

Sistema do duplo binário: vida e morte (*)

Heleno Fragoso

1. Medidas cautelares e preventivas são conhecidas desde o antigo direito, em relação a menores e alienados. No direito romano, os menores impúberes eram submetidos à *verberatio*, medida admonitória. Os romanos da época clássica equiparavam o *furiosus* ao *infans*, submetendo-o, no entanto, a medidas cautelares de polícia “*ad securitatem proximorum*” (D. 1.18.14). Se os loucos não pudessem ser contidos por seus parentes, eram encarcerados.

2. O direito longobardo excluía o mentecapto de pena, embora permitisse que qualquer pessoa pudesse matar o “*homo rabiosus aut demoniacus*”. O antigo direito canônico também considerava os loucos incapazes de delinquir. Os praxistas, desde o século XIII, seguiam o direito romano, afirmando ser a pena para os loucos “*maxima iniquitas*”. Todavia, como bem diz *Manzini*¹, na prática as coisas eram diferentes. Os loucos, se não eram mortos, sofriam o encarceramento e a prisão em cadeias, com horríveis padecimentos.

3. Medidas de correção e disciplina eram aplicadas desde o século XVI a vagabundos e mendigos. O CP francês de 1810, que previa para os menores de 13 a 18 anos, que atuassem sem discernimento, medidas educativas (art. 63), ordenava a segregação indefinida de vagabundos (art. 271), colocando-os, depois de cumprida a pena, à disposição do governo, pelo tempo que este determinasse. A partir de 1832, os vagabundos liberados eram submetidos à vigilância especial de polícia.

4. A vigilância especial de polícia passou a outros códigos, como o sardo e o toscano, aparecendo também no código italiano de 1889. Esse código incorporava disposições assecurativas, típicas medidas de segurança, como a internação dos alienados que praticassem fato previsto como crime (art. 46), bem como medidas relativas aos menores, aos ébrios habituais e aos reincidentes.

O CP brasileiro de 1890 previa a entrega dos doentes mentais a suas famílias ou o seu recolhimento a hospitais de alienados, se o seu estado mental assim o exigisse, para segurança do público (art. 29). Previa, também, para os vadios e capoeiras, o internamento em colônia penal (art. 400), estabelecendo o internamento curativo de toxicômanos ou intoxicados habituais (art. 159 § 12), bem como o de ébrios habituais, nocivos ou perigosos, em estabelecimento correcional (art. 396).

¹ MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, Utet, 1950, II, p. 99.

Nos códigos penais do século passado encontram-se, assim, claramente, providências cautelares, por vezes *sob* aparência de pena, que antecipam as modernas medidas de segurança.

5. Deve-se dizer que a pena de prisão surge no século XVI com o caráter de medida de segurança. As primeiras prisões são casas de trabalho e correção. Com o crescimento das cidades, surgem, naquela época, estabelecimentos destinados à emenda e à ressocialização de mendigos e vagabundos. Na Inglaterra, em 1552, num castelo abandonado em Bridewell, surge, por iniciativa de protestantes, um local para alojamento, que desde 1575 passou a chamar-se ‘House of Correction’. Em 1576, determinou-se por lei que em todos os condados deveria haver um estabelecimento dessa natureza. Segundo *Grünhut*², a Casa de Correção destinava-se aos desocupados e desordeiros, com o propósito de fazê-los ganhar para seu sustento, reformá-los pelo trabalho compulsório e evitar que outros se dedicassem à vagabundagem e à mendicância. Em Amsterdã, em 1595, foi construída uma Casa de Correção que se destinava a vagabundos, desordeiros, ladrões e crianças abandonadas. Em 1596 um estabelecimento similar foi construído para mulheres. Dentro em breve iniciativas semelhantes surgiram em várias outras cidades. A França constrói sua primeira instituição para vagabundos e mendigos em 1656. Em 1703, o Papa Clemente IX constrói em Roma o Hospício de São Miguel, destinado também a menores incorrigíveis³. *Thorsten Sellin* observa que o Hospício de São Miguel, que não era exclusivamente uma instituição correcional, foi importante na história das prisões pelo projeto dos blocos de celas que adotava. A pena de prisão se difunde no século XVIII. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal. Trata-se agora de controlar e dominar a alma, através da disciplina e da correção⁴.

II

6. As medidas de segurança foram pela primeira vez objeto de sistematização com o anteprojeto de CP suíço, elaborado por *Stooss*, em 1893. Esse anteprojeto continha, sob o título ‘Penas e Medidas de Segurança’, disposições sobre a internação dos multi-reincidentes, em substituição à pena; a internação facultativa em casa de trabalho, em caso de crime praticado por pessoa de vida irregular ou ociosa; o asilo para ébrios contumazes; o confisco de instrumentos perigosos, etc. O grande mérito de *Stooss* não foi apenas o de realizar, por primeira vez, uma sistematização das medidas de segurança, mas também o de introduzir o critério vicariante, adotado pelas legislações modernas, que permite substituir a pena pela medida. Esse sistema foi adotado pelo CP

² MAX GRÜNHUT, *Penal Reform*, Nova York, Clarendon Press, 1948, p. 15.

³ KORN & McCORKLE, *Criminology and Penology*, Nova York, Holt, Rinehart and Winston, 1964, p. 407.

⁴ MICHEL FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 233, *passim*; GEORG RUSCHE-OTTO KIRCHEIMER, *Pena e Struttura Sociale*, trad., Bolonha, Il Mulino, 1978, p. 71 ss.

suíço, de 1937.

7. Embora apareçam medidas de segurança na lei portuguesa de 1896, no CP norueguês, de 1902 (§ 65), e no CP argentino, de 1921, foi com o CP italiano de 1930 que surgiu na legislação um sistema completo de medidas de segurança, difundindo-se amplamente nos códigos promulgados a partir de então. Na Alemanha, todos os projetos, a partir de 1909, contemplavam medidas de segurança, finalmente, introduzidas pela lei de delinquentes habituais, de 1933. O sistema que prevê a medida de segurança ao lado da pena denomina-se da dupla via ou do duplo binário, e veio a alcançar um grande sucesso⁵.

8. Ao sistema do duplo binário se chega partindo-se da concepção clássica da pena retributiva e expiatória⁶ e de suas manifestas insuficiências. Formula-se na doutrina a teoria das medidas de segurança distinguindo-se da pena porque esta se funda na culpabilidade do agente, e por ela se mede, aplicando-se aos imputáveis, ao passo que as medidas se fundam na periculosidade, e por ela se medem, aplicando-se tanto aos imputáveis como aos inimputáveis. A pena, em consequência, se funda na justiça, como justa retribuição, ao passo que a medida de segurança se funda na utilidade. A pena é sanção e se aplica por fato certo, o crime praticado, ao passo que a medida de segurança não é sanção e se aplica por fato provável, a repetição de novos crimes. A pena é medida aflitiva, ao passo que a medida de segurança é tratamento, tendo natureza assistencial, medicinal ou pedagógica. O caráter aflitivo que esta última apresenta não é um fim pretendido, mas meio indispensável à sua execução finalística. A pena visa à prevenção geral e especial, ao passo que a medida de segurança visa apenas à prevenção especial, consistente na recuperação social ou na neutralização do criminoso⁷.

III

9. O sistema do duplo binário correspondeu à convicção de que a pena retributiva era insuficiente nos casos de multi-reincidentes e criminosos habituais. O Direito Penal clássico trabalhava apenas com a agravamento da pena em caso de reincidência, e nunca pôde, verdadeiramente, ajustá-la ao esquema da culpabilidade. *Carmignani* entendia ser injusto aumentar a pena pela reincidência. *Carrara*, porém, explicava que a razão de punir mais o reincidente se encontra na natureza da pena. As penas • dziā • têm a presunção de serem adequadas às

⁵ Duplo binário é somente a aplicação sucessiva da pena e da medida de segurança pelo mesmo fato. Um sistema que contemple só a pena ou a medida de segurança, é unitário. Cf. RUDOLPH SCHMITT, *Was hat die Strafrechtsreform von der Zweispurigkeit übrig gelassen?*, in *Festschrift f. Thomas Württemberg*, Berlim, Duncker & Humblot, 1977, p. 278.

⁶ JEAN GRAVEN, *Jornadas de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1962, p. 136.

⁷ NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, vol. III, 1959, 11. Hungria foi o principal artífice do CP brasileiro em vigor, que, inspirado no Código Rocco, estabelece um sistema completo de medidas de segurança. No fim da vida, Hungria compreendeu a inutilidade desse sistema, declarando nas jornadas de Buenos Aires: "Se existe na época atual uma tendência e uma orientação prevalente, é a da unidade visceral, da unidade orgânica entre pena e medida de segurança". *Jornadas de Derecho Penal*, cit. (nota 6), p. 87.

necessidades da repressão e revelam deficiência especial se há reincidência. Se o agente se mostra insensível à pena ordinária, tem de receber uma pena mais forte, à semelhança do doente que deve receber um segundo remédio mais eficaz, se o primeiro foi inoperante. Segundo *Carrara*, punindo-se mais o reincidente, não se lhe atribuí *de novo* o delito precedente; não se tem em conta a malvadez do homem; não se mortifica o culpado porque ele não se corrigiu. A imputação permanece a mesma, mas a pena é aumentada porque a anterior se revelou insuficiente, relativamente à sensibilidade daquele homem⁸.

10. A explicação engenhosa ilude o problema. Se a pena se funda na culpabilidade e não pode ultrapassar a medida desta, como atribuir, na lógica do sistema, efeito-agravante da pena à reincidência? Como muitos observaram, a reincidência verdadeiramente não é uma circunstância do crime. *Nuvolone* diz que parece árduo considerar circunstância do fato uma condição pessoal do sujeito⁹. Retomando a imagem de *Carrara*, *Pisapia* observa que não se compreende que o médico aumente a dose do remédio que se revelou inteiramente ineficaz¹⁰. Somente com recurso à idéia, a nosso ver inaceitável, de uma culpabilidade pela conduta da vida, é possível compatibilizar o aumento de pena pela reincidência com um direito penal da culpa. O problema da reincidência é o mesmo dos criminosos habituais. Não são poucos os que declaram que a pena se aumenta em razão da maior periculosidade¹¹.

11. Generalizou-se, porém, o entendimento de que com o simples mecanismo do aumento de pena pela reincidência, não é possível promover eficiente defesa social. As medidas de segurança, com o sistema do duplo binário vieram pôr fim à estéril luta de escolas, que dominou a ciência penal de fins do século passado e do início deste. *Von Liszt*, que reclamava a pena de fim (*Zweckstrafe*), com base na personalidade do agente, visando apenas fins preventivos, sem qualquer fundamento no princípio da retribuição, e o movimento que ele liderava, passaram a admitir que, mesmo com base na pena de culpa, era possível formular um sistema que atendesse com eficácia à prevenção especial. Os clássicos, por seu turno, admitiam a necessidade de completar o esquema da pena retributiva através de medidas de segurança e correção, sem conotação punitiva. Diz *Maurach* que nesse compromisso celebrado entre as duas correntes, os clássicos tiveram que fazer as maiores concessões¹².

⁸ CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, Opuscoli, II, Prato, 1878, p. 131 ss.

⁹ NUVOLONE, *Il Sistema del Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1975, p. 313. O art. 99 do Código Rocco, reformado em 1974, tornou sempre facultativo o aumento de pena pela reincidência.

¹⁰ PISAPIA, *Reflexiones sobre la reincidencia*, no volume *Estudios Jurídicos em Homenaje al professor Jimenez de Asua*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964, p. 334.

¹¹ Veja-se, por todos, RICARDO C. NUNEZ, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Córdoba, 1960, vol. II, p. 475.

¹² MAURACH, *Os caminhos do Direito Penal alemão ao projeto de 1960*, no volume *Estudios de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 24. Como exemplo da busca de novos caminhos que dominava a ciência penal no começo do século, pode-se ver o projeto austríaco, de 1912, que introduzia a periculosidade, ao lado da culpa, como medida da pena (§ 43). Veja-

12. *Jescheck* afirma que a luta contra a criminalidade de categorias especiais de autores, recorrendo a medidas não entendidas como pena, no sentido tradicional, foi um dos grandes postulados da União Internacional de Direito Criminal, antes da primeira Guerra Mundial¹³. A questão do tratamento dos delinquentes habituais foi discutida em numerosos congressos, desde o 2º celebrado em Berna, em 1890, até o 12º, realizado em Copenhagen, em 1913. Neste último se decidiu: “A lei deve estabelecer medidas de segurança especiais contra delinquentes perigosos, em razão de seu estado de reincidência legal, de seus hábitos de vida ou de seus antecedentes hereditários e pessoais, manifestados por um crime”. Nos outros congressos várias medidas foram propostas, da pena indeterminada à custódia de segurança indeterminada. Ainda no congresso que a AIDP celebrou em Bruxelas, em 1926, aprovou-se resolução em que se dizia: “O Congresso reconhece que a pena, como sanção única do delito, não basta às exigências da defesa social, seja contra os delinquentes mais perigosos, por sua anomalia ou por sua tendência ou hábito ao delito, seja frente aos delinquentes menores, mais ou menos reeducáveis. E expressa o voto de que os códigos penais contenham também medidas assecurativas determinadas pela personalidade do delincente, mais ou menos readaptável à vida social”. Num relatório publicado em 1948 pela Comissão Internacional Penal e Penitenciária se dizia que “raros são os países que se limitam a pretender combater a criminalidade endurecida pelas disposições sobre a reincidência”. *Jacques Bernard Herzog*, em 1955, dizia: “L’insuffisance de la peine à l’égard des délinquants d’habitude et de profession n’est pratiquement plus contestée”¹⁴.

IV

13. Escrevendo em 1932, logo após a promulgação do código Rocco, *Antolisei* observava que o sistema dualístico, embora engenhoso, não poderia se considerar definitivo, pois nele se vislumbram todas as características de um compromisso transitório. “Observando as tendências de evolução do direito criminal • prossegue • e voltando as vistas para os prováveis desenvolvimentos do próprio direito, é lícito conjecturar que, em um tempo, mais ou menos próximo, o sistema bipartido cederá a passo a um sistema unitário, que reunirá em si as características essenciais da pena e da medida de segurança”¹⁵.

14. O problema da unificação ou da contraposição • da pena à medida de segurança nunca se deixou de discutir. No VI Congresso Internacional

se a crítica impenitente de BIRKMEYER, *Schuld und Gefährlichkeit*, Leipzig, Felix Meiner, 1914, p. 51 ss.

¹³ JESCHECK, *La influencia de la Unión Internacional de Derecho Criminal y de la Asociación Internacional de Derecho Penal en el desarrollo internacional de la política criminal moderna*, in *Doctrina Penal*, nº 15 (1981), p. 461.

¹⁴ JACQUES-BERNARD HERZOG, *De délinquant d’habitude en droit comparé*, no volume *Delitto e Personalità*, Milão, Giuffrè, 1955, p. 388.

¹⁵ ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, no volume *Scritti di Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1955, p. 224.

de Direito Penal, realizado em Roma, em 1953, sendo *Grispigni* o relator do tema, a questão foi examinada. Não estava, porém, ainda, madura para solução. Depois de largo e improfícuo debate o congresso limitou-se a recomendar, para os semi-imputáveis, o sistema da via única, porque os retribucionistas impediram a aprovação da tímida proposta apresentada¹⁶.

15. A matéria foi, de novo considerada no seio da Grande Comissão de Direito Penal, incumbida da reforma do código penal alemão. *Eberhard Schmidt*, como relator, defendeu o sistema unitário afirmando que era prejudicial na decisão da matéria a questão relativa ao sentido a ser dado à execução da pena. E sustentava como óbvio um sistema de execução penal voltado para a ressocialização do condenado (*Resozialisierungsstrafvollzug*). Mostrou também que a custódia de segurança (*Sicherungsverwahrung*) não passava de uma prorrogação da pena e que os mendigos e vagabundos deveriam ser retirados do direito penal¹⁷. Prevaleceu, no entanto, por larga margem, o sistema do duplo binário. Nas *Jornadas* de Buenos Aires, celebradas em 1962, *Maurach* chegou a dizer: “O chamado unitaris mo não tem perspectivas de obter êxito e não terá validade enquanto a minha geração for responsável pelo destino do direito penal alemão”, o que levou *Quintano Rippolés* a afirmar: “El monismo está muerto en la ciencia alemana”¹⁸ (18). A geração de *Maurach* passou e podemos dizer, segundo o velho ditado, que aqueles que foram declarados mortos continuam vivos e estão muito bem.

V

16. O projeto Ferri, de 1921, introduziu um sistema unitário de sanções, de duração indeterminada (art. 44), aplicadas segundo a periculosidade do agente (art. 20). Um sistema como esse aparece no código soviético, de 1926, onde se procurou substituir a culpabilidade pela periculosidade social do agente, abandonando-se a noção de pena. Segundo *Maurach*, o direito costumeiro se revelou mais forte que a vontade do legislador. A doutrina e a jurisprudência retomaram a um direito penal da culpa, incorporando ao novo CP, de 1960¹⁹. Um sistema unitário aparece também no CP dinamarquês, de 1930; na reforma portuguesa, de 1936; no CP grego, de 1950; no CP sueco, de 1962; no CP búlgaro, de 1968 e no anteprojeto francês, de 1978. O único país socialista que adota o sistema do duplo binário é a Hungria.

¹⁶ Cf. *VIe Congres International de Droit Pénal*, Milão, Giuffrè, 1957, p. 221 ss. Veja-se também, na *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1953 e 1954, os informes apresentados ao VI Congresso. A solução que o sistema apresenta para os semi-imputáveis (adotado pelo CP brasileiro vigente) e particularmente desastrosa: pena atenuada pelo *quantum* de culpabilidade que tais pessoas apresentam e, depois da pena, medida de segurança.

¹⁷ *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 1. Band, Bonn, 1956, 51.

¹⁸ *Jornadas de Derecho Penal*, cit. (nota 6), 110 e 127.

¹⁹ MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*; 5a. edição, Heidelberg-Karlsruhe, Müller Verlag, 1977, 68.

17. Na Inglaterra o *Prevention of Crime Act*, de 1908, introduziu, com o nome de *preventive detention*, uma custódia de segurança ao lado da pena, para os criminosos habituais. Esse sistema que representava concessão ao critério do duplo binário, foi revogado pelo *Criminal Justice Act*, de 1948, que introduziu o *corrective training* e transformou a *preventive detention*, configurando-os como virtuais medidas de segurança, a serem aplicadas em lugar da pena²⁰. Na Inglaterra e nos Estados Unidos prevalece um sistema unitário, onde não se distingue a pena da medida de segurança. Veja-se a lei inglesa de 1973. Nos Estados Unidos generalizou-se a pena indeterminada, introduzida no Estado de Nova York, em 1876. O tribunal impõe ao condenado o mínimo e o máximo da pena a ser cumprida. A sua efetiva duração depende da decisão das juntas de livramento condicional (*parole boards*). Como diz *Berinstain*, se estudarmos com atenção o conteúdo das sanções reguladas na legislação penal norte-americana, parece claro que a maioria delas reúne as principais características das penas e das medidas, sobretudo destas últimas, pois têm em muita conta a personalidade e a periculosidade do delinqüente, bem como sua possível ressocialização²¹.

VI

18. Ao centro do debate está a questão fundamental sobre o caráter e o sentido da pena; seu fundamento e seus fins. O sistema do duplo binário vive em função da pena fundada no princípio da retribuição, incompatível com medidas de defesa social que não se fundem na culpabilidade. Em realidade, o magistério punitivo do Estado não se funda na retribuição, nem tem qualquer outro fundamento metafísico. A pena encontra seu fundamento no dever que incumbe ao Estado, de preservar a ordem e a segurança da convivência social, que deflui de sua função de tutor e mantenedor do ordenamento jurídico. Isso se faz com a incriminação de determinadas condutas, que mais gravemente atingem certos bens e interesses. Como se diz na Exposição de Motivos do projeto alternativo alemão, reproduzindo a frase famosa de *Hans Schultz*, a pena é tão somente amarga necessidade de uma sociedade de seres imperfeitos²². Pena e medida de segurança têm o mesmo fundamento. Ambas servem à proteção de bens jurídicos e se destinam a prevenir a prática de crimes. Na execução, ambas tendem à reintrodução do agente na sociedade, sem que venha a cometer novos crimes²³. É certo que a pena, em sua natureza jurídica, é, em essência, retributiva, porque é perda de bens jurídicos imposta ao transgressor. Mas a medida de segurança detentiva para imputáveis, que o condenado recebe e sofre como uma pena, também é perda de bens jurídicos, tendo natureza aflitiva, por vezes, mais grave do que a pena.

²⁰ LEON RADZINOWICZ, *The Criminal Justice Act*, 1948, no volume *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, Giuffrè, vol. 11, 1952, p. 415.

²¹ ANTONIO BERINSTAIN, *Medidas penales en derecho contemporaneo*, Madri, Reus, 1974, p. 47.

²² Cfr. *Alternativ Entwurf-eines Strafgesetzbuches*, Allgemeiner Teil, Tübingen, Mohr, 1966, p. 29. HANS SCHULTZ foi um dos autores do projeto.

²³ Projeto alternativo alemão, § 2 (1).

19. Desfaz-se, assim, o esquema jurídico do duplo binário, que é mera ficção com que se comprazem os juristas. Esse esquema, por seu artificialismo, não funcionou em parte alguma, estando hoje em completo descrédito. A falência do sistema se deve ao fato de nunca ter sido possível distinguir, na execução, a pena privativa da liberdade da custódia de segurança. Deve-se também à precariedade do juízo de periculosidade, bem ,como à inexistência de estabelecimentos e de pessoal técnico. Leis modernas, que mantêm o sistema, aproximam a medida de segurança da pena, adotando o critério vicariante, o princípio da reserva legal para as medidas e a regra da proporcionalidade. Como nota *Jescheck*, o problema se deslocou na atualidade, da disputa teórica sobre o caráter das sanções, para a necessidade de proteger os delinqüentes habituais e reincidentes contra o arbítrio estatal e os excessos judiciais²⁴.

20. Na 4a. edição de seu *Tratado*, *Maurach* ensinava que “a melhor qualidade da pena retributiva é sua majestade livre de todo fim, como se expressa na exigência kantiana de que se imponha ao último assassino a pena que merece, inclusive no caso em que a sociedade se fosse dissolver voluntariamente”. Todavia, como observa *Roxin*, na 5.ª edição daquele *Tratado*, atualizada por *Heinz Zipf*, um discípulo do mestre, todo o § 7 é substituído integralmente, aparecendo agora a afirmação de que a pena se justifica pela missão de proteção atribuída ao Estado e que, em sua justificação estatal, pena e medida de segurança devem ser consideradas em conjunto²⁵. Essa alteração fundamental é expressiva do novo pensamento jurídico-penal germânico e mostra que a geração de *Maurach* já vai deixando a cena.

VII

21. Não é possível seriamente diferenciar, na execução, a pena privativa da liberdade da medida de segurança detentiva para imputáveis. Isso tem sido observado por numerosos autores. Já *Mezger*, em seu tempo, se referia à “crise do duplo binário”, afirmando que a casa de trabalho (que o velho código alemão previa no § 42 d), em sua essência, constituía uma pena, e que a custódia de segurança (*Sicherungsverwahrung*) executava-se transferindo o condenado da ala direita para a ala esquerda do mesmo estabelecimento²⁶. É o que *Kohlrausch* chamava de «burla de etiquetas» (*Etikettenschwindel*)²⁷.

²⁴ JESCHECK, *ob. cit.* (nota 13), 466.

²⁵ MAURACH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4a. edição, 1971, p. 77. Veja-se MAURACH-ZIPF, 5a. edição, cit. (nota 19), p. 87 ss. No sentido das novas idéias, veja-se, por expressiva a passagem de HORN, no volume RUDOLPHI et al., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1., Allgemeiner Teil, Frankfurt am Main, Metzner, 1977, p. 465.

²⁶ MEZGER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 9a. edição, Munique e Berlim, Beck, 1960, p. 306. Cf. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3a. edição, Berlim, Duncker & Humblot, 1978, p. 68.

²⁷ ZStW 44 (1924), p. 33.

VIII

22. Quando em 24 de novembro de 1933, a lei sobre delinquentes habituais perigosos introduziu, no CP alemão, o § 20a, estabelecendo uma agravação da pena não para certos fatos, mas para determinados agentes, aparece no direito penal clássico, realmente, um corpo estranho. Surgem então diversas tentativas para conciliar a novidade com o sistema, entre as quais, a que teve maior destaque foi a idéia de culpabilidade pela conduta da vida (*Lebensführungsschuld*), introduzida por Mezger (ZStW, 57/688). A essência da culpa, passaria aqui a consistir numa omissão: não ter feito o agente de sua vida o que teria sido possível²⁸. A idéia foi retomada por outros autores, sendo acolhida pelos grandes mestres portugueses, *Eduardo Correia* e *Jorge de Figueiredo Dias*. Este último formula a “culpa da pessoa”, nos seguintes termos: “Culpa jurídica (jurídico-penal) é, assim, a violação pelo homem do dever de conformar o seu existir por forma a que, na sua atuação, na vida, não viole ou ponha em perigo bens juridicamente (jurídico-penalmente) protegidos”²⁹. Procurava-se desta forma manter a pureza do sistema, superando a concepção clássica da culpabilidade pelo fato, isolado (*Einzeltatschuld*)³⁰. A nosso ver a teoria da culpabilidade pela conduta da vida não passa de uma ficção engendrada pela imaginação criadora dos juristas, embora *Jescheck* afirme que o mais correto é a união de ambas as concepções, pois há casos em que o direito penal toma em conta “o conjunto da personalidade” do autor (*Gesamtpersönlichkeit*). Esses casos seriam o juízo sobre a evitabilidade do erro de proibição, a reincidência e as disposições sobre a medição de pena³¹.

23. O que importa, porém, aqui considerar é que essa apreciação do conjunto da personalidade, que é inevitável, pelo menos na aplicação da pena, com a qual se procurou manter a pureza do direito penal da culpa, veio tornar bastante relativa a contraposição entre culpa e periculosidade. É a penetrante observação de *Sieverts*, para quem a teoria do direito, com a *Lebensführungsschuld*, não mais permite uma nítida separação entre pena e medida de segurança³².

²⁸ MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlim, Munique, Duncker & Humblot, 1950, p. 35.

²⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1976, p. 188. Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Coimbra, Almedina, 1963, p. 322 ss. Cf. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 40 ss.

³⁰ BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, 2a. edição, tomo 2º, vol. 1, 1914, p. 283: “Unicamente o fato singular, um fato instantâneo, talvez completamente excepcional nos costumes que o sujeito tinha até então, o converte em culpável e só por isso responsável penalmente e não por seu caráter; nem por seu temperamento permanente, nem por sua conduta anterior ou posterior ao fato”.

³¹ JESCHECK, *Lehrbuch*, cit. (nota 26), p. 343.

³² (32) RUDOLF SIEVERTS, *Würde sich für ein neues Strafgesetzbuch die Einführung der unbestimmten Verurteilung empfehlen und in welche Umfang?*, Materialien zur Strafrechtsreform, Band 1., Bonn, 1954, p. 117.

IX

24. As medidas de segurança, segundo a teoria, fundam-se e medem-se pela periculosidade do agente. Que é, no entanto, realmente a periculosidade e quais são os critérios para reconhecê-la? Eis aí um problema descomunal. Começemos com os partidários da pena retributiva. *Bettiol* nega, por completo, seja possível um juízo sobre a periculosidade: “O homem livre e capaz não pode ser objeto de um juízo de periculosidade, porque não é um momento ou uma força cega da natureza, mas um ser que se desenvolve e atúa no mundo dos valores, onde um cálculo de probabilidades não tem direito de cidadania”. “As medidas de segurança, salvo exceções, violam os princípios fundamentais do Estado de direito. Um homem livre não pode ser considerado necessitado de tal ação, e, portanto, perigoso”³³.

25. O conceito de perigo referido à personalidade do delinqüente surge com o positivismo criminológico. Os clássicos haviam tratado do conceito de perigo na estrutura do crime, definindo-o como probabilidade de dano. Construindo, porém, o sistema com base na culpabilidade, fundada no livre arbítrio e na responsabilidade moral, desconhecera por completo a idéia de periculosidade, embora *Feuerbach* tenha, sem conseqüências, se referido a ela como “qualidade da pessoa pela qual fundadamente se presumirá que ela deve efetivamente violar o direito”. Pretendendo mudar o centro de gravidade do sistema, a Escola Positiva, com a obra de *Garofalo* (“Critério positivo della penalità”, Nápoles, 1880), sustentava que a pena deveria ajustar-se à *temibilidade* do delinqüente. Como *Rocco* observou, a referência à temibilidade não era feliz. Temibilidade expressa uma impressão subjetiva e é, realmente, a conseqüência da periculosidade³⁴. A periculosidade vem entendida como um modo de ser, um atributo, uma condição psíquica da pessoa, que *Garofalo* e *Grispigni* consideravam anormal³⁵. *Ferri* distinguia a periculosidade criminal da periculosidade social, afirmando que todos os delinqüentes são perigosos. O problema estaria em valorar o grau de periculosidade de todo delinqüente, pelo só fato de haver cometido uma ação delituosa³⁶. *Ferri* parte da relação grupo-indivíduo, para reconhecer a periculosidade na “inadaptabilidade social”, ou seja, na falta de ajustamento do indivíduo às exigências do meio social. Não se questiona a ordem social. Pressupõe-se uma ordem social determinada a que o sujeito deve ajustar-se. Como diz *Bergalli*, o conceito assim elaborado não

³³ BETTIOL, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, no volume *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Pádua, Cedam, 1962, pp. 3 e 17.

³⁴ ROCCO, *L'oggetto del reato*, Roma, in *Foro Italiano*, 1932, 313.

³⁵ GRISPIGNI, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, in *Scuola Positiva*, 1920, pp. 103 e 109.

³⁶ FERRI, *Principias de Derecho Criminal*, trad., Madri, Reus, p. 274. A periculosidade social é a que aparece *ante-delictum*, correspondendo aos marginalizados e parasitas. Veja-se a lei espanhola de periculosidade e reabilitação social, de 4 de agosto de 1970. Esta lei veio substituir a incrível lei de *Vagos y Maleantes*, de 1933. Cfr. MARINO BARBERO SANTOS, *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, Bosch, 1980.

constitui uma construção científica de um fenômeno real, pois está contaminado de pré-noções e sustentado pelas aparências. Ou seja, o conceito pressupõe uma “ordem social”, com uma estrutura normativa “natural”, que todos os indivíduos devem aceitar como orientadora de suas ações. A conduta é o indicador da periculosidade, e o fator que principalmente a determina é o meio ambiente, onde o indivíduo se socializa³⁷.

26. A periculosidade é definida como probabilidade de que novos crimes sejam praticados. O art. 203 CP italiano esclarece: “Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell' articolo presente (reati o quasi-reati) quando e probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati”. Trata-se, como logo se vê, de um juízo sobre o comportamento futuro do indivíduo, precisamente aquele que *Bettiol* rejeita. Estamos, aqui também, diante de uma ficção jurídica, pois, como observa *Soler*, não existe fórmula positiva ou científica de periculosidade, podendo afirmar-se o caráter profético da noção de estado perigoso³⁸. *Lopez-Rey* também anota que as noções de periculosidade e de comportamento desviante se caracterizam por sua generalidade, seu fraco valor científico e por seu servilismo em relação ao poder aceito ou imposto. E observa que a importância atribuída à personalidade do delinqüente, como pivô criminológico, pertence ao passado: “Evidentemente essa personalidade deve ser tomada em consideração, mas relativamente a outros postulados, entre os quais o mais importante é o da justiça social. Reduzindo-se o papel da personalidade, o papel da periculosidade se encontra, ele também, automaticamente reduzido e mesmo suprimido. Tal justiça requer uma concepção sócio-política. Cientificamente a periculosidade não pode ser justificada, e menos ainda do ponto de vista sócio-político”³⁹.

27. A periculosidade se estabelece, portanto, com um juízo de probabilidade, que, por sua própria natureza, é absolutamente relativo. A lei indica critérios para verificar a periculosidade real (art. 77 CP brasileiro), os quais são basicamente os mesmos previstos para o juízo de culpabilidade (art. 42 CP brasileiro). Teoricamente, no entanto, aqueles elementos devem ser aqui considerados em perspectiva diversa. Para aplicação da pena, cumpre avaliar a maior ou menor reprovabilidade da ação. Para aplicação da medida de segurança, cumpre avaliar a probabilidade de reincidência. Essa é a teoria. Em realidade,

³⁷ ROBERTO BERGALLI, *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, 1980, p. 49. Como nota ZIPF (*Introducción a la política criminal*, trad., Caracas, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979, p. 74), a reinserção social só pode ter sentido se a própria sociedade está em ordem. Em realidade, o direito penal protege a ordem social reconhecida como correta. Não é alavanca de reforma social, mas escudo da ordem social.

³⁸ SEBASTIAN SOLER, *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, Buenos Aires, Valerio-Abeledo, 1929, pp. 169 e 174.

³⁹ LOPEZ REY, *Quelques réflexions sur le danger de la notion de dangerousité*, no volume *Dangerosité et Justice Penale*, Université Catholique de Louvain, 1979, p. 327. Sobre a matéria, vejamos os trabalhos que aparecem no volume *Deuxieme cours international de Criminologie: le probleme de l' état dangereux*, Melun, 1954.

porém, a consideração da personalidade do agente é indispensável no processo de aplicação da pena. A periculosidade do agente, no direito brasileiro, é hoje decisiva na fixação do regime de execução (art. 77 § 1º CP). Como observa *Nuvolone*, o fato de servirem os mesmos elementos à medição da pena e à verificação da periculosidade, mostra a incoercível exigência unificadora das sanções penais, que devem perseguir contemporaneamente, para os imputáveis, finalidades de repressão e de prevenção especial⁴⁰. Em boa verdade, o juízo de periculosidade é formulado precariamente pelo juiz, de forma empírica, incerta e intuitiva, mais semelhante a uma suspeita que a um diagnóstico positivo⁴¹.

28. A Criminologia formula os métodos clínicos e estatísticos e o método intuitivo. Mas todos os criminólogos, apresentam reservas e objeções quanto a tais métodos⁴². O método estatístico levou à elaboração de tábuas de predição, que se difundiram nos Estados Unidos, particularmente pelos estudos do casal *Glueck*. A sua imperfeição é manifesta, conduzindo, como diz *Lopez Rey* a uma espécie de Criminologia na qual o crime e a delinquência, e, portanto, os criminosos não são considerados como parte de uma estrutura social, ou como manifestações dela, mas como algo aparte ou isolado, que deve ser tratado cientificamente, e não sociologicamente⁴³. Em suma, o que se tem a dizer é que não há métodos científicos para determinar a periculosidade, que é um conceito vago e indeterminado, sendo o procedimento judicial de sua verificação fundado na intuição do juiz, com critérios de evidente irracionalismo.

29. A precariedade do prognóstico e do juízo de periculosidade revela-se também em relação à suspensão condicional da pena e ao livramento condicional, bem como na farsa que constituem os exames de cessação da periculosidade. A verdade é que ninguém sabe quando a periculosidade existe ou não existe, partindo do exame da personalidade do agente. Funcionam - como base fundamental da intuição do observador os antecedentes do réu, aos quais a prática judiciária sempre atribui valor especial. A falência da pena indeterminada nos Estados Unidos é bem uma ilustração. O abuso das *parole boards* freqüentemente prorroga a duração da pena a limites intoleráveis, motivo pelo qual constitui reivindicação generalizada dos presos, através de associações de defesa de seus

⁴⁰ NUVOLONE, *Il sistema di diritto penale*, cito (nota 9), p.322.

⁴¹ Cf. SOLER, *ob. cit.* (nota 38), p. 169.

⁴² GOPPINGER, *Criminologia*, trad., Madri, Reus, 1975, p. 286. TOMÁS S. VIVES ANTON, *Metodos de determinación de la peligrosidad*, no volume *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidade de Valencia, 1974, p. 410: “¿Cabe concluir que nem a Biologia, nem a Sociologia, nem a Psicologia, se acham condições de fundamentar teoricamente um prognóstico de periculosidade. Situação que pode corresponder a um imperfeito desenvolvimento dessas ciências, mas não se pode descartar que obedeça a que se está buscando o que não existe”. WOLF MIDDENDORF, *Teoria y practica de la prognosis criminal*, Madrid, Espasa Calpe, 1970, pp. 108/109. GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Colonia, Berlim, Bonn e Munique, Carl Heymanns, 1971, p. 21.

⁴³ LOPEZ REY, *Some misconceptions in contemporary Criminology*, no volume *Essays in Criminal Science* (GERHARD O. W. MUELLER, org.), South Hackensack e Londres, Rotman e Sweet & Maxwell, 1961, p. 14.

direitos, o retorno a um sistema de pena determinada⁴⁴.

30. A periculosidade também pode ser *presumida* pela lei (art. 78 CP brasileiro). Nesse caso a ficção é indiscutível. A idéia de presunção normativa de periculosidade corresponde a exacerbada repressão, sendo hoje insustentável. Não se pode impor o que virtualmente constitui pena (internação para os reincidentes), com base em mera presunção, sem ofensa a direitos elementares. O critério segundo o qual o prazo mínimo da internação se fixa em função da pena cominada ao crime, é simplesmente absurdo. Percebe-se aqui a hipocrisia do sistema. Se a medida de segurança se funda na periculosidade, esta é que deve ser critério exclusivo para regular o prazo de internação.

X

31. Temos, a esta altura, uma experiência apreciável com o sistema das medidas de segurança. Como foi essa experiência nos países que adotavam o duplo binário? Simplesmente lamentável. Na Inglaterra, a ‘*preventive detention*’, introduzida pelo *Prevention of Crime Act*, de 1908, enquanto esteve em vigor, nunca funcionou⁴⁵. Na Alemanha, onde foi muito vivo o princípio da retribuição, afirmou-se, nos trabalhos preparatórios do projeto oficial de 1960, que a custódia de segurança se converteu em completo fracasso político-criminal⁴⁶. *Jescheck* mostra-se cético com a eficácia das medidas privativas da liberdade, tendo em vista o reduzido número de casos de sua aplicação, apesar da reincidência freqüente. Em 1974, havia apenas 69 internados de segurança na Alemanha. A casa de trabalho, anteriormente, possuía importância cada vez menor⁴⁷. Na Suécia, o internamento foi praticamente abandonado. Na maior parte dos países onde existem na legislação medidas de segurança detentivas para imputáveis, faltam meios, pessoal e os estabelecimentos não foram sequer construídos⁴⁸.

32. Os países que, em suas recentes reformas, permanecem fiéis ao sistema do duplo binário, adotaram amplamente um sistema de via única na execução. É o caso da Alemanha (1975), Áustria (1975) e Suíça, onde uma revisão extensa foi realizada em 1971. Introduzem-se nesses países critérios que mais fortemente aproximam a pena das medidas de segurança⁴⁹. Assim, estabelece-se o princípio da proporcionalidade; estende-se às medidas de

⁴⁴ Cf. JESSICA MITFORD, *Kind and usual punishment. The prison business*, Nova York, Vintage Books, 1974, p. 121. JESCHECK, *ob. cit.* (nota 13), p. 462, informa que a pena indeterminada já desapareceu nos Estados da Califórnia, Indiana e Maine.

⁴⁵ LEON RADZINOWICZ, *ob. cit.* (nota 20), p. 415.

⁴⁶ SIEVERTS, *Niederschriften*, cito (nota 17), tomo III, p. 153.

⁴⁷ JESCHECK, *Lehrbuch*, cit. (nota 26), p. 658. ‘Com a reforma do § 66 StGB, as cifras diminuirão ainda mais’.

⁴⁸ BERISTAIN, *ob. cit.* (nota 21), p. 194; v.v. nota à tradução espanhola do *Tratado*, de JESCHECK (Barcelona, Bosch, 1981, tomo II, p. 1136); LOPEZ REY, *ob. cit.* (nota 39), p. 328.

⁴⁹ RUDOLPH SCHMITT, *ob. cit.* (nota 5), p. 279.

segurança o princípio da reserva legal; adota-se o critério vicariante; concede-se para as medidas de segurança o livramento condicional.

33. O princípio da proporcionalidade limita a medida de segurança, pondo-a em relação com o fato praticado. Ele aparece no CP alemão no § 62, que proíbe seja imposta medida que não esteja em relação com o significado do fato praticado⁵⁰. Esse princípio, segundo *Jeschek*, cumpre nas medidas uma função protetora similar à que na pena cumpre o princípio da culpabilidade⁵¹. A medida de segurança já não se funda apenas na periculosidade. *Rudolph Schmitt* afirma que, de acordo com o direito, penas e medidas de segurança têm hoje em comum o fato de que devem ser medidas em relação com o fato praticado⁵².

34. As medidas de segurança não estão submetidas ao princípio da reserva legal no sentido de anterioridade ao *fato*. O art. 75 CP brasileiro estabelece que as medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença prevalecendo, no entanto, se diversa, a lei vigente no momento da execução. Parte-se do entendimento de que a medida de segurança não tem caráter retributivo, visando apenas ao tratamento ou à emenda. A tendência, no entanto, é a de subordinar as medidas de segurança às mesmas garantias da pena. Assim dispunha o projeto alternativo alemão, § 1 (2). Como se lê na justificção desse projeto, comumente as medidas de segurança conduzem a larga privação da liberdade, atingindo gravemente bens jurídicos, e, como a pena, podem ser aplicadas repressivamente⁵³. O CP austríaco, de 1974, em seu § 1 equipara as medidas de segurança à pena para os efeitos da reserva legal. O CP alemão vigente manda aplicar a medida de segurança em vigor no tempo da sentença, se a lei não dispuser diversamente. A :respeito dessa ressalva (que não constava da lei anterior), a fundamentação do projeto de 1962 esclarece que não pode a regra legal prevalecer no caso de novas medidas de segurança, que gravemente atinjam a liberdade do agente e que, por isso, tenham efeito igual à pena⁵⁴.

35. O critério vicariante torna a medida de segurança intercambiável com a pena. Ele já estava previsto no projeto *Stooss* e foi introduzido no CP suíço. Esse critério vem mostrar claramente que a pena e a medida de segurança têm um substrato comum, permitindo resolver as mais graves incongruências da solução jurídica prevista para os semi-imputáveis, no sistema do duplo binário⁵⁵. O CP alemão em vigor (§ 67) incorporou o critério (que não

⁵⁰ § 62 StGB: ‘Eine Massregeln der Besserung und Sicherung darf nicht angeordnet werden, wenn sie zu Bedeutung der von Täter begangenen... Taten... ausser Verhältnis steht’. Sobre o princípio (que já era exigido pela jurisprudência), cf. ARTHUR KAUFFMANN, *Schuldprinzip und Verhältnismassigkeitsgrundsatz*, Festschrift f. R. Lange, 1976, p. 27.

⁵¹ JESCHECK, *Lehrbuch*, cit. (nota 26), p. 67.

⁵² RUDOLPH SCHMITT, *ob. cit.* (nota 5), p. 280. Compare-se, em contrário, o que dizia STOOSS, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Viena e Leipzig, Deuticke, 1913, p. 224.

⁵³ *Alternativ Entwurf*, cit. (nota 22), p. 29.

⁵⁴ *Entwurf eines Strafgesetzbuches E. 1962*, Begründung, p. 108.

⁵⁵ (55) Cf. MARQUARDT, *Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vicariierens von Strafe und Massregeln*, Berlin-Munique, Duncker & Humblot, 1972, passim.

se aplica nos casos de custódia de segurança). O mesmo ocorre no CP austríaco (§ 24). Na Alemanha, a lei das execuções penais, de 1977 (§ 9), permite impor a um preso a medida intercambiável de internação em estabelecimento de terapia social, sem ordem do juiz, o que representa, pelo menos em relação a esta medida, o fim do sistema do duplo binário. O CP alemão, por outro lado, introduziu a suspensão condicional das medidas (§ 67 b).

XI

36. O CP brasileiro, inspirado no código Rocco, adotou em sua plenitude o sistema do duplo binário, disciplinando amplamente as medidas de segurança. O que se tem a dizer é que nos 40 anos de vigência desse código, somente no Estado de São Paulo foi construído um único estabelecimento para execução de medidas de segurança detentivas para imputáveis. Em nenhum outro Estado existem tais estabelecimentos, o que significa que as disposições do código ficaram no papel. Em conseqüência, não se cumprem as medidas de segurança detentivas, substituídas que são pela liberdade vigiada, uma medida puramente retórica. Por outro lado, concede-se com liberalidade o livramento condicional, através de exames de cessação da periculosidade, que prejudicam a execução da medida de segurança. A impressão que se tem é a de que o sistema funciona sem que as medidas de segurança detentivas para imputáveis façam falta.

37. No governo de Jânio Quadros, o Estado de São Paulo criou o Departamento de Institutos Penais, entregue à direção de *J.B. Viana de Moraes*, que reformulou integralmente o sistema penitenciário estadual, surgindo, em 1955, a Casa de Custódia e Tratamento, de Taubaté, e o Instituto de Reeducação e Tratamento, em Tremembé. A Casa de Custódia e Tratamento destina-se aos semi-imputáveis e o Instituto a condenados imputáveis, sujeitos a medida de segurança, em virtude de sua periculosidade, real ou presumida. A capacidade da Casa de Custódia é de 184 vagas, em celas individuais, operando normalmente com a lotação completa. O Instituto de Reeducação e Tratamento tem 140 celas e dispõe de oficinas para diversos tipos de trabalho, achando-se em pleno funcionamento. O que se tem a dizer, no entanto, é que um estabelecimento como esse não se distingue de uma prisão, apresentando os mesmos problemas do ambiente carcerário, hoje tão bem conhecidos⁵⁶. Por outro lado, não existe no Instituto adequado tratamento laborterápico nem qualquer seriedade nos exames de cessação de periculosidade, que são muitas vezes substituídos por relatórios do diretor, baseados em informes dos encarregados dos diversos setores⁵⁷.

⁵⁶ Cf. HELENO C. FRAGOSO et al., *Direitos dos presos*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 8 ss.

⁵⁷ MANOEL PEDRO PIMENTEL, em comunicação ao autor. O ilustre professor, que é de nossos melhores especialistas na matéria, conclui, referindo-se ao IRT: ‘Como se encontra na prática, não me parece ser importante sua colocação no conjunto do sistema’.

38. A reforma penal brasileira orienta-se decisivamente no sentido do abandono do sistema do duplo binário, como fruto de nossa experiência negativa. O anteprojeto *Hungria* (1963) terminou com as medidas de segurança detentivas para imputáveis, prevendo, para os criminosos habituais e por tendência (inspirado no código italiano, no código grego, de 1950, e no projeto Soler), um aumento facultativo das penas. Para os semi-imputáveis, adotou o anteprojeto o critério vicariante (art. 89 § 1.º), permitindo o livramento condicional. O malogrado CP de 1969, que nunca entrou em vigor, manteve-se fiel ao anteprojeto, estabelecendo um sistema de pena relativamente indeterminada para os criminosos habituais e por tendência (art. 64). O anteprojeto oficial de 1981, repudiando também o sistema do duplo binário, renuncia a qualquer tratamento especial para os delinquentes perigosos, adotando o critério vicariante para os semi-imputáveis. Todo o extenso título do DP vigente relativo às medidas de segurança é substituído por apenas quatro artigos, um dos quais relativo aos direitos dos internados. Pode-se, portanto, dizer que o sistema do duplo binário corresponde a um ciclo histórico do direito penal que parece definitivamente encerrado.

O-O-O-O-O-O-O-O-O-O-O

RIASSUNTO

L'Autore esamina, in prospettiva storica, la nascita delle misure di sicurezza e la comparsa, nelle legislazioni, del sistema del doppio binario. Si riporta ai problemi della recidiva in relazione alla pena retributiva e analizza le misure introdotte in relazione ai delinquenti abituali e professionali. Studia, in seguito, le proposte d'unificazione della pena con la misura di sicurezza. Ritiene che la pena e la misura di sicurezza abbiano lo stesso fondamento; entrambe servono alla protezione di beni giuridici, e sono destinate a prevenire la commissione dei reati. L'Autore mostra le contraddizioni del sistema del doppio binario e le difficoltà che il concetto di pericolosità presenta, esaminando le soluzioni fornite dalle legislazioni moderne. Infine, opera un riferimento alla esperienza brasiliana, affermando che il sistema del doppio binario, introdotto nella legge 40 anni fa, non ha mai funzionato in Brasile; dà quindi notizia dei più recenti progetti di riforma del Codice Penale brasiliano che abbandonano completamente il sistema del doppio binario.

(*) Artigo publicado nos "Studi in Memoria di Giacomo Delitala", vol. III, Giuffrè ed., 1984, p. 1907-1930.