

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

MAITÊ LEME D'AMATO

O CARÁTER RETRIBUTIVO E PREVENTIVO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

CURITIBA

2018

MAITÉ LEME D'AMATO

O CARÁTER RETRIBUTIVO E PREVENTIVO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

**Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito
do Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Luiz Osório Moraes Panza

CURITIBA

2018

MAITÊ LEME D'AMATO

O CARÁTER RETRIBUTIVO E PREVENTIVO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formadas pelos
professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, 17 de setembro de 2018.

A minha mãe THÁIS e ao meu irmão GUILHERME,

pela paciência e apoio.

A minha avó JOANA,

por sempre acreditar em mim.

“Nunca existiu uma grande inteligência
sem uma veia de loucura”.

(ARISTÓTELES)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar como as medidas de segurança se relacionam com as teorias da pena previstas no Direito Penal. Primeiramente, aborda a evolução histórica dessas medidas, visto que anteriormente os doentes mentais eram tratados como delinquentes habituais, mas com o surgimento da Lei da Reforma Psiquiátrica, as medidas de segurança surgiram como uma forma de tratamento ao doente mental. Ainda trata do conceito de medidas de segurança e da sua natureza jurídica e da diferença entre indivíduos inimputáveis e semi-imputáveis, do conceito de periculosidade e do prazo de duração dessas medidas. Especifica quais são as teorias da pena e seus conceitos teóricos principais. Aborda de que forma essas medidas podem ser consideradas uma forma de punição e a insegurança jurídica trazida pela falta de um caráter objetivo na legislação, no que diz respeito ao tempo de duração máximo das medidas de segurança, conceito trazido pela teoria retributiva. Define como o conceito da teoria preventiva se aplica às medidas de segurança, posto que essas têm fundamento no tratamento e ressocialização do indivíduo.

Palavras-chave: Medidas de segurança. Teorias da pena. Caráter preventivo. Caráter retributivo.

ABSTRACT

This paper has as objective to analyze how the security measures are related to the penal theories provided for in Criminal Law. Firstly, it addresses the historical evolution of these measures, since formerly the mentally ill were treated as habitual offenders, but with the emergence of the Psychiatric Reform Act, security measures emerged as a form of treatment for the mentally ill. It also deals with the concept of safety measures and their legal nature and the difference between unimputable and semi-imputable individuals, the concept of dangerousness and the duration of these measures. Specifies what are the theories of sanction and their main theoretical concepts. It addresses how these measures can be considered a form of punishment and the legal insecurity brought about by the lack of an objective character in the legislation, with respect to the time of maximum duration of the security measures, concept brought by the retributive theory. Defines how the concept of preventive theory applies to security measures, since these are based on the treatment and re-socialization of the individual.

Keywords: Security measures. Theories of pen. Preventive character. Retributive character.

§ - Parágrafo

Art. – Artigo

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

LEP – Lei de Execuções Penais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 HISTÓRICO EVOLUTIVO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	11
2.1 ABORDAGEM DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL	111
2.2 EVOLUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	166
3 IMPUTABILIDADE PENAL E APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA..	211
3.1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	211
3.2 PENA X MEDIDA DE SEGURANÇA	233
3.3 IMPUTABILIDADE PENAL	255
3.4. A PERICULOSIDADE E AS ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA ..	277
3.5. DO EXAME DE SANIDADE MENTAL E DO PRAZO DE DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	311
4 TEORIAS DA PENA	334
4.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS DA PENA.....	355
4.1.1 O Retributivismo Kantiano	377
4.1.2 O Retributivismo Hegeliano	39
4.2 TEORIAS RELATIVAS OU PREVENTIVAS	400
4.2.1 Prevenção Geral.....	411
4.2.1.1 Prevenção geral negativa.....	42
4.2.1.2 Prevenção geral positiva.....	43
4.2.2 Prevenção Especial	445
4.2.2.1 Prevenção especial negativa.....	46
4.2.2.2 Prevenção especial positiva.....	47
4.3 TEORIA MISTA OU UNITÁRIA.....	478
4.3.1 Claus Roxin e a Teoria Unificadora Dialética.....	488
5 O CARÁTER RETRIBUTIVO E PREVENTIVO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	501
6 CONCLUSÃO	601

REFERÊNCIAS.....	63
-------------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa tratar a respeito da relação das teorias da pena e da aplicação das medidas de segurança enquanto instituições de tratamento, de forma a demonstrar que essas possuem tanto um caráter retributivo quanto preventivo.

A forma de compreensão das medidas de segurança inicia-se no primeiro capítulo com a sua evolução histórica, tanto no âmbito internacional quanto nacional, tendo em vista que anteriormente a sociedade punia todos os indivíduos delinquentes na mesma proporção, independentemente da sua imputabilidade.

Assim, aborda-se a fase da vingança privada, divina e pública passando-se pelo direito romano e pelas escolas penais, considerando que a primeira legislação internacional a tratar das medidas de segurança foi o anteprojeto do Código Penal Suíço de 1893 apresentado por Carl Stoos.

Adiante, trata-se da evolução das medidas de segurança no Brasil, posto que essas foram introduzidas apenas no Código Penal de 1940, inspirado pelo Código Rocco italiano. Posteriormente, houve uma reforma neste Código, no ano de 1984, que trouxe o que hoje conhecemos como as espécies de medidas de segurança, quais sejam, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e tratamento ambulatorial.

Com o desenvolvimento desse trabalho, no segundo capítulo, apresenta-se o conceito das medidas de segurança bem como sua natureza jurídica, posto que há uma controvérsia doutrinária quanto ao fato de ser uma sanção penal ou uma medida administrativa, e a sua finalidade, que é a de ressocialização na sociedade e recuperação do indivíduo.

Adiante, realiza-se uma diferenciação entre pena e medida de segurança do ponto de vista da sua aplicabilidade e do meio de execução, além de conceituar-se a imputabilidade penal.

Por fim, contextualiza-se o conceito de periculosidade e, baseando-se nele, a forma de realização dos exames de sanidade mental pelos peritos médicos. A partir desse ponto, demonstra-se como se aplicam cada uma das duas espécies de medidas de segurança e o prazo de duração dessas.

No terceiro capítulo desenvolvem-se as teorias da pena: absolutas, relativas e mistas que surgiram para justificar a punição estatal. De forma sintetizada, as primeiras visam retribuir o mal causado com outro mal, qual seja a punição; as

segundas têm como fundamento a prevenção de novos delitos, seja no âmbito social ou individual; e a terceira constitui-se de uma síntese das ideias das duas teorias anteriores.

Enfim, no último capítulo realiza-se uma comparação entre o tempo indeterminado de duração das medidas de segurança e as teorias retributivas da pena e, ademais, pelo fato dessas medidas serem uma forma de tratamento e ressocialização também se exerce um paralelo com as teorias preventivas.

2 HISTÓRICO EVOLUTIVO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A primeira legislação a tratar do conceito de pena e de punibilidade foi a Lei de Talião que trazia o instituto da vingança privada onde o castigo era aplicado na mesma forma e intensidade do delito praticado pelo sujeito. Após esse período, iniciou-se o entendimento do instituto da vingança divina, no qual a pena era um castigo para purificação e salvação da alma do indivíduo infrator. Ainda, passada essa concepção, surgiu o instituto da vingança pública, o primeiro que se assemelha com o que conhecemos atualmente, no qual o Estado punia como forma de prevenir que delitos continuassem a ser cometidos pela sociedade.

Durante a antiguidade, não se tratava ainda do conceito de periculosidade da forma que essa é compreendida atualmente. Nessa época, todos os delinquentes habituais eram supostamente perigosos para a sociedade, independentemente da sua imputabilidade. Daí porque se fez necessário o surgimento do instituto das medidas de segurança.

Devido à evolução da Psiquiatria Forense na realização dos estudos a respeito de transtornos mentais, surgiu a noção de imputabilidade, considerando que a pena não poderia ser a mesma para todos.

O direito romano foi o primeiro a tratar disso, com a finalidade não só de reprimir os delitos, mas de preveni-los. Eram considerados inimputáveis os menores de sete anos e os “loucos”, os quais eram submetidos a exemplos de medidas de segurança com a finalidade de que não voltassem a delinquir e, conseqüentemente, não causassem qualquer mal à sociedade.

2.1 ABORDAGEM DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

A necessidade de punição de agentes delituosos existe desde a antiguidade, e o conceito de periculosidade tratado nas medidas de segurança, naquele período ia além dos problemas mentais, incluindo os delinquentes habituais e os dissidentes

religiosos. Nessa época, para garantir a segurança da população, os agentes considerados delituosos eram banidos ou segregados das suas comunidades.

Dessa forma explica Busato:

No período medieval, era hábito manter as regras impositivas de segregação impedindo a entrada das pessoas consideradas indesejáveis à comunidade nas cidades, obrigando-as a residirem nas suas imediações. O objetivo, claramente, era de impedir condutas consideradas antissociais. Estas não se resumiam simplesmente na prática criminosa reiterada, mas sim incluíam tudo o que era considerado indesejado. Assim, eram banidos os meliantes contumazes, mas também os portadores de enfermidades mentais e mesmo os portadores de doenças à época consideradas graves, como a lepra e a peste, por exemplo. O discurso autorizador dessa segregação era baseado na ideia de segurança dos moradores da cidade, contra atitudes que eles consideravam perigosas, ainda que estas fossem nada mais do que um contato social comum.¹

Após esse período, surgiu a Escola Clássica que foi, conforme Busato, “construída sobre os fundamentos de uma responsabilidade penal baseada no livre-arbítrio e na culpabilidade individual”². Nessa época não se desconhecia a existência dos inimputáveis ou a condição de periculosidade, porém, quando um indivíduo potencialmente perigoso cometia um delito, esse fato era resolvido com a internação desse sujeito em centros hospitalares que se mesclavam com os centros penitenciários.

Assim explica Amarante

Durante a época clássica, o hospício tem uma função eminentemente de ‘hospedaria’. Os hospitais gerais e Santas Casas de Misericórdia representam o espaço de recolhimento de toda ordem de marginais: leprosos, prostitutas, ladrões, loucos, vagabundos, todos aqueles que simbolizam ameaça à lei e à ordem social. O enclausuramento não possui, durante esse período, uma conotação de medicalização, uma natureza patológica.³

O conceito de periculosidade criminal conhecido atualmente começou a se desenvolver durante o positivismo criminológico no século XIX, o qual possuía um viés

¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral, v. 1. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 809.

² BUSATO, loc. cit.

³ AMARANTE, Paulo. **Loucos pela vida**: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2010, p. 24.

sobre duas perspectivas: a de defesa social por parte da sociedade que precisava se defender do indivíduo delituoso e a de periculosidade criminal que considerava que o sujeito perigoso era aquele que violava bens jurídicos.

Durante esse período surgiram vários excessos devido à forma que a sociedade lidava com esses indivíduos. Assim, foram criadas duas leis na Espanha: a *Ley de vagos y maleantes* e a *Ley de peligrosidade y rehabilitación social*, que tratavam do conceito de “periculosidade social” como fundamento para as medidas de segurança. Tal definição entendia que o indivíduo que cometesse um delito era perigoso não pelo próprio fato, mas pelo seu comportamento antissocial perante a sociedade, ou seja, quando se previa que esse sujeito pudesse causar potencialmente um dano social.

Assim, enuncia Busato que “se contemplava a possibilidade de adotar as medidas para as quais não era necessária a presença de um fato delitivo, mas simplesmente a existência de um prognóstico de realização de um delito no futuro”⁴.

A Escola Positiva passou a adotar as chamadas medidas de segurança pré-delituais visando o critério da periculosidade social, voltando-se ao indivíduo delincente, dessa forma relacionando as medidas de segurança com a periculosidade do sujeito e não com a culpabilidade.

Dessa forma Busato explica

O temor estava associado ao delincente contumaz ou reincidente, bem como aos enfermos mentais que cometiam delitos graves, os quais eram apresentados como incorrigíveis e responsáveis, mesmo que não tivessem cometido qualquer delito.⁵

As medidas de segurança nesse período eram caracterizadas por serem desproporcionais ao delito e indeterminadas no tempo tendo como finalidade a reabilitação social do delincente. Mesmo que o indivíduo não cometesse qualquer delito, ou que o injusto fosse realizado por incapazes ou menores de idade, eram abrangidos pelo Direito Penal com a finalidade de prevenir a criminalidade. O que bastava era se havia uma probabilidade de o indivíduo cometer algum delito futuramente.

⁴ BUSATO, 2017, p. 815.

⁵ Ibid., p. 812.

Os positivistas tratavam de um conceito denominado “defesa social” e defendiam que essa defesa não poderia ser satisfeita com a pena. Consideravam que a pena por ser aplicada como consequência do crime e ter um caráter retributivo, tinha se demonstrado falha na luta contra o delito. Acreditavam que, conforme Brandão, “o Direito Penal deveria se servir também de um elemento defensivo, que realizasse a prevenção especial em face do homem perigoso”⁶.

Da mesma forma explica Assunção

Contra o criminoso somente caberiam medidas profiláticas ou de defesa, na proporção do perigo que representa para a segurança social. Mais uma vez, voltou-se a falar da periculosidade, como critério que autoriza a ação preventiva do Estado contra os criminosos. Cuidou-se mais da pessoa do delinquente, em contraste com o que fazia o excessivo jurismo clássico e, o que é mais importante, concluiu-se que a pena resultava insuficiente para o combate à crescente percentagem da reincidência criminal.⁷

Conclui-se que naquela época as medidas de segurança visavam proteger a sociedade e eram vinculadas ao fato praticado, não ao conceito de periculosidade, podendo ser impostas a qualquer indivíduo, fosse ele imputável, semi-imputável ou imputável, desde que esse possuísse predisposição para voltar a delinquir.

No fim do século XVI, a Europa iniciou o processo de evolução no que dizia respeito a sanção penal. Um dos marcos inaugurais foi o surgimento da chamada *Rasphuis* - a prisão de Amsterdam. Tal estabelecimento prisional visava punir os delinquentes existentes na sociedade através de sua reabilitação por meio de trabalhos forçados e outros meios disciplinadores.

Conforme explica Foucault

Destinava-se em princípio a mendigos ou a jovens malfeitores. Seu funcionamento obedecia a três grandes princípios: a duração das penas podia, pelo menos dentro de certos limites, ser determinada pela própria administração, de acordo com o comportamento do prisioneiro (...). O trabalho era obrigatório, feito em comum (...); e, pelo trabalho feito, os prisioneiros recebiam um salário.⁸

⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 428.

⁷ ASSUNÇÃO, Celio Teodoro. A pena e a medida de segurança. **Revista da Faculdade de Direito**, Minas Gerais, v.9, out.1957, p. 173. Disponível em <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/608/575>> Acesso em: 17 mar. 2018.

⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 38ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2010, p. 116-117.

Passada a Escola Positiva, conforme explica Prado, “foi na Inglaterra que surgiu o primeiro manicômio judiciário, em 1800, quando o rei Jorge III foi vítima de uma tentativa de homicídio praticada por um doente mental”⁹. Dessa forma, esse foi o primeiro país a abordar a aplicação do tratamento psiquiátrico para os delinquentes que possuíam alguma doença mental.

Assim, surgiram dois atos importantes que trouxeram tais conceitos em 1860: o *Criminal Lunatic Asylum Act* que determinava o recolhimento de pessoas penalmente irresponsáveis que praticassem algum delito, a um asilo de internados, por tempo indeterminado e dizia que os juízes poderiam usar laudos médicos para justificar suas decisões; e o *Trial of Lunatic Act* que permitia ao júri avaliar novamente uma decisão quando o réu fosse culpado, mas possuísse alguma doença ou perturbação mental na época do fato, sendo assim, de acordo com a lei, não responsável pelas suas ações.

Ainda, na França, no ano de 1885, era adotado o afastamento dos criminosos reincidentes para as colônias distantes.

Na Alemanha, no século XIX, Fran Von Liszt surgiu com a ideia de uma “nova política criminal”, apresentando um fundamento jurídico à pena finalista focado na investigação científica das causas do delito e da eficácia da pena.

Von Liszt definia o delito como “o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência”¹⁰.

Dizia ainda que “no fato delituoso, destaca os seguintes caracteres: a) o delito é um ato-humano, voluntário; b) é um ato contrário ao direito, que “implica na lesão ou perigo de um bem jurídico”; c) é um ato culpável por dolo ou culpa”¹¹.

Ademais, de acordo com ele, baseado no direito positivo, a investigação do fundamento jurídico do delito está ligada à da norma jurídica, a qual expressa os fins ou interesses da sociedade.

A primeira expressão legislativa penal em que figuraram as medidas de segurança, conforme explica Prado, “foi a obra de Carl Stoos, com o anteprojeto de

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral e Parte Especial. 14ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 559.

¹⁰ VON LISZT, 1927, apud SANT’ANNA, Rubens. A Noção Jurídica do Delito. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, ano II, n.1, 1950, p. 138. Disponível em <<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/65434/37646>> Acesso em: 24 mar. 2018.

¹¹ VON LISZT, 1927, apud SANT’ANNA, loc. cit.

Código Penal Suíço de 1893 e continha disposições sobre a internação como substituição da sanção penal”¹².

Stoos dizia que as medidas de segurança eram necessárias para atingir objetivos diversos dos que a pena previa, sendo substitutivas. Afirmava que a pena se baseava apenas no ato praticado pelo criminoso, não na sua culpabilidade. Ainda, enunciava que tais medidas deveriam ser aplicadas aos desempregados, anormais mentais, alcoólatras, jovens delinquentes e criminosos habituais, pois estes eram grupos inclinados a cometer delitos.

Além disso, Carl Stoos tratava que cabia ao juiz a incumbência de verificar as peculiaridades do indivíduo criminoso, além de fazer a subsunção da norma típica ao fato praticado.

Assim explica Ferrari

Eis as principais disposições da sistematização de Stoos: a) atribuir-se prioritariamente ao juiz; b) pronunciar-se sob a sentença relativamente indeterminada, com duração condicionada à cessação de periculosidade; c) basear-se na periculosidade do delinqüente; d) executar-se em estabelecimentos especializados e adequados ao tratamento do periculoso; e) constituir-se em medida complementar, algumas vezes substitutiva à pena, aplicando-se àqueles delinqüentes incorrigíveis cuja execução da pena seria ineficaz.¹³

Posteriormente, na Itália, surgiu o projeto de Código Penal Italiano, o primeiro sistema completo de medidas de segurança, que tratava da unificação das sanções penais, ou seja, do sistema vicariante, onde pena e medida de segurança receberiam a denominação única de sanções penais, mas o projeto fracassou.

Dessa forma, é possível concluir-se que houve uma evolução no que diz respeito à forma de tratamento dos “doentes mentais” na legislação internacional, realizando uma contribuição na elaboração das leis brasileiras.

2.2 EVOLUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

¹² PRADO, 2015, p. 559.

¹³ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.

No Brasil, as Ordenações Filipinas consideravam inimputáveis os menores de dezessete anos, trazendo que o fato ilícito não podia ser imputado ao agente que fosse “louco”, “insensato” ou “doente”.

Posteriormente, surgiu o Código do Império, em 1830, o qual considerava como inimputáveis os agentes que não possuíssem capacidade de entender o caráter ilícito da conduta ou de se autodeterminar em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto. Esse Código determinava que os menores de 14 (catorze) anos deveriam ser recolhidos a “casas de correção” e os doentes mentais deveriam ser entregues às suas famílias para que pudessem ser observados, ou à instituições que se prestassem a esse papel. Cabe mencionar que as instituições ainda não existiam àquela época, mas remetem ao que hoje conhecemos como medidas de segurança.

Em 1890, surgiu o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, através do Decreto nº 847/90 que adotava o sistema duplo binário, onde o indivíduo que cometesse um delito cumpria inicialmente a pena imputada a ele e, posteriormente, era submetido à internação em casa de custódia e tratamento. Quanto aos doentes mentais, esse Código mantinha o mesmo entendimento do Código de 1830, com a ressalva de que a decisão do juiz nessa legislação deveria possuir uma fundamentação legal.

A primeira legislação brasileira que tratou especificamente dos doentes mentais surgiu em 1903 - a Lei dos Alienados. O Decreto trouxe a figura do psiquiatra para assessoramento judicial, além de garantir a internação dos delinquentes doentes mentais como uma forma de tratamento para garantir a segurança pública.

Posteriormente, Vicente Piragibe trouxe o Código de Piragibe que tratou de localidades onde os delinquentes que possuíam alguma doença mental deveriam habitar – qual sejam pavilhões especiais de asilos públicos - durante o período em que eram construídos os manicômios. Ainda, o autor tratou da despenalização do doente mental infrator, inclusive suprimindo a exceção aos intervalos de lucidez que tratavam as leis anteriores. Dessa forma, Getúlio Vargas, observando o sucesso da proposta trazida por Piragibe, solicitou autorização para oficializá-la como “Consolidação das Leis Penais”, o fazendo através do Decreto nº 22.213/32.

A primeira legislação a tratar especificamente das medidas de segurança foi o Código Penal de 1940, vigente atualmente, inspirado pelas legislações europeias, principalmente pelo Código Rocco italiano. Nesse Código, com relação aos semi-

imputáveis utilizava-se o sistema duplo binário, ou seja, pena e medida de segurança eram aplicadas cumulativamente, assim como o Código de 1890; já com relação aos inimputáveis eram aplicadas apenas as medidas de segurança.

Tal legislação, antes da alteração em 1984, tratava das medidas de segurança estabelecendo uma duração mínima de 01 (um) a 06 (seis) anos para o internamento em manicômio judiciário e de 06 (seis) meses a 03 (três) anos para internamento em hospital de custódia e tratamento. Ainda, admitia a possibilidade de verificação da periculosidade se a personalidade e antecedentes do sujeito trouxessem a suposição de que o indivíduo poderia tornar a delinquir. Além disso, eram consideradas medidas de segurança a liberdade vigiada, o exílio local, a proibição de frequentar determinados lugares e algumas outras formas de punição de caráter patrimonial.

Juntamente com o Código Penal de 1940 surgiu a Lei das Contravenções Penais - Decreto-lei nº 3.688/41 - para tratar dos delitos menos graves. Cabe mencionar que essa legislação, em seu artigo 13, estabelece que as medidas de segurança podem ser aplicadas aos autores de contravenções penais e, em seu artigo 14 traz a presunção de periculosidade para ébrios habituais e para os condenados por vadiagem e mendicância.

Com a reforma do Código Penal, em 1984, afastou-se o sistema duplo binário, passando a adotar o sistema vicariante, sob o fundamento de que se aplicadas conjuntamente pena e medida de segurança, estar-se-ia lesando o princípio do *ne bis in idem*.

Tal reforma abandonou ainda a aplicação de medidas de segurança aos imputáveis, reservando a esses exclusivamente a pena e alterou o artigo 22, acrescentando que a pena poderá ser substituída por medida de segurança aos semi-imputáveis que necessitem de tratamento curativo.

Além disso, passou-se a adotar apenas duas formas de cumprimento da medida de segurança, quais sejam o tratamento ambulatorial e a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, inclusive modificando o prazo mínimo que anteriormente ficava entre 01 (um) a 06 (seis) anos e atualmente varia entre 01 (um) a 03 (três) anos.

Ainda, a reforma de 1984 contribuiu de forma ampla para a caracterização das medidas de segurança como forma de sanção ao tratar da obrigatoriedade da expedição de guia de internamento somente após o trânsito em julgado da sentença

e a possibilidade de realização do exame de cessação de periculosidade antes do prazo mínimo.

Por fim, houve um grande avanço ao se tratar da proteção e direito das pessoas portadoras de transtornos mentais com a promulgação da Lei 10.216/01, também conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica.

Carvalho afirma que essa lei foi importante, principalmente porque “pressupõe o portador de sofrimento psíquico como sujeito de direitos com capacidade e autonomia (responsabilidade) de intervir no rumo do processo terapêutico”¹⁴.

Berlinck, Magtaz e Teixeira dizem que

Esse texto reflete o consenso possível sobre uma lei nacional para a reforma psiquiátrica no Brasil. (...) A lei redireciona o modelo da assistência psiquiátrica, regulamenta cuidado especial com a clientela internada por longos anos e prevê a possibilidade de punição para a internação voluntária arbitrária ou desnecessária.¹⁵

Pode-se entender a evolução da Reforma Psiquiátrica de um modo que passa ao que antes era considerado como tratamento e cura de uma doença mental, com os hospícios por exemplo, para uma forma de prevenção e promoção da saúde mental. Conforme explica Amarante

(...) a importância dada pela psiquiatria tradicional à terapêutica das enfermidades dá lugar a um projeto muito mais amplo e ambicioso, que é o de promover a saúde mental, não apenas em um ou outro indivíduo, mas na comunidade em geral. Visto de outra forma, a terapêutica deixa de ser individual para ser coletiva, deixa de ser assistencial para ser preventiva.¹⁶

Assim, pode-se concluir que com o advento da Lei da Reforma Psiquiátrica houve observação a diversos princípios constitucionais que trouxeram proteção aos

¹⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 524.

¹⁵ BERLINCK, Manoel Tosta; MAGTAZ, Ana Cecília; TEIXEIRA, Mônica. A Reforma Psiquiátrica Brasileira: perspectivas e problemas. **Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental**. São Paulo, v. 11, n. 1, mar. 2008, p. 22. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rlpf/v11n1/a03v11n1>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

¹⁶ AMARANTE, 2010, p. 22.

doentes mentais de qualquer forma de discriminação, abordando o direito a tratamentos realizados com humanidade e respeito. Ainda, vale ressaltar que essa legislação alterou a linguagem utilizada no Código Penal para tratar das instituições de tratamento.

3 IMPUTABILIDADE PENAL E APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Inicialmente faz-se necessário definir o conceito de medidas de segurança, sua natureza jurídica e aplicação. Dessa forma, é extremamente relevante avaliar a diferença entre pena e medida de segurança, bem como a imputabilidade dos agentes delituosos, sendo que tais medidas podem ser aplicadas aos inimputáveis e semi-imputáveis, baseando-se no conceito de periculosidade e, assim, dividindo-as em duas espécies.

3.1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

As medidas de segurança são impostas pelo Estado aos indivíduos inimputáveis ou semi-imputáveis que cometeram alguma conduta típica e ilícita, porém não culpável em razão de doença ou perturbação mental. Tal fato ocorre quando o agente, no momento em que pratica o delito, não possuía capacidade de compreender o caráter ilícito da conduta ou de se autodeterminar, sendo considerado, portanto, perigoso, e submetido à medida de segurança como uma forma de tratamento.

Assim, “tem-se que as medidas de segurança são uma forma de instrumento de “proteção social” e “terapia individual”, associadas à periculosidade e, portanto, voltada ao futuro”¹⁷. Dessa forma, pode-se entender que as suas finalidades são a ressocialização ou reabilitação do interno na sociedade e na família e a recuperação do indivíduo.

Quanto à natureza jurídica das medidas de segurança, a corrente majoritária da doutrina entende que a mesma é uma forma de sanção penal, mas uma corrente minoritária entende que é uma medida administrativa.

Guilherme Nucci trata de tais entendimentos a respeito da medida de segurança. Veja-se:

¹⁷ BUSATO, 2017, p. 810.

Trata-se de uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado. Em posição análoga ao conceito que fornecemos está o posicionamento de Pierangeli e Zaffaroni, sustentando ser a medida de segurança uma espécie de sanção penal, pois, sempre que se tira a liberdade do homem, por uma conduta por ele praticada, na verdade o que existe é uma sanção penal. Toda privação de liberdade, por mais terapêutica que seja, para quem a sofre não deixa de ter um conteúdo penoso. Assim, pouco importa o nome dado e sim o efeito gerado (Da tentativa, p. 29). É a postura majoritária. Para Luiz Vicente Cernicchiaro e Assis Toledo, no entanto, em visão minoritária, a medida de segurança é instituto de caráter “puramente assistencial ou curativo”, não sendo nem mesmo necessário que se submeta ao princípio da legalidade e da anterioridade (Princípios básicos de direito penal, p. 41). Seria medida pedagógica e terapêutica, ainda que restrinja a liberdade.¹⁸

A medida de segurança é uma forma de sanção penal, divergindo da pena em diversos aspectos, como por exemplo: a) a pena é aplicada tendo como base a culpabilidade do agente e volta-se aos imputáveis e semi-imputáveis, enquanto a medida de segurança tem como fundamento a periculosidade e se aplica aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis que necessitem de tratamento; b) as penas possuem um tempo determinado de cumprimento, já as medidas de segurança perduram até cessar a periculosidade, ou seja, são por tempo indeterminado.

Capez diz que “as medidas de segurança são uma forma de sanção penal imposta pelo Estado com a finalidade de evitar, por meio de tratamento, que o autor de uma infração penal, após demonstrada sua periculosidade, volte a delinquir”¹⁹.

Ainda, de acordo com Mirabete

A medida de segurança não deixa de ser uma sanção penal e, embora mantenha semelhança com a pena, diminuindo um bem jurídico, visa precipuamente à prevenção, no sentido de preservar a sociedade da ação de delinquentes temíveis e de recuperá-los com tratamento curativo²⁰.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 531.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**, v. 1. 21ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 467.

²⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 26ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 265.

Quanto à corrente minoritária que defende o caráter administrativo das medidas de segurança, os mesmos afirmam que há a ingerência na aplicação dessas diante da ausência de previsão legal no Código Penal.

Assim, baseiam-se em uma conclusão que enuncia que as medidas de segurança têm exclusivamente fins curativos.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli

Essas medidas são materialmente administrativas e formalmente penais. Uma das formas mais acabadas de que não pode ser outra a sua natureza é que juridicamente não podem chamar-se 'sanções', ainda que na prática, o sistema penal as distorça e a elas atribua, eventualmente, esta função, realidade que se faz necessário controlar e procurar neutralizar²¹.

Por fim, apesar das discussões quanto ao caráter penal ou administrativo, pode-se considerar que as medidas de segurança se equivalem às penas, possuindo essencialmente um caráter de sanção penal de natureza preventiva e curativa.

3.2 PENA X MEDIDA DE SEGURANÇA

As penas e as medidas de segurança diferem-se em diversos aspectos, seja do ponto de vista da sua aplicabilidade ou do meio de execução, apesar de ambas possuírem o mesmo pressuposto para a punibilidade, qual seja o cometimento de conduta típica, ilícita e culpável.

Conforme a maioria dos doutrinadores defende, a principal distinção entre as medidas de segurança e as penas é que essas possuem caráter retributivo-preventivo, enquanto aquelas possuem caráter eminentemente preventivo.

Bittencourt enuncia as principais diferenças entre esses dois institutos. Veja-se:

(...) b) O fundamento da aplicação da pena é a culpabilidade; a medida de segurança fundamenta-se exclusivamente na periculosidade; c) As penas

²¹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 123.

são determinadas; as medidas de segurança são por tempo indeterminado. Só findam quando cessar a periculosidade do agente; d) As penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicáveis aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, quando estes necessitarem de especial tratamento curativo.²²

Ainda de acordo com Luiz Flávio Gomes, ambas se diferem, além das características enunciadas por Bittencourt, nos seguintes aspectos:

(...) A pena é proporcional à infração - a proporcionalidade das medidas está na periculosidade; a pena é fixa enquanto a medida é indeterminada; a pena está voltada para o passado (crime-culpabilidade-retribuição), enquanto, as medidas miram para o futuro (cura-prevenção)²³.

Porém, Gomes faz uma crítica a essa distinção alegando que “as mesmas ficam muito diluídas e que não se pode afirmar que a pena se volta para o passado enquanto as medidas de segurança voltam-se para o futuro”²⁴. Explica tal afirmação, pois “as medidas de segurança também possuem como pressuposto fundamental o cometimento de um delito e, sem esse delito antecedente, as mesmas não existiriam”²⁵.

Além disso, conceitua que no momento da aplicação da medida de segurança, o magistrado precisa saber se o fato é punido com pena de reclusão ou detenção e que essa distinção está baseada no grau de gravidade do fato punível cometido, dessa forma voltando-se ao passado, além de tais medidas admitirem a detração penal. Por fim, enuncia que “a pena também se volta para o futuro, pois visa evitar o cometimento de novo delito”²⁶.

Ainda, Nelson Hungria, traz as diferenciações já tratadas anteriormente, por fim concluindo que “a pena é, conceitualmente, uma reação, um contragolpe em face do

²² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 893.

²³ GOMES, Luiz Flávio. Duração das Medidas de Segurança. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, vol. 663, jan. 1991, p. 258. Disponível em <<http://www.rtonline.com.br>> Acesso em: 23 abr. 2018.

²⁴ GOMES, loc. cit.

²⁵ GOMES, loc. cit.

²⁶ GOMES, 1991, p. 258.

crime já praticado; a medida de segurança é um preventivo do crime que pode vir a ser praticado”²⁷.

Dessa forma, é possível concluir que as penas e as medidas de segurança, apesar de possuírem ambas uma natureza de sanção penal, diferenciam-se principalmente no seu fundamento e ao se dirigirem ao sujeito que cometeu um delito e irá receber a punição. Além disso, as penas possuem um tempo de duração determinado pela lei, enquanto as medidas de segurança não possuem.

3.3 IMPUTABILIDADE PENAL

Ambas pena e medida de segurança pressupõe o cometimento de uma conduta ilícita, porém, divergem-se quanto a culpabilidade do agente delituoso, sendo a primeira aplicada aos agentes imputáveis e semi-imputáveis e a segunda aos inimputáveis e excepcionalmente aos semi-imputáveis.

A imputabilidade penal diz respeito à responsabilização do sujeito que possui pleno discernimento ao realizar uma conduta ilícita podendo agir de maneira diferente da executada.

Quanto à inimputabilidade, conforme explica Androvandi:

O sistema adotado pelo nosso Código Penal é chamado de misto ou biopsicológico, ou seja, devem estar presentes não somente as causas da inimputabilidade, como também estas devem determinar a situação de incapacidade de culpabilidade.²⁸

Os inimputáveis são aqueles sujeitos que ao tempo da ação não possuíam a capacidade de compreender a ilicitude do fato praticado ou não tinham possibilidade de atuar conforme a lei exige, devido a uma doença mental ou desenvolvimento

²⁷ HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, v. 3. 5ª Edição. Forense: Rio de Janeiro, 1975, p. 11.

²⁸ ANDROVANDI, Cláudia et. al. Imputabilidade penal, capacidade cognitiva e instrumentos de medida psicológica. **Revista Psicologia em Foco**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan. 2007, p. 31. Disponível em <<http://revistas.fw.uri.br/index.php/psicologiaemfoco/article/view/1127>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

mental incompleto ou retardado, conforme trata o artigo 26 do Código Penal²⁹, além dos menores de 18 (dezoito) anos.

O conceito de doença mental trazido pela legislação penal é interpretado de forma mais ampla do que o definido pela medicina, conforme explica Busato

O conceito de doença mental é vago, mas deve ser interpretado de modo mais amplo do que o critério médico define. São exemplos de doença mental a psicose maniaco-depressiva, a esquizofrenia, a alienação mental, a paranoia, os distúrbios obsessivo-compulsivos e as formas de demência. Incluem-se aqui, também, os casos de processos tóxicos crônicos que afetam o sistema nervoso central, associados a dependências químicas, tais como o alcoolismo ou a toxicomania.³⁰

Os agentes inimputáveis podem ser isentos de pena (absolvição *sui generis*³¹), mas a eles são aplicadas as medidas de segurança, conforme explica Nucci:

O inimputável (doente mental ou imaturo, que é o menor) não comete crime, mas pode ser sancionado penalmente, aplicando-se lhe medida de segurança, que se baseia no juízo de periculosidade, diverso, portanto, da culpabilidade. O autor de um fato típico e antijurídico, sem compreensão do que fazia, não merece ser considerado criminoso – adjetivação reservada a quem, compreendendo o ilícito, opta por tal caminho, sofrendo censura –, embora possa ser submetido a medida especial cuja finalidade é terapêutica, fundamentalmente.³²

Da mesma forma trata Marcão

Adotado o sistema do duplo binário (pena ou medida de segurança, sem possibilidade de aplicação cumulativa), provada a prática de conduta típica, a respectiva autoria e, sendo o caso, a materialidade, se ficar apurado que ao tempo da ação ou omissão o réu era absolutamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse

²⁹ 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.

³⁰ BUSATO, 2017, p. 537.

³¹ Nesse caso há a absolvição por não poder ser aplicável a pena, mas o réu será obrigado a cumprir uma medida de segurança, não sendo colocado em liberdade.

³² NUCCI, 2016, apud VICTÓRIO, Bruno Cunha. Inimputabilidade Penal e Medidas de Segurança. **Jusbrasil**, out. 2016. Disponível em <<https://brunocvictorio.jusbrasil.com.br/artigos/397547369/inimputabilidade-penal-e-medidas-de-seguranca>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

entendimento, ao invés de proferir sentença condenatória o juiz irá sentenciar a absolvição imprópria – que melhor seria chamar condenação imprópria – e aplicar medida de segurança.³³

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 26 Código Penal³⁴ traz o conceito de semi-imputabilidade, tratando das hipóteses onde o agente no momento do cometimento do delito não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito da conduta ou inteiramente capaz de comportar-se conforme o esperado. Explica Carvalho que “a semi-imputabilidade é uma categoria intermediária entre a capacidade e a incapacidade plenas”³⁵.

Nesse caso, a incapacidade de discernimento não é total, mas parcial ou momentânea, podendo ser enquadradas as psicopatologias e devendo o juiz analisar no caso concreto se o agente era semi-imputável ou inimputável, com base em um laudo pericial fornecido por um perito médico, optando-se por aplicar uma das duas espécies de medidas de segurança.

3.4. A PERICULOSIDADE E AS ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

Para que haja a aplicação da medida de segurança ao agente é necessário que se verifique a periculosidade do indivíduo delituoso, a qual refere-se a um critério de predisposição do sujeito a cometer novo delito no futuro.

A aplicação das medidas de segurança se dá com base em uma hipótese futura que prevê a probabilidade de reincidência criminal do agente delituoso, baseando-se na sua doença mental. Nesse caso, analisa como o sujeito agirá ou poderá agir caso se encontre novamente em alguma situação conflituosa.

Conforme explica Busato

³³ MARCÃO, Renato. **Execução Penal**. Coleção saberes do direito 9. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

³⁴ Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

³⁵ CARVALHO, 2015, p. 499.

A aplicação da medida de segurança é duplamente condicionada à realização prévia de um delito e à periculosidade constatada em face desse delito praticado. Por isso, constatado um injusto típico, sem estar presente a periculosidade criminal ou que se evidencie no sujeito um prognóstico de probabilidade de comissão de um delito no futuro, a imposição da medida de segurança carece de fundamento.³⁶

E Bittencourt

É um juízo de probabilidade — tendo por base a conduta antissocial e a anomalia psíquica do agente — de que este voltará a delinquir. O Código Penal prevê dois tipos de periculosidade: 1) periculosidade presumida — quando o sujeito for inimputável, nos termos do art. 26, caput; 2) periculosidade real — também dita judicial ou reconhecida pelo juiz, quando se tratar de agente semi-imputável (art. 26, parágrafo único), e o juiz constatar que necessita de “especial tratamento curativo”.³⁷

A periculosidade, portanto, é um fundamento para que haja a aplicação da medida de segurança e, enquanto ela persistir, tais medidas continuarão sendo aplicadas até que haja a cessação dessa condição.

O prazo de duração da medida de segurança está previsto no artigo 97, §1º, do Código Penal, o qual enuncia que essas perdurarão por tempo indeterminado, com prazo mínimo de 01 (um) a 03 (três) anos, determinados pelo juiz da execução. A aplicação das medidas encerrar-se-á quando for verificado por meio de perícia médica que houve a cessação da periculosidade do agente delituoso.

No caso dos inimputáveis por doença mental, esses são presumidamente perigosos, sendo obrigatória a aplicação de medida de segurança. Quanto aos semi-imputáveis, só estarão sujeitos à medida de segurança se necessitarem de tratamento curativo, caso contrário aplicar-se-á a pena prevista para o delito cometido, mas de forma reduzida, conforme explica Marcão

Se em virtude de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era apenas parcialmente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, ao invés de ficar isento de pena, terá esta reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). Nesta mesma situação, a pena privativa de liberdade poderá

³⁶ BUSATO, 2017, p. 819.

³⁷ BITTENCOURT, 2017, p. 894.

ser substituída por internação ou tratamento ambulatorial, se ficar provado que o condenado necessita de especial tratamento curativo (CP, art. 98).³⁸

As medidas de segurança são divididas em duas espécies previstas no artigo 96 do Código Penal: a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou o tratamento ambulatorial.

Conforme explica Adeildo Nunes

Quando o legislador brasileiro, sabiamente, optou pelo modelo vicariante, desvinculando a medida de segurança (para o doente mental) da pena (para os imputáveis), era necessário criar um local apropriado para acolher os doentes mentais que se envolvem com a infração penal. Bem por isso, criou os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, destinados exclusivamente ao acolhimento de pessoas em fase de incidente de insanidade mental ou para o cumprimento da medida de segurança, seja de internamento, seja de tratamento ambulatorial. (...) A Lei de Execução Penal, por isso, criou vários estabelecimentos penais destinados aos imputáveis, e também os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, exclusivamente para prestar assistência médica aos inimputáveis do ponto de vista psiquiátrico.³⁹

A primeira espécie mencionada é aplicada nos crimes puníveis com reclusão e o sujeito deve permanecer internado em hospitais gerais ou hospitais de custódia para tratamento médico realizado nesses locais e na maioria dos casos em regime fechado.

Conforme critica Salo de Carvalho, essa internação “se realiza nos chamados manicômios judiciais, instituições totais com características asilares e segregacionistas similares às penitenciárias”⁴⁰.

Quando o crime for punível com detenção, o juiz poderá optar por aplicar a internação em hospital de custódia ou o tratamento ambulatorial, avaliando o grau de periculosidade do agente e as condições do crime, conforme prevê o *caput* do artigo 97 do Código Penal.

No tratamento ambulatorial, o paciente será acompanhado por um médico, mas sem a necessidade de que haja sua internação na instituição, ficando obrigado a comparecer anualmente para realizar o exame de cessação de periculosidade.

³⁸ MARCÃO, 2012, p. 68.

³⁹ NUNES, Adeildo. **Comentários à lei de execução penal**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 233.

⁴⁰ CARVALHO, 2015, p. 506.

Marchewka faz uma crítica ao modo de definição para a aplicação de uma das duas espécies de medidas de segurança:

Como se vê, a posição da legislação brasileira denota uma postura altamente simbólica do sistema punitivo e que permanece sem dúvida assim até nossos dias. Duzentos anos se passaram. Hoje o cenário é outro, após as denúncias de Foucault, mas a discriminação continua. Tudo indica que, substancialmente, o fundamento para a aplicação de medida de segurança detentiva é pior do que o da pena privativa de liberdade, pois não existe na Lei de Execução Penal dispositivo que possibilite a liberação do doente mental de forma progressiva, nos moldes da pena privativa de liberdade. Ora, isso torna inviável para muitos a liberação, razão pela qual não nos parece válida nos dias de hoje esta orientação, pois obriga o juiz a decretar a internação sempre que o fato cometido seja reprimido com a pena de reclusão. Isso significa que o doente mental que venha a praticar um furto simples, uma receptação dolosa ou culposa ou uma lesão corporal grave (crimes punidos com reclusão) será obrigatoriamente internado em hospital psiquiátrico.⁴¹

Da mesma forma, critica Busato

Perceba-se que se estabelece a relação entre a gravidade do crime cometido e a gravidade da medida tomada, em uma escala que obedece uma perspectiva retributiva associada ao fato cometido, portanto ao passado, que não condiz com a fórmula de prognose de um tratamento de saúde. Claro que isso provém da ideia de periculosidade criminal, da vinculação da medida de segurança a um ilícito previamente realizado. Acontece que essa vinculação se presta apenas para justificar a *existência* da medida de segurança, mas não para sua *mensuração*. Se a medida de segurança rege-se realmente por uma ideia de prevenção especial, no sentido de tratar do problema mental que acomete o sujeito e que, de algum modo, contribuiu para que ele realizasse conduta ilícita, é óbvio que essa enfermidade deve ser a baliza de tal tratamento. Ou seja, a despeito de qual tenha sido o crime realizado, o eixo sobre o qual deveria *de lege ferenda* restar estabelecido o projeto de execução da medida de segurança deveria estar relacionado com a magnitude da necessidade de tratamento do agente, porque pode ser que, embora o ato ilícito praticado tenha sido grave, sua enfermidade seja passível de tratamento sem internação ou, ao contrário, que o ato ilícito praticado tenha sido de escassa importância, mas a doença possua uma prognose sintomática progressiva que exija uma internação.⁴²

⁴¹ MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, vol. 0, jun. 2004, p. 178. Disponível em <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

⁴² BUSATO, 2017, p. 825.

Contudo, mesmo com tal previsão legislativa, o Egrégio Tribunal do Paraná entende ser cabível o tratamento ambulatorial mesmo aos condenados a crimes com reclusão. Veja-se:

APELAÇÃO CRIME. Homicídio duplamente qualificado – Absolvição sumária. Inimputabilidade penal comprovada – Muito embora a infração seja punida com reclusão, possibilidade de submeter o sentenciado a medida de segurança de tratamento ambulatorial, haja vista as peculiaridades do caso. Recurso provido. (TJ-PR 8410540 PR 841054-0 (Acórdão), Relator: Campos Marques, Data de Julgamento: 08/03/2012, 1ª Câmara Criminal).⁴³

Assim, pode-se concluir que existem duas espécies de medidas de segurança que poderão ser impostas baseando-se no critério de reclusão ou detenção da pena prevista, porém, se entendido de forma diversa pelo magistrado, caberá o tratamento ambulatorial mesmo nos crimes previstos com reclusão, levando em conta as peculiaridades de cada caso.

3.5. DO EXAME DE SANIDADE MENTAL E DO PRAZO DE DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A fim de verificar-se a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente no momento do cometimento do delito, é necessário que seja realizado por meio de perito médico o exame de sanidade mental. Na realização desse exame primeiramente analisa-se a capacidade do sujeito de compreender a ilicitude do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento e posteriormente examina-se se o indivíduo possui doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, utilizando-se, portanto, do critério biopsicológico já mencionado.

⁴³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Criminal. Apelação nº 841054-0 – PR. Apelante: Elson Schirmann. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Desembargador Campos Marques. Curitiba, 08 de Março de 2012. **Jusbrasil**. Disponível em <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21451684/8410540-pr-841054-0-acordao-tjpr>> Acesso em: 05 mai 2018.

A solicitação para realização desse exame pode ser realizada sempre que haja dúvida quanto à integridade mental do acusado, devendo o juiz nomear um curador ao réu e suspendendo o processo com a instauração do incidente de sanidade mental, conforme determina o artigo 149 do Código de Processo Penal⁴⁴.

O artigo 150, §1º, do Código de Processo Penal⁴⁵ enuncia que o exame não durará mais que 45 (quarenta e cinco) dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo. Ainda, o acusado que estiver preso será internado em hospital de custódia e, o que estiver solto será encaminhado para estabelecimento adequado que o juiz designar, se assim requererem os peritos.

O magistrado após receber o laudo pericial pode aceitá-lo ou rejeitá-lo e, nesse segundo caso, deve haver a realização de outro exame pericial a ser elaborado por um perito diferente.

As medidas de segurança serão executadas a partir do trânsito em julgado da sentença com a expedição da guia de internamento ou tratamento ambulatorial. Tais medidas perdurarão por tempo indeterminado até que haja a cessação da periculosidade do agente, a qual será constatada através de exame que pode ser realizado a qualquer momento se houver requerimento do juiz.

Para que haja a realização de tal exame, deve-se observar o prazo mínimo de 01 (um) a 03 (três) anos, previsto no §1º do artigo 97 do Código Penal⁴⁶. Após o prazo mínimo, a realização do exame se dará de forma anual até que haja a constatação da cessação de periculosidade do agente. Porém, o artigo 176 da Lei de Execução Penal⁴⁷ estabelece que o juiz da execução pode solicitar o exame antes de encerrado o prazo mínimo.

⁴⁴ Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. § 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente. § 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

⁴⁵ Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar. §1º O exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo. §2º Se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame.

⁴⁶ 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. §1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

⁴⁷ Art. 176. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou

Constatada como encerrada a periculosidade do agente pode haver a suspensão ou a extinção da medida de segurança.

No caso de suspensão, será decretada a desinternação - no caso de internação em hospital de custódia - ou a liberação - no caso de tratamento ambulatorial - do sujeito, as quais terão caráter condicional, conforme prevê o artigo 178 da Lei de Execuções Penais⁴⁸.

Caso o indivíduo pratique fato que constate a persistência de sua periculosidade no período de um ano após a suspensão, a medida de segurança será restabelecida. No entanto, se esse período percorrer *in albis*, a medida de segurança será definitivamente extinta.

Dotti trata ainda da diferença entre revogação e extinção da medida de segurança explicando que

A medida de segurança é revogada quando não mais subsistem os pressupostos que a determinaram. Se o processo criminal instaurado contra o agente concluir pela sua absolvição, seja pela inexistência do fato, pela não participação ou por uma causa excludente de criminalidade, a medida de segurança que tenha sido imposta em caráter provisório deve ser revogada.⁴⁹

Assim, as medidas de segurança perdurarão até que haja a realização de novo exame de cessação de periculosidade que constate que o indivíduo está habilitado para retornar a conviver em sociedade de forma segura, podendo ser declarada a suspensão ou extinção da medida na qual o agente foi submetido.

4 TEORIAS DA PENA

As teorias da pena foram trazidas pela doutrina como uma forma de conceituar a finalidade da pena e acompanhar a evolução histórica dela, dividindo-se em três grupos: as teorias absolutas, as teorias relativas e as teorias mistas.

Conforme expõe Beccaria,

do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

⁴⁸ 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 (livramento condicional).

⁴⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 637.

Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis.⁵⁰

Essas teorias trazem o conceito de individualização no que diz respeito à aplicação das penas, baseando-se no poder do Estado de punir e em problemas jurídicos que precisam ser solucionados.

Carvalho explica que

Não por outra razão, o projeto político de legitimação dos estados modernos se sustenta na justificação da centralização do poder e, conseqüentemente, da imposição de sanções. As teorias de fundamentação da pena operam, portanto, como discursos de racionalização do poder soberano, sobretudo porque o monopólio da coação legítima representa uma das principais conquistas da modernidade.⁵¹

Ainda, conforme Jorge de Figueiredo Dias

É no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins das penas constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal.⁵²

Dessa forma, as teorias da pena surgiram para justificar a punição do Estado a um indivíduo que transgredisse as normas morais ou jurídicas da sociedade na qual convive. As teorias absolutas previam a retribuição do mal com outro mal, enquanto as relativas visavam prevenir o cometimento de novos delitos, sendo as teorias mistas uma síntese de ambas.

⁵⁰ CESARE, Beccaria. **Dos delitos e das penas**. 2ª Edição. São Paulo: Edipro, 2015, p. 27.

⁵¹ CARVALHO, 2015, p. 44.

⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 89.

4.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS DA PENA

A principal característica das teorias absolutas é a retribuição do mal causado pelo agente ao cometer um delito, concebendo a pena como um castigo. Tais teorias visam punir o condenado, lhe causando um prejuízo, de forma que esse entenda que sua penalização é oriunda da inobservação e transgressão às normas jurídicas.

Dessa forma explica Bittencourt,

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*.⁵³

Também explica Fernando Galvão,

Considerando que, em seu aspecto substancial, a pena significa um mal, um castigo, essa linha do discurso justificador procura explicar a aplicação da pena como uma reação ao mal produzido pelo crime. A pena, simplificada na ideia do mal, possui caráter meramente retributivo, aflitivo e pessoal.⁵⁴

A punição é visualizada também como uma forma de demonstrar o poder do Estado – *jus puniendi*⁵⁵ – para que o agente delituoso compreenda que ao cometer condutas ilícitas haverá uma consequência – prisão - e que se o indivíduo tivesse agido conforme a lei não seria penalizado.

⁵³ BITTENCOURT, 2017, p. 143.

⁵⁴ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 71.

⁵⁵ O *jus puniendi* é uma expressão latina que significa “o direito de punir do Estado”, ou seja, o Estado tem o poder de punir e aplicar uma sanção penal a qualquer indivíduo que pratique uma conduta típica e ilícita, ferindo os interesses individuais e sociais.

Galvão explica que nas teorias absolutas “a pena é consequência da culpabilidade de quem comete crime e não busca realizar qualquer finalidade social, mas sim a ideia de Justiça”⁵⁶.

Porém, a pena aplicada ao indivíduo que praticou um delito deve ser proporcional à gravidade do crime cometido para que seja justa, não podendo ser imposta uma pena de maior gravidade, pois desproporcional.

As teorias absolutas fundamentam-se no livre arbítrio do ser humano, justificando que o cometimento de uma conduta ilícita por esse é uma escolha, pois, na maior parte das vezes, possui discernimento e poderia lhe ser exigido uma conduta diversa.

Da mesma forma conceitua Busato ao mencionar que, “em suma, a principal virtude das teorias absolutas de caráter retribucionista reside no estabelecimento de limites à imposição de pena, como garantia do indivíduo frente ao arbítrio estatal”.⁵⁷

Carvalho explica

As teorias absolutas da pena (ou teorias retributivistas) sustentam-se, fundamentalmente, no modelo iluminista do contrato social, no qual o delito é percebido como uma ruptura com a obrigação contratual, configurando a pena uma indenização pelo mal praticado. A relação entre crime e pena se estabelece a partir de uma noção de dívida, e a lógica obrigacional fixa a necessidade da reparação do dano em razão do inadimplemento (descumprimento das regras sociais).⁵⁸

Ainda, Dias trata da contribuição das teorias absolutas para o Direito Penal

E aqui reside justamente o mérito das doutrinas absolutas: qualquer que seja o seu valor ou desvalor como teorização dos fins das penas, a concepção retributiva teve – histórica e materialmente – o mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpabilidade em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, deste modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa humana.⁵⁹

⁵⁶ GALVÃO, 2013, p. 71.

⁵⁷ BUSATO, 2017, p. 715.

⁵⁸ CARVALHO, 2015, p. 57.

⁵⁹ DIAS, 1999, p. 93.

Existem alguns defensores das teorias absolutas, como Welzel e Carrara, mas os dois mais importantes e expressivos foram Kant e Hegel. Suas ideias diferem-se na justificação da pena que para Kant é ética e para Hegel é jurídica.

4.1.1 O Retributivismo Kantiano

Kant considerava a lei como um “imperativo categórico”, ou seja, ela deve ser respeitada em qualquer momento e a sua desobediência justifica a aplicação de pena. O filósofo defendia que a justificação da pena é ética e baseia-se no valor moral da lei penal infringida.

Dessa maneira, esclarece em sua obra,

Y así son posibles los imperativos categóricos, porque la idea de la libertad hace de mí un miembro de un mundo inteligible; si yo no fuera parte más que de este mundo inteligible, todas mis acciones serían siempre conformes a la autonomía de la voluntad; pero como al mismo tiempo me intuyo como miembro del mundo sensible, esas mis acciones deben ser conformes a la dicha autonomía.⁶⁰

Assim, é possível concluir que o indivíduo que transgredir uma lei – imperativo categórico – fere a moral e, portanto, é obrigação do Estado punir o agente transgressor baseando-se no conceito de justiça.

Em sua obra Galvão enuncia que “a ética de Kant procurou estabelecer um único princípio supremo de moralidade, com autoridade racional para conduzir as paixões dos homens e não se deixar conduzir por elas”⁶¹.

Bittencourt explica de forma resumida

Em síntese, Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinquido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva — especial ou geral — da pena. A

⁶⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Primera edición. Puerto Rico: Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, 2007, p. 66.

⁶¹ GALVÃO, 2013, p. 74.

aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito.⁶²

E ainda diz que “dentro do esquema filosófico kantiano, a pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei. Seu objetivo é simplesmente realizar a Justiça (...)”.⁶³⁶⁴

Conforme Dias

Kant qualificava a pena (a “lei penal”) como um “imperativo categórico”, por isso que, “quando a justiça desaparece, não tem mais valor que os homens vivam na terra”; e concluía afirmando que, ainda quando o Estado e a Sociedade devessem desaparecer, “teria o último assassino que se encontrasse na prisão de ser previamente enforcado, para que assim cada um sinta aquilo de que são dignos os seus atos e o sangue derramado não caia sobre o povo que não se decidiu pela punição, porque ele poderia então ser considerado como participante nessa violação pública da justiça”.⁶⁵

Para concluir tal pensamento, Zaffaroni e Nilo resumem de forma bastante conclusiva que “as *teorias absolutas* (cujo modelo é Kant) tendem a **a**) retribuir **b**) para garantir externamente a eticidade **c**) quando uma ação objetivamente a contradiga **d**) infringindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido”⁶⁶.

A fim de concluir tal conceituação, cabe sintetizar que para Kant a pena possui um caráter retributivo e é vista como uma forma de punir o mal – a violação de uma norma moral - com outro mal, com o objetivo de que o indivíduo entenda que agindo de forma incorreta a ele será aplicada uma punição. Ou seja, o Direito Penal relaciona-se diretamente com a violação da lei moral e a pena surge para realizar a justiça.

⁶² BITTENCOURT, 2017, p. 148.

⁶³ Ibid., p. 147.

⁶⁴ Essa crença no império da Justiça levou Kant à elaboração do seu conhecidíssimo exemplo: se uma sociedade civil chegasse a dissolver-se, com o consentimento geral de todos os seus membros, como, por exemplo, os habitantes de uma ilha decidissem abandoná-la e dispersar-se, o último assassino mantido na prisão deveria ser executado antes da dissolução, a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e que o homicídio não recaísse sobre o povo que deixasse de impor esse castigo, pois poderia ser considerado cúmplice desta violação pura da Justiça.

⁶⁵ DIAS, 1999, p. 92.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 115.

4.1.2 O Retributivismo Hegeliano

Diferentemente de Kant que se baseia na ética para a justificação, Hegel fundamenta-se na ordem jurídica, visando a recomposição do direito violado por meio da aplicação da pena. O filósofo considerava que a pena é a negação da negação do Direito, conforme explica Lesch

Así pues, junto a la retribución «positiva» que acabamos de ver, a Hegel le importa también una «forma negativa» de retribución, es decir, una justificación objetiva de la pena, la «negación de la negación», la abstracta «lesión de la lesión», la «superación del delito», esto es, la eliminación interior del delito em su existencia positiva, externa.⁶⁷

Para Hegel a aplicação da pena é uma forma de reestabelecer a vontade geral – ordem jurídica – que foi violada pelo indivíduo delituoso pois, ao agir em sentido contrário às leis esse sujeito está fazendo prevalecer a sua vontade particular.

Bittencourt explica que

Segundo o pensamento de Hegel, o Direito vem a ser a expressão da vontade racional — vontade geral —, uma vez que, sendo uma organização racional, significa uma liberação da necessidade. A racionalidade e a liberdade são, pois, para Hegel, a base do Direito. O delito, entendido como a negação do Direito, é a manifestação de uma vontade irracional — vontade particular —, configurando assim essa comum contradição entre duas vontades.⁶⁸

E ainda,

Para Hegel, a pena é a lesão, ou melhor, a maneira de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido. Compreende que, na hora de determinar a natureza e medida da pena, seja difícil aplicar de modo literal o princípio da lei de talião, embora isso não elimine a justiça do princípio em relação à necessária identidade valorativa da lesão do Direito, por obra da vontade do delinquente, e da lesão da vontade do delinquente com a aplicação da pena.⁶⁹

⁶⁷ LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 16.

⁶⁸ BITTENCOURT, 2017, p. 148.

⁶⁹ Ibid., p. 149.

Ou seja, na visão do filósofo o indivíduo possui livre arbítrio para escolher agir conforme a ordem jurídica, mas ao cometer um delito está optando pela prevalência da sua vontade particular sobre a vontade geral. A pena é, portanto, a forma de neutralizar o delito e restaurar o direito lesionado.

4.2 TEORIAS RELATIVAS OU PREVENTIVAS

As teorias relativas surgiram em oposição às teorias absolutas considerando que a justificação da pena é a de prevenir o cometimento de novos delitos, presumindo que, caso o agente delituoso não seja punido, continuará agindo em desacordo com a lei.

Pacelli explica que “enquanto as teorias absolutas da pena buscam sua justificação na pena em si mesma, as teorias relativas, rejeitando tal solução, se orientam pelos fins ou finalidades dela (pena)”⁷⁰.

Nessa teoria a pena deixa de visar o fato passado e dirige seu alcance a um possível delito futuro, – *punitur ne peccetur*⁷¹ – de forma a ressocializar o indivíduo que cometeu um crime e intimidar novos e possíveis agentes delituosos.

Porém, a pena deve ser aplicada apenas caso não exista outro meio menos gravoso de punição, conforme explica Galvão

A orientação garantista, por sua vez, determina que, para combater uma conduta socialmente danosa com uma pena, é necessário que não existam outros meios menos gravosos. Nesse sentido, Claus Roxin observa que a aplicação da pena deve ser inspirada pelo princípio da estrita necessidade, posto que o castigo penal põe em perigo a existência social do apenado e, com a sua marginalização, a própria sociedade sofre um dano. O Direito Penal há de ser o último instrumento da política social, de caráter subsidiário, sendo que primeiro devem ser utilizados os demais instrumentos de regulamentação dos conflitos sociais e, somente se estes fracassarem, lançar-se-á mão da pena.⁷²

⁷⁰ PACHELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 42.

⁷¹ *Punitur ne peccetur* é uma expressão em latim que significa “pune-se para que não se peque”.

⁷² GALVÃO, 2013, p. 80.

A teoria relativa desdobra-se em dois fundamentos principais visando alcançar diferentes destinatários: a prevenção geral e a prevenção especial. A primeira dirige-se à sociedade como um todo de forma a advertir a possibilidade de punição pelo cometimento de um delito impedindo que a maior parte da população realize um ilícito. A segunda aplica-se diretamente sobre o indivíduo visando a ressocialização e a prevenção do cometimento de novos delitos futuros.

Tanto a prevenção geral quanto a especial dividem-se em positiva ou negativa. Na primeira espécie a pena visa apenas a correção do sujeito pelo fato punível, baseando-se na segurança jurídica. Na segunda espécie a pena é uma forma de intimidação aos membros de uma sociedade.

4.2.1 Prevenção Geral

A vertente da prevenção geral tem como fundamento prevenir delitos de forma a incidir sobre toda a sociedade e divide-se em duas: a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva.

Dessa forma, Dias explica que nessa teoria a função da pena é a de “atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei”⁷³.

E ainda,

A finalidade precípua da pena seria a de criar no espírito dos potenciais criminosos um contra motivo suficientemente forte para os afastar da prática do crime. A alma do criminoso potencial seria assim uma arena onde se digladiam as motivações conducentes ao crime e as contra-motivações derivadas do conhecimento do mal da pena, em definitivo importando que estas últimas sejam suficientemente poderosas para vencer as primeiras e, deste modo, contribuir eficazmente para a prevenção.⁷⁴

⁷³ DIAS, 1999, p. 98-99.

⁷⁴ Ibid., p. 99-100.

A teoria da prevenção geral negativa corresponde, cronologicamente, à uma evolução mais antiga do pensamento penológico se comparada a prevenção geral positiva.

4.2.1.1 Prevenção geral negativa

O principal idealizador da prevenção geral negativa foi Feuerbach com a teoria da coação psicológica, visando provocar na sociedade uma sensação de medo através da punição a quem cometesse um delito. Para o filósofo, a pena é uma forma de coação psicológica aos cidadãos de uma sociedade, com o objetivo de evitar o cometimento de ilícitos utilizando-se de uma ameaça legislativa voltada à coletividade.

Quanto à essa teoria, Bittencourt explica que

A teoria defendida por Feuerbach sustenta que é através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada.⁷⁵

Conforme as palavras de Jorge de Figueiredo Dias, na prevenção geral negativa “a pena pode ser concebida, por uma parte, como forma estatalmente acolhida de intimidação das outras pessoas através do mal que com ela se faz sofrer ao delinquente e que, ao fim, as conduzirá a não cometerem fatos criminais”⁷⁶.

E Busato conceitua

Dessa maneira, a intimidação ou coação psicológica (efeito dissuasório) pretende atuar em dois momentos: em uma primeira etapa, antes da comissão do delito, com a “*cominação penal*” dirigida à generalidade das pessoas, provocando uma sensação de desagrado e impedindo a comissão do delito; e, em um segundo momento, posterior ao fato delitivo, mediante a

⁷⁵ BITTENCOURT, 2017, p. 154.

⁷⁶ DIAS, 1999, p. 99.

“*execução exemplarizada da pena*” e sua influência psicológica em outros, já que do contrário se esvaziaria a ameaça inicial.⁷⁷

Assim, conclui-se que na prevenção geral negativa a justificação da pena é aplicá-la como uma forma de ameaça a ser produzida na sociedade com o intuito de motivar os indivíduos daquela coletividade ao não cometimento de delitos.

4.2.1.2 Prevenção geral positiva

A prevenção geral positiva surge de forma a alterar a justificação para a pena que foi trazida pela prevenção geral negativa. Nessa teoria, o alcance da penalização ainda é direcionado para a sociedade como um todo, mas não visa mais a intimidação dos indivíduos e sim a reafirmação da ordem jurídica.

Bittencourt explica que “a pena passa, então, a assumir uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico”⁷⁸.

A ideia principal trazida nessa teoria é a de reafirmação da norma legal e a confiança depositada no Estado que agirá de acordo com o ordenamento jurídico e solucionará o conflito que foi causado com o delito.

Jakobs foi o defensor desse pensamento, baseando-se na concepção ético-social trazida por Welzel, desenvolvendo um conceito que diz que a função do Direito Penal é a de garantir a validade e aplicação correta e justa da norma jurídica.

Conforme explica Cezar Roberto Bittencourt,

Jakobs entende que as normas jurídicas buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, servindo, assim, como uma orientação da conduta que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais. Quando ocorre a infração de uma norma — destaca Jakobs —, convém deixar claro que esta continua a existir, mantendo sua vigência, apesar da infração. Caso contrário, abalaria a confiança na norma e sua função orientadora (...) Assim, enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração.⁷⁹

⁷⁷ BUSATO, 2017, p. 723.

⁷⁸ BITTENCOURT, op. cit., p. 157.

⁷⁹ BITTENCOURT, 2017, p. 159.

Pacelli e Callegari conceituam ainda que

A partir, então, de uma perspectiva de *sociedade*, da qual o Direito seria um *subsistema*, JAKOBS vê a pena criminal como uma necessidade para a manutenção da configuração normativa dela (sociedade), ou seja, para a manutenção da *validade da norma*.⁸⁰

Dessa forma, pode-se concluir que a teoria da prevenção geral positiva visa atingir a sociedade e seus indivíduos reafirmando a validação da norma jurídica e reforçando a confiança que os sujeitos depositam no Estado.

Assim conclui Dias

Mas a pena pode ser concebida, por outra parte, como forma de que o Estado se serve para manter e reforçar a *confiança* da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal como instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham tido lugar.⁸¹

Portanto, a função do Estado ao punir o indivíduo é a de atingir a sociedade como um todo, passando a imagem de um sistema que visa agir de acordo com a norma legal, aplicando sanções a quem realizar violações à ordem jurídica.

4.2.2 Prevenção Especial

A prevenção especial, diferentemente da prevenção geral, não tem como objeto a sociedade como um todo, mas o indivíduo em si, dirigindo-se exclusivamente ao autor do delito. Visa principalmente a reabilitação do sujeito prevenindo que o mesmo volte a delinquir (prevenção da reincidência).

⁸⁰ PACELLI, 2016, p. 45.

⁸¹ DIAS, 1999, p. 99.

Von Liszt foi o percussor dessa teoria trazendo a ideia de que, conforme explica Bittencourt

A necessidade de pena, mede-se com critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis. Essa tese pode ser sintetizada em três palavras: intimidação, correção e inocuização.⁸²

Assim, na prevenção especial a justificação para aplicação da pena não é mais a reafirmação da ordem jurídica ou a ameaça aos membros de uma sociedade, mas a ressocialização do indivíduo delituoso, posto que esse é considerado um perigo para a sociedade.

Explica Dias que

As doutrinas da prevenção especial ou individual têm por denominador comum, como é de há muito conhecido, a ideia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinquente, com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes. Neste sentido deve-se falar, com razão, de uma finalidade de *prevenção da reincidência*.⁸³

Nessa teoria deixa-se de tratar da aplicação de pena e começa-se a falar em medidas, – hoje conhecidas como medidas de segurança – partindo do conceito de periculosidade e visando o tratamento do indivíduo de forma a ressocializá-lo e inocuizar possíveis delitos futuros.

Explica Pacelli que a prevenção especial aplicar-se-á em dois momentos

Note-se, mais, que a prevenção especial, isto é, aquela dirigida ao autor do fato, operaria em dois momentos distintos, a saber: (a) por ocasião da sentença condenatória, já que o juiz deverá aplicar a pena *conforme seja necessário* para prevenir novos delitos (art. 59, CP); e (b) na execução da pena privativa da liberdade, quando, então, o seu regime de cumprimento (da pena) poderia produzir resultados em dupla via: pela *neutralização* do agente (aspecto *negativo*), retirado do convívio social, e pela sua *reintegração* social

⁸² BITTENCOURT, 2017, p. 163.

⁸³ DIAS, 1999, p. 102.

(aspecto *positivo*), por força de uma pedagogia penitenciária e de outras técnicas de (tentativa de) reinserção do autor à sociedade.⁸⁴

A prevenção especial divide-se em duas vertentes: a prevenção especial positiva que visa à ressocialização do sujeito e a prevenção especial negativa que é voltada à neutralização do indivíduo delinquente.

4.2.2.1 Prevenção especial negativa

A prevenção especial negativa tem como objetivo a neutralização do agente delituoso, considerado perigoso, visando afastá-lo do convívio social de forma que o indivíduo não cometa delitos futuros.

Explica Dias que

Para uns, a “correção” dos delinquentes seria uma utopia, pelo que a prevenção especial só se poderia dirigir à sua *intimidação individual*: a pena visaria, em definitivo, atemorizar o delinquente até um ponto em que ele não repetiria no futuro a prática de crimes. Enquanto para outros a prevenção especial lograria alcançar um efeito de pura *defesa social* através da *separação* ou *segregação* do delinquente, só assim se podendo atingir a necessária *neutralização* da sua perigosidade social.⁸⁵

Dessa forma percebe-se que o indivíduo delituoso é considerado perigoso para a sociedade e nesse caso a forma de prevenir a reincidência é afastando-o do convívio social.

4.2.2.2 Prevenção especial positiva

⁸⁴ PACELLI, 2016, p. 43.

⁸⁵ DIAS, 1999, p. 102.

A prevenção especial positiva tem como principal objetivo a ressocialização e reintegração do indivíduo delinquente na sociedade, visando prevenir que ele volte a cometer crimes.

Assim explica Dias

Do que se deve tratar nessa perspectiva da prevenção especial é porém, bem mais modestamente, de – com respeito pelo modo de ser do delinquente, pelas suas concepções sobre a vida e o mundo, pela sua posição própria face aos juízos de valor do ordenamento jurídico – criar as condições necessárias para que ele possa, no futuro, continuar a viver a sua vida sem cometer crimes. Neste último sentido se podendo afirmar com justeza que a finalidade preventivo-especial da pena se traduz – e se traduz só – na “prevenção da reincidência”. “Todas estas doutrinas se irmanam, todavia, no propósito de lograr a *reinserção social* (ou talvez melhor: a *inserção social*, porque pode se tratar de alguém que foi desde sempre um dessocializado) do delinquente.⁸⁶

Na prevenção especial positiva parte-se do pressuposto de que o indivíduo que comete um delito é alguém que pode trazer um perigo para a sociedade e que precisa ser corrigido ou curado.

4.3 TEORIA MISTA OU UNITÁRIA

A teoria mista conceitua-se baseada na junção entre as ideias das teorias absolutas e as ideias das teorias relativas. Para essa teoria, a pena é justificada ao mesmo tempo tanto como uma retribuição quanto como uma prevenção, visando a punição do agente pelo descumprimento de uma lei e a prevenção da ocorrência de delitos futuros.

De forma sucinta, explica Galvão que “a ideia central do sistema unitário é alcançar uma relação equilibrada entre a retribuição da culpabilidade, a prevenção geral e a prevenção especial”⁸⁷.

Porém, Dias expõe a teoria mista de forma diferente, conceituando que

⁸⁶ Ibid., p. 103.

⁸⁷ GALVÃO, 2013, p. 96.

O ponto de partida destas teorias – que, depois de quanto disse, haverá de ser tido, da minha perspectiva, como inquestionavelmente correto – é o de que a combinação ou unificação das finalidades da pena ocorre exclusivamente ao nível da prevenção, geral e especial, com total exclusão, por conseguinte, de qualquer ressonância retributiva, expiatória ou compensatória.⁸⁸

Assim, nessa teoria a pena tem um caráter punitivo, objetivando fazer a justiça diante do mal causado pelo delito, com o propósito de prevenir que o agente volte a delinquir - o ressocializando - e de mostrar para a sociedade a consequência de se descumprir a lei.

4.3.1 Claus Roxin e a Teoria Unificadora Dialética

Roxin formula a teoria mista dialética para justificar a aplicação da pena de forma mais equilibrada.

Busato explica que “na ideia de teoria mista dialética perdeu vigência a intimidação e a inocuidade, conforme as propostas de Von Liszt, só permanecendo em pé a finalidade de ressocialização, ainda que com fortes críticas”⁸⁹.

Dessa forma, Claus Roxin deixa de considerar a retribuição da forma defendida pelas teorias absolutas e o princípio da culpabilidade existe apenas de forma secundária, como limitador do máximo de pena que pode ser aplicada ao sujeito delituoso.

Porém, não existem limitações da aplicação da pena em grau inferior à culpabilidade, conforme explica Bittencourt

Em contrapartida, sob a perspectiva dos fins da pena, Roxin defende que não existe impedimento nenhum a que a pena seja fixada, no caso concreto, em limite inferior ao grau de culpabilidade. Dessa forma, a pena adequada à culpabilidade nunca poderá ser aumentada, mas pode ser reduzida de acordo com fins preventivos.⁹⁰

⁸⁸ DIAS, 1999, p. 110.

⁸⁹ BUSATO, 2017, p. 737.

⁹⁰ BITTENCOURT, 2017, p. 168.

Assim, para o jurista prevalece para justificação da pena apenas o carácter preventivo, tanto geral quanto especial, visando a ressocialização do agente delituoso e a projeção dos efeitos da pena perante a sociedade de forma a demonstrar a aplicação de pena no caso do cometimento de um crime.

No caso de conflito entre duas finalidades, explica Bittencourt que

Nos casos de conflito entre ambas as finalidades, isto é, nos casos em que estas indicam diferentes quantidades de pena, Roxin defende que deve prevalecer a finalidade preventivo-especial, de ressocialização, como garantia individual indicativa da redução da quantidade de pena, frente às finalidades preventivo-gerais que, normalmente, conduzem a um aumento da pena. Entretanto, matiza que a primazia do fim preventivo especial somente pode ser atendida até certo ponto, pois a pena não pode ser reduzida a ponto de tornar a sanção ínfima e inútil para o restabelecimento da confiança da sociedade no ordenamento jurídico.⁹¹

Por fim conclui Busato,

As funções da pena, para ele, se expressam não em conjunto, mas escalonadamente, em três etapas: a cominação legal abstrata, que é a pena contemplada na lei e que opera na forma da prevenção geral; a realização da justiça na mediação judicial da pena, na qual a pena existe para realizar uma proteção ao mesmo tempo geral e especial, no sentido de simultaneamente proteger bens jurídicos e ser respeitosa para com o apenado, ao limitar-se pela culpabilidade; finalmente, a etapa da execução penal, na que predomina a prevenção especial tendente a levar a cabo, no possível, a ressocialização do apenado.⁹²

Dessa forma, para Claus Roxin, diferentemente do sintetizado pelas teorias mistas como um todo, a retribuição passa a ter um carácter apenas secundário, permanecendo a prevenção como principal, visando a ressocialização do indivíduo e a mensagem para a sociedade de punição em caso de descumprimento de uma ordem jurídica.

⁹¹ BITTENCOURT, loc. cit.

⁹² BUSATO, 2017, p. 737.

5 O CARÁTER RETRIBUTIVO E PREVENTIVO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Conforme previamente mencionado, as medidas de segurança são aplicadas aos sujeitos inimputáveis ou semi-imputáveis que necessitem de tratamento curativo e, de acordo com o Código Penal duram por tempo indeterminado – enquanto perdurar a periculosidade do agente –, apenas sendo abordado o prazo mínimo, mas não o prazo máximo na legislação.

É importante ressaltar que antes de surgir o instituto das medidas de segurança da forma que se entende atualmente, o conceito da culpabilidade para indivíduos portadores de doenças mentais passou por uma relevante evolução.

Conforme explica Foucault, no Código Francês de 1810 não se considerava uma conduta como criminosa se o agente estava sob “estado de demência” no momento do ato. O filósofo sintetiza que

A possibilidade de invocar a loucura excluía, pois, a qualificação de um ato como crime: na alegação de o autor ter ficado louco, não era a gravidade de seu gesto que se modificava, nem a sua pena que devia ser atenuada: mas o próprio crime desaparecia. Impossível, pois, declarar alguém ao mesmo tempo culpado e louco.⁹³

Após esse período, com a evolução do pensamento jurídico a respeito do que se considerava “loucura”, o entendimento passou a traduzir aspectos de ideias sintetizadas pela teoria da prevenção especial.

Apesar de vários decretos do supremo tribunal de justiça lembrando que o estado de loucura não podia acarretar nem uma pena moderada, nem sequer uma absolvição, mas uma improcedência judicial, eles levantaram em seu próprio veredicto a questão da loucura. Admitiram que era possível alguém ser culpado e louco; quanto mais louco, tanto menos culpado; culpado, sem dúvida, mas que deveria ser enclausurado e tratado, e não punido.⁹⁴

Dessa forma, a punição baseava-se no grau de insanidade do agente que cometia o delito com base em critérios avaliados por psiquiatras.

Quanto aos peritos psiquiatras, podem bem evitar de julgar. Basta examinar as três perguntas que, depois da circular de 1958, eles têm que responder: O acusado apresenta alguma periculosidade? É acessível à sanção penal? É curável ou readaptável? (...) Não são perguntas em termos de “responsabilidade”. Só dizem respeito à administração da pena, sua necessidade, sua utilidade, sua eficácia possível; permitem indicar, num vocabulário que apenas foi codificado, se é melhor o hospício que a prisão, se é necessário prever um enclausuramento breve ou longo, um tratamento médico ou medidas de segurança.⁹⁵

Ademais, vale ressaltar que o fundamento para a punição estatal também passou por uma evolução. De forma resumida Foucault explica que esse poder de punir passou de uma vingança pessoal para um exemplo de coerção para a

⁹³ FOUCAULT, 2010, p. 24.

⁹⁴ FOUCAULT, loc. cit.

⁹⁵ FOUCAULT, 2010, p. 25.

sociedade. É possível considerar, da mesma forma, que esse processo de desenvolvimento trouxe também características da prevenção especial.

Esquemmatizando muito, poderíamos dizer que, no direito monárquico, a punição é um cerimonial de soberania; ela utiliza as marcas rituais da vingança que aplica sobre o corpo do condenado; e estende sob os olhos dos espectadores um efeito de terror ainda mais intenso por ser descontínuo, irregular e sempre acima de suas próprias leis, a presença física do soberano e de seu poder. No projeto dos juristas reformadores, a punição é um processo para requalificar os indivíduos como sujeitos de direito; utiliza, não marcas, mas sinais, conjuntos codificados de representações, cuja circulação deve ser realizada o mais rapidamente possível pela cena do castigo, e a aceitação deve ser a mais universal possível. Enfim no projeto de instituição carcerária que se elabora, a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos.⁹⁶

Quanto às características das medidas de segurança, pode-se conjecturar que o fato de a lei não prever um período de tempo concreto para a extinção dessas medidas viola preceitos constitucionais, trazendo à pena imposta um caráter de perpetuidade, remetendo às medidas de segurança, fundamentos que se aproximam do contido na teoria retributiva da pena.

Tal fato se dá, pois, o sujeito que cometeu um delito permanece em uma instituição estatal – hospital de custódia e tratamento psiquiátrico – cumprindo uma sanção penal e com a privação de sua liberdade, o que se equipara a uma forma de pena.

A perpetuidade da pena é inconstitucional, pois viola a cláusula pétrea prevista no artigo 5º, XLVII, 'b', da Constituição Federal, o qual enuncia

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVII - não haverá penas: b) de caráter perpétuo.

Quanto a esse tema, trata Trigueiros Neto enunciando que

⁹⁶ Ibid., p. 126.

Analisando-se a disposição legal à luz da CF, pode-se concluir que a aplicação literal do CP é inconstitucional, visto que não se podem admitir penas de caráter perpétuo. Ainda que se diga que a medida de segurança não é uma pena, não se pode olvidar que sua natureza jurídica é de sanção penal, capaz, inclusive, de retirar a liberdade do sujeito (especialmente a medida de segurança detentiva, que impõe o regime de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico).⁹⁷

Da mesma forma enuncia Galvão que “importando restrições (tratamento ambulatorial) ou privações (internação hospitalar), a medida de segurança por tempo indeterminado, é mais gravosa ao indivíduo que a aplicação de pena”⁹⁸.

E ainda fala a respeito do caráter perpétuo e sua inconstitucionalidade

Em muitos casos, a internação do inimputável em manicômio se prolonga pelo resto de sua vida, tendo em vista a falta de condições para a sua cura. A possibilidade de sujeição perpétua do inimputável à medida de segurança é objeto de fundadas críticas que ressaltam a inconstitucionalidade de uma intervenção excludente.⁹⁹

A fim de solucionar o problema trazido pela legislação, surgiram três vertentes principais que visam regularizar o tempo máximo de duração das medidas de segurança.

Quanto à primeira corrente, os defensores tratam que as medidas de segurança não podem perdurar por tempo maior do que o máximo da pena privativa de liberdade, conforme explica Carvalho

Há quem defenda que a medida de segurança não pode perdurar por tempo maior, ao limite máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito, pois esse seria o limite temporal máximo em que se finda a pretensão punitiva do Estado. Ou seja, se o indivíduo plenamente imputável tivesse sido condenado, não poderia ultrapassar o tempo máximo previsto para tal delito, apesar de não ser propriamente uma pena e sim uma sanção penal, entendem os defensores desta corrente que é totalmente inadmissível que a medida de segurança tenha uma duração maior que a pena aplicada a um imputável condenado pelo cometimento do mesmo delito. Devendo após este decurso do tempo, o paciente receber tratamento como qualquer outro

⁹⁷ TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. **Direito Penal**: parte geral II. Coleção Saberes do Direito 5. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

⁹⁸ GALVÃO, 2013, p. 904.

⁹⁹ Ibid., p. 905.

doente mental que não tenha praticado delito, ou seja, tratado na rede de saúde pública ou particular.¹⁰⁰

Esse é também o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme verifica-se pela ementa

PENAL. PETIÇÃO RECEBIDA COMO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA. PLEITO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO CUMPRIMENTO INTEGRAL DA REPRIMENDA. PRAZO MÁXIMO DA MEDIDA DE SEGURANÇA. MÁXIMO DA SANÇÃO COMINADA EM ABSTRATO. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. DETERMINADA A ALTERAÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO PELA CORTE DE ORIGEM. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Petição, interposta dentro do quinquídio legal, recebida como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade.
 2. Inviável o reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente em razão do cumprimento total da pena, porquanto, o prazo máximo da medida de segurança é a sanção máxima cominada em abstrato para o delito, e não a reprimenda fixada pelo Tribunal a quo.
 3. Não há se falar em expedição do alvará de soltura para início da medida de segurança nos casos em que a Corte estadual já determinou a alteração da guia de execução do agente.
 4. Agravo regimental improvido.
- (PET no HC 442.666/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018).¹⁰¹

A segunda corrente é a adotada pelo Supremo Tribunal Federal que defende o teto estabelecido no artigo 75 do Código Penal, o qual enuncia que “o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos”, limitando o tempo máximo das medidas de segurança no tempo máximo adotado para as penas privativas de liberdade, conforme ementa

MEDIDA DE SEGURANÇA – PROJEÇÃO NO TEMPO – LIMITE. A interpretação sistemática e teológica 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.¹⁰²

¹⁰⁰ CARVALHO, 2015, p. 503.

¹⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 442.666, Minas Gerais. Sexta Turma. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 02 de Junho de 2016. **STJ**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=medida+seguranca&b=ACOR&p=true&l=10&i=20>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

¹⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.219, São Paulo. Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 16 de Agosto de 2005. **Jusbrasil**. Disponível em <

A terceira corrente é a defendida por Guilherme Nucci o qual acredita que, apesar de as medidas de segurança possuírem um caráter de sanção penal, prevalece a sua característica com propósito curativo e terapêutico e, enquanto o sujeito não estiver devidamente curado deve continuar submetido à internação para tratamento.

Porém, Bonfim e Capez tratam de uma outra vertente, também adotada pelo Superior Tribunal de Justiça que diz que quando se tratar de medida de segurança convertida, encerrado o prazo da pena, se ainda houver necessidade de continuidade do tratamento, o sujeito encaminhar-se-á ao juízo cível.

Contudo, há posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a medida de segurança convertida não pode ultrapassar o tempo de duração do restante da pena, de modo que, se, encerrado o prazo da pena, ainda persistir a necessidade de tratamento, deverá o condenado ser encaminhado ao juízo cível nos termos do art. 682, § 2o, do CPP. O entendimento tem-se orientado no sentido de que a medida de segurança imposta em substituição à pena privativa de liberdade não pode ter duração indeterminada, mas no máximo o tempo total imposto na sentença condenatória. Portanto, para o STJ deve ser aplicado, por analogia, o art. 682, § 2o, do CPP, que rege a hipótese prevista no art. 41 do CP (mera transferência do condenado), à hipótese prevista no art. 183 da LEP (conversão em medida de segurança).¹⁰³

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO CRIMINAL. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL.

MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA. DURAÇÃO. CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRECEDENTES DO STJ.

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

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

3. Ordem concedida.

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763647/habeas-corporus-hc-84219-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

¹⁰³ BONFIM, Edilson Mougnot. CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 704.

(HC 31.702/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2004, DJ 05/04/2004, p. 297).¹⁰⁴

Dessa forma, o fato de haver vertentes doutrinárias e jurisprudenciais divergentes no que diz respeito a duração das medidas de segurança, traz uma insegurança jurídica, posto que o agente submetido à tratamento não possui uma certeza da extinção dessa condição, muito menos no que diz respeito ao seu tempo de duração.

A respeito desse assunto trata Tobias Barreto

Se este fôr o resultado da pericia, e os médicos entenderem que o terrível epiléptico deve ir para o hospital, com todo o cuidado e segurança, mas o juiz, em sua alta ignorância, entender o contrario, lá vai a fera entregue à sua família, correndo-se o risco de vê-lo, no dia seguinte, atirar-se sobre a primeira mulher, que lhe passe pela porta.¹⁰⁵

Além disso, o caráter perpétuo existente nas medidas de segurança viola o princípio da humanidade das penas, devido às condições degradantes e desumanas às quais os indivíduos são expostos com fins curativos, tendo em vista que tais instituições ainda se equiparam aos manicômios judiciais existentes no século XX.

Ainda, há quem defenda que o fato de ser aplicada uma sanção penal ao indivíduo inimputável viola o princípio da culpabilidade e, traz o caráter retributivo às medidas de segurança. Como o agente não possui discernimento do fato delituoso, não consegue agir conforme a norma jurídica, sendo praticamente impossível a ressocialização desse. Assim, a privação de sua liberdade para fins curativos, tem um caráter exclusivamente retributivo.

Tal crítica é embasada pela ideia de Karam que sustenta que

São, portanto, frontalmente violadoras do princípio da culpabilidade – e, assim, das normas garantidoras da dignidade do indivíduo, inscritas nas

¹⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 31.702, São Paulo. Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 05 de Abril de 2004. **STJ**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=682%2C+CPP&b=ACOR&p=true&t=JURIDI CO&i=10&i=10>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

¹⁰⁵ BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal**. 2ª Edição. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 63.

declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas, como a Constituição Federal brasileira – leis que, como o Código Penal brasileiro, vigente e/ou proposto, embora reconhecendo a ausência de culpabilidade e, assim, a inexistência de crime nas condutas daqueles que se revelam inimputáveis, paradoxalmente, insistem em alcançá-los, ao impor, como consequência da realização da conduta penalmente ilícita, as chamadas medidas de segurança, sob o pretexto de uma suposta “defesa social” e com base em uma alegada “periculosidade” atribuída a seus inculpáveis autores.¹⁰⁶

E ainda,

A ideia de “periculosidade” não se traduz por qualquer dado objetivo. Ninguém pode concretamente demonstrar que A ou B, psiquicamente capaz ou incapaz, vá ou não realizar uma conduta ilícita no futuro. Já por isso, tal ideia se mostra incompatível com a precisão que o princípio da legalidade exige na elaboração da lei, especialmente em matéria penal (a taxatividade ou mandado de certeza). A suposta “periculosidade” do inimputável não tem qualquer base científica; é uma vazia presunção; não passa de uma ficção fundada no preconceito ou na credence que identifica o “louco” – ou quem quer que apareça como “diferente” – como “perigoso”.

Na realidade, as medidas de segurança para inimputáveis são formas mal disfarçadas de pena. Quando se considera a conduta penalmente ilícita como um diferencial entre portadores de enfermidades mentais, submetendo-se os que são apontados como inimputáveis autores daquela conduta à intervenção do sistema penal, o que se está efetivamente fazendo é passar por cima do princípio da culpabilidade, para, assim, impor-lhes uma indevida punição pela prática daquela conduta.¹⁰⁷

Assim, considera-se que a legislação deixa de fazer distinção entre inimputáveis e imputáveis, aplicando uma sanção penal a ambos e, dessa forma, atribuindo à medida de segurança uma finalidade punitiva que remete ao caráter das teorias absolutas (retribuição).

A respeito do princípio da culpabilidade, da mesma forma critica Zaffaroni

As medidas de segurança para pessoas incapazes de culpabilidade que tenham protagonizado um conflito criminalizado, particularmente quando se trata de uma internação manicomial, implicam uma privação de liberdade por tempo indeterminado que só difere de uma pena em sua carência de limite máximo e, por conseguinte, na total desproporção com a magnitude da lesão jurídica causada. Assim o entenderam os códigos liberais do século XIX que

¹⁰⁶ KARAM, Maria Lucia. A Reforma das Medidas de Segurança. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, out-dez. 2012, p. 111.

¹⁰⁷ KARAM, 2012, p. 112.

não as estabeleciam ou, quando o faziam, era apenas para suprir o que hoje, em qualquer caso de enfermidade mental grave, deve corresponder ao juiz civil em função de disposições do *direito psiquiátrico*. Havendo, como há hoje em dia, disposições legais do direito psiquiátrico, não é racional sustentar que uma pessoa, devido ao acaso de ter posto em funcionamento as agências do sistema pena, seja submetida a essa potestade com a possibilidade de sofrer uma pena indeterminada que, inclusive, pode ser perpétua.¹⁰⁸

Ademais, existem autores que consideram que o fato de as medidas de segurança possuírem previsto na legislação um prazo mínimo para que haja o primeiro exame de cessação de periculosidade, também atribui a elas um caráter retributivo, conforme enuncia Busato

A indefinição do limite máximo da medida de segurança – situação que legitima, na realidade do sistema manicomial brasileiro, a possibilidade de perpetuidade da sanção – não inibe, porém, a determinação de um prazo mínimo. A previsão legal deste limite para a execução da medida de segurança demonstra, em realidade, a inserção (subliminar) de uma tarifa retributiva de sanção aos inimputáveis pelo cometimento do ilícito, visto que mesmo ocorrendo a cessação de periculosidade antes deste prazo, fato que tornaria sem sentido a manutenção da medida em sua finalidade terapêutica, o paciente deve necessariamente permanecer submetido ao controle penal.¹⁰⁹

E Carvalho,

Conforme antecipado, o prazo mínimo parece indicar a marca retributiva que acompanha as medidas de segurança. Marca retributiva que se instaura nas intermitências da legitimação do discurso do tratamento da doença mental. em realidade, esta tarifa retributiva parece confirmar a tese proposta por Mariana Weigert no sentido de que a prática do delito apaga (ou, no mínimo, embaça) a compreensão da extensão do sofrimento psíquico e das formas de cuidado com os seus portadores. Apesar da absolvição (imprópria) e do reconhecimento da incapacidade do sujeito, é o cometimento do crime que permanece como um dado congelado em sua biografia. em consequência, algo de retributivo, mesmo que mínimo, deve ser imposto.

Ademais, pode-se atribuir às medidas de segurança um caráter preventivo. Conforme já abordado anteriormente, a teoria da prevenção especial visa a

¹⁰⁸ ZAFFARONI, et. al., 2003, p. 139.

¹⁰⁹ BUSATO, 2017, p. 828.

ressocialização e prevenção da reincidência de um sujeito considerado perigoso, através da sua reabilitação.

As medidas de segurança são uma forma de tratamento a um portador de uma doença mental, dessa forma remetendo-se ao conceito trazido pela teoria da prevenção especial.

Conforme expõe Carvalho

As medidas de segurança, concebidas como instrumento de proteção social e de terapia individual – ou como medidas de natureza preventiva e assistencial, segundo a interpretação paralela do Legislador –, são fundadas na periculosidade de autores inimputáveis de fatos definidos como crimes, com o objetivo de prevenir a prática de fatos puníveis futuros.¹¹⁰

Da mesma forma sustenta Busato ao dizer que “rege-se realmente por uma ideia de prevenção especial, no sentido de tratar do problema mental que acomete o sujeito e que, de algum modo, contribuiu para que ele realizasse conduta ilícita”¹¹¹.

Tendo em vista que para que o sujeito seja submetido à tratamento é necessário a expedição de um laudo que constate a periculosidade do indivíduo, pode-se considerar que o mesmo deve passar por um processo de ressocialização e tratamento, principal objetivo das medidas de segurança.

Assim, conclui-se que as medidas de segurança possuem um caráter tanto retributivo quanto preventivo, o que não pode ser considerado satisfativo, pois da forma existente atualmente, pode-se concluir que há violação a cláusulas constitucionais. Ainda, a finalidade das medidas de segurança que devia ser exclusivamente o tratamento do indivíduo para ressocialização, surge como uma forma de pena pelo delito cometido, trazendo uma insegurança jurídica.

¹¹⁰ CARVALHO, 2015, p. 501.

¹¹¹ BUSATO, 2017, p. 825.

6 CONCLUSÃO

Essa monografia procurou realizar um comparativo entre a aplicação das medidas de segurança e as teorias da pena (absolutas e relativas).

Primeiramente, é plausível alegar que, principalmente no âmbito nacional, as medidas de segurança levaram um bom tempo para serem consideradas da forma que as compreendemos atualmente. No ano de 1984 houve uma reforma na Parte Geral do Código Penal que substituiu o sistema binário pelo vicariante, ou seja, passou-se a se aplicar ou uma pena ou uma medida de segurança e não ambas. Além disso, vale ressaltar que com a Lei da Reforma Psiquiátrica houve uma ampliação no que diz respeito à proteção dos direitos dos doentes mentais.

Com a análise do trabalho, pôde-se concluir que as medidas de segurança são consideradas uma espécie de sanção penal, pois possuem um caráter preventivo e curativo, mas ocasionam a privação da liberdade do indivíduo, o que dá a elas um caráter de punição. Estas, são aplicadas aos indivíduos inimputáveis e semi-imputáveis com base na sua periculosidade, avaliada no exame de sanidade mental elaborado por médico psiquiatra.

Ocorre que, quanto ao prazo de duração dessas medidas, o Código Penal apenas delimita um tempo mínimo de tratamento, mas não um prazo máximo. A fim

de estabelecer uma segurança jurídica, essa legislação estipula que a medida imposta ao indivíduo será extinta quando cessar a sua periculosidade.

Este fato, porém, traz às medidas de segurança uma inconstitucionalidade, visto que elas acabam tendo um caráter perpétuo, havendo uma afronta à cláusula pétreia da Constituição Federal, dando-lhes um caráter retributivo.

Com o intuito de haver uma regulamentação quanto ao prazo máximo de duração, existem as vertentes adotadas pelo STJ e pelo STF. O primeiro considera que a medida de segurança perdurará pelo tempo da pena cominada em abstrato e o segundo aduz que ela não pode ultrapassar o prazo máximo previsto na lei, ou seja, o de 30 anos.

Além disso, o fato de a lei fixar um prazo mínimo de um ano para extinção das medidas de segurança traz a elas um caráter retributivo, pois o agente poderia ver cessada a sua periculosidade e, por consequência, a medida de tratamento antes desse prazo.

Ademais, pelo fato de a fundamentação das medidas de segurança basear-se na ressocialização e tratamento do indivíduo considerado potencialmente perigoso, pode-se atribuir a elas um caráter preventivo.

Dessa forma, concluiu-se que as medidas de segurança possuem caráter retributivo, devido ao seu tempo de duração principalmente e, da mesma forma, detêm de um caráter preventivo ao basear-se na recuperação do sujeito que cometeu um delito sob influência de doença mental.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo. **Loucos pela vida**: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2010.

ANDROVANDI, Cláudia et. al. Imputabilidade penal, capacidade cognitiva e instrumentos de medida psicológica. **Revista Psicologia em Foco**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan. 2007. Disponível em <<http://revistas.fw.uri.br/index.php/psicologiaemfoco/article/view/1127>>.

ASSUNÇÃO, Celio Teodoro. A pena e a medida de segurança. **Revista da Faculdade de Direito**, Minas Gerais, v.9, out.1957. Disponível em <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/608/575>>.

BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal**. 2ª Edição. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BERLINCK, Manoel Tosta; MAGTAZ, Ana Cecília; TEIXEIRA, Mônica. A Reforma Psiquiátrica Brasileira: perspectivas e problemas. **Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental**. São Paulo, v. 11, n. 1, mar. 2008. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rlpf/v11n1/a03v11n1>>.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONFIM, Edilson Mougnot. CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 31.702, São Paulo. Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 05 de Abril de 2004. **STJ**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=682%2C+CPP&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>>.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 442.666, Minas Gerais. Sexta Turma. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 02 de Junho de 2016. **STJ**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=medida+seguranca&b=ACOR&p=true&l=10&i=20>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.219, São Paulo. Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 16 de Agosto de 2005. **Jusbrasil**. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763647/habeas-corpus-hc-84219-sp?ref=juris-tabs>>.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Criminal. Apelação nº 841054-0 – PR. Apelante: Elson Schirmann. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Desembargador Campos Marques. Curitiba, 08 de Março de 2012. **Jusbrasil**. Disponível em <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21451684/8410540-pr-841054-0-acordao-tjpr>>

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral, v. 1. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120), v. 1. 21ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

CESARE, Beccaria. **Dos delitos e das penas**. 2ª Edição. São Paulo: Edipro, 2015.

DIAS, Jorge de figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 38ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2010.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Duração das Medidas de Segurança. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, vol. 663, jan. 1991. Disponível em <<http://www.rtonline.com.br>>.

HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, v. 3. 5ª Edição. Forense: Rio de Janeiro, 1975.

KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Primera edición. Puerto Rico: Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, 2007.

KARAM, Maria Lucia. A Reforma das Medidas de Segurança. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, out-dez. 2012.

LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999.

MARCÃO, Renato. **Execução Penal**. Coleção Saberes do Direito 9. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, vol. 0, jun. 2004. Disponível em <<http://www.rtonline.com.br>>.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 26ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, 2016, apud VICTÓRIO, Bruno Cunha. Inimputabilidade Penal e Medidas de Segurança. **Jusbrasil**, out. 2016. Disponível em <<https://brunocvictorio.jusbrasil.com.br/artigos/397547369/inimputabilidade-penal-e-medidas-de-seguranca>>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES, Adeildo. **Comentários à lei de execução penal**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 233.

PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 14ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. **Direito Penal: parte geral II**. Coleção Saberes do Direito 5. São Paulo: Saraiva, 2012.

VON LISZT, 1927, apud SANT'ANNA, Rubens. A Noção Jurídica do Delito. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, ano II, n.1, 1950. Disponível em <<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/65434/37646>>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.