



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS

LETÍCIA CHERULLI EDREIRA

**PENA X MEDIDA DE SEGURANÇA:
HÁ DIFERENÇA ONTOLÓGICA ENTRE AMBOS OS
INSTITUTOS PENAIIS?**

BRASÍLIA

2014

LETÍCIA CHERULLI EDREIRA

**PENA X MEDIDA DE SEGURANÇA:
HÁ DIFERENÇA ONTOLÓGICA ENTRE AMBOS OS
INSTITUTOS PENAIIS?**

**Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.**

**Orientador: Professor Me. José Carlos
Velooso Filho**

BRASÍLIA

2014

LETÍCIA CHERULLI EDREIRA

**PENA X MEDIDA DE SEGURANÇA:
HÁ DIFERENÇA ONTOLÓGICA ENTRE AMBOS OS
INSTITUTOS PENAIIS?**

**Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.**

**Orientador: Professor Me. José Carlos
Veloso Filho.**

Brasília, ____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Prof. José Carlos Veloso Filho

Examinador

Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais Ivan e Heloísa, aos meus irmãos, David, André e Tiago e a todas as pessoas especiais que me ajudaram durante a realização do presente estudo, pelo incentivo, apoio e carinho. Especialmente por terem sempre acreditado em mim e continuarem me dando forças para buscar meus sonhos.

AGRADECIMENTO

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada. Ao meu namorado Raphaello, por ter vivenciado comigo passo a passo todos os detalhes deste trabalho e que esteve ao meu lado nesses anos de vida acadêmica, sempre me apoiando e me incentivando nas horas difíceis, de desânimo e cansaço. Agradeço ao Professor José Carlos Veloso Filho pelas sábias orientações que me deu para a realização deste trabalho, tendo procurado sempre enriquecer minha pesquisa.

Agradeço ainda, a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização do presente trabalho de conclusão de curso.

RESUMO

O Direito Penal existe para tutelar bens considerados importantes para a vida social, tais como: vida, liberdade, integridade física, etc. Podemos dizer que a sanção penal surge para estabelecer um limite às condutas dos indivíduos, pois, caso não existissem, o indivíduo não se sentiria intimidado a agir conforme o socialmente pactuado. Elas existem, nas mais variadas formas, desde que o ser humano decidiu viver em sociedade, abrindo mão de parcela de sua liberdade em prol do respeito à liberdade dos demais. No Direito penal Brasileiro ela se subdivide em pena e medida de segurança, nesta ótica, o presente trabalho de conclusão de graduação pretende apresentar no viés dogmático um estudo mais aprofundado acerca de ambos os institutos. Pretende-se comparar os dois institutos penais estabelecendo princípios que lhes são aplicáveis chegando ao cerne de sua diferença ontológica, estabelecendo-se, ainda diferença entre punição e tratamento, e o pressuposto da culpabilidade ou periculosidade do indivíduo como fundamento à imposição de cada um.

Palavras-Chave: Direito Penal. Execução Penal. Sanção Penal. Pena. Medida de Segurança.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DAS PENAS	9
1.1 Natureza Jurídica e finalidade	10
1.2 Penas previstas no sistema penal brasileiro	15
1.2.1 <i>Pena privativa de liberdade</i>	16
1.2.1.1 <i>Espécies</i>	17
1.2.1.2 <i>Regimes de cumprimento</i>	19
1.2.1.3 <i>Sistema progressivo</i>	22
1.2.2 <i>Pena restritiva de direitos</i>	24
1.2.2.1 <i>Prestação Pecuniária</i>	25
1.2.2.2 <i>Prestação de serviços à comunidade</i>	26
1.2.2.3 <i>Interdição temporária de direitos</i>	27
1.2.2.4 <i>Limitação de final de semana</i>	28
1.2.2.5 <i>Perda de bens e valores</i>	29
1.2.3 <i>Pena de multa</i>	29
2 DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO ÂMBITO LEGAL	31
2.1 Natureza Jurídica	31
2.2 Finalidade e necessidade	33
2.3 Espécies	34
2.4 Prazos	36
2.4.1 <i>Superveniência de doença mental</i>	38
3 DIFERENÇA ONTOLÓGICA ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA	41
3.1 Princípios aplicáveis a ambos institutos	43
3.1.1 <i>Princípio da legalidade</i>	44
3.1.2 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	45
3.1.3 <i>Princípio da proporcionalidade</i>	46
3.1.4 <i>Princípio da Individualização</i>	47
3.2 Proibição da pena de caráter perpétuo	49
3.3 Punição X Tratamento	50
3.3 Periculosidade: Problemática acerca de seu conceito e transitoriedade	51
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O Direito Penal existe para tutelar bens considerados importantes para a vida social, tais como: vida, liberdade, integridade física, etc. Desta forma, o Direito penal estabelece um conjunto mínimo de regras, essenciais ao convívio em sociedade, a serem cumpridas e comina sanções para quem não conforme elas. Busca-se, assim, coibir quem de qualquer forma atinja bens jurídicos tidos como essenciais pela sociedade.

Podemos dizer que a sanção penal surge para estabelecer um limite às condutas dos indivíduos, pois, caso não existissem, o indivíduo não se sentiria intimidado a agir conforme o socialmente pactuado. Elas existem, nas mais variadas formas (penas de morte, mutilação, humilhação, privação de liberdade, etc), desde que o ser humano decidiu viver em sociedade, abrindo mão de parcela de sua liberdade em prol do respeito à liberdade dos demais

Em verdade, desde então, vale o brocardo de que “a liberdade de um indivíduo acaba onde começa a do outro”, ou seja, um indivíduo é livre para fazer o que bem entender até adentrar na esfera de liberdade de alguém. Ao ultrapassar seu limite de liberdade, atingindo bens jurídicos alheios, o direito penal deverá agir para coibi-lo, impondo-lhe uma sanção penal.

O Direito Penal procura, de forma expressa em seus dispositivos legais, informar aos indivíduos como devem agir, sob pena de sofrerem as consequências do ato cometido. É o que ocorre, por exemplo, no disposto no artigo 121 do Código Penal, onde o legislador estabelece a proibição de matar alguém e comina a respectiva pena corporal para seu descumprimento.

Ocorre que, nem sempre as pessoas irão agir conscientemente e com a certeza da consequência de seus atos. Poderá haver casos em que o infrator da norma penal não tenha capacidade de entender a ilicitude de sua conduta, uma vez que acometido por alguma patologia que lhe diminua o discernimento – é o caso dos indivíduos com desenvolvimento mental incompleto.

Nesta ótica, o presente trabalho de conclusão de graduação pretende apresentar um estudo mais aprofundado sobre pena e medida de segurança, tendo como escopo apresentar uma proposta acerca da diferença ontológica entre ambos os institutos penais. Embora ambos sejam espécies do gênero sanção penal, possuem natureza jurídica própria e finalidades diversas, assim, não devem ser confundidos e tratados na mesma forma.

No primeiro capítulo analisa-se mais detalhadamente a natureza e finalidade da pena e, por sua vez, as espécies de penas existentes no Brasil. Neste segmento é importante salientar as peculiaridades deste instituto penal, para que posteriormente seja possível seu confronto às peculiaridades da medida de segurança.

Na segunda parte do trabalho, objetiva-se o estudo da medida de segurança propriamente dita. Adentra-se em sua natureza jurídica, finalidade, necessidade, espécies e mais alguns detalhes importantes de se ressaltar. Pretende-se, ainda, estabelecer uma discussão acerca do prazo máximo de sua duração.

Na parte final, onde mais concretamente se concentra o estudo do presente trabalho, pretende-se comparar os dois institutos penais estabelecendo princípios que lhes são aplicáveis chegando ao cerne de sua diferença ontológica.

Um ponto importante a ser analisado para a comparação entre ambas as sanções penais é a diferença entre punição e tratamento, já que na pena o escopo punitivo mostra-se mais marcante e a medida de segurança mais se aproxima de um tratamento à patologia do indivíduo. Assim, trata-se de ponto essencial para se buscar a diferença ontológica entre ambos os institutos.

1 DAS PENAS

A origem da pena como resposta estatal frente ao cometimento de um delito é muito remota, não havendo como se precisar com absoluta certeza suas origens. Sua evolução é marcada por um imenso dinamismo que lhe é peculiar, uma vez que a forma de punir de uma sociedade em muito reflete a situação em que esta se encontra, acompanhando sua crença, forma de governo, de Estado, evolução social, entre outros.¹

De certo, uma vez vivendo em sociedade, o homem teve de criar regras de convivência, criando, também, mecanismos de repressão aos que as infringissem. Mecanismos estes que deveriam ao mesmo tempo coibir o descumprimento da lei e ofertar ao transgressor uma punição por suas ações. Como defende Beccaria:

“Não bastava, porem, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura, sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros. Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis.”²

Contudo, em seus primórdios, a pena em muito distou de sua concepção contemporânea, onde, na maioria dos casos, se resume à privação da liberdade. Na antiguidade a privação da liberdade não era considerada propriamente uma sanção penal, o encarceramento de delinquentes repousava, outrossim, em razões diversas. Até fins do século XVIII a prisão servia basicamente à contenção dos réus até o momento de seu julgamento, onde lhes seriam aplicadas as penas propriamente ditas, como, por exemplo, pena de morte, penas corporais (mutilações e açoites) e outras infamantes.³

Na idade média a pena ainda reside com a finalidade precípua de custódia cautelar até o julgamento final. Nesse período histórico encontram-se registros de penas completamente desumanas e humilhantes que constituíam verdadeiro espetáculo à população,

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1 p. 641.

² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 6. ed. São Paulo: Atena, 1959. p. 33.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1 p. 642.

como amputação de membros, morte com sofrimento e queima de partes do corpo humano.⁴ Lado outro, nessa mesma época, surgem as prisões de Estado, destinadas a recolher ao cárcere os adversários políticos dos governantes e da realeza – onde o réu seria submetido a uma detenção temporal ou perpétua e a prisão passa a mais se assemelhar a uma sanção penal⁵

Já na idade moderna, em face da grande influência do direito canônico, as penas ganham traços de ressocialização e tornam-se sensivelmente mais humanitárias, contudo, trata-se de período em que a evolução social da pena ainda é tímida.⁶ Apenas na idade contemporânea passa-se a encarar a delinquência como um problema social e o transgressor da norma penal como um ser humano detentor de direitos que deve receber uma justa sanção penal por seus atos, como forma de torná-lo apto a retornar ao convívio em sociedade e prevenir que volte ao submundo do crime.⁷

Chegasse, assim, à concepção atual de pena, que tende a ser cada vez menos invasiva à liberdade do indivíduo e deixa de ser uma simples e inútil punição pelo ato ilícito praticado.

1.1 Natureza Jurídica e finalidade

A muito se discute a real natureza jurídica e a finalidade das penas privativas de liberdade no sistema carcerário brasileiro visa-se ressocializar o sentenciado ou simplesmente puni-lo?

Trata-se de instituto jurídico que é espécie do gênero sanção penal – do qual também faz parte a medida de segurança – sendo, no Brasil, imposta pelo Estado somente através de uma ação penal com decisão definitiva. Para Rogério Greco tem-se que:

“É a consequência jurídica imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*. ”⁸

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1 p. 643.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1 p. 644.

⁶ CALDEIRA, Felipe Machado, A evolução histórica, filosófica e teórica da pena, **Revista da EMERJ**. v. 12, nº 45: Rio de Janeiro, 2009. p. 265-266.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1 p. 645.

⁸ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**, parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 471.

Podemos dizer que três teorias discorrem acerca da finalidade da pena no direito penal: absoluta, relativa e mista. As duas primeiras são completamente antagônicas e a terceira nada mais é do que a reunião de elementos das demais.⁹

Para a concepção absolutista a pena é um fim em si mesmo, ou seja, é o próprio castigo ou reparação do crime, não buscando em nenhum momento ser um meio para se atingir objetivo diverso. Por oportuno, é o escólio da lição de Claus Roxin:

“a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense.”¹⁰

Referida corrente doutrinária tem suas origens na lei do talião, onde a pena nada mais é do que fazer com que o ofensor sofra o mesmo dano por ele causado a outrem, valendo-se a conhecida máxima “olho por olho, dente por dente”. Vê-se, assim, que em nenhum momento se busca que a pena seja um meio ressocializador para que o condenado possa voltar a viver em sociedade.¹¹

Kant foi um de seus grandes defensores, sustentando que a finalidade retributiva da pena seria irrenunciável, decorrente da moral, da ética e da lei natural de causa e efeito. Assim bem explica Paulo Queiroz:

“Para Kant, a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, que deriva de um ‘imperativo categórico’, isto é, de um imperativo incondicional, independentemente de considerações finais ou utilitaristas. A pena basta a si mesma, como realização da justiça, pois ‘as penas são, em um mundo regido por princípios morais (por Deus), categoricamente necessárias’.”¹²

⁹ CALDEIRA, Felipe Machado, A evolução histórica, filosófica e teórica da pena, **Revista da EMERJ**. v. 12, nº 45: Rio de Janeiro, 2009. p. 267-269.

¹⁰ ROXIN, Claus apud GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal, parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 475.

¹¹ CALDEIRA, Felipe Machado, A evolução histórica, filosófica e teórica da pena, **Revista da EMERJ**. v. 12, nº 45: Rio de Janeiro, 2009. p. 267-269.

¹² QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 19-20.

Da mesma forma, Hegel defende a pena como uma reprovação indispensável ao ilícito praticado, contudo, diferentemente de Kant, não legitima sua aplicação em sua necessidade ética, as sim na necessidade de equilíbrio do próprio sistema jurídico. Em suma, entende que o crime é uma negação ao direito e a pena seria a superação de sua violação, garantindo o restabelecimento do próprio direito.¹³ Em suas próprias palavras:

“Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação dessa negatividade é a negação desta violação que entre por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ele consigo mesmo mediante a supressão da violação do direito.”¹⁴

Já a teoria relativa ou preventiva rompe com o pensamento retributivista, baseando-se em uma ideia de utilidade social da pena, transpondo a concepção de que a justificativa absolutista seria suficiente para legitimar a pena. A pena passa a ter uma finalidade intimidatória e não mais simplesmente punir o condenado ou tentar desfazer o que já foi feito.¹⁵

Em sua obra, Cesare Becarria bem desenvolve a linha básica do pensamento relativista:

“É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida.”¹⁶

A pena passa a ter um caráter preventivo, como forma de desestimular novas práticas criminosas tanto por parte do condenado quanto do restante da população e, também, ressocializador ao condenado, inculcando-lhe valores sociais para que retorne ao convívio social ciente da necessidade do cumprimento das leis. Dita prevenção é

¹³ BOZZA, Fábio da Silva, **Teorias da pena: do discurso à crítica criminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 22-24.

¹⁴ HEGAL, George Wilhelm Fridrich apud BOZZA, Fábio da Silva. **Teorias da pena: do discurso à crítica criminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 22.

¹⁵ CARVALHO, Salo de, **Penas e medidas de segurança no direito penal: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63

¹⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Atena, 1959. p. 193.

doutrinariamente dividida em geral e especial e ambas subdividas em positivas e negativas, como passaremos a ver.¹⁷

A prevenção especial destina-se diretamente ao condenado, visando que este não volte a delinquir. O objetivo agora é atuar visando reabilitá-lo socialmente, a partir da premissa de que o indivíduo que pratica crime é portador de um desvio social que necessita de correção.¹⁸

Franz von Liszt foi um dos autores que mais influenciou a geração de adeptos da prevenção especial, afirmando que a necessidade da pena mede-se pela necessidade de se coibir a prática de novos crimes por parte do condenado. A pena seria útil para reeducar o delinquente corrigível, intimidar os que forem intimidáveis e neutralizar os incorrigíveis.¹⁹

Veja-se que, nessa visão, a pena em muito se assemelharia a uma medida de segurança, já que se entende que o criminoso deve ser tratado para retornar ao convívio social. A esta faceta com função pedagógica e de tratamento da prevenção especial dá-se o nome de positiva.

Já a prevenção especial negativa busca intimidar o condenado a não mais praticar ilícitos penais - evitando-se a reincidência. Possui também o escopo de, temporariamente, neutralizá-lo, através de sua separação da sociedade. É, na verdade, uma forma de inculcar-lhe temor ao sistema carcerário, à privação de sua liberdade – sem, contudo, desrespeitar seus direitos.²⁰

Lado outro, a prevenção geral negativa almeja atingir não apenas o condenado, mas a sociedade em geral. Parte do fundamento punitivo da dissuasão da sociedade, buscando, através da pena imposta ao condenado, levá-la a valorar as consequências negativas de uma conduta criminosa. Nas palavras de Fábio da Silva Bozza:

¹⁷ BOZZA, Fábio da Silva, **Teorias da pena:** do discurso à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 36-37.

¹⁸ BOZZA, Fábio da Silva, **Teorias da pena:** do discurso à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 37-38.

¹⁹ BOZZA, Fábio da Silva, **Teorias da pena:** do discurso à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 39

²⁰ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**, parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 473

“De origem iluminista, a visão do homem oferecida por essa teoria é caracterizada por uma racionalidade calculável. O homem do qual ela trata é aquele que faz parte do contrato social, ao qual é apresentado o que a violação do contrato (desrespeito às normas) tem por consequência, e por evidente racionalismo, renuncia à prática do crime, o que certamente não ocorreria caso o agente não tivesse temor da pena ameaçada pela norma.”²¹

Para que a almejada intimidação da sociedade seja atingida, exige-se que ela tenha a certeza da imposição da pena e de sua conseguinte execução sempre que um delito for cometido. Ou seja, de nada adianta que uma pena seja cominada ao descumprimento de um tipo penal se, uma vez descumprido, ela não for efetivamente concretizada.²²

Diferentemente, a prevenção geral positiva não trata o caráter preventivo da pena com o objetivo intimidador, mas como algo positivo, que é reforçar a credibilidade do sistema jurídico. Passa-se, pois, a ser um mecanismo de afirmação da validade das normas, dando publicidade de que as penas serão aplicadas sempre que um ilícito penal for cometido.²³

Ultrapassada tais teorias, surgem as teorias mistas, buscando superar os embates sofridos pelas que lhes sucederam. São também conhecidas como teorias unificadas da pena, uma vez que decorrentes da junção das funções de retribuição, prevenção geral e prevenção especial.²⁴

Possuem natureza retributiva-preventiva, ao passo que buscam não somente ofertar ao condenado uma justa punição por seus atos, mas, também, prevenir que ele e os demais indivíduos de uma sociedade cometam novos delitos. É a teoria adotada por nosso Código Penal que, em seu artigo 59, afirma que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime.²⁵

²¹ BOZZA, Fábio da Silva, **Teorias da pena**: do discurso à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 56.

²² BOZZA, Fábio da Silva, **Teorias da pena**: do discurso à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 56.

²³ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**, parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 474.

²⁴ BOZZA, Fábio da Silva, **Teorias da pena**: do discurso à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 87-89.

²⁵ BRASIL. Código Penal. Brasília: Senado Federal. Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I- as penas aplicadas dentre as cominadas;

II- a quantidade de pena aplicável;

A reprovação do crime prevista em referido artigo nada mais é o que o próprio caráter retributivo da pena. Caráter este que, em geral, é o que mais agrada a sociedade, uma vez que tende a se satisfazer com a mera punição do condenado, querendo apenas vê-lo “pagar” pelo mal causado a algum bem jurídico por ela tutelado.²⁶ Já a prevenção do crime, englobaria genericamente todas suas facetas, buscando as finalidades de intimidação, ressocialização, e afirmação do ordenamento jurídico.

No Brasil de hoje o que se vê é que, infelizmente, não se alcança a almejada finalidade preventiva da pena, uma vez: a) nem sempre as penas fixadas alcançam sua finalidade intimidadora ao condenado, tampouco à sociedade; b) muitos casos ficam impunes por ineficiência do aparato policial e judiciário do Estado, gerando o descrédito do ordenamento jurídico; c) em que pese a Lei de Execuções Penais ser uma das mais modernas do mundo, não atinge seu fim ressocializador e o delinquente sai da prisão com a personalidade ainda mais inclinada ao crime.

1.2 Penas previstas no sistema penal brasileiro

Com a Constituição do império de 1824 tem-se uma grande evolução no sistema de penas do direito brasileiro, com a abolição dos açoites, tortura, a marca de ferro quente, e todas outras penas cruéis. Desde então, mesmo nos momentos mais delicados da democracia, são mantidas as restrições aos procedimentos desumanos, embora, como se sabe, nem sempre sejam respeitados.²⁷

A Carta Magna de 1988, expressamente proibiu no sistema penal brasileiro a adoção de algumas modalidades de pena, como as de caráter perpétuo, trabalhos forçados, de banimento, cruéis e de morte (art. 5º, XLVII). Previu, ainda, algumas espécies de pena a serem adotadas: privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Contudo, em que pese a expressa previsão constitucional e as reformas fomentadas no Código Penal pela Lei nº 9.714/98, o sistema penal brasileiro ainda mantém-se

III- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV- a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

²⁶ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**, parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 475.

²⁷ CARVALHO, Salo de, **Penas e medidas de segurança no direito penal**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 264

centrado no cárcere, porquanto ainda tem a privação de liberdade como medida para a determinação das demais penas. Na verdade, as demais não são propriamente alternativas ao cárcere, mas sim substitutivas, o que vale dizer que, em suma, em quase totalidade dos casos, partem inicialmente da ideia de privação de liberdade para, apenas em posterior etapa da dosimetria da pena serem aplicadas como meio de substituição à medida mais severa.²⁸

Passemos, pois à análise da peculiaridade de cada uma delas.

1.2.1 Pena privativa de liberdade

A pena privativa de liberdade por muito tempo foi considerada o cerne do sistema de sanções penais da idade moderna e, como exposto, no Brasil, ainda se tem ela como sua principal modalidade. Contudo, enfrenta na contemporaneidade sua crise de legitimidade, uma vez que não apresenta os tão almejados resultados da pena.²⁹

Assim bem explica o Professor Cezar Roberto Bitencourt:

“Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista: que já não se tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade — absoluta ou relativa — de obter algum efeito positivo sobre o apenado.”³⁰

²⁸ Cite-se, por oportuno, que o delito de uso de entorpecentes – previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 – é uma exceção à regra, já que não prevê a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, apenas outras alternativas. Assim estabelece mencionado artigo:

“Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”

BRASIL. Lei nº 11.343/06. Brasília: Senado Federal

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraivam 2012. v. 1, p. 681.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraivam 2012. v. 1, p. 681.

Contudo, em que pese a expressa previsão constitucional e as reformas fomentadas no Código Penal pela Lei nº 9.714/98, o sistema penal brasileiro ainda mantém-se centrado no cárcere, porquanto ainda tem a privação de liberdade como medida para a determinação das demais. Na verdade, as demais penas não são propriamente alternativas ao cárcere, mas sim substitutivas, o que vale dizer que, em suma, partem inicialmente da ideia de privação de liberdade para, apenas em posterior etapa da dosimetria da pena serem aplicadas como meio de substituição à medida mais severa.

1.2.1.1 Espécies

Por um período defendeu-se a unificação das penas privativas de liberdade existentes no Brasil, tendendo à existência de uma modalidade única. Contudo, a reforma penal Brasileira de 1984 previu as penas de reclusão e detenção como espécies do gênero “penas privativas de liberdade.”³¹

Em verdade, a distinção entre ambas é mínima e, na prática, demonstra-se quase inexistente – já que, como adiante será visto, o que realmente influenciará no rigor da pena será seu regime de cumprimento. Pretendeu o legislador pátrio, ao criar as duas espécies, punir os crimes mais graves com sanção penal teoricamente mais árdua, a reclusão e os crimes menos graves, mais brandamente, com a detenção.

Pode-se dizer que as diferenças entre as duas espécies são basicamente cinco: **a)** a primeira, de ordem processual, consiste na limitação da concessão de fiança pela autoridade policial aos crimes punidos com detenção; **b)** em sendo caso de aplicação de medida de segurança, será sempre imposta medida detentiva às infrações punidas com reclusão e às infrações punidas com detenção poderá ser, de pronto, imposto tratamento ambulatorial; **c)** no âmbito da execução penal, as penas de reclusão serão sempre executadas antes da de detenção; **d)** nos crimes cometidos contra filho, tutelado ou curatelado, somente os punidos com reclusão podem ter como efeito da condenação a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela; **e)** a reclusão é cumprida inicialmente em regime fechado, semiaberto ou aberto e a detenção somente em regime semiaberto ou aberto. Ressalva-se, contudo, que o próprio Código Penal, em seu artigo 33, abre uma exceção à transferência do condenado à pena de detenção para o regime fechado em caso de

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral, 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1 p. 683.

demonstrada necessidade de regressão – todavia, referido regime jamais poderá ser a ele fixado inicialmente.³²

A *priori*, partindo-se da premissa de que teriam cometido crimes menos graves, os detentos deveriam ainda ser separados dos reclusos, contudo, as autoridades brasileiras nunca se preocuparam com tal separação, resumindo a separar os presos apenas pelo regime de cumprimento em que se encontram.

Além das duas espécies, há ainda na Lei de Contravenções Penais uma terceira, a prisão simples, destinada apenas às contravenções penais – condutas consideradas ainda menos brandas, cuja resposta penal deve ser diminuta.³³ Contudo, valem os mesmos alertas anteriormente expostos, já que, na prática, os presos são submetidos ao mesmo rigor prisional que os demais (reclusos ou detentos) que se encontrem no mesmo regime de cumprimento.³⁴

Por oportuno, consigno ainda que, como nenhuma pena de prisão simples ou detenção abstratamente cominada na legislação penal ultrapassa 03 (três) anos, em sendo o réu primário, em quase totalidade dos casos serão elas substituídas por penas restritivas de direitos (possível aos crimes cuja pena cominada seja inferior à quatro anos). Torna-se, assim, quase que inócuo o debate acerca da existência de diferenças entre elas e a pena de reclusão, já que o condenado a alguma delas, desde que primário, dificilmente permanecerá no cárcere.

Expostas tais considerações, passemos, pois, à análise dos regimes prisionais previstos na legislação penal brasileira, uma vez que, em verdade, serão eles os delineadores da escolha do estabelecimento e rigor prisional a ser imposto ao condenado, seja a ele cominada pena de prisão simples, detenção ou reclusão.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 33.

³³ BRASIL. Lei de Contravenções Penais. Brasília. Senado Federal. Art. 6º. A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto. (...) § 1º O condenado à pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados à pena de reclusão ou detenção. § 2º O trabalho é facultativo, se a pena aplicada não excede a 15 (quinze) dias.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 33.

1.2.1.2 Regimes de cumprimento

Em seu artigo 33 o Código Penal prevê três regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade: fechado, semiaberto e aberto. O primeiro será executado em estabelecimento de segurança máxima ou média; o segundo em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e o regime aberto será cumprido em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

O critério para a escolha do regime a ser aplicado norteia-se, precipuamente pela quantidade de pena aplicada, contudo, deve também basear-se por outros elementos, como a espécie de pena (conforme alhures visto, o regime inicial fechado nunca poderá ser fixado aos condenados à pena de detenção ou prisão simples), a reincidência (via de regra, o fato de ser o condenado reincidente ensejará a fixação de regime um nível mais gravoso que o *quantum* de sua reprimenda exige) e as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal (antecedentes, personalidade, conduta social e culpabilidade, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime).³⁵

O regime fechado, como se pode ver, é o mais rigoroso de todos, destinado a presos de alta periculosidade cuja pena de reclusão ultrapasse oito anos de prisão ou, no caso dos reincidentes, cuja pena seja superior a quatro anos de prisão. Quem cumpre pena neste regime não poderá freqüentar cursos extramuros tampouco terá autorização para trabalho externo, salvo em obras ou serviços públicos, desde que tenha cumprido ao menos um sexto da pena.³⁶

A obrigatoriedade do cumprimento da totalidade da pena em regime fechado aos condenados por crimes hediondos não é mais admissível em nosso ordenamento jurídico, uma vez que, após o Pretório Excelso declarar que tal imposição feriria o princípio constitucional da individualização da pena, o artigo 2º, § 1º da Lei de Crimes Hediondos recebeu nova redação (dada pela Lei nº 11.464), passando a prever como obrigatório apenas que os condenados por crimes desta natureza iniciassem o cumprimento de sua reprimenda no regime fechado – não obstante, contudo, sua progressão. Contudo, mesmo após a alteração

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal: parte geral, v. 1**, 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 685.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal: parte geral, v. 1**, 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 685.

legislativa, o e. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES³⁷, tornou a analisar a constitucionalidade do dispositivo em comento, decidindo, mais uma vez, por sua inconstitucionalidade - ao argumento de que a obrigatoriedade da fixação do regime inicial fechado ainda feriria o princípio da individualização da pena.

Não se olvida que dita declaração de inconstitucionalidade foi proferida pelo Supremo Tribunal em sede de controle difuso, não tendo o efeito de extirpar a norma declarada inconstitucional do ordenamento jurídico. Nesse caso, existe a previsão para que o Senado Federal, caso assim entenda por bem, quando comunicado pela Suprema Corte sobre o julgamento proferido pelo plenário, suspenda a norma, conforme preceitua o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

No entanto, a doutrina³⁸ e, principalmente, a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal³⁹, vem minimizando esse papel do Senado Federal, atribuindo-lhe, apenas

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Habeas corpus 111.840/ES. Ementa: Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado“. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013)

³⁸ Neste sentido é a lição do Professor Luis Roberto Barroso:

“A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênua devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!”

o efeito de dar ampla publicidade à decisão, mas não o de retirar a norma do ordenamento jurídico. Portanto, a decisão haveria de ser observada pelos demais tribunais e, de fato, é o que vem ocorrendo. Assim, *a priori*, não há mais que se falar em obrigatoriedade de fixação de regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados.

Voltando à análise das peculiaridades de cada regime prisional, tem-se o regime semiaberto, a que estarão sujeitos os condenados à pena superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) anos e, caso reincidente, à qualquer pena até 4 (quatro) anos. Submetidos a este regime, poderá o sentenciado realizar trabalho externo em instituições públicas ou privadas, bom como estudar fora do estabelecimento prisional.

É um regime intermediário, onde o sentenciado, não obstante recluso, poderá paulatinamente retornar seu convívio social, seja estudando, trabalhando, ou por intermédio do deferimento de outras benesses externas previstas na Lei de Execuções Penais.⁴⁰

Por fim, o regime aberto é destinado aos não reincidentes que tenham sua pena fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos. É regime demasiadamente brando, onde o condenado deve se recolher ao estabelecimento prisional apenas no período noturno e nos dias de folga. Infelizmente, em alguns Estados da federação e no Distrito Federal não há estabelecimento adequado para receber os condenados que se encontrem em referido regime, sendo a eles deferido o cumprimento de sua pena em prisão domiciliar.⁴¹

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.152/154.

E também a Lição do Ministro Gilmar Mendes:

“Esse entendimento marca a evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do órgão especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal, proferida *incidenter tantum*.” MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1133.

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. Habeas Corpus 111.351/MG. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 28/05/2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. Habeas Corpus 116.541/ES. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 21/05/2013

⁴⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código penal interpretado**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 220.

⁴¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código penal interpretado**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 221.

Pois bem, estabelecidas as peculiaridades de cada regime prisional e definidas as diretrizes norteadores de sua imposição inicial aos condenados, cabe-nos tecer alguns comentários acerca do sistema progressivo previsto na lei penal brasileira.

1.2.1.3 Sistema progressivo

Tanto a Lei de Execuções penais⁴² quanto o Código Penal⁴³ adotaram o sistema progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade. Assim, as circunstâncias norteadoras da fixação de cada regime prisional, expostas em tópico anterior, cabem apenas à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, podendo, posteriormente – cumpridos os requisitos necessários -, o sentenciado ser progredido para regime mais brando.

Nas palavras do Professor Júlio Fabbrini Mirabete:

“Adotando a lei o sistema progressivo, iniciado o cumprimento da pena conforme o regime inicial estabelecido na sentença, possibilita-se ao sentenciado a transferência para regime menos rigoroso desde que tenha cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e o mérito do condenado recomendar a progressão (art. 112 da LEP).”⁴⁴

Pretendeu o legislador pátrio, buscando a ressocialização do sentenciado, estabelecer um sistema que propiciasse que ele próprio, por seus méritos (bom comportamento, dias estudados e trabalhados, tempo de pena cumprido), direcionasse o ritmo de cumprimento de sua pena, com mais ou menos rigor. Assim, cumprido o requisito temporal necessário à progressão e presentes os requisitos subjetivos, poderia o condenado paulatinamente obter sua liberdade e ser readaptado ao convívio social.⁴⁵ O contrário, da mesma forma, também seria possível, podendo ver-se regredido de regime em face de seus deméritos e mal comportamento.

De certo que, em tendo o Brasil também adotado a finalidade preventiva da pena, não se mostra crível que o sentenciado cumpra toda sua pena isolado da sociedade, sob

⁴² BRASIL. Lei de Execuções Penais. . Brasília. Senado Federal. Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena em regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

⁴³ BRASIL. Código Penal. Brasília. Senado Federal. Art. 40. A legislação especial regulará a matéria prevista nos arts. 38 e 39 deste Código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções.

⁴⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código penal interpretado**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 224.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1, p. 692.

pena de, quando solto, não mais conseguir se adaptar ao convívio social. Assim, a praxe forense demonstra que os Magistrados buscam reinserir o sentenciado na sociedade gradativamente - com a progressão de regimes, o deferimento de benefícios externos (como saídas para visitar a família em alguns feriados, trabalho externo, estudo extramuros) e até a prisão domiciliar com a imposição de algumas regras de escopo preventivo -, para que, uma vez finda sua pena, esteja preparado ao retorno social.⁴⁶

Nesta trilha, entende o c. Superior Tribunal de Justiça que a progressão do sentenciado não poderá se dar *per saltum* (Súmula 491), ou seja, do regime fechado diretamente para o aberto, devendo se sempre gradativa, passando por regime intermediário antes de adquirir mais liberdade. O contrário, todavia, não é vedado, sendo admitido que, em sendo comprovado que o sentenciado não se adéqua ao regime aberto, possa ele ser regredido diretamente ao regime fechado, sem necessidade de passagem pelo semiaberto.⁴⁷

Quanto aos crimes hediondos e os a eles equiparados, entendeu o legislador que o requisito temporal para progressão de 1/6 (um sexto) no regime anterior não se mostraria suficiente, tendo em vista a gravidade que lhes é inerente. Assim, a Lei 11.464/07 acrescentou o parágrafo 2º ao art. 2º da Lei de Crimes Hediondos prevendo que, para progredirem de regime, os condenados a estes crimes deveriam preencher o requisito temporal de 2/5 (dois quintos), se primário, e 3/5 (três quintos) se reincidente.

A aferição do requisito temporal de cada condenado não apresenta maiores problemas, pairando, contudo, sobre os requisitos subjetivos, grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da forma de sua constatação. Isto porque, de maneira geral, o Magistrado da execução não detém informações mais aprofundadas acerca da conduta social e personalidade do sentenciado dentro da prisão, tampouco sobre sua real ressocialização.⁴⁸

Não se olvida que a matéria é muito mais densa e profunda do que os pontos aqui apresentados, contudo, deixamos de ingressá-la com afinco, porquanto prescindível ao deslinde do proposto pelo presente trabalho.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1, p. 692.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1, p. 693.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1, p. 694.

1.2.2 Pena restritiva de direitos

Diante da comprovada ineficiência da pena privativa de liberdade, que muitas vezes não atinge sem objetivo ressocializador – pelo contrário, a praxe forense demonstra que ela acaba por deturpar ainda mais a personalidade do condenado e induzi-lo à reincidência -, buscou-se criar meios substitutivos à sua aplicação para os crimes menos graves.⁴⁹

Assim, com a Lei 9.714/98 buscou o Brasil, de maneira mais enérgica, implementar a utilização das ditas penas alternativas à prisão, denominadas pelo legislador de “restritivas de direitos”. Desde então, o Código Penal Brasileiro coloca à disposição do Magistrado a possibilidade de, no momento da determinação da pena na sentença, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Vê-se, contudo, que ainda remanescem grandes resquícios da utilização da pena privativa de liberdade como única modalidade de pena, já que o Magistrado somente poderá operar sua substituição após tê-la dosado – em quantidade temporal – como se privativa de liberdade fosse. Lado outro, a possibilidade de substituição apresentou significativa evolução ao sistema penal brasileiro, retirando do cárcere os condenados a penas não superiores a 04 (quatro) anos (em sendo o crime culposos, qualquer que seja a pena aplicada) e que não sejam reincidentes nem tenham cometido crimes com violência ou grave ameaça à pessoa.⁵⁰

Tais penas, via de regra, não são diretamente cominadas aos tipos penais, podendo ser utilizadas, em substituição à privativa de liberdade, em qualquer infração penal, desde que o Magistrado sentenciante verifique a presença de seus requisitos autorizadores previstos no artigo 44 do Código Penal. São, ainda, autônomas, porquanto não podem ser aplicadas conjuntamente à pena privativa de liberdade, apenas em sua substituição.⁵¹

Via de regra, a pena privativa de liberdade será substituída por uma restritiva de direitos, contudo, caso a pena fixada seja igual ou inferior a um ano, pode, o

⁴⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código penal interpretado**, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 267.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1, p. 728.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1, p. 728.

Magistrado substituí-la pela pena de multa isoladamente. Ainda, se a pena fixada for superior a um ano, pode o Magistrado substituí-la por duas restritivas de direito ou uma restritiva de direito e multa, realizando, sempre, o juízo acerca da medida mais socialmente recomendável e da efetiva necessidade e suficiência de sua imposição.⁵²

São cinco as modalidades de penas restritivas de direito previstas no Código Penal (artigo 43): i) prestação pecuniária; ii) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas; iii) interdição temporária de direitos; iv) limitação de final de semana; v) perda de bens e valores. Passemos, pois, a uma análise superficial acerca de cada uma delas.

1.2.2.1 Prestação Pecuniária

O próprio Código Penal define a pena de prestação pecuniária em seu artigo 45, § 1º como a consistente em pagamento em dinheiro à vítima, seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social. A importância a ser paga será fixada pelo Juiz em valor nunca inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 306 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

Buscou o legislador uma dupla finalidade nesta espécie de pena restritiva de direito. A primeira, com o escopo do próprio caráter retributivo-preventivo da pena, por intermédio da diminuição do patrimônio do condenado, a segunda, a reparação do dano causado à vítima. Por tal motivo, entende a doutrina que a vítima ou seus dependentes tenderão a serem sempre os beneficiários da prestação pecuniária, excetuando-se duas hipóteses, (a) se não houver dano a reparar ou (b) não houver vítima imediata ou seus dependentes – casos em que a reparação será destinada a entidade pública ou privada com destinação social.⁵³

Na prática vê-se que, depois da prestação de serviços à comunidade, tende a ser a pena restritiva de direitos mais fixada pelos Magistrados. Aliás, em sendo caso de substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, muitas das vezes é fixada uma prestação pecuniária e uma prestação de serviços à comunidade.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 736.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 738.

1.2.2.2 Prestação de serviços à comunidade

É, sem dúvida nenhuma, a pena restritiva de direitos mais utilizada pelos Magistrados, uma vez que tendente a demonstrar os melhores resultados ressocializadores pretendidos pela pena.⁵⁴

Como bem explica Cezar Roberto Bitencourt:

“O fato de dever ser cumprida enquanto os demais membros da comunidade usufruem seu período de descanso gera aborrecimentos, angústia e aflição. Esses sentimentos são inerentes à sanção penal e integram seu sentido retributivo. Ao mesmo tempo, o condenado, ao realizar essa atividade comunitária, sente-se útil ao perceber que está emprestando uma parcela de contribuição e recebe, muitas vezes, o reconhecimento da comunidade pelo trabalho realizado. Essa circunstância leva naturalmente o sentenciado à reflexão sobre seu ato ilícito, a sanção sofrida, o trabalho realizado, a aceitação pela comunidade e a escala de valores comumente aceita pela mesma comunidade. Essa reflexão facilita o propósito pessoal de ressocializar-se, fator indispensável no aperfeiçoamento do ser humano. Essa sanção representa uma das grandes esperanças penológicas, ao manter o estado normal do sujeito e permitir, ao mesmo tempo, o tratamento ressocializador mínimo, sem prejuízo de suas atividades laborais normais. Contudo, o sucesso dessa iniciativa dependerá muito do apoio que a própria comunidade der à autoridade judiciária, ensejando oportunidade e trabalho ao sentenciado.”⁵⁵

Consistem, em suma, na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado a serem prestadas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (art. 46, § 1º e 2º do CP). Tais tarefas devem respeitar as aptidões do condenado e serem fixadas de modo a não prejudicar sua jornada normal de trabalho.

A conversão da pena privativa de liberdade em prestação de serviços à comunidade se dá na razão de 1 (uma) hora de trabalho para cada dia de condenação, devendo, *a priori*, serem cumpridas pela mesma duração da pena substituída. A única exceção encontra-se no § 4º do art. 46, ao dispor que se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumpri-la em menor tempo, contudo, nunca em período inferior à metade da pena privativa de liberdade.

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 750-751.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 750-751.

Nas atividades prestadas não há relação de emprego, tampouco de trabalho forçado (constitucionalmente proibido), tratando-se simplesmente de um ônus imposto ao condenado como alternativa ao cárcere.⁵⁶

1.2.2.3 Interdição temporária de direitos

A interdição temporária de direitos, ao contrário das demais penas restritivas de direitos, é específica e aplica-se apenas a determinados crimes. Demonstra-se, também, de grande alcance preventivo especial, uma vez que interdita temporariamente o direito do qual o acusado abusou (por exemplo, a suspensão da habilitação para direção de veículo automotor de um motorista negligente, ou do exercício de um cargo público de um indivíduo que nela se mostrou irresponsável).⁵⁷

Encontram-se previstas no rol do artigo 47 do Código Penal da seguinte forma: I) Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II) Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilidade especial, de licença ou autorização do poder público; III) Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV) Proibição de frequentar determinados lugares.

São sempre de caráter temporário e não se confundem com os efeitos da condenação, que não são sanções penais, apenas conseqüências, e podem, algumas das vezes, ensejar a supressão de alguns dos direitos previstos no rol do artigo 47 do Código Penal.⁵⁸

As interdições temporárias previstas nos incisos I e II, do art. 47 CP, somente podem ser aplicadas nas hipóteses de crimes praticados com abuso ou violação dos deveres inerentes ao cargo, função, profissão, atividade ou ofício, sendo, ainda, indispensável que o delito praticado tenha ligação com o mau uso do direito a ser temporariamente

⁵⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código penal interpretado**, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 292.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1, p. 752.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1, p. 753.

interditado, sob pena de se violar o direito do cidadão desenvolver livremente qualquer atividade lícita e prejudicar o sustento de sua família.⁵⁹

Quanto às previstas nos incisos I e II do mesmo artigo, há ainda previsão nos artigos 302, 303, 306 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro de serem aplicadas conjuntamente à pena privativa de liberdade cominada ao tipo penal, uma vez que não se tratará de caso de substituição da pena (não ferindo, portanto, autonomia das penas restritivas de direito), mas sim de hipótese em que o próprio tipo penal estabelece em seu preceito secundário a cominação das penas conjuntamente.⁶⁰

1.2.2.4 Limitação de final de semana

Conforme própria dicção do artigo 48 do Código Penal, a pena de limitação de final de semana consiste na obrigação de o sentenciado permanecer aos sábados e domingo, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Trata-se de uma modalidade de pena restritiva de direitos prevista pelo legislador para os crimes de menor gravidade, buscando que, mesmo durante o cumprimento de sua pena, o sentenciado possa manter sua rotina de trabalho, convívio social e familiar, comparecendo apenas durante algumas horas de seu final de semana ao estabelecimento prisional.⁶¹

Como já exposto, as casas de albergado ou estabelecimentos semelhantes são próprios do regime aberto, em que o rigor adotado aos sentenciados é mais brando e lhe é garantida maior parcela de liberdade. Contudo, referidos estabelecimentos são escassos na maioria dos Estados da federação, dificultando, por muitas vezes, o próprio cumprimento do regime aberto, a demonstrar que a utilização de referidos estabelecimentos para o cumprimento da pena de limitação de final de semana é quase inexistente.⁶²

Distribuída a execução penal, deverá o Juiz da Execução determinar a notificação do sentenciado para dar início ao seu cumprimento, cientificando-o das condições impostas e do local, dias e horários em que deverá cumpri-la. Uma vez iniciado seu

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1, p. 753.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1, p. 753.

⁶¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código penal interpretado.** 8. ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 300.

⁶² MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código penal interpretado.** 8. ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 300.

cumprimento, o estabelecimento carcerário deverá, mensalmente, elaborar relatório minucioso sobre todas as intercorrências na execução bem como sobre a frequência e aproveitamento do condenado.⁶³

Referida modalidade de pena restritiva de direitos, juntamente à prestação de serviços à comunidade é, também, condição obrigatória do *sursis* penal simples, onde a execução da pena do condenado ficará suspensa por período de 02 (dois) a 04 (quatro) anos (arts. 77 e 78 do Código Penal).

1.2.2.5 Perda de bens e valores

A perda de bens e valores já era prevista pelo artigo 5º, XLVI, alínea *b* da Constituição Federal de 1988, contudo, somente com a Lei nº 9.714/98 veio a ser regulada no Código Penal. É pena de natureza pecuniária, em que o condenado será compelido a efetuar a transferência de bens e valores em seu poder ao Fundo Penitenciário Nacional.

Trata-se de um “confisco” disfarçado, tendo como valor máximo – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime (art. 45, § 3º do Código Penal). Difere-se, contudo, do confisco como efeito da condenação, tendo em vista que a perda de bens e valores recai sobre o patrimônio do condenado e o confisco decorrente da condenação recai sobre os instrumentos e produtos do crime e se destinará não ao Fundo Penitenciário Nacional, mas à União.⁶⁴

1.2.3 Pena de multa

A pena de multa consiste na condenação do sentenciado ao pagamento de valor ao Fundo Penitenciário Nacional. Contudo, diferentemente da perda de bens e valores, somente recai sobre valor e sua fixação não tem como teto o prejuízo da vítima ou o proveito obtido pelo criminoso.⁶⁵

⁶³ MARCÃO, Renato, **Curso de Execução Penal**. 10 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12403/2011 e 12.433/2011, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 255.

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1, p. 741

⁶⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código penal interpretado**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 301.

É calculada em dias-multa, sendo no mínimo 10 (dez) e, no máximo, 360 (trezentos e sessenta). O valor de um dia-multa também deverá ser fixado pelo Magistrado com base no caso concreto, não podendo ser inferior a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. Tais parâmetros serão utilizados para a pena de multa fixada a qualquer crime que a comine em seu preceito secundário, salvo exceções como a prevista na Lei Anti Tráfico (11.343/06), em que ela poderá ser fixada entre 500 (quinhentos) e 1.500 (mil e quinhentos dias-multa).

Pode possuir natureza jurídica de sanção principal, quando é diretamente cominada ao delito, seja isoladamente ou cumulativamente à pena privativa de liberdade (como no crime de roubo, art. 157 do Código Penal), ou substitutiva, quando é aplicada em substituição a uma pena privativa de liberdade não superior a 06 (seis) meses (artigo 60, § 2º do Código Penal).⁶⁶

Após a alteração do artigo 51 do Código Penal em 1996, aboliu-se a possibilidade de sua conversão em privativa de liberdade quando não fosse adimplida. Assim, restando apenas a pena de multa para ser executada, caso ela não seja paga pelo condenado, estará o Juízo da execução impossibilitado de executá-la, ante a ausência de meios de coerção à sua disposição. Na prática, a depender de seu valor, ela será inscrita na dívida ativa da união e caberá à fazenda pública, mediante execução fiscal cobrá-la do sentenciado.

⁶⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código penal interpretado**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 301.

2 DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO ÂMBITO LEGAL

A ideia de aplicação da medida de segurança aos inimputáveis como forma de reprimenda mais apta a atingir sua finalidade que a pena propriamente dita não é recente. Há muito tempo as civilizações já verificaram que, sendo o autor do fato inimputável, a reprimenda de seu ato criminoso com a simples restrição de sua liberdade, pelo período que for, não atinge o fim de ressocialização pretendido.⁶⁷

Relata-se que a primeira notícia que se tem sobre medida de segurança encontra-se em manuscritos do Imperador Marco Aurélio, em que, caso o autor do homicídio fosse alienado mental deveria ficar sob custódia do Estado junto de outras pessoas em mesma situação, recebendo tratamento adequado, não devendo ser conduzido à execução de pena.⁶⁸

A partir daí, diversos foram os tratamentos diferenciados dado aos inimputáveis. Já no Código Criminal do Brasil imperial, surge a previsão legal de o juiz escolher a melhor reprimenda aos “loucos” (terminologia utilizada pelo referido Código) que cometessem crime – poderiam ser encaminhados a estabelecimentos apropriados ou à suas famílias, mas jamais poderiam ser considerados criminosos.⁶⁹ Todavia, os estabelecimentos não eram apropriados, os inimputáveis acabavam quase que sem qualquer tratamento e sua reprimenda se aproximando de uma pena.

Assim, chegamos ao nosso Código Penal atual, que trata do instituto a partir de seu artigo 96.

2.1 Natureza Jurídica

A medida de segurança, assim como a pena, é uma sanção penal. Sabendo que a sanção penal se baseia na retribuição e prevenção⁷⁰, cumpre-nos neste subitem analisar os aspectos inerentes à medida de segurança sem, contudo, adentrar em suas peculiaridades e diferenças em relação à pena, já que o assunto será abordado em capítulo próprio.

⁶⁷ BORGES, Jorge Luiz. **Sete Noites**. Tradução de: João Silvério Trevisan. São Paulo: Max Limonade, 1985. p. 145.

⁶⁸ BORGES, Jorge Luiz. **Sete Noites**. Tradução de: João Silvério Trevisan. São Paulo: Max Limonade, 1985. p. 145.

⁶⁹ ALVES JÚNIOR, Thomaz . **Anotações Teóricas e Práticas ao Código Criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C. Editores. 1864. p. 255.

⁷⁰ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47.

O Direito Penal existe para a proteção de bens considerados relevantes para a vida em sociedade. Bens relevantes são aqueles que têm por finalidade satisfazer as necessidades humanas, tais como: liberdade, propriedade, não violência, vida, integridade física etc.⁷¹

Assim, caso haja materialização do tipo penal, o sujeito estará sujeito à sua respectiva pena, como forma de retribuir o mal causado e prevenir novos delitos. Todavia, o Direito Penal não atribui responsabilidade a quem no momento do cometimento do fato delitivo não dispunha de plena capacidade de suas faculdades mentais. Este agente não sofrerá pena e sim a aplicação de uma medida de segurança que melhor se adéque à sua incapacidade.⁷²

Para Eduardo Realte, 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 a reiterar na infração, necessitando de tratamento adequado para sua reintegração social”.⁷³

Consolidou-se a ideia de que determinados indivíduos requeriam não uma punição, em razão de seu desajuste psíquico, mas um tratamento.⁷⁴ Assim, a crise da pena e a necessidade da defesa social foram os motivos legitimadores do aparecimento desta nova sanção.

O instituto tem natureza essencialmente preventiva e fundamenta-se na periculosidade do sujeito inimputável. Periculosidade essa que é presumida pela lei aos inimputáveis que cometam atos ilícitos.⁷⁵

Seu fundamento essencial é a prevenção especial positiva, pois visa à recuperação e ressocialização do agente inimputável, tornando-o apto a retornar à vida em

⁷¹ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 206.

⁷² MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 206-208.

⁷³ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 15.

⁷⁴ JÚNIOR, Heitor Piedade. **Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 79.

⁷⁵ CARVALHO, Salo de, **Penas e medidas de segurança no direito penal: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 499.

sociedade, porém, subsidiariamente, também está contida na medida de segurança a prevenção especial negativa, que visa sua segregação.⁷⁶

2.2 Finalidade e necessidade

Tem a medida de segurança como finalidade precípua a prevenção no sentido de evitar que um sujeito que praticou determinado crime e se mostra perigoso venha a cometer novas infrações penais. Para Luiz Regis Prado, tem-se que:

“São conseqüências jurídicas do delito, de caráter penal, orientadas por razões de prevenção especial. Consubstanciam-se na reação do ordenamento jurídico diante da periculosidade criminal revelada pelo delinquente após a prática de um delito. O objetivo primeiro da medida de segurança imposta é impedir que a pessoa sobre a qual atue volte a delinquir, a fim de que possa levar uma vida sem conflitos com a sociedade.”⁷⁷

Por intermédio do tratamento e da segregação em estabelecimento adequado do indivíduo inimputável, este instituto jurídico visa a proteção da sociedade sem objetivar a punição do agente pelo crime praticado, mas sim sua recuperação. No aspecto da prevenção ela muito se assemelha à pena, como afirma Heleno Cláudio Fragoso “Na execução, ambas, tendem à reintrodução do agente na sociedade, sem que venha a cometer novos crimes”.⁷⁸

Não deve ela ser vista como um mal, mas sim como um tratamento ao indivíduo, tratamento esse que não pode obter êxito sem a privação ou restrição de direitos da pessoa a ser tratada, Luiz Flávio Gomes afirma que “elas também constituem um mal necessário (necessário para a cura, necessário para a sociedade, mas inegavelmente um mal).”⁷⁹

Todavia, apesar da finalidade ser muito boa, na maioria das vezes é utópica, uma vez que nosso país carece de estabelecimentos adequados ao tratamento e internação de inimputáveis, e a internação destas pessoas por período indeterminado em estabelecimentos sem condições de recebê-los torna mais difícil sua chance de regresso à sociedade.

⁷⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 60-61.

⁷⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte geral**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 704.

⁷⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio, apud BITENCOURT, César Roberto. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 406.

⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. **Revista Brasileira Criminal**, v. 2, abr./jun. 1993. p. 64.

2.3 Espécies

O Código Penal Brasileiro prevê duas espécies de medida de segurança: uma restritiva que se refere ao tratamento ambulatorial e outra detentiva, consistente na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Nos termos do art. 96 do Código Penal:

“Art. 96. As medidas de segurança são:
I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;
II - sujeição a tratamento ambulatorial.”

A primeira é aplicável tanto aos semi-imputáveis quanto aos inimputáveis, sendo destinada a casos de menos gravidade, quando o crime for punível com detenção. Valendo-se destacar que o semi-imputável tem duas alternativas: a redução obrigatória da pena aplicada (art. 26, parágrafo único do Código Penal) ou a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança (tanto internação ou tratamento ambulatorial).⁸⁰

A segunda é de aplicação mais direcionada aos inimputáveis, desde que o crime seja punido com reclusão, sendo facultativa se a pena cominada ao crime for de detenção ou se tratar de semi-imputável.⁸¹

Deve-se lembrar que as medidas de segurança, ao contrário das penas, não devem ser necessariamente proporcionais à gravidade dos delitos praticados, mas à periculosidade do agente, eis que sua finalidade precípua não é a punição mas sim a prevenção. A menção à gravidade do delito praticado, na formulação do princípio da proporcionalidade, significa um sintoma a mais a ser analisado para aferir a periculosidade do agente, podendo ser confirmado ou desvirtuado por outros. O delito cometido pelo agente pode ser de pouca gravidade, contudo, pode haver a necessidade do mesmo ser submetido à internação como melhor forma de tratá-lo e prevenir futuros crimes mais graves.⁸²

O art. 99 do Código Penal impede que o agente submetido à medida de segurança seja internado em estabelecimento penal comum, “o internado será recolhido a

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 841.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 841-842.

⁸² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte geral. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 708-709.

estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido à tratamento”, pois a execução de sua sanção penal difere completamente da execução de uma pena comum. Contudo, nem sempre é o que ocorre e o doente mental internado vive em condições sub-humanas nos estabelecimentos que deveriam ser a eles adequados.⁸³

O Código Penal inovou ao estabelecer que as medidas de internação seriam executadas em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, em substituição aos antigos manicômios judiciais em que os doentes eram segregados da sociedade e de suas famílias simplesmente como forma de afastá-los da vida em sociedade, todavia, sem receber o tratamento que deveriam.⁸⁴

A Lei de Execuções Penais prevê que em não havendo estabelecimento penal aparelhado para promover a assistência médica psiquiátrica necessária, esta poderá ser prestada em outro local mediante autorização da direção do estabelecimento (art. 14, § 2º c/c art. 42 da LEP). Destarte, realizando uma interpretação sistemática e teleológica dos artigos do Código Penal que tratam da medida de segurança, resta demonstrada a grande importância do estabelecimento adequado para o cumprimento da internação.⁸⁵

Quanto ao tratamento ambulatorial, o sentenciado permanecerá em liberdade, todavia deverá comparecer ao hospital de custódia e tratamento psiquiátrico pela quantidade de vezes e na frequência que for determinada pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prevista (art. 101 da LEP). Da mesma forma que ocorre com a internação, e na busca de melhores condições ao tratamento do sentenciado, o art. 43 LEP permite ainda a assistência médica em outro local com dependência médica mais adequada e ainda garante também a liberdade de contratar médico de confiança pessoal, a fim de acompanhar o tratamento.⁸⁶

Aspecto comum a ambas as espécies de medida de segurança é o fato de perdurar enquanto persistir a periculosidade, não se sujeitando a período pré-determinado.

⁸³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 708-709.

⁸⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1. p. 369.

⁸⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1. p. 369.

⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 709-710.

Periculosidade esta que deve ser averiguada mediante perícia médica, ou seja, o magistrado estará vinculado à opinião técnica dos médicos.⁸⁷

Insta ressaltar que, uma vez fixada a medida de segurança a ser submetida ao sentenciado, é competente o juiz da execução para, no curso da execução, verificadas as circunstâncias do caso e se a perícia médica assim indicar, modificá-la passando de tratamento ambulatorial para internação e vice-versa. Isto porque, o tratamento deve ser individualizado ao sentenciado, buscando-se sempre atingir a finalidade pretendida que é a cura do doente e a prevenção especial.⁸⁸

2.4 Prazos

O Código Penal estabeleceu em seu art. 97, § 1º, e 98 o prazo mínimo de duração da medida de segurança como sendo de um a três anos não importando o delito praticado. Para que seja aplicado o mínimo, é usado como critério a menor ou maior periculosidade do agente, não mais estando relacionado com a quantidade de pena privativa de liberdade cominada ao delito, como ocorria na legislação de 1940.⁸⁹

Ao termo do prazo mínimo fixado será realizada perícia médica para apurar a periculosidade do agente e a mesma deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, conforme determinação do juiz da execução. Assim, o que se mostra preocupante é o disposto no artigo 97 § 1º do Código Penal, onde se estabelece que a internação e o tratamento ambulatorial serão por tempo indeterminado, perdurando enquanto durar a periculosidade, que se verificará com perícia médica.⁹⁰

Fato é que o legislador entendeu por bem não positivar um prazo máximo para a execução das medidas de segurança, justamente por entender que sua finalidade é

⁸⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 709-710.

⁸⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1. p. 370.

⁸⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 661.

⁹⁰ Neste sentido André Copetti: “Totalmente inadmissível que uma medida de segurança venha a ter uma duração maior que a medida da pena que seria aplicada a um imputável que tivesse sido condenado pelo mesmo delito. Se no tempo máximo da pena correspondente ao delito o internado não recuperou sua mental, injustificável é a sua manutenção em estabelecimento psiquiátrico forense, devendo, como medida racional e humanitária, ser tratado como qualquer outro doente mental que não tenha praticado qualquer delito. COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 185

voltada ao tratamento do doente, tornando-o apto a retornar ao convívio social. Destarte, como poderia ele estabelecer um prazo máximo para o tratamento se cada indivíduo responde diferentemente aos tratamentos oferecidos? Cada ser é único e por este mesmo motivo tanto as penas como as medidas de segurança devem ser individualizadas, correspondendo à melhor forma de sanção penal para o agente do delito.⁹¹

Ocorre que, apesar de necessária, a discricionariedade atribuída pelo legislador ao juiz da execução e aos médicos que atuam no tratamento dos sentenciados gera grande insegurança jurídica, vez que esbarra no princípio constitucional fundamental explícito no artigo 5º, XLVII, *b* da carta magna, de proibição das penas de caráter perpétuo.⁹²

Com isto o entendimento que vem sendo firmado pelos tribunais superiores é o de que, apesar de o magistrado não ter de fixar prazo máximo para a execução da medida de segurança, ela se limita à pena máxima abstratamente cominada ao delito praticado pelo paciente, independentemente da cessação da periculosidade, não podendo ainda ser superior a 30 anos, vejamos:

“HABEAS CORPUS. PENAL. INIMPUTÁVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO AO MÁXIMO DA PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. PRECEDENTES.

1. Nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 97, § 1.º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia e da proporcionalidade. Assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado, bem como ao máximo de 30 (trinta) anos.

2. Na hipótese, o Juízo de primeiro grau proferiu sentença absolutória imprópria, aplicando ao Paciente medida de internação, por prazo indeterminado, observado o prazo mínimo de 03 (três) anos. Contudo deveria ter sido fixado, como limite da internação, o máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado pelo ora Paciente, previsto no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal.

3. Ordem concedida, para fixar como limite da internação o máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado pelo ora Paciente.”⁹³

Neste mesmo sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.075/01, que se encontra parado desde 2005, em que se pretende, além de promover

⁹¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 661.

⁹² CARDOSO, Danilo Almeida. **Medidas de segurança: ressocialização e a dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 90-92

⁹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Habeas Corpus nº 147.343 - MG (2009/0179307-8). Relatora Ministra Laurita Vaz. DJe 25 de abril de 2011

profundas alterações nos artigos que tratam da execução de medidas de segurança na Lei de Execuções Penais, restringir a duração da medida de segurança à pena máxima aplicada ao delito.

Em sentido contrário, entende Damásio, “Não se aplica à medida de segurança o prazo máximo de cumprimento de penas privativas de liberdade, previsto no art. 75 deste Código”⁹⁴, seguido por Nucci, “Não nos parece assim, pois, além de a medida de segurança não ser pena, deve se fazer uma interpretação restritiva do art. 75 do Código Penal.”⁹⁵

Nada obstante as posições adotadas, parece-nos que o entendimento que melhor se amoldaria às finalidades da medida de segurança seria um intermediário, que às limitasse ao prazo máximo de 30 anos, atendendo-se os ditames constitucionais de proibição das penas de caráter perpétuo – isto porque, mesmo não sendo penas propriamente ditas, as medidas de segurança são sanções penais que restringem direitos fundamentais dos indivíduos – todavia, que não às limitasse à pena máxima cominada ao crime praticado. Não há porque limitar a medida de segurança à pena máxima positivada para o crime, uma vez que seu fundamento não é a punição, mas sim a prevenção e o tratamento do inimputável, vinculando-se à periculosidade e não à natureza do crime.⁹⁶

2.4.1 Superveniência de doença mental

Até a reforma de 1984 adotava-se no Brasil o sistema do duplo binário, em que se permitia a imposição de pena e medida segurança ao mesmo agente, todavia este sistema se mostrou ineficaz e contrário à própria finalidade da medida de segurança. Com a reforma de 1984 passou a se adotar sistema vicariante ou unitário, onde ao sentenciado é aplicada pena ou medida de segurança, sendo proibida a cumulação de ambas as sanções penais.⁹⁷

⁹⁴ JESUS, Damásio Evangelista. **Código Penal Anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 317.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 580.

⁹⁶ FACCINI Neto, Orlando. **Atualidades dobre as medidas de segurança**. Disponível em < www.ibccrim.org.br > acesso em dez/2013.

⁹⁷ CARVALHO, Salo de, **Penas e medidas de segurança no direito penal: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 504/505.

Por este motivo se justifica o artigo 183 da Lei de Execuções Penais estabelecer a aplicação da medida de segurança em substituição à pena privativa de liberdade, quando no decorrer da pena o sentenciado for acometido por mal que lhe reduza a capacidade ou lhe retire completamente. Uma vez efetuada a conversão, o sentenciado irá cumprir apenas a medida de segurança imposta, deixando de dar prosseguimento ao cumprimento da pena estabelecida na sentença.⁹⁸

Ocorre que, neste caso, surge uma contradição que a nosso ver viola o princípio da isonomia, pois aquele que se encontra “condenado” à medida de segurança por uma sentença absolutória imprópria poderá permanecer por tempo indeterminado submetido à medida de segurança, como já visto em tópico anterior, enquanto que o que inicialmente condenado à pena privativa de liberdade que se encontre acometido por doença mental no curso da execução da pena, constatado por perícia médica, será submetido à medida apenas pelo tempo restante que lhe faltava ao cumprimento da pena. Este é o entendimento que vem sendo manifestado pela jurisprudência pátria:

“CRIMINAL. HC. EXECUÇÃO. MEDIDA DE SEGURANÇA DETERMINADA EM RAZÃO DA PERICULOSIDADE. PRORROGAÇÃO. MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. TEMPO DE CUMPRIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I - A medida de segurança prevista no Código Penal é aplicada ao inimputável, no processo de conhecimento e tem prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade.

II - A medida de segurança prevista na Lei de Execuções Penais é aplicada quando, no curso na execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, sendo adstrita ao tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada.

III - Hipótese que trata de paciente que teve prorrogada medida de segurança fixada em um processo em razão da periculosidade e determinada outra, em substituição à pena privativa de liberdade, imposta em processo diverso.

IV – Inexiste ilegalidade na substituição de pena privativa de liberdade por medida de segurança e na prorrogação de medida de segurança já existente, se evidenciada a superveniência de doença mental e constatada a continuidade da periculosidade do paciente.

V – Verificado o cumprimento integral da medida de segurança substitutiva, deve ser determinada sua extinção.

VI - Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.⁹⁹

⁹⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 10 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12403/2011 e 12.433/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 315/316

⁹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. HC 41269/SP. Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 29/08/2005.

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO CRIMINAL. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA. DURAÇÃO. CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. Se no curso da execução da pena privativa de liberdade sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental do condenado, o juiz poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança, a teor do disposto no art. 183, da Lei de Execuções Penais. A duração dessa medida substitutiva não pode ser superior ao tempo restante para cumprimento da reprimenda. Precedentes do STJ.

2. Assim, ao término do referido prazo, se o sentenciado, por suas condições mentais, não puder ser restituído ao convívio social, o juiz da execução o colocará à disposição do juízo cível competente para serem determinadas as medidas de proteção adequado à sua enfermidade (art. 682. § 2.º, do Código de Processo Penal).

3. Ordem concedida.”¹⁰⁰

Assim, patente a quebra de congruência do sistema ao estabelecer que o que já era inimputável na prolação da sentença poderá permanecer em tratamento por tempo indeterminado e o que se tornou inimputável no curso da execução da pena, mesmo que persista sua periculosidade será desinternado após o tempo restante da pena que teria a cumprir.

¹⁰⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. HC 31702/SP. Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 09/03/2004.

3 DIFERENÇA ONTOLÓGICA ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA

As medidas de segurança assim como as penas são formas de sanções penais que privam e restringem a liberdade do homem como resposta à prática de um crime, contudo, possuem diferenças ontológicas¹⁰¹ marcantes. Tem-se assim que, todas as garantias que a Constituição Federal e as leis penais atribuem às penas deveriam ser aplicadas às medidas de segurança.

A sanção penal é o exercício do *ius puniendi* do Estado e tem a finalidade precípua de punir o agente pelo delito praticado e prevenir a prática de novos crimes. Ela se baseia em dois pilares, na retribuição e na prevenção.¹⁰²

Como já exposto anteriormente, a retribuição consiste na determinação, pelo Estado, de bens essenciais à manutenção da harmonia social, enunciando certos valores que, se violados, justificam e legitimam a aplicação da sanção, que terá a finalidade de privar o agente de alguns direitos como forma punitiva. Quanto à prevenção, esta pode ser dividida em duas espécies: geral ou especial, que se subdividem em negativa e positiva.¹⁰³

Relembremos rapidamente as modalidades de prevenção. Na prevenção geral a pena é voltada a toda a coletividade e não só para o indivíduo apenado, ela tem caráter educativo. Na modalidade negativa a pena teria a função de intimidar a sociedade, mostrando que se cometerem crimes, sofrerão uma sanção, evitando assim a ocorrência de novos delitos. Já a prevenção geral positiva, tem como objetivo restabelecer a confiança da sociedade afrontada pela conduta contrária ao direito, visa confirmar o conteúdo do direito. A ideia é

¹⁰¹ De acordo com o Dicionário Aurélio, ontologia é a “Parte da filosofia que trata do ser enquanto ser, i. e., do ser concebido como tendo uma natureza comum que é inerente a todos e a cada um dos seres” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Dicionário Aurélio Século XXI, o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. Entende-se, assim, que a ontologia busca uma natureza comum aos seres, sejam eles vivos ou não. Ao buscar-se uma diferença ontológica entre Pena e Medida de Segurança, pretende-se realizar um comparativo entre a natureza jurídica de ambos institutos penais, concluindo-se por suas similaridades e diferenças.

¹⁰² FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47.

¹⁰³ BOZZA, Fábio da Silva, **Teorias da pena: do discurso à crítica criminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 36-37.

mostrar aos cidadãos que a legislação penal é eficaz, representa o fim precípua da prevenção geral.¹⁰⁴

A prevenção especial tem como foco o próprio delinqüente. A positiva consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social¹⁰⁵ busca tratá-lo, visando sua recuperação, enquanto sua modalidade negativa busca segregá-lo, quando necessário, diante do perigo que ele pode representar para a sociedade, evitando a prática de outras infrações penais.

Tanto a finalidade retributiva quanto a preventiva se encontram presentes na pena, todavia, na medida de segurança apenas a segunda se mostra presente. A medida de segurança tem como fundamento essencial a prevenção especial positiva, pois visa à recuperação e ressocialização do condenado doente, tornando-o apto a entender a ilicitude do ato praticado e se comportar conforme o direito, porém, subsidiariamente também se verifica a presença de prevenção especial negativa, pois o doente pode ser segregado por sua periculosidade.

A prevenção geral somente tem lugar na medida de segurança na modalidade positiva, pois a prevenção geral negativa não produz efeitos nos possíveis delinqüentes inimputáveis, vez que estes não têm discernimento quanto à compreensão da norma, logo não há como a sanção produzir efeito intimidador nestes agentes.¹⁰⁶

Outro aspecto que as difere é que a pena pressupõe culpabilidade, tendo seu limite mínimo e máximo predeterminados, cabendo ao juiz na condenação estabelecer sua duração conforme as condições pessoais do agente e as circunstâncias do fato. Já a medida de segurança pressupõe periculosidade, que difere e muito da culpabilidade, tem apenas o prazo mínimo de 1 a 3 anos e sua duração máxima indeterminada pela lei.¹⁰⁷

¹⁰⁴ BOZZA, Fábio da Silva, **Teorias da pena: do discurso à crítica criminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 37-38.

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 391.

¹⁰⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 60-61.

¹⁰⁷ CARVALHO, Salo de, **Penas e medidas de segurança no direito penal: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 501/502.

Assim, a medida de segurança deve levar em conta a situação de periculosidade do agente, e não a natureza do crime cometido ou as condições em que foi cometido, eis que indiferente para a determinação de duração ou da modalidade a ser aplicada (internação ou tratamento ambulatorial).¹⁰⁸

Apesar das diferenças entre os dois institutos, não se pode perder de vista que ambos são sanções penais, consistem na diminuição de bens jurídicos dos agentes, sua aplicação pressupõe a prática de um delito e somente são aplicadas jurisdicionalmente. Isso demonstra que ambos somente são aplicados em casos específicos, são exceção à regra que é a plena disposição dos bens jurídicos dos indivíduos, e, portanto, devem respeitar alguns princípios básicos do Direito Brasileiro.

3.1 Princípios aplicáveis a ambos institutos

Pode-se dizer que nosso ordenamento jurídico é baseado em um conjunto de valores, princípios e regras. Os primeiros não possuem aplicação direta ao caso concreto, pois se traduzem em conceitos amplos, como “segurança” e “justiça”,¹⁰⁹ que dão congruência ao ordenamento. As regras são normas diretas, geralmente direcionadas a situações específicas e são de imediata aplicação aos casos concretos.

Já os princípios se encontram em uma posição intermediária, são mais concretos que os valores, todavia mais genéricos que as regras. Daniel Sarmiento assim os conceitua:

“Os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais

¹⁰⁸ CARVALHO, Salo de, **Penas e medidas de segurança no direito penal: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 501/502.

¹⁰⁹ MURTINHO, Rodrigo Gomes, **Medidas de Segurança e a Aplicação dos Princípios Penais de Garantia**, 2005, Dissertação apresentada ao Mestrado em Ciências penais da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, p.124. Disponível em <http://www.pmducam.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=63>. Acessado em 22/10/2012.

acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam”¹¹⁰

A doutrina e jurisprudência moderna têm admitido a aplicação direta dos princípios aos casos concretos, como forma de se alcançar uma unidade no sistema, tendo estes, na falta de regras específicas auto-aplicabilidade. Assim, tendo em vista que os princípios, enquanto normas jurídicas genéricas, devem orientar a interpretação e aplicação das regras, podendo, inclusive, serem aplicados diretamente em casos específicos, necessária é a análise da aplicação dos princípios às medidas de segurança.

3.1.1 Princípio da legalidade

O Direito Penal tutela os bens jurídicos mais relevantes à sociedade, como a vida, saúde etc. Assim, pela importância dos bens tutelados, possui gravosos mecanismos de resposta aos que de qualquer forma atentem contra eles. Não por menos, é o ramo do direito em que as sanções impostas mais gravosamente restringem os direitos dos infratores – como, por exemplo, com a privação da liberdade.¹¹¹

Por tal motivo, o direito Direto Penal se apresenta como a última *ratio* do controle social. Contudo, o *ius puniendi* do Estado não pode ser exercido de forma irrestrita como ele bem entender, deve ele respeitar os princípios fundamentais previstos na carta magna de 1988. Princípios estes que são garantia aos condenados de que, mesmo cumprindo uma sanção penal, terão resguardados direitos básicos e a sanção não será executada de forma discricionária.¹¹²

Neste diapasão, sem dúvida um dos princípios mais importantes é o da legalidade que direciona toda a aplicação do direito penal, dele derivando outros subprincípios. Este princípio significa em suma que nenhum fato poderá ser considerado delituoso nem nenhuma sanção penal poderá ser aplicada sem que uma lei os haja instituído. Daí o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que entendemos que o sentido da

¹¹⁰ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 42

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1 p. 51/52

¹¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1 p. 51/52

expressão *poena* se refere tanto às penas propriamente ditas como às medidas de segurança, englobando na verdade as sanções penais em geral.¹¹³

Portanto, em um Estado de Direito, somente a lei, que emana dos representantes do povo poderá definir que fatos são tidos como crime e cominar as respectivas sanções. A doutrina costuma entender que o princípio da legalidade se subdivide em outros, de forma a determinar que somente haverá crime e pena se houver lei (i) prévia, (ii) escrita e (iii) certa. Neste sentido Luiz Regis Prado conceitua:

“A sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (stricto sensu). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (lex scripta lex praevia et Lex certa).”¹¹⁴

A ordem constitucional atual determina, mesmo que de forma implícita, que o princípio da legalidade seja aplicado às medidas de segurança, assim, mesmo o inimputável, como cidadão, tem o direito de previamente saber a que sanção penal estará sujeito e como será ela executada caso lese algum bem jurídico protegido pelo direito penal.

3.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Com base neste princípio previsto logo no art. 1º da Constituição Federal, as sanções impostas pelo Estado devem ser executadas respeitando todos os direitos inerentes à pessoa humana que não tenham sido atingidos pela condenação. Trata-se de um dos princípios de maior importância ao Direito Penal, porquanto visando resguardar direitos mínimos aos condenados.¹¹⁵

O direito penal caminha cada vez mais para a humanização das penas, sendo inadmissíveis no Brasil penas que atentem contra a dignidade da pessoa humana como, por exemplo, a adoção de penas de morte, de caráter perpétuo, de banimento e as cruéis. Neste sentido leciona Ferrari:

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. v. 1 p. 51/52.

¹¹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 130.

¹¹⁵ CARVALHO, Salo de, **Penas e medidas de segurança no direito penal**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 264/265.

“De acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, nenhum cidadão pode ser sancionado desnecessariamente ou ilimitadamente, devendo haver restrições temporais máximas 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.”¹¹⁶

Paulo Queiróz ainda completa:

“São, assim, inadmissíveis, por atentarem contra a dignidade humana, a castração, a mutilação de membros, a esterilização de órgãos e toda sorte de pena que converta o infrator num inválido, parcial ou totalmente, ou, ainda, que o impossibilite de, cumprida a pena, reintegrar-se à vida social.”¹¹⁷

Ponto que já foi abordado em capítulo anterior e tem também seu contorno delineado pelo princípio da dignidade da pessoa humana é a questão da limitação temporal das medidas de segurança. A nosso ver a inexistência de limitação temporal do instituto em comento afronta a dignidade do doente, já que o submete indefinidamente ao poder punitivo do Estado, sendo praticamente “excluído” da sociedade.

Sendo este princípio um valor supremo, as medidas de segurança devem ser executadas em locais onde seja completamente respeitada a dignidade da pessoa humana, sendo impossível a cominação e a execução de medida em que o inimputável seja maltratado, tratado com inferioridade. A Lei de Execuções Penais e Código Penal pouco dispõem sobre o estabelecimento penal em que será cumprida a medida de segurança, todavia é óbvia a falta de cabimento do desrespeito à dignidade do enfermo mental.¹¹⁸

3.1.3 Princípio da proporcionalidade

Este princípio é consequência do Estado de Direito, como o próprio nome já diz se caracteriza por conter o poder do Estado ao exigir proporcionalidade em suas ações. Toda ato que comine uma sanção deve guardar proporcionalidade entre sua motivação e o nível de restrição dos bens jurídicos do agente. Realiza-se, em verdade, uma contenção dos

¹¹⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 122.

¹¹⁷ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**. 1a ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1998, p. 41.

¹¹⁸ MURTINHO, Rodrigo Gomes, **Medidas de Segurança e a Aplicação dos Princípios Penais de Garantia**, 2005, Dissertação apresentada ao Mestrado em Ciências penais da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, p.163. Disponível em <http://www.pmducam.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=63>. Acesso em jan. 2014.

atos Estatais por seus excessos, vedando-se atos desproporcionais, com fundamentação irrazoável.

Daniel Sarmiento bem resume: “Na verdade, o princípio da proporcionalidade visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão”.¹¹⁹

Em sua aplicação às medidas de segurança pode ser subdividido em três subprincípios, (i) da necessidade (ii) da adequação e (iii) da proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro trata mais diretamente da proibição do excesso, onde as medidas de segurança devem ser aplicadas apenas quando estritamente necessárias, se vinculando à característica de última *ratio* do direito penal. Já o segundo se relaciona à adequação da forma como a medida de segurança foi imposta à concreta possibilidade de atingir seu fim de prevenção especial positiva, conforme já tratado em capítulo anterior. O terceiro tem como fundamento proibir que a aplicação da medida se revele, na carga de restrição de direitos do doente, desproporcionada, ou excessiva, tomando como base a gravidade do ilícito e a periculosidade do agente.¹²⁰

Assim, alguns autores entendem que a cominação e a aplicação das medidas de segurança devem ser proporcionais à gravidade do ilícito cometido. Entendemos, todavia, que as medidas de segurança devem sim guardar proporcionalidade, mas não diretamente à gravidade do ilícito cometido, sendo este apenas um norte para sua aplicação e duração mínima. Parece-nos mais acertado que a medida de segurança deva se ater a diversos fatores para o estabelecimento de sua modalidade (detentiva ou restritiva), de sua duração e demais incidentes, mas deve ela guardar maior proporcionalidade com a periculosidade do agente que é em suma o fundamento básico para sua aplicação.

3.1.4 Princípio da Individualização

Este princípio é de suma importância no Direito penal e se refere ao indivíduo, sendo geralmente associado pela doutrina como individualização das penas. Parte-

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 77.

¹²⁰ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 106.

se da ideia de que a sanção penal deve ser particularizada ao agente, ao delito cometido e às suas circunstâncias. Guilherme de Souza Nucci explicita essa Idéia:

“Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer, particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto. A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus.”¹²¹

Nossa Constituição Federal trás expressamente o princípio em seu artigo 5º, inciso XLVI¹²², demonstrando que as sanções não devem ser padronizadas, eis que não se pode igualar os desiguais. Aliás neste mesmo princípio também pode-se retirar fundamento para a existência do próprio instituto da medida de segurança, já que o legislador, ao verificar que os semi-imputáveis e os inimputáveis são diferentes do imputáveis, estabeleceu outra modalidade de sanção a eles aplicável.

Assim, apesar da nomenclatura “individualização das penas” prevista na carta magna e geralmente utilizada pela doutrina, o princípio tem plena aplicação às medidas de segurança, já que esta é uma das espécies de sanção penal em razão da prática de um delito de um inimputável. Até com base em outros princípios como a igualdade e dignidade da pessoa humana, não haveria qualquer razão para aplicá-lo somente às penas.¹²³

Ademais, pela própria finalidade das medidas de segurança, que é o retorno do doente à sociedade, mediante a cessação de sua periculosidade - a prevenção especial positiva – tem-se que se considerar que tanto sua aplicação quanto a forma de execução

¹²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 31.

¹²² Art. 5º(...)

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos.

¹²³ MURTINHO, Rodrigo Gomes, **Medidas de Segurança e a Aplicação dos Princípios Penais de Garantia**, 2005, Dissertação apresentada ao Mestrado em Ciências penais da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, p.177. Disponível em <http://www.pmducam.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=63> Acesso em jan. 2014.

devem ser individualizadas à periculosidade e enfermidade do agente, no intuito de se respeitar também o princípio da proporcionalidade, como supramencionado.¹²⁴

Insta ainda se ressaltar que a individualização não é feita apenas pelo judiciário no momento da aplicação da medida de segurança. Há uma individualização prévia realizada pelo próprio legislador quando da elaboração da legislação, onde este prevê a resposta penal em abstrato para a prática do delito e suas variações conforme as circunstâncias em que é praticado. Há um segundo momento da individualização, em que o magistrado ao aplicar a sanção ao doente individualiza sua medida de segurança, prevendo sua duração mínima, sua modalidade, entre outros. Por fim, todavia um dos mais importantes, há o momento de individualização realizado pelo juízo da execução, em que periodicamente o magistrado irá acompanhar a evolução do doente mediante laudos médicos e determinará as adequações necessárias ao cumprimento da sanção, conforme o caso.¹²⁵

3.2 Proibição da pena de caráter perpétuo

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, XLVII, b, preceitua que “não haverá penas de caráter perpétuo”, introduzindo em nosso ordenamento jurídico a proibição de qualquer tipo de pena, entendida esta em seu sentido lato, que perdure indefinidamente no tempo.

Nas palavras de Luiz Vicente Cernichiaro:

“Não faz sentido, em nossa quadra cultural, privar alguém do direito de liberdade para o resto da vida. Além de contrariar anseio de todo homem, abonado no mundo civilizado, nenhuma utilidade social é extraída. Ao contrário, apenas efeitos negativos, manutenção da ociosidade e transformação do ser humano em pária.”¹²⁶

Referido direito fundamental deve ser interpretado de fora ampliativa, eis que o conceito utilizado pelo constituinte é muito vago. O termo “penas” nos remete a qualquer sanção penal, tendo inclusive quem defenda que a proibição se aplica também às

¹²⁴ CARVALHO, Salo de, **Penas e medidas de segurança no direito penal**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261/263

¹²⁵ CARVALHO, Salo de, **Penas e medidas de segurança no direito penal**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261/263

¹²⁶ CERNICHARIO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 130-131.

sanções administrativas e civis, não sendo condizente restringi-lo apenas às penas propriamente ditas.

Tratando-se de direitos fundamentais, e em caso de dúvida, a interpretação deve ocorrer na tentativa de restringir minimamente qualquer direito. Outrossim, uma interpretação sistemática de Constituição nos demonstra que, no referido inciso do art. 5º, o termo “penas” deve ser lido como “sanções penais”, que conforme visto em capítulo anterior, é gênero das espécies “penas” e “medidas de segurança”.¹²⁷

Assim, neste ponto os dois institutos se assemelham, eis que a proibição das penas de caráter perpétuo atinge tanto as penas como às medidas de segurança, sendo em verdade um direito básico dos cidadãos.

3.3 Punição X Tratamento

Como já visto em tópico anterior, acerca da natureza jurídica das medidas de segurança, estas se assemelham mais a um tratamento do indivíduo inimputável e tem como finalidade precípua a prevenção. Assim, por suas características, grande parte da doutrina entende que neste ponto a pena se distingue mais profundamente das medidas de segurança, já que o fundamento destas é a periculosidade do agente e das penas sua culpabilidade.

Para Guilherme de Souza Nucci:

“O inimputável não sofre juízo de culpabilidade, embora com relação a ele se possa falar em periculosidade, que no conceito de Nélson Hungria, significa um estado mais ou menos duradouro de antissociabilidade, em nível subjetivo. Quanto mais fatos considerados crime o inimputável comete, mais demonstra sua antissociabilidade.”¹²⁸

Diz-se que a culpabilidade não é analisada nas medidas de segurança, pois o inimputável não possui discernimento para entender a ilicitude do fato e se comportar conforme o direito. Assim, a própria lei, retirando destes indivíduos o juízo de culpabilidade, em contrapartida presume que eles sejam perigosos (art. 26, *caput*, CP).

¹²⁷ VIEIRA JÚNIOR, Ary Queiroz. **Indeterminação temporal da medida de segurança. Uma análise constitucional.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10677>>. Acesso em: jan. 2014.

¹²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 391.

O magistrado não precisa demonstrar a periculosidade do agente para aplicar-lhe a medida de segurança, bastando que ele seja declarado inimputável e que tenha praticado ato injusto (típico e antijurídico). Todavia, Paulo Queiróz discorda desta posição, entendendo que o juízo de culpabilidade encontra sim seu lugar nas medidas de segurança:

“Desde logo, não é exato dizer que, quanto aos inimputáveis, o juízo de culpabilidade é substituído pelo juízo de periculosidade. Sim, porque em favor do inimputável militam, também, além das excludentes de tipicidade e ilicitude, todas as causas de exclusão de culpabilidade, bem como causas extintivas de punibilidade (prescrição, decadência), conforme prevê o art. 96, parágrafo único, do Código. Ora, se isso é certo, segue-se que a só periculosidade não é bastante, evidentemente, para ensejar a aplicação de medida de segurança, pois hão de concorrer, para tanto, todos os pressupostos da punibilidade, já que são inadmissíveis medidas pré-delituais. Se, no entanto, os inimputáveis ficam sujeitos, não à pena, mas à medida de segurança, é porque assim recomenda o princípio da proporcionalidade (adequação), pois sentido algum faria enclausurá-los numa penitenciária. Afinal, se o juiz constatar que o réu inimputável agiu sob coação moral irresistível, obedeceu à ordem não manifestamente ilegal, incorreu em erro de proibição inevitável etc., hipóteses perfeitamente possíveis, será de todo ilegal a aplicação de medida de segurança, impondo-se a absolvição pura e simples (CPP, art. 386, III e V), visto que, se, nas mesmas circunstâncias, se puder invocá-las em favor do imputável, o mesmo deverá ocorrer, com maior força de razões, quanto ao inimputável, porquanto num sistema democrático de direito as garantias devem ser proporcionais ao grau de vulnerabilidade de quem delas necessitam, os mais débeis.”¹²⁹

Fato é que mesmo que o juízo de culpabilidade seja realizado aos inimputáveis, como o mesmo autor afirma, ele se dá de forma distinta dos imputáveis, porque a idéia da medida de segurança não é punir. Não se pode conceber que a internação ou tratamento do inimputável se dê como forma de punição ao mesmo, mas sim como forma de recuperá-lo de sua debilidade e, cessada sua periculosidade, torná-lo apto ao convívio social.

Neste ponto trava-se questão delicada, como tratar um agente e diminuir ou cessar sua periculosidade se esta pode não ser real, mas apenas presumida pela lei?

3.3 Periculosidade: Problemática acerca de seu conceito e transitoriedade

O que é ser perigoso? Paulo Vasconcelos Jacobina assim define:

“Para a doutrina, periculosidade é a “potência, a capacidade, a aptidão ou a idoneidade que um homem tem para converter-se em causa de ações

¹²⁹ QUEIROZ, Paulo. **Penas e medidas de segurança se distinguem realmente?**. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/penas-e-medidas-de-seguranca-se-distinguem-realmente/>. Acesso em: jan. 2014.

danosas”. Ora, como em tese qualquer pessoa viva tem a potência, a capacidade e aptidão ou idoneidade para converter-se em causa de ações danosas, não faltaram autores para apontar a imprecisão de tal conceito, tendo o direito penal brasileiro adotado o princípio da presunção de periculosidade para o inimputável que praticar fato típico e antijurídico¹³⁰

Não é difícil se verificar que o conceito do termo é muito amplo e por demais problemático. Se partirmos da premissa que periculosidade é a aptidão ou a idoneidade que um homem tem para cometer ações danosas, esta não deveria ser presumida pela lei aos inimputáveis que cometerem ato ilícito sem qualquer outro requisito. Isto porque, com um conceito tão aberto não é difícil enquadrar quase qualquer pessoa como perigosa.

Nosso sistema penal coloca a periculosidade como fundamento da medida de segurança, afastando quase em sua totalidade a análise de culpabilidade do agente, sendo ele submetido à uma sanção penal não pela sua ação em si, mas simplesmente pelo fato de ser inimputável a lei presumi-lo como perigoso. Ora, se ele não tem capacidade para entender a ilicitude de seu ato e se comportar conforme a sociedade espera, parece-nos uma aparente contradição do sistema que ele possa se beneficiar de qualquer excludente de ilicitude.¹³¹

Por exemplo, sua culpabilidade não será analisada para fins de verificação de sua real periculosidade, todavia, se estiver acobertado por uma excludente de ilicitude, mesmo que não tenha discernimento para entendê-la, e tenha agido por ânimo diverso dela, será por ela beneficiado e não será submetido a tratamento por medida de segurança. Se o agente é presumido perigoso e não tem discernimento para entender seus atos ilícitos, parece-nos que também não o terá para entender que está agindo em legítima defesa por exemplo. Esta é a grande problemática da presunção legal, sem que seja aferida a real periculosidade do agente o sistema entra em contradição.¹³²

Assim, a presunção legal de periculosidade do agente inimputável que cometa um ato ilícito, como prevista na legislação penal, é temerosa, uma vez que não se realiza qualquer perícia interdisciplinar para aferi-la. Entendemos ser este um ponto atinente às medidas de segurança que deveria ser revisado no Brasil, buscando-se um critério que não

¹³⁰ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica**. Brasília: ESMPU, 2008. p. 131.

¹³¹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica**. Brasília: ESMPU, 2008. p. 132.

¹³² JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica**. Brasília: ESMPU, 2008. p. 132/133.

seja puramente legal, mas que seja combinado com uma avaliação realizada por especialistas acerca da real periculosidade do agente e da possibilidade de vir a reincidir.

CONCLUSÃO

A resposta estatal frente ao descumprimento de regras sociais tem origem muito remota, não podendo se precisar quando surgiu. De fato, verificou-se que deveriam haver consequências jurídicas ao cometimento de ilícitos penais, caso contrário não haveria estímulo a que os indivíduos agissem licitamente.

Neste diapasão, surge a sanção penal propriamente dita, com suas duas finalidades: retributiva e preventiva. A primeira buscando a punição do sentenciado pelo mal praticado, ou seja, pensando no passado. Já a segunda, diversos outros objetivos, contudo, pensando sempre no futuro, em coibir novas práticas delitivas – seja por parte do condenado ou de outros indivíduos da sociedade.

Passado algum tempo, verificou-se que, nos casos em que o transgressor da norma penal padecesse de alguma doença patológica que lhe diminuísse ou retirasse o discernimento, a simples punição do agente não surtia os efeitos desejados. Assim, para estes casos - em que o indivíduo não tivesse condições de, no momento da prática do ato, compreender sua ilicitude - concebeu-se a medida de segurança como uma segunda espécie do gênero sanção penal.

Ocorre que, no sistema penal pátrio, ante a falta de estabelecimentos adequados ao cumprimento da medida de segurança e de diversos outros empecilhos à sua correta aplicação, ela ainda caminha a passos curtos, buscando alcançar seus objetivos. Isto porque, não raras vezes, é encarada tanto pela população em geral quanto pelos operadores do Direito como uma pena em si e não um tratamento ao condenado.

Neste trabalho pretendeu-se demonstrar que algumas peculiaridades da medida de segurança merecem relevo quando comparadas às penas. Não reconhecer que ela deva ser vista além de uma sanção penal em si significa negar seus próprios fundamentos e objetivos.

Primeiro ponto a ser destacado no presente trabalho são as características das penas, onde se teceu considerações acerca de sua natureza jurídica, de suas diversas espécies no direito penal brasileiro e de sua finalidade retributiva-preventiva. Demonstrou-se,

ainda, a tendência da atualidade pela criação de penas alternativas ao cárcere ante a falência do fim ressocializador da pena privativa de liberdade.

Outro ponto a ser destacado é a finalidade precipuamente preventiva das medidas de segurança, buscando-se não uma sanção penal por um ilícito praticado, mas sim preocupada com o futuro, a fim de neutralizar a periculosidade que o indivíduo apresenta à sociedade. Trata-se, portanto, da imposição de um tratamento ao indivíduo.

Por fim, chegou-se à diferença ontológica entre ambas as modalidades de sanção penal: pena e medida de segurança. Em que pese serem do mesmo gênero, são institutos penais muito diferentes, ligados, basicamente, por um fator comum – são uma forma de resposta do Estado por um ilícito penal cometido.

Ou seja, o elemento objetivo que autoriza a imposição de ambos é comum, qual seja, a prática delituosa. Contudo, o elemento subjetivo lhes é diverso, sendo o da pena a culpabilidade e o da medida de segurança a periculosidade – conceito demasiadamente lacônico e problemático que, contudo, não foi objeto de maior aprofundamento neste trabalho por demandar um estudo singular apenas para si.

Quanto à suas finalidades, tem-se a pena como mais preocupada em punir o agente e intimidá-lo conjuntamente à sociedade sem, contudo, se olvidar de uma parcela de prevenção. Já a medida de segurança busca, mesmo que utopicamente, o melhor tratamento à patologia do criminoso inimputável ou semi-imputável, para que sua periculosidade possa ser extirpada e ele retorne ao convívio social.

Em suma, não se pretendeu exaurir o assunto, adentrando-se minuciosamente em cada ponto problemático das sanções penais, mas sim realizar uma reflexão acerca de ambos os institutos penais, comparando-os e chegando à suas diferenças e semelhanças ontológicas. Certo é que a cultura jurídica brasileira precisa mudar, enxergando as medidas de segurança de acordo com sua real natureza jurídica.

A nosso ver, para se alcançar a almejada finalidade da medida de segurança (tratamento), ainda seriam necessárias algumas reformas legislativas (como, por exemplo, a adoção de uma perícia multidisciplinar para verificação da real periculosidade do agente) e

estruturais (com estabelecimentos adequados ao tratamento das patologias dos inimputáveis, sem que sejam verdadeiras penitenciárias dissimuladas).

REFERÊNCIAS

- ALVES JÚNIOR, Thomaz. **Anotações teóricas e práticas ao código criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C. Editores. 1864.
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Atena, 1959
- BITENCOURT, Cézár Roberto. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Tratado de direito penal: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.
- BORGES, Jorge Luiz. **Sete Noites**. Tradução de: João Silvério Trevisan. São Paulo: Max Limonade, 1985.
- BOZZA, Fábio da Silva, **Teorias da pena: do discurso à crítica criminológica**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CALDEIRA, Felipe Machado, A evolução histórica, filosófica e teórica da pena, **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n 45, 2009.
- CARDOSO, Danilo Almeida. **Medidas de segurança: ressocialização e a dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2012.
- CARVALHO, Salo de, **Penas e medidas de segurança no direito penal: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FACCINI Neto, Orlando. **Atualidades dobre as medidas de segurança**. Disponível em < www.ibccrim.org.br > acesso em dez/2013.
- FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. **Revista Brasileira Criminal**. São Paulo, v. 2, abr./jun. 1993.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal**, parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica**. Brasília: ESMPU, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista. **Código penal anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. **Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Execução Penal**. 10 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12403/2011 e 12.433/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Individualização da pena**. 1a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

_____. **Manual de Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MURTINHO, Rodrigo Gomes. **Medidas de Segurança e a Aplicação dos Princípios Penais de Garantia**, 2005, Dissertação apresentada ao Mestrado em Ciências penais da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.pmducam.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=63>. Acesso em jan. 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais. 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey. 1998.

_____. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Penas e medidas de segurança se distinguem realmente?.** Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/penas-e-medidas-de-seguranca-se-distinguem-realmente/>>. Acesso em jan. 2014.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

VIEIRA JÚNIOR, Ary Queiroz. **Indeterminação temporal da medida de segurança: Uma análise constitucional.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10677>>. Acesso em jan. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.