



LAURA RIBEIRO RODRIGUES

**A DIFERENÇA ONTOLÓGICA ENTRE PENA E MEDIDA DE
SEGURANÇA**

BRASÍLIA

2014

LAURA RIBEIRO RODRIGUES

**A DIFERENÇA ONTOLÓGICA ENTRE PENA E MEDIDA DE
SEGURANÇA**

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

Orientador: Prof. José Carlos Veloso Filho.

BRASÍLIA

2014

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Renata, Luciane e Francisco. Aos meus familiares, amigos e namorado. Aos meus colegas de ensino de vida. Que nos momentos de desespero acreditaram em mim como eu nunca pensei em acreditar. Agradeço pelo suporte e apoio, necessários para o encerramento dessa jornada.

DEDICATÓRIA

Dedico à minha avó, Maria Eugênia Porto, *in memoriam*, a qual me ensinou a viver. E sem vergonha de ser feliz.

RESUMO

O instituto da medida de segurança se desenvolve ao longo da História, originando-se da ideia de punição, mas dela se diferenciando gradativamente, passando a assumir caracteres distintivos. Sob o aspecto ontológico, porém, a identidade entre a pena e a medida de segurança permanece.

Palavras-chaves: Histórico. Teorias. Pena. Culpabilidade. Medida de segurança. Inimputabilidade. Periculosidade. Diferença ontológica.

Sumário



	1
INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - HISTÓRIA DA PUNIÇÃO E DA MEDIDA DE SEGURANÇA	10
1.1 HISTÓRIA DA PUNIÇÃO	10
1.1.1 PERÍODO DA VINGANÇA PRIVADA	11
1.1.2 PERÍODO DA VINGANÇA DIVINA	15
1.1.3 PERÍODO DA VINGANÇA PÚBLICA	16
1.1.4 PERÍODO HUMANITÁRIO	18
1.1.5 PERÍODO CIENTÍFICO	21
1.1.6 PERÍODO ATUAL – A NOVA DEFESA SOCIAL	22
1.2 HISTÓRICO DA MEDIDA DE SEGURANÇA	24
CAPÍTULO 2 - DAS PENAS E DA MEDIDA DE SEGURANÇA	27
2.1 TEORIAS DE APLICAÇÃO	27
2.1.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUCIONISTAS	27
2.1.2 TEORIAS RELATIVAS OU PREVENTIVAS	30
2.1.3 TEORIAS MISTAS	33
2.2 DA PENA	34
2.2.1 CONCEITO	34
2.2.2 ESPÉCIES	36
2.2.3 A CULPABILIDADE	37
2.3.4 PRAZO	37
2.3 DA MEDIDA DE SEGURANÇA	37
2.3.1 CONCEITO	37
2.3.3 IMPOSIÇÃO	40
2.3.4 ESPÉCIES	40
2.3.5 PRESSUPOSTOS DE APLICABILIDADE	41
2.3.6 A PERICULOSIDADE E SUA CESSAÇÃO	41
2.3.7 SISTEMA VICARIANTE	42
2.3.8 PRAZO	43
2.4 DIFERENÇAS ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA	43
2.4.1 CONCEITUAIS	43
2.4.2 ONTOLÓGICAS	47
CONCLUSÃO	53

INTRODUÇÃO

A presente monografia visa fazer uma análise dos aspectos que diferem a figura da pena com a figura da medida de segurança. O objetivo principal é demonstrar a diferença e semelhança entre esses dois institutos, debater suas divergências doutrinárias e demonstrar que na verdade, não existe divergência ontológica entre ambas.

O primeiro capítulo faz uma análise histórica, demonstrando o surgimento e a evolução do caráter punitivo e seus períodos. Explica-se como a figura da punição se faz presente desde os primórdios, mas com peculiaridades da época, determinando a incidência da pena, suas formas de aplicação e sua função social.

O segundo capítulo analisa os aspectos que circundam a pena e a medida de segurança, com suas particularidades muito bem delineadas. Doutrinariamente, entende-se que a pena se distingue da medida de segurança em diversos aspectos. Enquanto a pena possui caráter punitivo, aplicando-se aos imputáveis e semi-imputáveis, com prazo definido e baseada na culpabilidade do agente, a medida de segurança tem natureza preventiva.

O terceiro capítulo trata da diferença ontológica entre os dois institutos, com a intenção de demonstrar que, na realidade, analisando-se a essência de cada um, na verdade, possuem o mesmo resultado e podem ter o mesmo significado.

Assim, aborda-se a questão da culpabilidade e os reflexos da psicopatia na teoria do delito. Para tanto, conceituaremos a culpabilidade, e trataremos, também, a questão da diminuição da culpabilidade dos psicopatas delinquentes e a aplicação de medida de segurança, com a intenção de demonstrar que, não há distinção na aplicação da pena e da medida de segurança.

Capítulo 1 - História da punição e da medida de segurança

1.1 História da punição

A figura da punição não se manteve incólume ao longo do gradativo desenvolvimento das relações humanas. No curso do processo evolutivo, assumiu formas distintas, variando no tempo e no espaço conforme o entendimento predominante a respeito de certos caracteres, tais como a intenção da pena e a sua finalidade, tendo como parâmetro a sua maior ou menor aceitação social. No entanto, não se tem notícia exata do período histórico em que surgiu a ideia de “punição”, tampouco do primeiro momento de sua aplicação, sendo correto afirmar, ainda que de forma imprecisa, que a prática punitiva é provavelmente tão antiga quanto a própria humanidade¹. Para os “criacionistas” cristãos, a primeira manifestação de aplicação da pena teria sido protagonizada pelo próprio Deus, que teria castigado Adão e Eva por terem provado do fruto proibido, assim infringindo a “regra do paraíso”. Por sua vez, creem os evolucionistas que a prática punitiva surgiu naturalmente, “oriunda do sentimento de vingança”, por meio do qual intencionava-se retribuir o mal sofrido, da forma que se entendesse como justa².

É certo que não se pode confundir o surgimento da pena com a criação do Direito Penal. A punição, propriamente dita, durante um longo período em nada se espelhou nos parâmetros de justiça e equidade hoje conhecidos, baseando-se tão somente na imposição de padrões de comportamento socialmente aceitos,³ com as mais diversas finalidades. A imposição da pena pela pena, sem fundamentação lógica e sem base em fundamentos justos e coerentes, resultou em

¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 87.

² FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. pp. 01-04.

³ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 1999. p. 56.

uma horrenda história das penas, devido às atrocidades cometidas a título de punição⁴.

Para uma melhor compreensão da história da punição, o autor Gilberto Ferreira, com uma classificação particular, fraciona tal “*progresso*” em seis períodos muito bem delineados, demonstrando o caráter evolutivo das penas em suas mais diversas eras. Tais períodos são conceituados como: o período da vingança privada, o período da vingança divina, o período da vingança pública, o período humanitário, o período científico, e, por fim, o período atual ou “*da nova defesa social*”⁵. Passa-se, assim, à análise de cada um deles.

1.1.1 Período da vingança privada

O primeiro fundamento para aplicação da pena, como se disse, é tão antigo quanto o próprio homem: o chamado “período da vingança privada” aparece em comunidades pré-estruturadas, que, na ausência de uma organização social consciente, assim como de um poder central, limitam-se a combater a violência com violência⁶. Confundia-se, dessa forma, a figura da pena com a da vingança, na intenção de “compensar” o mal sofrido pela vítima e por aqueles que lhe eram próximos mediante agressão física: matava-se ou feria-se o indivíduo tido como infrator tanto quanto fosse julgado necessário⁷.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997. pp. 385 e 386.

⁵ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. pp. 01-04.

⁶ SODRÉ, Moniz. *As três escolas penais*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. pp. 25-26.

⁷ LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso*. Rio de Janeiro: Rio, 1983. p. 63.

“No início a vingança e a pena se confundiam: tratava-se de matar ou fazer um ferimento suficiente para proporcionar à vítima ou a seus amigos uma compensação pelo dano sofrido ou pela dor sentida. Mas esta pena aplicava-se ao caso, ou melhor, segundo os instintos ou a paixão de cada um; e quanto mais fossem os punidores, mais cruel o castigo.”

Com a gradativa estruturação social, as comunidades primitivas buscaram estabelecer um padrão comportamental a ser seguido por todos os membros da comunidade⁸. Freud entendia que as sociedades primitivas não se valiam apenas do sentimento de vingança, mas de totens e tabus, figuras que refletiam no sistema punitivo da época. O totem, geralmente figurado por um animal, inseria-se no contexto tanto no aspecto religioso, quanto no social. O tabu, por sua vez, tratava-se de uma proibição convencional, porém com cunho sagrado, e que não necessitava de explicação precisa ou origem racional, mas que estava inserido nos princípios sociais e transmitia-se de geração para geração, sucessivamente⁹.

Nesse estágio da história da punição, para alguns autores, a pena tem essência de cunho religioso, havendo assim uma ligação direta entre a lei e a religião. Nesse sentido, os delitos punidos de forma mais severa e frequente eram aqueles que se mostravam contrários aos ideais partilhados pela coletividade¹⁰. Como, à época, a religião figurava como “*matriz da penalidade*”, expressando uma moralidade sobre a qual o grupo consentia, havia pouco espaço para discordâncias morais. Nesse contexto, as ações consideradas delituosas eram tidas como atentados às divindades, de sorte que, temendo a ira dos deuses, o grupo punia o indivíduo infrator como forma de evitar que punições divinas fossem impingidas a toda a comunidade¹¹.

No período da vingança privada, verificam-se duas formas distintas de punição: a “vingança de sangue” e a “perda da paz”. Esta última ocorria quando a

⁸ LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Safe, 1991. pp. 39-40.

⁹ FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. In: *Obras Completas de Sigmund Freud*. Tradução de Órizon Carneiro Muniz. 2ª ed., Rio de Janeiro: Imago, 1995, v. XIII, p. 87.

¹⁰ ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *Caráter vingativo da pena*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005. pp. 16-19.

¹¹ ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *Caráter vingativo da pena*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005. 20.

agressão provinha de um membro da própria tribo, hipótese em que bania-se o infrator da vida em comunidade, com o intuito de desfazer sua ação negativa enquanto malfeitor, simbolicamente¹². A expulsão da comunidade, à época, igualava-se a uma sentença de morte, visto que, fora do grupo, o indivíduo não teria condições de sobrevivência.¹³

Em contrapartida, a vingança de sangue dirigia-se necessariamente a infratores externos, que não partilhavam do vínculo sanguíneo existente entre os membros da comunidade, que possuíam ascendência comum. No entanto, a vingança de sangue caracterizava-se por sua natureza coletiva: a punição incidia sobre todo o grupo agressor, estendendo-se à família do indivíduo considerado diretamente responsável pelo delito¹⁴, o que, presumivelmente, causava destruição na comunidade tida como rival. Não havia, pois, a noção de justiça e equilíbrio, solucionando-se a violência com mais violência¹⁵.

A vingança foi um ato geral entre as tribos, umas exercendo sobre as outras ato vingativo contra ação agressiva a qualquer de seus membros, ação agressiva real, de um membro de outra tribo (...) Foi consequência da solidariedade entre membros do mesmo clã, que é uma das forças de coesão e, portanto, de continuidade do grupo. Mas essa vingança é um ato de guerra, não uma pena¹⁶.

Pierangelli aponta que a vingança, incidindo sobre um grupo inteiro, invariavelmente acarretava em guerras e destruição. Por tal razão, a fim de evitar a total aniquilação das comunidades, fez-se necessária a limitação da pena,

¹² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 1ª edição, pp. 2 e 3.

¹³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 1ª edição, p. 3.

¹⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 1ª edição, pp. 2 e 3.

¹⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 89.

¹⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 55.

passando-se a aplicar a punição exclusivamente ao autor do delito¹⁷. Posteriormente, tal limitação na imposição de penalidades veio a ser regulada pela lei de Talião, prevista por adoção no Código de Hamurabi, que instituía a máxima do “*olho por olho, dente por dente*” e, certamente, representou uma primeira evolução no caráter punitivo¹⁸.

Classificada como uma forma de repressão verificada em todos os povos antigos, a lei de Talião tinha como princípio retribuir o mal causado com a imposição de um mal igual ou semelhante ao autor do delito, claramente descrito da seguinte forma:

“É assim que se vê o filho órfão guardar a bala, de que pereceu seu pai, para devolvê-la em ocasião oportuna, ao peito do assassino. É assim que o homem do povo, a quem a calúnia feriu no mais fundo de sua dignidade, não tem outra ideia senão a de cortar a língua de seu caluniador. É ainda assim que, nos atentados contra a honra feminina, não raras as vezes a desafronta só se dá por justa e completa, castrando-se o delinquente.”¹⁹

Nessa análise, percebe-se que a vingança privada orbita principalmente ao redor da vítima e de seus próximos, tendo por objetivo compensar “na mesma moeda” todas as ações praticadas e todos os males sofridos, figurativamente “desfazendo” a conduta do agressor²⁰.

Gradativamente, a vingança particular, no sentido primitivo e privado – conhecida popularmente como “*fazer justiça com as próprias mãos*” – passa a ser regida por um poder central, unicamente a fim de evitar o conflito entre as

¹⁷ PIERANGELLI, José Henrique. *Das Penas: Tempos Primitivos e Legislações Antigas*. Fascículos de Ciências Penais. Fabris, v.5. p. 6.

¹⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 90.

¹⁹ BARRETO, Tobias. *Fundamentos do Direito de Punir*. Revista dos Tribunais, n. 727. p. 648.

²⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 1ª edição, p. 9.

comunidades e seu conseqüente enfraquecimento, servindo, de certa forma, como elemento de proteção do grupo. Apesar da modificação, certo é que, nesse momento, o poder central, detentor da *faculdade* de punir, não alterou inteiramente a *maneira* de punir, mantendo inclusive a figura da vingança pessoal, porém administrando-a²¹.

1.1.2 Período da vingança divina

Como já se disse, nos tempos antigos, as punições sempre tiveram forte conotação religiosa. No chamado “período da vingança divina”, todavia, a influência da religião na imposição de penalidades torna-se ainda mais central: a pena, que anteriormente era aplicada como vingança pura pelo mal causado, passa agora a ter fundamentação punitiva em um ente superior, uma divindade,²² e apresenta a figura do sacrifício²³ como sanção extrema. Assim é que, no âmbito de uma comunidade eminentemente religiosa, admite-se socialmente o sacrifício de pessoas e animais, transferindo o caráter vingativo para o “objeto” sacrificado,

²¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 1ª edição, pp. 4 e 6.

“Pela análise feita até o presente, pode-se perceber não ter sido a racionalidade jurídica ou a busca do equilíbrio entre a ofensa e o castigo a razão dos limites impostos à vingança, pois esta sempre esteve inserida no sentimento humano e em nenhum momento deixou de integrar as práticas penais, quer no passado, quer no presente. A razão primordial dos limites impostos à vingança foi a própria sobrevivência e preservação da comunidade, posta em perigo pela vingança particular, impregnada de emoção e de ausência de proporção com a ofensa”.

²² FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 08.

²³ GOLDKORN, Roberto B. O. *O poder da Vingança*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995, pp. 23 e 24.

“(...) aparecia como uma forma aparentemente inteligente de transferir a energia vingativa do pecado para o objeto mágico, o qual era investido de mágica e simbolicamente do poder de purgar os pecados da tribo. A figura do bode expiatório nos fornece um bom exemplo. Esse costume perdurou por muito tempo entre os judeus, que colocavam pedaços de pergaminho (onde escreviam os seus próprios pecados) amarrados num bode, e depois o soltavam no deserto para vagar e por fim morrer, expiando assim os seus (deles) pecados. É fácil perceber o valor psicológico dessa transposição, mas a coisa não é tão simples, e naturalmente não se esgota nas análises psicológicas ou antropológicas.”

considerado mágico, com a finalidade de apaziguar a ira das divindades, despertada pela “*violação de um mandamento ou preceito divino*”²⁴.

Havia, nesse contexto, o entendimento de que a pena tinha como finalidade a purificação e regeneração da alma do infrator. Considerando a limitação de conhecimento da sociedade àquela época, as atrocidades e crueldades perpetradas em tal período como forma de punição eram entendidas como justas pela comunidade, que procedia à aplicação de sanções verdadeiramente absurdas em razão da “vontade” ou do mandamento de Deus²⁵.

1.1.3 Período da vingança pública

O período da vingança pública, por sua vez, é caracterizado pelo surgimento da figura do suplício, a punição corpórea na sua forma mais cruel e degradante, justificada pelo propósito de “expiar o crime cometido”, sendo diretamente aplicada pelo poder soberano,²⁶ com base em seus próprios interesses²⁷.

Aqui, a função da pena – bárbara e demasiadamente cruel, por fazer agonizar o indivíduo penalizado –, não mais tinha por finalidade primordial satisfazer a vontade do ofendido, tampouco ver castigado o acusado²⁸. Objetivava-se, principalmente, amedrontar a população, impondo desta forma a superioridade e

²⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 1ª edição, p. 11.

²⁵ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 08.

²⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 21.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. pp. 63-94.

²⁷ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 09.

“A pena, pois, passou a ser regulamentada pelo ente soberano e aplicada de acordo com seus interesses. Naturalmente que, do ponto de vista humanitário, muito pouco mudou. Conservaram-se o talião, a composição e a própria vindita. Todavia, não mais ao critério e à vontade do ofendido.”

²⁸ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 09.

força do poder soberano. A pena cruel e desumana era aplicada através do espetáculo, um “*show*” do qual o povo era obrigado a participar²⁹.

Nesse período, é evidente que não havia como a pena cumprir uma função de ressocialização. Afinal, a pena de morte por tortura era a mais aplicada em quase todos os países e culturas, variando somente o grau do tormento, a depender da classe social a que pertencesse o apenado³⁰. Logicamente, depois de condenado à morte, de nada adiantava atemorizar o criminoso, visto que não teria chance de voltar a praticar ilícitos, de qualquer forma: buscava-se, tão somente, intimidar a população, assim garantindo a supremacia do poder soberano³¹.

A era das crueldades foi muito bem descrita no clássico livro de Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, que, em seu início, narra o suplício de Damiens, indivíduo condenado na época³²:

Damiens fora condenado, a 02.03.1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris aonde devia ser levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; em seguida, na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das penas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo

²⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 21.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. pp. 46-47.

³⁰ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 09.

³¹ LEAL, José. Curso de Direito Penal. Porto Alegre: Safe, 1991. pp. 50-51.

O objetivo não era o de aterrorizar o condenado que estava inapelavelmente eliminado do meio social e já não poderia mais representar qualquer tipo de ameaça aos interesses do grupo dominante. Todo esse ritual de terror e de insensatez visava principalmente dar uma lição de exemplaridade aos demais componentes do grupo social, acentuando o caráter de retribuição da pena criminal, assento na ideia de punir o infrator simplesmente pelo mal cometido no final desse período, o Direito Penal passa a ser a expressão do Estado absolutista, autoritário, cruel, desumano e implacável com os infratores pertencentes às classes populares (servos, pequenos agricultores, artesões e a plebe em geral), mas assegurando os privilégios e protegendo os interesses da aristocracia e do clero.

³² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 21.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p. 11.

consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

No entanto, tais espetáculos punitivos começaram a causar revolta em alguns homens, ao passo que o Estado ia gradativamente perdendo o respeito que antes era garantido pelo medo da população. Em seus últimos momentos de agonia, o condenado passava a proferir as suas últimas palavras, por meio das quais dava voz aos sentimentos que o povo reprimia por medo da provável punição que se seguiria, assim encorajando a massa a se rebelar contra as arbitrariedades estatais. Dessa forma, o espetáculo do suplício, que por muito tempo serviu como forma de frear os ímpetus criminosos da população, foi deixando de servir ao propósito idealizado pelos governantes, passando a “*santificar*” o criminoso, que acabava por servir de inspiração a inúmeras revoltas coletivas³³. Assim, foi-se gradualmente eliminando o sentimento de medo antes imposto à população.

O espetáculo passa, então, a ser visto de forma negativa. Nessa conjuntura, o direito do acusado a um tratamento humanitário surge como contraponto à ordem então vigente, e sua importância vai se tornando cada vez mais reconhecida no meio social³⁴.

1.1.4 Período humanitário

De acordo com Michel Foucault, a mudança mais radical na forma de aplicação da pena surgiu após o século XVII, em decorrência de uma série de fatores, dentre eles a existência de um sistema punitivo repleto de lacunas, que dava

³³ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 09.

“De qualquer forma, a punição continuava cruel, desproporcional, atroz. Uma retrospectiva das espécies de penas adotadas pelos três períodos mostrará que uma reação a tamanha barbárie haveria de se impor.”

³⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 21.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p. 57.

vazão a uma sanha punitiva sem limites - como ocorria com os suplícios –, que atrapalhava o desenvolvimento do sistema capitalista que crescia na sociedade como nova ordem econômica. Ainda, por sua crueldade, violência e arbitrariedade, os suplícios passaram a ser vistos pela população como revoltantes práticas estatais³⁵. Na tentativa de solucionar tal problema, os juristas da época se posicionaram no sentido de que não mais havia lugar para a violência como forma de penalidade. Seria necessária, segundo eles, uma delimitação prévia, clara e objetiva de quem poderia ser considerado criminoso, assim como dos contornos do sistema punitivo, que não mais deveria gravitar em torno da simples noção de vingança por meio da violência³⁶.

Cesare Beccaria, em sua obra “*Dos Delitos e das Penas*”, defende a introdução de um sistema coeso e justo, onde haja leis claras, o respeito ao devido processo legal e o fim das penas cruéis³⁷. Confira-se:

Leis claras e precisas, dispensando com isto a possibilidade de interpretação arbitrária por parte dos juízes; revogação de todas as penas e castigos cruéis; pena severa apenas o suficiente para garantir a segurança social; abolição da pena de morte, que somente seria reservada para casos excepcionais; necessidade de lei anterior definindo o crime e cominando a pena.

O período humanitário, que se sobrepõe à vingança pública³⁸, é normalmente identificado pela preocupação de conferir a devida proteção ao corpo e, em geral, à pessoa do acusado. Porém, a verdadeira razão histórica de sua

³⁵ ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *Caráter vingativo da pena*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005. p. 27.

³⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 21.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p. 14.

³⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. p. 107.

³⁸ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 11.

“Antes, porém, volto a advertir. Esses períodos não aconteceram de modo estanque, com o encerramento de um e o início de outro. O período da vingança divina conviveu por muito tempo com o período da vingança pública, o mesmo tendo ocorrido com o período da vingança privada.”

instituição é a proteção do poder econômico e dos bens, cujo papel social passa a ser central com a introdução do regime capitalista³⁹.

Nesse momento, o aparecimento da guilhotina como forma de execução extingue os suplícios, as penas longas, cruéis, degradantes e desumanas. Malgrado não atenda verdadeiramente ao ideal humanitário, representa, ainda assim, uma evolução social em que não mais se aceita o espetáculo punitivo antes promovido pelo Estado, juntamente com a inserção das penas privativas de liberdade⁴⁰.

Ainda a respeito desse período histórico, preocupou-se com o caráter humanitário da pena John Howard, que em seu livro *State of Prisons* alega a necessidade de um ambiente higienizado, com regime alimentar adequado, separação de tratamento entre os indivíduos acusados e os condenados - a fim de se evitar a punição de inocentes –, “ensinamentos de educação moral e religiosa” e a obrigatoriedade de o preso exercer função laboral e participar de ensino profissionalizante⁴¹.

Surge, em seguida, Jeremy Bentham, que, com suas obras intituladas *Tratado da Legislação Civil e Penal e Teoria das Penas Legais*, também aborda a necessidade de humanização das prisões⁴².

³⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 21.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. pp. 63-94.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 21.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. pp. 17-18.

⁴¹ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 15.

⁴² FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. pp. 15-16.

1.1.5 Período científico

Ao final do período humanitário, em que a preocupação recaía preponderantemente sobre a problemática da humanização das penas, o chamado “período científico”, convencionalmente denominado, surge com a noção de que o delito seria um fato social e individual, no qual o autor demonstra uma patologia específica. A pena, a essa altura, não é mais vista como uma forma de castigo, mas como medida tendente a reabilitar ou “curar” o indivíduo, fazendo as vezes de um remédio⁴³.

Cesare Lombroso aparece nesse período com a teoria de que o criminoso, em geral, teria características físicas específicas, com as quais este nasceria e morreria. Apesar de reconhecidamente equivocada, a teoria de Lombroso dá origem às ciências penais, i.e., a estudos relacionados ao criminoso, ao crime e às suas causas, com a finalidade de proteção social. A partir desse ponto, “*nascem, pois, a antropologia criminal, a criminologia e a sociologia criminal, a política criminal e a ciência penitenciária*”⁴⁴.

Discute-se, neste momento, com maior profundidade, a “*questão da individualização da pena, da periculosidade e da medida de segurança*”⁴⁵.

⁴³ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 16.

⁴⁴ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 16.

⁴⁵ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 16.

“Os ensinamentos da Escola Positiva influenciando os novos estudiosos deram origem a um novo movimento, a chamada União Internacional de Direito Penal, liderado por Von Liszt, Van Hamel e Adolphe Prins. Esse movimento preconizava a distinção entre os diversos tipos de delinquentes, a realização de estudos antropológicos e sociológicos, não se considerando a pena como único meio de combate ao crime, a eliminação das penas de curta duração e a colocação dos delinquentes habituais em situação de não se tornarem nocivos.”

1.1.6 Período Atual – A nova defesa social

Lentamente, a pena sofre mutações e, em consequência, enfraquece e acaba por se desvincular do caráter cruel que por tanto tempo a caracterizou. Põe-se fim ao período científico, iniciando-se o Período Atual, da Nova Defesa Social, que apresenta uma proposta de extinção do Direito Penal e do sistema penitenciário, tendo o professor italiano Filippo Gramatica como precursor de tal ideia, a qual conquistou e vem conquistando diversos adeptos⁴⁶.

Este movimento critica principalmente o sistema carcerário que utopicamente preconiza a regeneração do criminoso encarcerado, para posterior inserção social. Ao contrário, argumenta-se que a prisão acaba por perverter, corromper e degradar o infrator, estimulando a reincidência e fabricando criminosos cada vez mais perigosos. Assim sendo, acredita-se que a privação de liberdade deve ser aplicada somente como sanção máxima e extrema, e apenas a criminosos que, devido à sua periculosidade, não tenham possibilidade de permanecer inseridos no meio social⁴⁷. Aos demais criminosos, trabalha-se com a ideia de imposição de medidas alternativas, substitutivas à prisão⁴⁸.

Ao contrário do que se pode imaginar à primeira vista, a nova defesa social propõe a eliminação do sistema carcerário de forma gradativa, e não abrupta, no intuito de possibilitar a ressocialização real do criminoso.

Por não cumprir a finalidade de ressocialização do preso e posterior reinserção social a que se destina, a base do sistema punitivo atual fracassa em

⁴⁶ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 17.

⁴⁷ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 19.

⁴⁸ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 19.

seus próprios fundamentos⁴⁹. Tal afirmativa encontra fundamento no elevado índice de reincidência, na decadência do sistema carcerário atual, no seu altíssimo custo de manutenção e na sua amplamente verificada ineficácia em promover a recuperação do criminoso.

Nesse contexto, a aplicação de medidas alternativas para cada caso específico e a gradativa exclusão do cárcere se apresentam como medidas necessárias à correta humanização da pena, especialmente ao se considerar que a realidade brasileira é a da superlotação nas prisões, com tratamentos sub-humanos ao preso, em condições degradantes⁵⁰.

⁴⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3 ed., Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. P. 184-185.

“A atenção da literatura se volta, particularmente, para o processo de socialização ao qual é submetido o preso. Processo negativo, que nenhuma técnica psicoterapêutica e pedagógica consegue equilibrar. Este é examinado sob um duplo ponto de vista: Antes de tudo, o da desculturação, ou seja, a desadaptação as condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de auto-responsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso da realização do mundo externo e da formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. O segundo ponto de vista, oposto mas complementar, é o da aculturação ou prisionalização. Trata-se da assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária. Estes aspectos da subcultura carcerária, cuja interiorização é inversamente proporcional às chances de reinserção na sociedade livre, têm sido examinados sob o aspecto das relações sociais e de poder, das normas, dos valores, das atitudes que presidem estas relações, como também sob o ponto de vista das relações entre os detidos e o staff da instituição penal.”

⁵⁰ ANCEL, Marc. *A Nova Defesa Social: um movimento de política criminal humanista*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 30.

“Admitiremos que as ideias de defesa social podem ser consideradas como emergentes, do ponto de vista histórico, desde o surgimento de uma das três noções seguintes: a preocupação em assegurar, não só um castigo puramente expiatório, mas uma eficaz proteção da sociedade; o desejo de provocar, não só uma pena simplesmente retributiva, mas uma melhora de conduta, ou mesmo uma reeducação do delinquente; ou, finalmente, a preocupação em promover ou em conservar, no âmbito da justiça penal e superando simples exigências da técnica processual, a noção de pessoa humana, em relação a quem não se admite a aplicação senão de um tratamento verdadeiramente humano. Nesses três casos, a defesa social se manifestará ao superar a prática normalmente seguida em matéria penal”

1.2 Histórico da medida de segurança

O instituto da medida de segurança aparece na História com grande intento na era da chamada “nova defesa social”. Não obstante, tem-se relatos de que, na Renascença, já havia a distinção entre indivíduos considerados loucos e sãos, opondo-se à loucura à razão. Assim, verificada a loucura, haveria de se fazer um isolamento do enfermo em relação àqueles considerados “normais”⁵¹. No entanto, como a sociedade não enxergava a loucura como uma doença propriamente dita, o indivíduo entrava na margem de rejeição social, juntamente com os demais “anormais” da época, sendo forçado a trabalhar como forma de punição pelo fato de ser portador da loucura. Posteriormente, ao se perceber que a loucura impossibilitava a produção laboral correta e incapacitava a vida coletiva, tais indivíduos, quando cometiam delitos, passaram a ser isolados por meio da internação, com a sua liberdade condicionada à cura⁵².

No Direito Romano, considerava-se dever da família controlar o membro que possuísse qualquer distúrbio mental, sem causar danos sociais; caso não houvesse êxito, o Estado deveria intervir, aplicando reclusão e encarceramento⁵³.

Em 1800, cria-se a figura dos manicômios na Europa, e em 1810 o Código Penal Francês apresenta legislação versando sobre os inimputáveis⁵⁴. Já em 1860, a Inglaterra aparece como o primeiro país a aplicar tratamento psiquiátrico em

⁵¹ ANCEL, Marc. *A Nova Defesa Social: um movimento de política criminal humanista*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 30.

⁵² PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de Psiquiatria Forense, civil e penal*. São Paulo: Atheneu, 2003, p. 8.

⁵³ PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de Psiquiatria Forense, civil e penal*. São Paulo: Atheneu, 2003, p. 8.

⁵⁴ BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 79.

tais estabelecimentos, reservados aos doentes mentais que cometessem delitos, por não considerar que os portadores de distúrbios possuíam responsabilidade por seus atos⁵⁵. Tal evolução no processo da singularidade de punição dos doentes mentais deu-se principalmente por meio do “*Criminal Lunatic Asylum Act*”, que determinava que os delinquentes penalmente irresponsáveis fossem recolhidos a um asilo de internos. Posteriormente, em 1883, a criação do “*Trial of Lunatic Act*” apresentou a noção de medida de segurança atualmente conhecida⁵⁶.

A implementação do Código Penal Suíço em 1893, elaborado por Karl Stoss, igualmente apresentou a figura da medida de segurança, com objetivo de conter os delinquentes portadores da loucura⁵⁷, sem no entanto estabelecer um prazo exato para a cessação da medida, por considerar que o seu período de duração dependeria do grau e da persistência da periculosidade do criminoso⁵⁸. Implementava, então, a necessidade de internação dos reincidentes em instituições específicas para seu tratamento, sem sofrer este uma pena ou punição propriamente dita, mas uma sanção conhecida como “medida de segurança”⁵⁹.

No Brasil, medidas de tratamento já haviam sido disciplinadas, mas ainda eram chamadas de pena⁶⁰. A medida de segurança propriamente dita se apresenta formalmente legislada no anteprojeto do Código Penal elaborado em 1927, o qual previa para o doente mental delinquente a aplicação de tratamento

⁵⁵ ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. pp. 1 e 2.

⁵⁶ ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 1.

⁵⁷ ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 1.

⁵⁸ ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 41.

⁵⁹ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. pp. 30-31.

⁶⁰ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 33.

diferenciado, com sua responsabilidade reduzida ou atenuada, dependendo do seu grau de compreensão, prevendo ainda a possibilidade de cumulação de pena e medida de segurança para os casos de semi-imputabilidade⁶¹.

O Código Penal implementado em 1940 dividiu as medidas de segurança entre patrimoniais e não patrimoniais, detentivas e não detentivas, com as suas respectivas sanções. Aderiu-se, à época, ao chamado sistema “*duplo binário*”, que admitia a aplicação conjunta de pena e medida de segurança⁶².

Somente com a Reforma do Código Penal ocorrida em 1984, as medidas de segurança foram delimitadas de forma mais precisa, definindo-se as suas duas espécies: a internação em hospital de custódia e o tratamento ambulatorial⁶³. A partir de então, passou a vigorar no País o “*sistema unitário ou vicariante*”, que impossibilita a cumulação da pena e da medida de segurança.

Com caráter preventivo e de assistência social, a medida de segurança se apresenta ainda indefinida no que concerne à determinação de seu tempo limite, baseando-se no grau de periculosidade persistente no indivíduo.

⁶¹ ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 5. Retirado de BRASIL, Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, publicado em 31 de dezembro de 1940.

“O Código Penal de 1940 acolheu, como critério de verificação da responsabilidade penal, a capacidade de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se segundo esse entendimento (art. 29). Assim, é considerado inimputável aquele inteiramente incapaz de entender o caráter delituoso do fato e de orientar seu atuar de acordo com aqueça compreensão, e seiimputavel quem não possui plenamente esse discernimento. Ao seiimputavel são aplicáveis pena e medida de segurança cumulativamente, ao passo que ao inimputável está reservada apenas esta última medida.”

⁶² ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 5.

“Pelo Código Penal de 1940, as medidas de segurança são divididas em pessoais e patrimoniais (art. 88). As primeiras são classificadas em detentivas (internação em manicômio judiciário, em casa de custódia e tratamento, colônia agrícola, instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional) e não detentivas (liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares, exílio local). As medidas patrimoniais previstas eram a interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação (art. 99) e o confisco (art. 100).”

⁶³ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. pp. 39-40.

Capítulo 2 - Das Penas e da Medida de Segurança

2.1 Teorias de aplicação

As chamadas teorias justificadoras (retribucionistas e prevencionistas) “nasceram para responder ao problema da justificação do direito de punir”⁶⁴. Buscam justificar os *fins da punição*, apoiando-se na efetividade da repressão legitimada pelo Direito⁶⁵.

Assim, para fins de entendimento conceitual, necessária se faz a verificação dos fundamentos e finalidades da punição, explicados a partir do desdobramento de três espécies de teorias: absolutas, relativas, e mistas⁶⁶.

2.1.1 Teorias Absolutas ou Retribucionistas

As teorias absolutas se baseiam na ideia de que a punição tem como fundamento a defesa do ideal moral e ético, de acordo com os ideais socialmente partilhados a cada época. Com caráter meramente retributivo (*malum propter malum, bonum propter bonum*), assemelham-se ao talionato⁶⁷, na ideia do mal pelo mal⁶⁸, utilizando resquícios da vingança de sangue⁶⁹, sem qualquer propósito finalista⁷⁰. Nas palavras de José Antônio Paganella Boschi, a adoção prática de teorias dessa natureza, fundadas na aceitação da retribuição do mal pelo mal,

⁶⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 154.

⁶⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 105.

⁶⁶ BOCKELMANN, Paul; Klaus Volk. *Direito Penal: parte geral*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; coordenação e supervisão Luiz Moreira. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 7.

⁶⁷ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 25.

⁶⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 103.

“Para os clássicos e seu retribucionismo do mal do crime pelo mal da pena, o crime era visto como um pecado, e a pena, como a sua consequência (*quia peccatum est*).”

⁶⁹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 106.

⁷⁰ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 25.

“*implica ‘legitimação’ da vingança, com a ‘vantagem’ de não precisar o ofendido manchar de sangue as próprias mãos*”⁷¹.

No âmbito das teorias retribucionistas, a pena serve como instrumento para expiar o crime praticado (*punitur quia peccatum est*): trata-se do “*mal justo com que a ordem jurídica responde à injustiça do mal praticado pelo criminoso*” (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*)⁷².

Em outras palavras, a pena é aplicada como punição do acusado, e não como meio de coibir ações futuras, tendo-se, em termos práticos, a noção fundamental da lei do Talião aplicada e supervisionada por tribunais⁷³.

Sobre o assunto, Frederico Abrahão de Oliveira afirma que Kant seria o precursor de tais teorias, como se conclui:

Kant é quem melhor expressa a teoria *absoluta*, uma vez que nele encontramos a ideia de negação da cidadania àquele que não cumpre a lei, cabendo ao soberano o dever de castigar severamente o infrator. Tal reflexão advém da ideia de que a lei penal é um imperativo categórico expressado pelo *dever ser*. Assim, indica o que deve ser omitido ou feito, para obtenção do resultado positivo, favorável, bom⁷⁴.

Verifica-se, dessa forma, que Kant trabalha a noção de que as ações individuais *devem ser* não apenas consideradas morais, mas igualmente legitimadas como legais, fazendo assim uma correlação entre direito e moral.

⁷¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 106.

⁷² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 93.

⁷³ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e “sursis”: doutrina, jurisprudência e legislação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 26.

⁷⁴ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e “sursis”: doutrina, jurisprudência e legislação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 26.

Nesse sentido, tem-se, primeiramente, que o crime, ao violar a moral, tem como consequência a pena, como “*dever ético de reparação*”. Não obstante, pensadores como Kant vão além e transcendem a ideia de mera violação da norma moral, considerando, então, que o crime contraria o Direito (princípio ético-jurídico), sendo a pena a “*compensação jurídica*” de tal violação⁷⁵.

Com suas mais diversas ramificações, adequa-se a essas teorias o já citado fundamento religioso da pena, i.e., a noção de que o delito representaria a “*violação a um direito divino*”. Defende-se, nesse sentido, que a pena é o castigo aplicado pelos homens, mas delegado pelas divindades, para fins de defesa social. Assim, autoriza-se qualquer esforço que pareça servir ao propósito de purificar o mal causado pelo indivíduo, o que pode incluir até mesmo a sua eliminação.

Tais teorias também foram defendidas por Hegel e outros pensadores e doutrinadores, os quais acreditavam que a pena cumpria o papel de restabelecer o *status quo* da ordem social violada⁷⁶. Assim, para eles, não haveria “*finalidade utilitária*” na pena, aplicada tão somente como consequência do ilícito praticado, em caráter retributivo. Nesse sentido, entendia-se que a pena-retribuição seria a melhor forma de *defender a sociedade*, corrigindo o criminoso não com a pena em si, mas em consequência dela⁷⁷.

A defesa social, utilizada como justificativa suficiente à legitimação da prática punitiva, acaba por autorizar a aplicação das mais diversas penas, tais

⁷⁵ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. pp. 26.

⁷⁶ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e “sursis”: doutrina, jurisprudência e legislação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. pp. 26 e 27.

⁷⁷ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e “sursis”: doutrina, jurisprudência e legislação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 27.

como a “*eliminação do criminoso, a correção para fins de purificação e cura*”⁷⁸, de forma a satisfazer a concepção da punição, da correta aplicação do mal correspondente ao mal causado⁷⁹.

2.1.2 Teorias Relativas ou Preventivas

Ao contrário do que preceituam as teorias absolutas, as teorias relativas, também denominadas “preventivas,” têm uma ideia futurista de que a pena deve servir como contenção de ações futuras, para evitar que o indivíduo volte a delinquir. Visando a prevenção, no intuito de proteger a sociedade, a pena impõe medo, temor, para atingir seu objetivo de evitar a prática de delitos⁸⁰.

A “teoria da prevenção” comporta subdivisões, apresentando uma feição “*geral*” e uma feição “*especial*”⁸¹. Em sua feição “*geral*”, identifica na pena uma função social: atinge a coletividade, intimidando-a, para assim impedir a repetição de certa prática considerada delituosa. A “*prevenção geral*” subdivide-se, ainda, nas seguintes teorias: da intimidação (execução pública da pena para causar temor social), do constrangimento psicológico (atinge a pena sua função ameaçando

⁷⁸ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 26.

⁷⁹ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, tradução de Taipa de Carvalho. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. Tomo IV, p. 173.

“Só a ideia retributiva, tida como fundamento da pena, é capaz de satisfazer plenamente todas as exigências que são instantes no campo da punição. Ela satisfaz a suprema exigência de que ao mal praticado corresponda a aplicação de um castigo proporcional à sua gravidade” (...) “A pena retributiva é, por isto, a que mais e melhor que qualquer outra concepção penal serve à manutenção da ordem social e, deste modo, à conservação da sociedade. Despertando, através da ideia da justiça, sentimentos morais no âmbito do delinquente, coopera na sua redenção.”

⁸⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 112.

⁸¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 112 e 113.

“Da concepção retributivista, justificando a pena por razões teológicas ou metafísicas, avançou-se, depois, para esta hegemonicamente distinta: a de pena como meio ou instrumento socialmente necessário à *intimidação* e à *prevenção contra novos delitos* (*punitur et ne peccetur* – pune-se para que o indivíduo não mais peque). Alerta-se, desse modo, ao criminoso e aos não-desviantes (prevenção geral e especial) e, com a pena, reforça-se o sentimento de confiança de todos no sistema jurídico (função integradora).”

e impondo o mal), da premunição (é necessário que a ameaça seja feita de forma séria, através da lei), e da defesa (a fim de proteger o próprio Estado, que se vê ameaçado pela subversão da ordem imposta)⁸².

Busca, por meio do Direito Penal, evitar infrações futuras, através da intimidação, ao mesmo tempo em que pune o infrator. Na teoria da prevenção geral, a finalidade da intimidação é inibir qualquer ação oriunda da infração, ou que venha a seguir os mesmos preceitos, afetando a coletividade como um todo e assim instaurando o estado de alerta social, como resultado da aplicação da punição exemplar⁸³.

Já em sua feição “especial”⁸⁴, preconiza a teoria da prevenção que a pena tem por finalidade atingir o próprio delinquente, individualmente, para evitar que este venha a reincidir⁸⁵. Destacam-se, nesse âmbito, a teoria do melhoramento e da emenda (procura-se “melhorar”, reeducar o indivíduo, de forma a prevenir a reincidência), e a do ressarcimento (punição com o conseqüente ressarcimento dos eventuais danos causados)⁸⁶. Boschi faz a seguinte afirmativa:

A prevenção é considerada como positiva ou integradora, porque, com a pena, corrige-se o réu e, ao mesmo tempo, se reforça a autoridade do Estado e o sentimento, nas pessoas, de necessidade de respeito às leis.⁸⁷

⁸² FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. pp. 26 e 27.

⁸³ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 113.

⁸⁴ ⁸⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 115.

“Ora, a prevenção especial parte da crença de que os indivíduos são suscetíveis de intimidação pela pena, mas parece bem evidente que a ameaça de sanção não altera radicalmente o comportamento dos criminosos habituais, que continuam cometendo seus ilícitos, muitas vezes como ‘modo de vida’.”

⁸⁵ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. pp. 26 e 27.

⁸⁶ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 28.

⁸⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 115.

Tem-se como intuito, assim, desestimular o infrator a praticar novos crimes⁸⁸, servindo a pena ao propósito de reeducar e ressocializar o infrator⁸⁹. O doutrinador Heleno Cláudio Fragoso⁹⁰ considerava que a pena, no processo de cumprimento de sua finalidade, passava por três etapas: da cominação, da imposição e da execução. A primeira seria aquela realizada pelo legislador ao editar a norma fixadora da pena, assumindo a forma de uma ameaça capaz de inibir a prática de crimes. A segunda consistiria na aplicação concreta da punição, tendo como consequência a intimidação de outros “*potenciais criminosos*”, evitando que novos crimes viessem a ocorrer. Na terceira, focava-se somente na ressocialização do criminoso⁹¹.

Não obstante, derivando da corrente sociológica-naturalista e do positivismo criminológico, as teorias relativas, numa vertente positivista, acabam por fazer coincidir os institutos da pena e da medida de segurança, considerando que

⁸⁸ BENTHAM, Jeremias. *Teorias das Penas Legais*. São Paulo: Livraria e Editora Logos Ltda. p. ob. Cit. p. 20.

“Considerando o delito que passou na razão de um fato isolado, que não torna a aparecer, a pena teria sido inútil: seria ajuntar um mal a outro mal: mas quando se observa que um delito impune deixaria o caminho livre não só ao réu, mas a todos os mais que tivessem os mesmos motivos e ocasiões para se lançarem ao crime, logo se reconhece que a pena aplicada a um indivíduo é o modo de conservar o todo. A pena, que em si mesma não tem valia; a pena, que repugna a todos os sentimentos generosos, sobe até emparelhar com os mais altos benefícios, quando a podemos encarar, não como um ato de raiva ou de vingança contra um criminoso ou desgraçado, que se rendeu a uma inclinação funesta, mas como sacrifício indispensável para a salvação de todos.”

⁸⁹ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e “sursis”: doutrina, jurisprudência e legislação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. pp. 27 e 28.

“De toda evidência que o desenvolvimento da produção capitalista fez com que as elites dominantes buscassem uma forma de punir através do Estado, servidor que é do poder econômico.

A punição deveria possibilitar a defesa da nova ordem, uma vez que tornava-se necessário o controle geral, através da retribuição e da prevenção, bem ainda pelo controle direto sobre os indivíduos que viviam (crianças; homens idosos; mulheres) em estado de miserabilidade, explorados, roubados, pelo poder econômico.”

⁹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986. pp. 289-301.

⁹¹ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 28.

ambas estariam em uma “zona comum”, apesar de apresentarem certas diferenças entre si⁹².

2.1.3 Teorias Mistas

Já as teorias mistas buscam unificar as teorias retributivas e preventivas, no que diz respeito à finalidade da pena. Nesse contexto, fazem uma diferenciação entre “fundamento” e “fim” da pena⁹³.

Apresentam-se, portanto, como uma união entre as teorias retributivas e preventivas, considerando a pena como uma forma simultânea de castigo do criminoso e defesa da sociedade. Diz-se, assim, que a pena tem ao mesmo tempo o caráter de compensação da culpabilidade, de ressocialização do condenado e de intimidação coletiva⁹⁴.

No entanto, cabe fazer, desde logo, uma crítica: este pensamento, ainda que teoricamente sustentável, acaba por ocultar, na prática, os reais objetivos da punição, historicamente considerados, quais sejam:

- 1) O controle repressivo dos inimigos de classe do Estado capitalista; 2) a garantia da divisão de classes, mediante a separação da força de trabalho/meios de produção, origem das desigualdades sociais; 3) a produção de um setor de marginalizados e criminalizados, como amostra do que acontece aos que recusam a socialização pelo trabalho assalariado.⁹⁵

⁹² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 93.

⁹³ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e “sursis”: doutrina, jurisprudência e legislação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 28.

⁹⁴ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e “sursis”: doutrina, jurisprudência e legislação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 28.

⁹⁵ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e “sursis”: doutrina, jurisprudência e legislação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 28.

Feita a ressalva, conclui-se, em todo caso, que a união das duas correntes visa sustentar o caráter de retribuição da pena, de atingir o indivíduo tanto quanto o mal praticado por ele, mas considerando também sua reeducação e ressocialização⁹⁶.

2.2 Da pena

2.2.1 Conceito

“A pena é a consequência jurídica – o mal que se impõe -, que implica na diminuição de bens jurídicos, ao autor imputável de fatos descritos na lei como crimes.”⁹⁷

“Não é certa a origem da palavra pena. Para uns, viria do latim poena, significando castigo, expiação, suplício, ou ainda do latim *punere* (por) e *pondus* (peso), no sentido de contrabalancear, pesar, em face do equilíbrio dos pratos que deve ter a balança da Justiça. Para outros, teria origem nas palavras gregas *ponos*, *poiné*, de *penomai*, significando trabalho, fadiga, sofrimento e eus, de expiar, fazer o bem, corrigir, ou no sânscrito (antiga língua clássica da Índia) *punya*, com a idéia de pureza, virtude. Há quem diga que derive da palavra *ultio* empregada na Lei das XII Tábuas para representar castigo como retribuição pelo mal praticado a quem desrespeitar o mando da norma.”⁹⁸

Doutrinariamente, a pena é conceituada de forma semelhante por diversos autores. Frederico Abrahão de Oliveira, em seu livro “*Penas, medidas de segurança e ‘sursis’: doutrina, jurisprudência e legislação*” entende que a pena “é uma expiação imposta pelo Estado àquele que materializa o tipo penal”⁹⁹.

⁹⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 94.

⁹⁷ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 235.

⁹⁸ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 03.

⁹⁹ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e “sursis”: doutrina, jurisprudência e legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 25.

Franz Von Liszt a definia como “o mal que, por intermédio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delinquente em razão do delito”¹⁰⁰.

Aníbal Bruno, por sua vez, expunha que a pena seria “a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime”¹⁰¹.

Já Sebastian Soler, na obra *Derecho Penal*, conceituou a pena como “uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através de ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”¹⁰².

Em igual sentido é a concepção de Eugênio Cuello Calón, que entende ser a pena “o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração criminal”¹⁰³.

Para De Plácido e Silva, trata-se a pena da “expição ou castigo, estabelecido por lei, no intuito de prevenir ou de reprimir a prática de qualquer ato ou omissão de fato que atente contra a ordem social, o qual seja qualificado como crime ou contravenção”¹⁰⁴.

Acrescente-se, ainda, a definição de Fernando Capez: “sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao

¹⁰⁰ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. De José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. Editores, 1899, tomo I. p. 400.

¹⁰¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, 3ªed., Rio-São Paulo: Ed. Forense, 1967, tomo 3. p. 22.

¹⁰² SOLER, Sebastián. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1970.

¹⁰³ CUELLO CALÓN, Eugênio. *Derecho Penal*. Barcelona: 1935.

¹⁰⁴ De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

culpado pela prática de infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade”¹⁰⁵.

Dessa forma, o que se tem em comum, em todas as definições apresentadas, é que o conceito de “pena” invariavelmente remete a um mal imposto pelo Estado contra o autor de uma prática definida em lei como crime. O que costuma variar, conforme demonstrado no capítulo precedente deste trabalho, é aquilo que se identifica como sendo o “fundamento” ou a “finalidade” da pena, que, relembre-se, pode ser vista como mera repressão ou vingança pelo mal causado, como prevenção contra a reincidência do delinquente, como intimidação contra a prática de ilícitos por outros membros da comunidade e como forma de reeducação do infrator.

2.2.2 Espécies

Atualmente admite-se no direito penal brasileiro a aplicação de duas espécies de pena: pena de prisão e restritivas de direitos. A pena privativa de liberdade consiste na prisão do condenado, no cárcere. Em contrapartida, as penas restritivas de direitos são aplicadas nas formas de penas pecuniárias, restritivas de liberdade, e restritivas de direitos, propriamente dita, como penas alternativas a pena de prisão, por aquela ser suficiente à repressão do crime¹⁰⁶.

¹⁰⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 339.

¹⁰⁶ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 347.

2.2.3 A Culpabilidade

A culpabilidade se apresenta como a discricionariedade do autor enquanto sujeito imputável de escolher praticar o delito, quando lhe era possível atuar como preceitua o direito. É necessário então que havendo uma ação típica e antijurídica, o sujeito mereça a aplicação da sanção, sendo e um juízo de reprovação, uma vez que se espera um comportamento diverso¹⁰⁷.

2.3.4 Prazo

O código penal, em seu artigo 75, dispõe¹⁰⁸, seguindo o princípio constitucional que proíbe as penas de caráter perpétuo, adotou que o limite das penas privativas de liberdade seria de trinta anos¹⁰⁹.

2.3 Da medida de segurança

2.3.1 Conceito

A medida de segurança, como é possível extrair de sua própria nomenclatura, é uma providência estatal que retira o criminoso inimputável ou semi-imputável do convívio em sociedade, objetivando impedir a sua reincidência – assim protegendo a comunidade – e lhe proporcionar tratamento adequado para sua reintegração social¹¹⁰. Este instituto é uma das formas de sanções penais¹¹¹ substitutivas da pena, justificando-se a sua aplicação pela periculosidade do agente e pela necessidade de tratamento especializado.

¹⁰⁷ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 148.

¹⁰⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 470.

¹⁰⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. pp. 370-371.

¹¹⁰ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

¹¹¹ BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 79.

Prevista no Código Penal Brasileiro, a medida de segurança se destina aos indivíduos incapazes de reconhecer a ilicitude do ato praticado (os chamados “inimputáveis”), bem como àqueles que detêm certa compreensão, mas não o discernimento suficiente à contenção de seus impulsos (os chamados “semi-imputáveis”), de acordo com o seu grau de periculosidade. Para os primeiros, a medida de segurança aplicada é a de internação em estabelecimento adequado, enquanto os segundos recebem a sanção de tratamento ambulatorial, até cessada a sua periculosidade¹¹².

A medida de segurança encontra fundamento na constatação de que certas pessoas não possuem condições de se adequar ao convívio social, devido a um transtorno psíquico que lhes retira o discernimento, no todo ou em parte, colocando-os em “*estado permanente de desajuste comportamental*”, o que resulta na prática e posterior reiteração da delinquência. O prazo mínimo para a duração da medida é de um a três anos, podendo haver prorrogação quantas vezes se fizer necessário, até a cessação da periculosidade, desde que seja submetido o agente a perícia médica, conforme dispõe o art. 97, do Código Penal Brasileiro¹¹³.

Imposição da medida de segurança para inimputável

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante

¹¹² OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e “sursis”: doutrina, jurisprudência e legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 50.

¹¹³ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e “sursis”: doutrina, jurisprudência e legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 53.

perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Perícia médica

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)¹¹⁴

Só haverá a revogação da medida de segurança, acarretando em desinternação ou liberação do agente – no caso de inimputável ou semi-imputável, respectivamente –, caso verificada a cessação da periculosidade mediante perícia médica. Nessa hipótese, caberá ao juiz da execução ordenar a revogação, e, conseqüentemente, aplicar as condições do livramento condicional¹¹⁵ (art. 79, §§ 3º e 4º, do CPB e 178 e 179, da LEP).

Desinternação ou liberação condicional

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Art. 178. Nas hipóteses de desinternação ou de liberação (artigo 97, § 3º, do Código Penal), aplicar-se-á o disposto nos artigos 132 e 133 desta Lei.

Art. 179. Transitada em julgado a sentença, o Juiz expedirá ordem para a desinternação ou a liberação.

¹¹⁴ Disponível em: www2.planalto.gov.br/legislação. Acesso em: 08.04.2014.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e "sursis": doutrina, jurisprudência e legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 54

2.3.3 Imposição

Como preconiza o art. 97 do CPB, quando o indivíduo for considerado inimputável, deverá ser determinada sua internação pelo magistrado¹¹⁶. A inimputabilidade, como causa de exclusão da culpabilidade, não permite a aplicação de pena, mas tão somente de alguma outra espécie de sanção mais adequada à realidade do indivíduo, a ser aferida casuisticamente¹¹⁷.

Considera-se como inimputável o indivíduo que se enquadra em algumas das seguintes condições preconizadas pelo Código Penal:

Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)¹¹⁸

No entanto, necessário lembrar que, se a medida de segurança for aplicada para delito no qual a pena em abstrato prevista seja de detenção, a aplicação será de tratamento ambulatorial¹¹⁹.

2.3.4 Espécies

Atualmente, a medida de segurança se divide em apenas duas espécies: detentiva e restritiva. A primeira, de acordo com o Código Penal Brasileiro, consiste na internação do infrator em hospital de custódia, para realização de

¹¹⁶ BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 81.

¹¹⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 129.

¹¹⁸ Disponível em: www2.planalto.gov.br/legislação. Acesso em: 08.04.2014.

¹¹⁹ BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 81.

tratamento psiquiátrico, e, na falta deste, em outro estabelecimento adequado (art. 96, inciso I, do Código Penal). A segunda consiste em tratamento ambulatorial¹²⁰.

2.3.5 Pressupostos de aplicabilidade

“A aplicação das medidas de segurança pressupõe:

- a) prática de fato previsto como crime;
- b) periculosidade do autor.”¹²¹

2.3.6 A periculosidade e sua cessação

Dando enfoque aos pressupostos de aplicabilidade da medida de segurança, tem-se que, ao se verificar a presença do pressuposto da punibilidade, ante a evidência de que o indivíduo praticou uma conduta típica, antijurídica e culpável, necessária se faz a comprovação do grau de periculosidade do agente, comprovada mediante a realização de perícia médica¹²².

O doutrinador Aníbal Bruno apresenta o entendimento de que a periculosidade é ramificada em dois conceitos: no plano jurídico, tem-se que a probabilidade de reincidência do criminoso se deve ao seu potencial de criminalidade; no plano sociológico-naturalístico, verifica-se a periculosidade de acordo com o desajustamento do criminoso quanto à observância das normas comportamentais existentes no meio social¹²³.

¹²⁰ BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 81.

¹²¹ BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 81.

¹²² QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 401.

¹²³ BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medida de Segurança*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. pp. 133-135.

Ao considerar a periculosidade pelo potencial que o agente apresenta de voltar a praticar ilícitos penais, pode ser esta presumida tão somente no caso dos inimputáveis, no sentido de que, havendo laudo médico atestando a deficiência mental do condenado, considerando-o inimputável, deverá o juiz obrigatoriamente aplicar a medida de segurança, nos casos previstos em lei, de acordo com o artigo 97, do CPB¹²⁴.

Luiz Regis Prado, em oposição, entende jamais ser possível a presunção de periculosidade do agente, sendo necessário para tanto, a comprovação mediante perícia médica judicial¹²⁵.

No caso da periculosidade real, alusiva aos semi-imputáveis, fica a critério do magistrado, na análise do caso concreto, verificar se deve aplicar pena ou medida de segurança como forma de sanção penal ao delito praticando, conforme preconiza o artigo 98, do Código Penal¹²⁶.

2.3.7 Sistema vicariante

O sistema vicariante aparece na última versão do Código Penal, substituindo o sistema duplo binário até então utilizado. De acordo com tal sistema, uma vez verificada a semi-imputabilidade do agente, deverá o magistrado optar entre a aplicação da pena ou da medida de segurança, impossibilitado a cumulação¹²⁷.

¹²⁴ JESUS, Damásio E. *Direito Penal* Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 547.

¹²⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 528.

¹²⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral* Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 401.

¹²⁷ BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 81.

2.3.8 Prazo

O Código Penal foi silente quanto ao prazo máximo de duração da medida de segurança, seja de internação ou de tratamento ambulatorial, assegurando apenas que sua revogação depende da cessação da periculosidade do agente, constata por meio de perícia médica¹²⁸.

2.4 Diferenças entre Pena e Medida de Segurança

2.4.1 Conceituais

Pena e medida de segurança, no Direito Penal, sempre foram institutos intensamente discutidos pelos juristas. Tal conflito deu origem ao embate travado entre os adeptos de concepções distintas: unitária e dualista. De acordo com a concepção unitária, pena e medida de segurança se afiguram de tal forma semelhantes que se torna possível considerar a absorção de uma pela outra – seja a pena pela medida de segurança ou a medida de segurança pela pena –, propondo-se, nesse sentido, a sua unificação¹²⁹. Em contrapartida, de acordo com a concepção dualista, há uma “*duplicidade diferenciada de fins a atingir*”: a pena apresenta ligação direta com o delito em si, ao passo que a medida de segurança se direciona ao agente¹³⁰.

¹²⁸ BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 82.

¹²⁹ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. pp. 66-68.

“A proposta da unificação tinha como premissa fundamental as inúmeras semelhanças entre as duas espécies de sanção, destacando-se o fato de que ambas tinham: a) como pressuposto: a prática de um fato criminoso; b) o fim de defesa social; c) o cunho essencialmente preventivo, não negando a existência do princípio retributivo; e d) a natureza jurisdicional”

¹³⁰ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 69.

“Sobre a natureza diversa entre penas e medidas de segurança, destacam-se oito teorias, a saber: a) teoria da carência de afluência, exposta por Lucchini; entendendo que enquanto a pena sempre seria afluente, a medida de segurança não possuía afluência, já que seu fundamento consistia no

É fato que a medida de segurança constitui uma espécie de sanção penal, assim como a pena. Porém, há distinções conceituais. A primeira distinção é que a medida de segurança não se trata de uma *punição* ao infrator, servindo ao propósito de *curar* o indivíduo que não detém meios psicológicos de distinguir o lícito do ilícito. Destinando-se ao imputável e objetivando impedir a sua reincidência criminal, a medida de segurança possui natureza fundamentalmente preventiva, restringindo a liberdade do indivíduo imputável no intuito de proteger, simultaneamente, o próprio infrator e a sociedade¹³¹. A pena, por sua vez, é aplicada aos imputáveis, servindo como forma de retribuir o mal causado e variando de acordo com a maior ou menor culpabilidade do infrator.

Em outras palavras, enquanto a doutrina considera a pena como uma sanção estatal aplicada com o intuito de retribuir o ilícito praticado e prevenir a

tratamento; b) teoria da capacidade e da incapacidade do delinquente, exposta por Alimenea. Para esse autor, o que tornava inconfundíveis as duas sanções era o fato de que a pena aplicava-se aos capazes, suscetíveis de direção e regeneração, constituindo a medida de segurança aplicável aos incapazes, configurando imperativa a inocuidade da sociedade; c) teoria da prevenção, exposta por Silvio Longhi, segundo a qual as sanções dividiam-se em repressivas e preventivas. As repressivas eram representadas pela pena e possuíam um conteúdo restritivo, enquanto as preventivas eram simbolizadas pela medida de segurança e seu conteúdo utilitário; d) teoria da reação e da independência da ação, desenvolvida por Rocco. Para esse autor, a pena é sempre reação contra fato da ordem lesiva social, não dependendo da ação. Já a medida de segurança não é reação; dependendo do ato praticado. Segundo a teoria de Rocco, nem toda a defesa ou prevenção contra o crime é representada pela pena, pois tal designação só pode atribuir-se à defesa e prevenção como reação ao ato delituoso já praticado; e) teoria do estado perigoso, enunciada por Conti, Stooss, Birkmayer e Marciano. Para esses autores; o estado perigo constitui o elemento de diferenciação entre os casos de aplicação das penas e os da medida de segurança. Pena diz respeito a responsabilidade do criminoso, exigindo um controle de todos os elementos do crime. Já a medida de segurança diz respeito a perigosidade – e não responsabilidade – do agente, sendo implacável até nos quase-crimes; f) teoria integral ou sintética, desenvolvida por Vanini e Piromallo. Segundo essa teoria, a teoria denomina-se como integral porque enumera todas as diferenças entre pena e medida de segurança, sendo que apesar de serem ambas reações do Estado, a pena é retributiva enquanto a medida de segurança não o é. A pena assenta-se em um fundamento caracterizado por atos humanos praticados por pessoas capazes, enquanto a medida de segurança por atos ultimados por incapazes. Destarte, para essa teoria a pena seria judicial, enquanto a medida de segurança possuiria natureza administrativa. A pena seria aflitiva, enquanto a medida de segurança apenas excepcionalmente seria aflitiva; g) teoria da não intimidação exposta por Bonucci. Para essa teoria, a medida de segurança, além de não intimidar o incapaz, aplicar-se-ia apenas após uma lesão já constatada, visando evitar outras lesões, sendo preventiva mas não intimidativa; h) teoria do valor real e sintomático do crime], desenvolvida por Valsecchi. Segundo esse autor, a pena possui um valor real, enquanto a medida de segurança um valor sintomático, que consistia na perigosidade do agente.”

¹³¹ JESUS, Damásio E. *Direito Penal Vol. 1*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 545.

reincidência, a medida de segurança tem por objetivo proporcionar tratamento especializado ao infrator que apresenta distúrbios cognitivos, mirando a sua *cura*, para que possa retornar ao convívio social¹³².

Ainda, destaca-se que a pena guarda proporção direta com o grau de culpabilidade do agente, enquanto a medida de segurança está atrelada à sua periculosidade. Nessa conjuntura, a primeira busca atingir o fim de readaptar o criminoso para reinserção social, enquanto a segunda se detém a proteger a sociedade da reincidência. Bemfica garante que as diferenciações entre a pena e a medida de segurança são as seguintes:

- a) Pode não haver pena e haver medida de segurança;
- b) A pena é uma medida aflitiva, não interessando se o indivíduo é ou não perigoso;
- c) A medida de segurança não se trata de retribuição e não guarda proporção com o fato praticado, mas com a periculosidade do agente.¹³³

Já Damásio de Jesus oferece as seguintes distinções entre os institutos em comento:

As medidas de segurança diferem das penas nos seguintes pontos:

- a) as penas têm natureza retributiva-preventiva; as medidas de segurança são preventivas;

¹³² ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 6.

“Pena é sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos.

As medidas de segurança são consequências jurídicas do delito, de caráter penal, orientadas por razões de prevenção especial. Consubstanciam-se na reação do ordenamento jurídico diante da periculosidade penal revelada pelo delinquentes após a prática de um delito”

¹³³ BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 80.

- b) as penas são proporcionais à gravidade da infração; a proporcionalidade das medidas de segurança fundamenta-se na periculosidade do sujeito;
- c) as penas ligam-se ao sujeito pelo juízo de culpabilidade (reprovação social); as medidas de segurança, pelo juízo de periculosidade;
- d) as penas são fixas; as medidas de segurança são indeterminadas, cessando com o desaparecimento da periculosidade do sujeito;
- e) as penas são aplicáveis aos imputáveis e aos semi-imputáveis; as medidas de segurança não podem ser aplicadas aos absolutamente imputáveis.¹³⁴

Ainda, Queiroz reproduz o entendimento doutrinário majoritário da seguinte forma:

- 1) a pena pressupõe culpabilidade, as medidas de segurança, periculosidade, por isso que “a ausência de culpabilidade não impede a aplicação de medida de segurança, pois ela é substituída pelo juízo de periculosidade”; também por isso, a culpabilidade seria pressuposto da pena, e não elemento ou requisito do crime, uma vez que, para aplicação da medida de segurança, bastariam a tipicidade e a ilicitude da conduta (= crime); 2) as penas tem natureza retributiva-preventiva; as medidas de segurança são preventivas; 3) as penas são proporcionais à gravidade da infração; a proporcionalidade das medidas de segurança fundamenta-se na periculosidade do sujeito; 4) as penas são por tempo determinado, as medidas de segurança, indeterminado; 5) as penas são aplicáveis aos imputáveis, as medidas de segurança aos inimputáveis.¹³⁵

Para ilustração do que fora ponderado, segue quadro comparativo:

	Pena	Medida de Segurança
Natureza	Retributiva-preventiva	Preventiva
Proporcionalidade	Gravidade da infração	Periculosidade do agente
Juízo	Culpabilidade	Periculosidade
Prazo	Fixo	Depende da cessação da periculosidade

¹³⁴ JESUS, Damásio E. *Direito Penal Vol. 1*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 545.

¹³⁵ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 397.

Aplicação	Imputáveis e semi-imputáveis	Semi-imputáveis e inimputáveis
------------------	------------------------------	--------------------------------

2.4.2 Ontológicas

Ontologicamente, não existe diferença significativa entre a pena e a medida de segurança. Apesar de obedecerem a critérios diferentes no momento de sua aplicação, ambas possuem o caráter preponderante de *limitação do deslocamento do sujeito*: a pena, em sua modalidade privativa de liberdade, e a medida de segurança, quando se traduz em internação do infrator. O que realmente difere os dois institutos é a indeterminação do tempo máximo de cumprimento da medida de segurança¹³⁶, em contraposição ao prazo fixo de duração da pena, e o juízo de proporcionalidade referente a cada um dos institutos: a pena guarda proporcionalidade com a gravidade do crime, ao passo que a medida de segurança se mostra proporcional ao grau de periculosidade do infrator.

Isto porque possuem a mesma finalidade e presumem pressupostos de punibilidade semelhantes, quais sejam: fato típico, ilícito, culpável e punível¹³⁷. Apesar da proposta de cura do sujeito submetido a medida de segurança, na prática a internação se assemelha ao cárcere, ao restringir a liberdade individual¹³⁸, até que ocorra a cessação de sua periculosidade.

¹³⁶ MASSAGGIA, Rafael Oliveira. *Breves reflexões sobre medidas de segurança*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8833. Acesso em: 24 março, 2014.

¹³⁷ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 399.

¹³⁸ MASSAGGIA, Rafael Oliveira. *Breves reflexões sobre medidas de segurança*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8833. Acesso em: 24 março, 2014.

Ao se pautar na questão da periculosidade, a medida de segurança acaba por se transformar em uma ramificação punitiva na qual o sujeito perde o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, tendo a sua liberdade restringida e sendo privado do convívio social até que se considere cessada a periculosidade, aferida por meio de laudo pericial, de forma por vezes subjetiva, o que dificulta sua refutação.¹³⁹

O agente é sancionado não somente pelo que ele “é” (perigoso), senão também pelo que ele “fez” (cometimento de infração penal). Não existe medida pré-delitual no nosso Direito Penal, ou seja, pressuposto jurídico primeiro para a imposição de uma medida de segurança é a prática de uma infração penal. Antes de o sujeito delinquir não é possível impor-lhe qualquer medida de segurança, nos termos do Código penal.¹⁴⁰

Na teoria, a medida de segurança não poderia ser considerada pena, pois não punia o indivíduo, apenas protegendo-o ao retirá-lo do convívio social, servindo como uma espécie de “*terapia curativa*” do sujeito inimputável. Na prática, no entanto, não difere da pena privativa de liberdade, uma vez que ambas restringem a liberdade de locomoção individual do sujeito.

No entanto, Queiroz entende que não pode ser considerado completamente correto a afirmação de que no caso dos inimputáveis substitui-se o juízo de culpabilidade pelo de periculosidade, por ser possível ao inimputável infrator, além das excludentes de tipicidade e ilicitude, alegar também as

¹³⁹ MASSAGGIA, Rafael Oliveira. *Breves reflexões sobre medidas de segurança*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8833. Acesso em: 24 de março, 2014.

¹⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 899.

excludentes de culpabilidade e punibilidade¹⁴¹. Sobre o assunto, se posiciona com as seguintes palavras:

Não é exato dizer que, quanto aos inimputáveis, o juízo de culpabilidade é substituído pelo juízo de periculosidade. Sim, porque em favor de inimputável militam, também, além das excludentes de tipicidade e licitude, todas as causas de exclusão da culpabilidade, bem como causas extensivas de punibilidade (prescrição e decadência), conforme prevê o artigo 96, parágrafo único, do código. Ora, se isso é certo, segue-se que só a periculosidade não é o bastante, evidentemente, para ensejar a aplicação de medida de segurança, pois hão de concorrer, para tanto, todos os pressupostos para a punibilidade, já que são inadmissíveis medidas pré-delituais.¹⁴²

Ainda, o autor refuta a posição doutrinária quanto a existência de distinção entre a natureza dos institutos, que atribui a pena a natureza retributivo-preventivo e a medida preventiva, somente. Isto porque ao analisar os dois institutos, os quais pressupõem fato típico, ilícito, culpável e punível para sua aplicação, verifica-se o caráter retribucionista atrelado tanto a pena quanto a medida de segurança. Ademais, ambas possuem como finalidade a proteção subsidiária dos bens jurídicos relevantes, através da intervenção jurídico-penal¹⁴³.

Fragoso, com entendimento semelhante preceitua:

Pena e medida de segurança têm o mesmo fundamento, Ambos servem à proteção de bens jurídicos e se destinam a prevenir a

¹⁴¹ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 406.

“(...) distinção antológica alguma entre penas e medidas de segurança, pois ambas perseguem, essencialmente, os mesmos fins e pressupõem de idênticos pressupostos de punibilidade: fato típico, ilícito, culpável e punível. A distinção reside, portanto, unicamente, nas consequências: os imputáveis estão sujeitos à pena, os inimputáveis, à medida de segurança, atendendo-se a critério de pura conveniência político criminal, adequação da resposta penal.”

¹⁴² QUEIROZ, Paulo de Sousa, no artigo *Penas e medidas de segurança se distinguem realmente?* Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/penas-e-medidas-de-seguranca-se-distinguem-realmente>. Acesso em: 11 de março, 2014.

¹⁴³ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. pp. 406 e 407.

“(...) no essencial as medidas de segurança perseguem os mesmos fins assinalados à pena: prevenir reações públicas ou privadas arbitrárias contra o criminoso inimputável (prevenção geral negativa) e evitar a reiteração de crimes (prevenção especial).”

prática de crimes. Na execução, ambas tendem à reintrodução do agente na sociedade, sem que venha a cometer novos crimes. É certo que a pena, em sua natureza jurídica, é, em essência, retributiva, porque é perda dos bens jurídicos imposta ao transgressor. Mas a medida de segurança detentiva para os inimputáveis, que o condenado recebe e sofre como pena, também é perda de bens jurídicos, tendo natureza aflitiva, por vezes, mais grave que a pena.¹⁴⁴

Por derradeiro, no tocante à polêmica de que a pena possuiria prazo máximo definido em lei, enquanto a medida de segurança se pauta na cessação da periculosidade do agente, não se faz correto o entendimento de que a medida de segurança possa durar infinitamente, podendo alcançar o caráter perpétuo, pois estaria violando os princípios basilares do direito penal: igualdade, proporcionalidade e não perpetuação das penas¹⁴⁵.

Sendo a questão da possibilidade da aplicação da medida de segurança perpetuamente, o Supremo Tribunal Federal se posicionou estabelecendo que a medida de segurança enquanto forma de sanção punitiva, deverá durar até cessada a periculosidade, mas não excedendo o período de 30 anos, analogicamente ao que é aplicado à pena, conforme se extrai do acórdão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. NATUREZA PUNITIVA. DURAÇÃO MÁXIMA DE 30 ANOS. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PENAS PERPÉTUAS. JULGADO RECORRIDO EM DESARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: PENAL. TENTATIVA DE ESTUPRO. AUTORIA. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. PRAZO INDETERMINADO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. Conjunto probatório, composto pela palavra da vítima corroborada por outras

¹⁴⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal: A nova parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 387.

¹⁴⁵ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 407.

provas orais, confirmando a autoria. A própria lei penal não prevê limite temporal máximo para o cumprimento da medida de segurança, que está condicionada à cessação da periculosidade do agente. Também não há previsão legal relacionando a duração da medida com a pena privativa de liberdade que seria imposta ao autor do fato se imputável fosse. Aliás, o prazo máximo de 30 anos para o cumprimento da pena previsto constitucionalmente não se aplica à medida de segurança, que não é pena, sendo certo que poderá ocorrer o prolongamento indefinido da internação até que se constate, por perícia médica, a cessação da periculosidade. Apelo desprovido (fl. 291).

2. O Recorrente afirma que o Tribunal a quo teria contrariado o art. 5º, inc. XXXIX e XLVII, da Constituição da República. Alega que os artigos 75 e 97 do Código penal devem ser interpretados no sentido de se resguardar a vedação da pena de caráter perpétuo (fl. 305). Assevera que a decisão impugnada merece ser reformada, no sentido de se limitar a medida de segurança (fl. 305). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

3. Razão jurídica assiste ao Recorrente. 4. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a medida de segurança tem natureza punitiva, razão pela qual a ela se aplicam o instituto da prescrição e o tempo máximo de duração de 30 anos, esse último decorrente da vedação constitucional às penas perpétuas. Nesse sentido: MEDIDA DE SEGURANÇA - PROJEÇÃO NO TEMPO - LIMITE. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos (HC 84.219, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 23.9.2005 grifos nossos). AÇÃO PENAL. Réu inimputável. Imposição de medida de segurança. Prazo indeterminado. Cumprimento que dura há vinte e sete anos. Prescrição. Não ocorrência. Precedente. Caso, porém, de desinternação progressiva. Melhora do quadro psiquiátrico do paciente. HC concedido, em parte, para esse fim, com observação sobre indulto.

1. A prescrição de medida de segurança deve calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se-lhe o prazo com o início do seu cumprimento. 2. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. 3. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação (HC 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Dje 26.6.2009 grifos nossos). PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA MEDIDA, TODAVIA, NOS TERMOS DO ART. 75 DO CP. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/01. WRIT CONCEDIDO EM PARTE. I - Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal). II - Esta Corte, todavia, já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da

medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Precedente. III - Laudo psicológico que, no entanto, reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio. IV - Ordem concedida em parte para extinguir a medida de segurança, determinando-se a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/01, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente (HC 98.360, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Dje 23.10.2009 grifos nossos). Dessa orientação jurisprudencial divergiu o julgado recorrido.⁵ Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), para fixar em 30 anos a duração máxima da medida de segurança imposta ao Recorrente. Publique-se. Brasília, 26 de agosto de 2010. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora.

(STF - RE: 628646 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 26/08/2010, Data de Publicação: DJe-166 DIVULG 06/09/2010 PUBLIC 08/09/2010)

Assim, conclui-se que apesar das consequências distintas entre pena e medida de segurança, sendo a primeira aplicada aos imputáveis e a segunda aos inimputáveis, não existe diferença ontológica entre ambas¹⁴⁶, sendo ambas sanções penais, apenas reagem a violação de ordem ou proibição, com a finalidade de combater o crime e proteger a coletividade e o cidadão, “visando tanto à defesa social como à reafirmação da autoridade do Estado”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 407.

¹⁴⁷ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. pp. 66 e 67.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tem por escopo fazer um breve relato sobre aspectos gerais da pena e da medida de segurança, para ao final, demonstrar que verificando a ontologia dos dois institutos, na verdade, tratam-se e possuem o mesmo objetivo.

Verifica-se pelo histórico da pena que, a sua evolução caminhou em conjunto com a evolução da medida de segurança, tornando institutos diferentes somente quando percebeu-se que, os considerados com problemas psicopáticos eram distintos, mas acabaram ficando na rejeição social.

Analisando a questão da periculosidade, a medida de segurança acaba por se transformar em uma ramificação punitiva, sendo que o considerado inimputável ou semiinimputável não possui direito amplo de defesa, apenas por considerar que este não tem possibilidade de entender os seus atos, tendo a sua liberdade restringida e sendo privado do convívio social até que se considere cessada a periculosidade.

Diante de tudo aqui exposto, percebe-se a necessidade em se determinar novas medidas legislativas ou estudos no sentido de se auferir uma melhor forma de tratamento e de punição para os inimputáveis ou semiinimputáveis. Isso para que se possa garantir que o objetivo principal da pena, atualmente, qual seja a ressocialização seja efetivada.

De nada adianta permanecer com a aplicação de cumprimentos de penas diferenciados se o objetivo principal não é cumprido. Apesar de se perceber

que a natureza e essência dos institutos são as mesmas, atualmente não se tem a correta aplicação.

O importante é que essa regulamentação e os órgãos responsáveis pela aplicação da medida de segurança se especializem, verificando as reais necessidades dos condenados.

REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. *A Nova Defesa Social: um movimento de política criminal humanista*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

BARRETO, Tobias. *Fundamentos do Direito de Punir*. Revista dos Tribunais, n. 727.

BECCARIA, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Safe, 1990.

BEMFICA, Francisco Vani. *Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medida de Segurança*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral Vol. 1*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

CUELLO CALÓN, Eugênio. *Derecho Penal*. Barcelona: 1935.

De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997.

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

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 21.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal: A nova parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. In: Obras Completas de Sigmund Freud. Tradução de Órizon Carneiro Muniz. 2ª ed., Rio de Janeiro: Imago, 1995, v. XIII.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOLDKORN, Roberto B. O. *O poder da Vingança*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *Caráter vingativo da pena*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005.

JESUS, Damásio E. *Direito Penal Vol. 1*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Safe, 1991.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. De José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. Editores, 1899, tomo I.

LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso*. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 1ª edição.

MASSAGGIA, Rafael Oliveira. *Breves reflexões sobre medidas de segurança*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8833. Acesso em: 24 março, 2014.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Penas, medidas de segurança e "sursis": doutrina, jurisprudência e legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

PIERANGELLI, José Henrique. *Das Penas: Tempos Primitivos e Legislações Antigas*. Fascículos de Ciências Penais. Fabris, v.5.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

QUEIROZ, Paulo de Sousa, no artigo *Penas e medidas de segurança se distinguem realmente?* Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/penas-e-medidas-de-seguranca-se-distinguem-realmente>. Acesso em: 11 de março, 2014.

SODRÉ, Moniz. *As três escolas penais*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1970.