aplicar uma pena atenuada.

Além do preceito secundário abstrato para fixar uma limitação à medida, uma outra forma de determinar um limite é interpretar o artigo 81, do CPM, de forma mais ampla, abarcando, também, as medidas de segurança. A leitura a aplicação interpretativa do dispositivo deve incidir sobre qualquer forma de sanção penal; assim, tanto as penas, como as medidas de segurança não devem se estender a um tempo superior a 30 (trinta) anos.

O limite estabelecido no artigo 81 respeita a proibição constitucional de prisão perpétua (CF/88, art.5º, XLVII, "b"). Como mostra a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do CP, perfeitamente adequada também ao CPM, a duração das penas foi restringida no artigo 75 para criar

no condenado, "a esperança de liberdade e aceitação da disciplina" (item nº 61 da exposição de motivos). Ora, nada mais coerente e justo, senão, despertar essa mesma esperança no delinqüente doente mental, submetido ao tratamento.

Assim, é importante reforçar, mais uma vez, que o indeterminismo disposto expressamente no § 1º, do artigo 112, do CPM, fere incisivamente a proibição de perpetuidade das sanções penais, fere a legalidade penal, fere a isonomia entre os delinqüentes e, de forma ampla, a dignidade da pessoa do internado, conseqüentemente, fere o próprio Estado de Direito Democrático; logo, está infectado pela inconstitucionalidade, devendo ser considerado, neste aspecto ("por tempo indeterminado") ineficaz para o ordenamento jurídico-penal militar.

Do que foi tratado e analisado, há que se concluir que a aplicação das medidas de segurança criminais no âmbito do Direito Penal Militar, no que se refere ao tempo de sua duração, só estará legitimada dentro do Estado Democrático de Direito quando respeitados os limites de interferência estatal, impostos pela Carta Magna, de forma a equilibrar o tratamento sancionatório do delinqüente doente mental e do delinqüente são.

Faz-se necessário, portanto, que o julgador interprete os artigos 112 e 113, do Código Penal Castrense com uma visão constitucional, que lhe encaminhará para uma aplicação justa e adequada do dispositivo, estabelecendo sempre um limite máximo para duração da sanção-medida de segurança, evitando dessa forma uma decisão desproporcional, descabida e totalmente descompassada com a atual Carta Política que se fundamenta, principalmente, no respeito à dignidade da pessoa humana.

Como bem ensina, Alice Bianchini[96] diz que decorre do princípio da humanidade e dignidade da pessoa humana "a inconstitucionalidade de sanções que se fixem no indivíduo de forma perene ou irreversível (morte, amputação, esterilização etc.), ou que, ainda que não com tais características, possam se constituir em uma nódoa indelével, um estigma".

Raúl Zaffaroni e Pierangeli[97] ratificam incisivamente este entendimento ao declararem que "A república pode ter homens submetidos à pena, 'pagando suas culpas', mas não pode ter 'cidadãos de segunda', sujeitos considerados afetados por uma capitis diminutio para toda a vida. Toda a consequência jurídica de um delito - seja ou não uma pena - deve cessar em algum momento, por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não pode ser perpétua no sentido próprio da expressão".

CONCLUSÃO

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da igualdade e da presunção de inocência trazem reflexos de extrema importância na seara do Direito Penal, comum ou militar, notadamente no que concerne a aplicação da consequência jurídico-penal (sanção penal), advinda da violação da norma. Incidem na sua elaboração e no seu exercício, funcionando como verdadeiros anteparos que protegem o homem da intervenção do poder estatal na esfera de liberdade individual. O poder punitivo do Estado é limitado por garantias constitucionais, que são basilares dentro de um Estado de direito que se alicerça no respeito à vida, à liberdade e a igualdade de todos os cidadãos.

A culpabilidade funciona como pressuposto para aplicação da pena criminal, consiste em um juízo de reprovação que recai sobre a conduta do agente. Neste contexto, a aplicação da pena não poderá superar seus limites, impedindo, ainda, uma penalização inadequada, desproporcional e instrumentalizadora do agente. A pena não pode ser aplicada se ocorrer a exclusão da culpabilidade pela ausência de um de seus elementos: a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude. A imputabilidade penal decorre das condições plenas de capacidade psicológica e de maturidade do agente, que o permitem entender o caráter ilícito do seu ato (infração penal) e que lhe ofereçam possibilidades de querer agir dessa maneira. A plena capacidade que lhe permite saber e querer agir de determinada forma acarreta a sua responsabilização em matéria penal. O agente considerado imputável está apto a ser responsabilizado pela prática de ato violador da norma penal.

O Código Penal Militar faz um conceito negativo da imputabilidade, ou seja, ele define em seu artigo 48, caput, quem é considerado inimputável; quem não estiver inserido nos casos elencados no dispositivo em questão, será considerado imputável, dentro da análise das condições de saúde mental do agente, no momento da ação ou omissão delituosa. A legislação conceitua o inimputável para, inversamente, definir o imputável.

Pelo critério biopsicológico, o agente será considerado inimputável quando for portador de doença mental, que o deixe incapaz de entender o caráter ilícito de sua ação ou omissão ou de determinar-se conforme este entendimento (art. 48, do CPM). Para ser considerado inimputável devem estar presentes três elementos, um de natureza causal (anomalia mental), um de natureza consequencial (incapaz de entender seus atos) e um de natureza temporal (momento da ação ou omissão). Considerado inimputável, não poderá receber uma pena, será submetido à medida de segurança criminal.

A semi-imputabilidade do parágrafo único, do artigo 48, do CPM, também deve comportar os mesmos elementos de natureza causal, conseqüencial (parcialmente incapaz de entender seus atos) e temporal. Aqui, porém, influencia parcialmente na capacidade do agente autodeterminar-se, ao tempo de sua ação ou omissão delituosa. Neste caso, não haverá isenção de pena, o julgador poderá optar em aplicar uma pena atenuada ou uma medida de segurança, caso o agente necessite deste tratamento.

Sanção, na seara criminal, é a conseqüência jurídica que resulta do descumprimento ou da violação de uma norma regulada e tipificada pelo ordenamento penal positivado. A inobservância das normas contidas na legislação vigente, principalmente no que se refere à descrição de condutas criminosas, acarreta na aplicação da reação estatal denominada sanção penal. Ao ato qualificado como infração penal, a lei impõe uma sanção de natureza penal (pena ou medida de segurança).

A Medida de Segurança Criminal deve ser entendida como uma resposta sancionatória do Estado, aplicada ao delinqüente portador de anomalia mental (inimputável ou semi-imputável). Ao lado das penas criminais, a medida de segurança constitui-se em verdadeira sanção penal, pois, também, é aplicada com a prática de um ato violador da norma penal. Pena e medida de segurança são espécies do gênero sanção penal, pois, ambas decorrem da violação de uma norma penal e apresentam um caráter aflitivo a que for submetido. A aflição das sanções penais, seja pena, seja medida de segurança, se verifica a partir do momento em que a sua imposição gera restrição, privação da liberdade individual do condenado ou do internado.

A aplicação da medida de segurança deve ser dotada de natureza jurisdicional, pois, o ato emanado do Poder Judiciário se condiciona, em sede penal, à necessidade, à subsidiariedade e à proporcionalidade, características estas, essenciais para imposição da sanção, mais ainda, decisão judicial se pauta pelo respeito às garantias constitucionais, que devem incidir na aplicação de qualquer sanção penal. Não pode ser de outra forma a aplicação da medida de segurança, senão, jurisdicionada, em razão do seu caráter aflitivo e por ela ser conseqüência da prática de uma conduta típica e ilícita, tal como a pena o é.

A execução da sanção-medida de segurança, em virtude de seu caráter médico-terapêutico, poderá ser controlada de forma administrativa para que se evite burocratizar demais a fase executória do tratamento. Com exceção de alguns atos que devam ser controlados pelo Poder Judiciário, a maior parte das fases de execução da medida de segurança, essencialmente aquelas que ocorrem em ambiente médico, pode ser feita e controlada administrativamente, visando não emperrar a máquina judiciária com atos meramente burocráticos.

Na aplicação da medida de segurança criminal deve prevalecer a finalidade preventiva especial positiva, ou seja, sua aplicação deve objetivar, principalmente, o tratamento e a recuperação do doente, de forma a possibilitar sua reinserção ao convívio social. Deve ser priorizada a possibilidade do indivíduo voltar à comunidade, deixando em segundo plano, a finalidade preventiva especial negativa, que prega a segregação do indivíduo como proteção do tecido social. Ambas finalidades devem estar inseridas na aplicação da medida, porém, o caráter ressocializador deve se sobressair em relação ao caráter segregador.

A substituição do sistema do duplo-binário (pena cumulada com medida de segurança) pelo vicariante (pena ou medida de segurança), representou uma concepção mais humanista e garantística, bem como uma proteção constitucional do indivíduo, que limita a atuação do poder estatal.

A medida de segurança só é possível de ser aplicada quando verificada a presença de dois pressupostos: a prática de um ato típico e antijurídico militar pelo delinqüente doente mental e a presença de periculosidade criminal no autor do fato. A falta de um dos pressupostos, seja pela constatação de uma excludente de ilicitude, seja pela ausência de tipicidade do ato, ou outra causa que elimine algum deles, gera, conseqüentemente, a impossibilidade de aplicação e imposição da medida de segurança criminal. Pela vigente codificação penal militar, não se admite a imposição de medida de segurança detentiva ao delinqüente imputável.

O princípio da dignidade da pessoa humana incide sobre a aplicação das medidas de segurança, impondo ao Estado a obrigação de considerar o delinqüente imputável ou semi-imputável como pessoa e não como um objeto. Assim, a medida de tratamento deve possibilitar que o delinqüente se desenvolva, cresça e retorne ao convívio social. O foco central é que medida de segurança não pode ser cruel, degradante ou durar perpetuamente, ou seja, não se admite a aplicação de uma sanção penal que avilte a condição humana do delinqüente doente mental.

O princípio da legalidade com ampla e irrestrita aplicação nas medidas de segurança serve para assegurar que ela somente será imposta se estiver previamente prevista em lei. Sua criação somente pode ser feita por meio de lei, impedindo a imposição de medidas de segurança não-criminais ou não prevista anteriormente à prática da infração penal. Por este princípio, a medida de segurança deve ser dotada de clareza, predeterminação e de duração limitada no tempo.

O princípio da igualdade incide sobre as medidas de segurança para garantir um tratamento penal isonômico entre o delinqüente doente mental e o delinqüente mentalmente sadio. Ambos devem ter as mesmas possibilidades de recuperação com a sanção imposta. O delinqüente doente mental não

pode ter um tratamento penal tão desigual em relação ao delinqüente sadio, no que se refere às garantias inerentes ao recebimento da respectiva sanção penal. Tanto um quanto o outro deve ter a mesma oportunidade de enxergar o marco final de sua sanção.

O julgador, em havendo dúvida em sua análise quanto a existência ou não do ilícito-típico ou da presença ou não de periculosidade criminal no agente inimputável, deverá decidir pela não-aplicação da medida de segurança, sob fundamento do princípio constitucional da presunção de inocência, gerador do Princípio do in dubio pro reo. Tanto a presunção de inocência, quanto seus corolários, devem incidir na aplicação da medida de segurança.

O parágrafo primeiro, do artigo 112, do CPM, ao dizer que a medida de segurança detentiva será aplicada por tempo indeterminado, dita um regramento inconstitucional, pois fere preceitos constitucionais basilares como a dignidade da pessoa humana, a legalidade e a igualdade. O dispositivo prevê a possibilidade de aplicação de uma sanção perpétua ao delinqüente doente mental, o que é expressamente vedado pelo ordenamento constitucional vigente.

O delinqüente doente mental deve saber o limite máximo da privação de sua liberdade (o quantum o Estado poderá interferir) para ter a possibilidade de enxergar que há vida após o transcurso de seu internamento ou tratamento. Isto possibilita crescimento e desenvolvimento pessoal. O preceito secundário da descrição do tipo penal militar deve servir de parâmetro limitador de tempo para a imposição da medida de segurança. O máximo da pena abstratamente cominada ao tipo deve ser o limite máximo de duração para a medida de tratamento.

Além do preceito secundário da descrição típica, o artigo 81, do CPM, que limita o cumprimento máximo de uma pena privativa de liberdade em 30 (trinta) anos, deve servir, também, de limitação máxima para o cumprimento de uma medida de segurança. O dispositivo em questão deve ser interpretado amplamente, de forma a incidir, também, sobre as medidas de segurança criminais. Transcorrido o prazo máximo determinado para o cumprimento da medida de segurança ou, expirados os 30 (trinta) anos do artigo 81, do CPM, independentemente da cessação ou não da periculosidade criminal, o delinqüente doente mental deverá ser posto em liberdade. A ele não poderá mais ser mantida nenhuma interferência estatal de natureza penal. Poder-se-á admitir alguma restrição de cunho civil, não penal. Após o decurso do tempo determinado, a sociedade deve assumir o risco de recebê-lo novamente, tal como o faz quando recebe o condenado que já cumpriu sua pena.

Todas as garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, expressamente positivadas em nossa Carta Política, que recaem sobre o delinqüente imputável, devem ter ampla e

irrestrita incidência sobre a medida de segurança criminal detentiva do Código Penal Militar, aplicável aos delinqüentes inimputáveis ou semi-imputáveis em razão de doença mental. A medida terapêutica só estará legitimada no Estado Democrático de Direito quando aplicada dentro de um enfoque constitucional que ofereça parâmetros, limites mínimos e máximos claros e determinados, não sendo permitida a sua perpetuidade, sob pena de serem proferidas decisões eivadas de inconstitucionalidade e que firam a própria dignidade do agente submetido ao tratamento.

BIBLIOGRAFIA

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Acadêmico de Direito. 3. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.
- ARAÚJO, Cláudio Th. Leotta de. Fundamentos médico-legais da perícia em matéria criminal. <http://www.anpr.org.br/boletim>, 26Mai2004.
- ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar. Parte Geral. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro. Direito Penal. Parte Geral. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BADARÓ, Ramagem. Comentários ao Código Penal Militar de 1969(Curso de Direito Penal Militar). Parte Geral. São Paulo: Editora Juriscredi LTDA, 1972. v. 1.
- BIANCHINI, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- Código Civil Comparado, Lei nº 3071, de 1º -1-1916 x Lei nº 10406, de 10-1-2002. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Código Penal. Org.: Juarez de Oliveira e Marcus Cláudio Acquaviva. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- Código Penal. Org.: Luiz Flávio Gomes. 3. ed. atual. até 31.12.2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: 1991.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2000. 528p. Série Estudos, n. 11.

- Direito Penal e Processual Penal - Vigiar Para Punir. <http://www.faroljuridico.com.br>, 04Jul2004.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRARI, Eduardo Reale. Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
- FRANCO, Alberto Silva e outros. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Parte Geral. 7.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.1.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. Medidas de Segurança e seus Limites. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano I, n.2, p. 64-72, abr/jun. 1993.
- Duração das Medidas de Segurança. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 663, p.257-267, jan. 1991.
- Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. 2. tiragem. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997. 298p. Série documentos, n. 14.
- JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Parte Geral. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- Código Penal Anotado. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- Código de Processo Penal Anotado. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- LEAL, João José. Direito Penal Geral. São Paulo: Atlas, 1998.
- LEVORIN, Marco Polo. Princípio da Legalidade na Medida de Segurança: determinação do limite máximo de duração da internação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LUIZI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2.ed. Porto Alegre: SAFE, 2003.
- MARQUES, Oswaldo Henrique DueK, PENTEADO, Jaques de Camargo. Nova Proposta de Aplicação de Medida de Segurança para os Inimputáveis. Boletim IBCCrim. São Paulo, n. 58, p. 10, set. 1997.