

**Pró-Reitoria de Graduação
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso**

**MEDIDA DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE
RESSOCIALIZAÇÃO**

**Autor: Luciano Souza Galeno Filho
Orientadora Prof. MSc: Jane de Oliveira Rabelo**

**Brasília - DF
2014**

LUCIANO SOUZA GALENO FILHO

MEDIDA DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito da Universidade Católica de Brasília,
como requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Jane de Oliveira Rabelo

**Brasília - DF
2014**

FICHA CATALOGRÁFICA

GALENO FILHO, Luciano Souza

**MEDIDA DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE
RESSOCIALIZAÇÃO**

Brasília- DF. Páginas:__. Orientação: Jane de Oliveira Rabelo, 2014.

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA - UCB

Monografia apresentada como exigência para obtenção do título de Bacharel em Direito.



Monografia de autoria de Luciano Souza Galeno Filho, intitulada MEDIDA DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO. Apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília, em __/__/__, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada:

Prof. MSc. Orientadora Jane de Oliveira Rabelo
Curso de Direito – UCB

Prof. Esp
Curso de Direito – UCB

Prof. MSc.
Curso de Direito – UCB

DEDICATÓRIA

Ao meu Deus, razão de tudo o que somos e fazemos, aos meus familiares que através da compreensão e amor, me ajudaram a concluir mais esta etapa; e a todos àqueles que acreditam que a ousadia e o erro são caminhos para as grandes realizações.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus por me dar força, paciência e coragem para encarar os obstáculos e os desafios e porque “o homem não pode receber coisa alguma se do céu não lhe for dada” (João: 3- 27).

Aos meus pais pelos ensinamentos de vida e amor que moldaram a pessoa que hoje sou e por todos os sacrifícios que fizeram para criar-me.

À minha noiva Layane, por me incentivar nos momentos mais difíceis e acrescentar razão e beleza aos meus dias.

Aos mestres por despertarem em mim minhas próprias expectativas.

Aos amigos pela contribuição direta ou indireta na elaboração deste trabalho e pela amizade dedicada.

RESUMO

GALENO FILHO, Luciano Souza. **MEDIDA DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO**. 2014, 38 pp. Monografia (Direito) – Universidade Católica de Brasília – UCB, Brasília, 2014.

A medida de segurança, implementada através da reforma da Lei de Execuções Penais sob o nº 7.209/84, que toma por base a periculosidade; cuja aplicação se dá em presença de ato ilícito cometido por agente incapaz de responder pelos seus atos em virtude de doença mental, ou seja, a lei considera esse indivíduo desprovido de culpabilidade. No ordenamento brasileiro tal medida é aplicada aos inimputáveis e aos semi-imputáveis. Dentro desse contexto, o presente trabalho de pesquisa tem por escopo uma análise do instituto das Medidas de segurança, dando enfoque à sua evolução histórica, buscando mostrar tal evolução até o estágio atual, abordando a contextualização cronológica, demonstrando que as mudanças não aconteceram da mesma forma e nem nos mesmos lugares, também são abordados aspectos dessa evolução no direito comparado, por meio de comparação ordenamentos análogos ao do Brasil. E finalmente a pesquisa apresenta uma descrição detalhada do instituto tal como vigora atualmente. Do ponto de vista dos procedimentos técnicos, essa é uma pesquisa qualitativa de caráter exploratório. De acordo com Goncalves, o caráter exploratório da pesquisa, caracteriza-se pelo desenvolvimento e esclarecimento de ideias, visando oferecer uma visão panorâmica de um determinado fenômeno pouco explorado. O estudo se utilizou de materiais já publicados de acesso ao público em geral, tais como livros, artigos e redes eletrônicas.

Palavras-Chave: Medidas de Segurança, Evolução Cronológica e Comparativa

ABSTRACT

he security measures implemented through the reform of the Law of Criminal Enforcement under No. 7.209 / 84, which is based on the dangerousness; whose application is given in the presence of tort committed by an agent unable to answer for their actions because of mental illness, ie, the law considers that individual devoid of guilt. In the Brazilian legal system such as applied to incompetent and semi-attributable. Within this context, the present research is an analysis of the scope of the institute safety measures, focusing on its historical evolution, seeking to show this evolution to the present stage, addressing the chronological context, demonstrating that the changes did not occur in the same form and not in the same places, are also addressed aspects of this evolution in comparative law, by comparison to similar systems in Brazil. And finally, the research presents a detailed description of the institute as it stands currently. From the point of view of technical procedures, this is a qualitative exploratory research. . According to Gonsalves (2003), the exploratory nature of the research, is characterized by the development and clarification of ideas in order to offer an overview of a particular unexplored phenomenon. The study was used to access material already published to the general public, such as books, articles and electronic networks.

Keywords: Security, Chronological Evolution and Comparative Measures

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - A MEDIDA DE SEGURANÇA NA HISTÓRIA DO DIREITO	
1.1 Contextualização Histórico/Cronológica	10
1.2 Princípio da Legalidade	14
1.3 Culpabilidade	15
1.3.1 Teorias da Culpabilidade	16
1.4 Critérios para Aferir Inimputabilidade	20
1.5 Execução das Medidas de Segurança.....	22
CAPÍTULO II – A MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO COMPARADO	
2.1 Surgimento das Medidas de Segurança em Outros Ordenamentos.....	26
2.2 Medidas de Segurança no Direito Comparado	27
CAPÍTULO III – O INSTITUTO HOJE	
3.1 Medida de Segurança no Direito Penal Atual	29
3.2 Medidas de Segurança como Fator de Ressocialização	31
CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

O surgimento da medida de segurança é muito remoto, não se sabendo ao certo sua origem, mas é sabido que o Direito Romano foi responsável por adotar essa medida tendo como público específico os menores e os doentes mentais.

No ordenamento brasileiro, as Medidas de Segurança são reconhecidas hoje no ordenamento, cuja aplicação ocorre quando um agente incapaz de responder por seus atos comete um ilícito, em virtude de doença mental. Desse modo, a lei aplica tais medidas somente quando o indivíduo que comete o ilícito é desprovido de culpabilidade, ou seja, se destina apenas aos inimputáveis e semi-imputáveis.

Essa forma de aplicação da medida foi regulamentada através da reforma da Lei de Execuções Penais no ano de 1984 (lei nº 7.209/84), onde ficou estabelecida a proibição da dupla sanção do indivíduo por um mesmo crime, isto é, o Brasil passou do sistema de duplo binário, onde se aplicava pena e medida de segurança para o agente do ilícito considerado incapaz de responder por seus atos, para uma nova postura, hoje se aplica apenas uma das espécies de sanção ao delito cometido.

As penas têm como propósito uma reparação do mal praticado, enquanto a medida de segurança tem objetivo e ação preventiva, com base na periculosidade, seu objetivo maior configura-se por uma precaução de possível repetição do ato ilícito pelo agente. A sanção da medida de segurança considera não apenas o bem-estar da sociedade, mas também leva em conta o indivíduo, uma vez que privilegia um tratamento e não apenas sua reclusão.

Nesse sentido, percebe-se o quão importante é o registro da evolução histórica, bem como o desenvolvimento da medida de segurança, a qual, com o decorrer do tempo, passou a ter um caráter preventivo, pois ao impor ao autor do delito um tratamento com base na internação, resguarda a sociedade do estado de periculosidade e conseqüentemente promove a garantia da paz social.

Um ponto relevante em relação à medida de segurança; diz respeito à definição de um tempo máximo para o seu cumprimento, isto é, findo o prazo estipulado para internação e tratamento, independente de o estado de periculosidade do agente haver cessado ou não, deve o sujeito ser posto em liberdade, para voltar a viver como um cidadão comum, não tendo mais o Estado poder de intervenção sobre a vida particular do indivíduo.

A aplicação dessa modalidade de sanção se dá sob dois aspectos, o primeiro diz respeito à forma restritiva, cuja de execução é adotada apenas quando

indispensável em virtude do caráter do agente, uma vez que culmina em restrição de liberdade, a qual é realizada em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico. O segundo aspecto é realizado na forma terapêutica, seu cumprimento é realizado em liberdade, de modo geral, sua aplicação fica a cargo do juiz, que decide do modo mais adequado em cada caso.

Dentro desse contexto, o presente trabalho de pesquisa busca responder ao seguinte questionamento: A aplicação da medida de segurança pune o agente do ato ilícito ou o ressocializa pela cura? O trabalho tem como objetivo geral analisar a forma pela qual a medida de segurança vem sendo aplicada no sistema brasileiro. Como objetivos específicos a pesquisa procura contextualizar historicamente a medida de segurança, abordar o instituto no direito comparado e refletir sobre o instituto nos dias atuais no direito penal brasileiro.

Para tanto o estudo se divide em três capítulos. O primeiro capítulo traz como enfoque a evolução histórica e contextualização cronológica do instituto; busca demonstrar que as mudanças não aconteceram da mesma forma e nem nos mesmos lugares.

O segundo capítulo aborda aspectos evolutivos desse instituto, no direito comparado, através de análise comparativa entre ordenamentos análogos ao do Brasil e o terceiro capítulo, além da abordagem da questão problema dessa pesquisa, ou seja, a ressocialização do agente; apresenta também uma descrição do instituto tal como vigora atualmente.

Essa é uma pesquisa bibliográfica e exploratória, que segundo Gonçalves, caracteriza-se pelo desenvolvimento e esclarecimento de ideias, visando oferecer uma visão panorâmica de um determinado fenômeno pouco explorado. O estudo se utilizou de materiais já publicados de acesso ao público em geral, tais como livros, artigos e redes eletrônicas.

CAPÍTULO I - A MEDIDA DE SEGURANÇA NA HISTÓRIA DO DIREITO

Esse capítulo privilegia os momentos de evolução do instituto, ou seja, o momento em que mudou de natureza, isto é, busca identificar a mudança da simples clausura, sem qualquer preocupação com o tratamento, para uma fase posterior, que passou a enfatizar a cura. O critério desse capítulo é cronológico e procura demonstrar como o instituto foi evoluindo.

1.1 Contextualização Histórico/Cronológica

A medida de Segurança em tempos mais antigos, de acordo com Prado¹ foi imposta como forma preventiva contra possíveis atos ilícitos e delituosos, que eram causados por vagabundos, menores infratores e bêbados habituais, constituindo-se em um meio de defesa social, com o intuito de proteger e resguardar a sociedade do perigo das ações praticadas por esses agentes. O autor revela que a internação ocorria independente da prática de um fato antijurídico, bastava que fosse comprovada a periculosidade do cidadão perante a sociedade.

Embora o instituto das medidas de segurança somente tenha adquirido maior visibilidade com o positivismo, de acordo com Medeiros², sua origem remonta à aplicação, pelos romanos, sendo utilizada para segregar os doentes mentais, que eram excluídos do Direito Penal, relegando-os de forma impositiva em casas de custódia, afastando tais sujeitos da sociedade.

Nesse sentido, o autor relata que até meados do século XIX, eram praticadas medidas de defesa social contra atos anti-sociais, para tanto, não se exigia que houvesse a prática de nenhum fato delituoso, apenas eram segregados quaisquer sujeitos que representassem perigo para a sociedade ou pelo mau exemplo comportamental.

Aníbal Bruno³ argumenta que após esse período, o Direito Penal da escola clássica, no tocante às medidas de segurança se restringia ao uso de fórmulas abstratas, as quais em sua maioria, advinha dos romanos, tendo como suporte ou fundamentos o crime e a pena. Na concepção do autor, o delito atrai sobre o agente

¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V. 1: parte geral: arts. 1º. a 120. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

² MEDEIROS, Roque de Brito Alves. **Inimputabilidade Penal Por Anormalidade Mental**. In: Cristiano Carrilho (Org.). **Saúde Mental e o Direito**: ensaios em homenagem ao professor Heitor Carrilho. São Paulo: Editora Método, 2004.

³ BRUNO, Aníbal. **Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança**, 1977, p. 120.

a pena, como castigo, implicando assim, no caráter retributivo e aflitivo da medida penal. Nesse contexto, segundo o entendimento do autor ocorria uma violação dos direitos do delinquente, visto que os juristas clássicos ignoravam a realidade humana, pois avaliavam o ato delituoso como simples infração de uma norma jurídica.

Não sendo sanções penais, as medidas de segurança diferem das penas em razão da natureza jurídica e o fundamento de cada uma, ao longo da história, de acordo com Eduardo Ferrari⁴ observa-se a ausência de políticas públicas e legislação específica referente a um tratamento humanizado e adequado para atendimento dos doentes mentais, notadamente nos casos em que o doente mental está em conflito com a lei.

Nessa perspectiva, o autor revela que a modificação da natureza da medida de segurança ocorreu em virtude de duras críticas acerca da eficácia da sanção-pena, fato que gerou questionamentos sobre o sistema tradicional da reprimenda penal, ocasionando a adesão a posturas centradas na prevenção, substituindo as ideias de retribuição pelo tratamento dos doentes. Após tal averiguação ocorreu simultaneamente ascendência da Escola Cientificista e da criminologia, fazendo com que se dessem ênfase significativa ao estudo das anomalias, assim como ao perigo social que ameaçasse os cidadãos.

Nessa trajetória, de acordo com Mirabete⁵ surgem duas correntes acerca da sanção criminal, de um lado havia a corrente que defendia a pena como única modalidade de reprimenda penal, estabelecendo-se apenas a conversão de sua finalidade retributiva para preventiva, cuidando para que penas acessórias fossem criadas aqueles que reincidissem, assim como estabelecer um aumento nas penas dos delinquentes habituais.

Em contrapartida, de outro lado, a segunda vertente, defendia a criação de uma nova sanção ao lado da pena, uma espécie de sanção penal que visasse a finalidade preventiva. O paralelo que pode ser traçado entre ambas, segundo Mirabete diz respeito ao posicionamento quanto à insuficiência da pena com o fim meramente retributivo, considerando-se para tanto uma atenção específica ao tipo de criminoso e não somente ao crime. A partir dessas correntes, a finalidade preventiva conquistou espaço e força de aplicação, tendo o tratamento e a

⁴ BRUNO, Aníbal. **Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança**, 1977, p. 120.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-84. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

neutralização adquirido contornos mais eficazes de proteção social, com ênfase no fim utilitário da pena, sendo este priorizado como instrumento de defesa social, isto é, prevenir o delito tornou-se mais eficaz que a punição do delinquente.

Ainda de acordo com Mirabete, sob relevante influência da Escola Positivista Italiana, a crise da pena e o movimento de defesa social deram origem a uma nova modalidade de sanção, a qual tinha o crime como uma doença social, e que sua cura se daria através da aplicação forçada de tratamento, cuja ideologia estava fundada na defesa social, no determinismo, na perigosidade e no utilitarismo.

Um dos principais pontos do positivismo italiano, segundo Eduardo Ferrari⁶ consiste na defesa social, a qual oscilava entre a proteção e a justiça social. Essa concepção comparava a sociedade a um organismo humano, com direito à própria conservação, e, nesse sentido havia a permissão de formas de controle social tais como a segregação dos inadaptáveis, para que fosse estabelecida a harmonia da convivência social.

Já para o determinismo, a apreciação do delinquente sob a influência da sociedade revelava, de acordo com Ferrari, uma antipatia com a finalidade retributiva da pena, uma vez que considerava suficiente a justificativa da punição por responsabilidade social, em virtude da ausência de livre arbítrio do indivíduo.

O determinismo, também vinculava a perigosidade do agente à perversidade do delinquente, bem como à quantidade de mal que se poderia antever pelo histórico do delinquente, tendo na medida de segurança um instrumento de contenção. Tal fundamento originou a relação entre medida de segurança e temibilidade, justificando-se a imposição de tratamento.

No século XX, o movimento da Defesa Social, advindo do positivismo estimulou e proporcionou o avanço da medida de segurança, cuja noção principal consistia em harmonizar o máximo de seguridade social com o mínimo de sofrimento do indivíduo para combater o delito.

Ferrari argumenta que ainda que, as fontes da defesa social sejam mais antigas, a exemplo da expulsão de pessoas consideradas perniciosas à sociedade e as medidas no Direito Romano, direcionadas aos “furiosis”, ela ganhou visibilidade por meio das reflexões sobre a ausência de eficácia da pena.

⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Em meio a esses movimentos, segundo Heitor Piedade Júnior⁷, não era possível retirar o caráter retributivo proporcional ao ato delitivo, assim, como alternativa foi criada por Von Liszt outra espécie de providência, denominada medida de segurança, com o atributo de segregação e de emenda, permanecendo o caráter intimidador da pena.

Ainda que de forma assistemática, de acordo com Ferrari⁸, a medida de segurança teve sua primeira aparição no direito positivo, através do Código Italiano de 1889, que previa no seu artigo 46 que, em caso de absolvição, em virtude de insanidade mental, o juiz poderia ordenar a custódia do absolvido, caso considerasse perigosa a sua liberdade.

A apresentação de forma sistemática das medidas de segurança, de acordo com Ferrari foi realizada por Carl Stooss, através do Anteprojeto para o Código Federal Suíço, publicado integralmente em 1894, o qual foi um marco na trajetória evolutiva das sanções penais, haja vista a positivação da complementação sancionatória para os delinquentes não recuperados, cuja efetivação se deu por meio das ideias de Von Listz.

O autor ressalta que a medida de segurança, paralela à pena, surgiu com uma configuração de sanção complementar, e que poderia substituir a pena, baseada na perigosidade do delinquente, com duração condicionada à cessação da perigosidade, sendo executada em estabelecimentos especializados e adequados ao tratamento. A aplicação das medidas de segurança destinava-se aos reincidentes, aos alcoólatras habituais, aos corrompidos perigosos e aos delinquentes juvenis.

Ferrari chama a atenção para o fato de que a medida de segurança de acordo com o art. 40 do Anteprojeto seria imposta nos casos em que a pena não se mostrasse eficaz, sendo uma sanção substituída pela outra. Em outras palavras, o tratamento não se resumia a uma simples complementação da pena, uma vez que tendo substituída a pena quando esta não fosse eficaz, no sentido de proteger a sociedade e, ao mesmo tempo promover a recuperação do delinquente perigoso, dando surgimento ao sistema de dupla sanção.

⁷ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. **Personalidade Psicopática, Semi-Imputabilidade e Medida de Segurança**, 1982, p. 79.

⁸ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

1.2 O Princípio da legalidade

Segundo Bitencourt⁹, um dos principais princípios do Direito Penal moderno consiste no princípio da legalidade, cujo âmbito de aplicação inicialmente se limitava aos delitos e às penas, entretanto, o autor ressalta que as modernas legislações têm expandido a incidência de tal princípio às medidas de segurança e às categorias do estado perigoso. Enquanto princípio constitucional explícito na legislação, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que dispõe sobre a inexistência de crime sem lei anterior que o defina e no artigo 1º do Código Penal, portanto, a legalidade, também deve ser observada na aplicação das medidas de segurança.

De acordo com Bitencourt, esse princípio é um imperativo que não aceita desvios nem exceções, pois representa uma conquista da ciência jurídica que obedece às exigências da justiça, somente sendo negado em regimes totalitários.

O autor ressalta que a substancialidade do referido princípio exige como requisito de aplicação das medidas de segurança, a existência de uma prévia infração penal, na qual esteja contida a descrição da conduta, bem como de sua consequência jurídica.

Este princípio também reflete a impossibilidade de se invocar o direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena, restando ao direito costumeiro apenas elucidar o conteúdo dos tipos ou buscar melhorar a situação do autor do delito para atenuar a pena ou a culpa.

Para Cernichiaro¹⁰, o princípio da legalidade, no Brasil, não alcança as medidas de segurança. Em contrapartida, Luiz Regis Prado¹¹ argumenta ser inegável, que a exemplo das penas; as medidas de segurança também se encontram submetidas ao princípio da legalidade, embora o autor alegue que um dos princípios decorrentes da legalidade penal, o princípio da retroatividade, nem sempre foi considerado válido para as medidas de segurança.

Nesse contexto, Alberto Silva Franco¹² relata que execução penal sendo realizada à margem do princípio da legalidade constitui-se em verdadeiro contra-senso, uma vez que o quadro de tutela à liberdade pessoal do cidadão é

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1**. 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁰ CERNICHARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José. **Direito Penal na Constituição**, 4ª. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. V. I Parte Geral**, 4º ed. São Paulo, RT 2004.

¹² FRANCO, Alberto Silva. **A jurisdicionalização da execução penal – breves anotações sobre a Lei 7.210/84**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 101.

interrompido de forma abrupta, pois ao preso, além da ausência de proteção, é entregue ao arbítrio da administração penitenciária.

Com base nesse princípio, pode-se afirmar que não há que considerar crime, um ato que não tiver sua previsão legal nem tenha determinação taxativa de crime. Em outras palavras, a lei somente poderá determinar que tal ato seja ilícito, bem como determinados institutos somente poderão ser criados com legislação específica. Pode-se concluir que com esse princípio constitucional que somente a lei poderá criar a medida de segurança.

1.3 Culpabilidade

Segundo Jesus¹³ é bastante polêmica a inclusão da culpabilidade no conceito de crime, tanto no Brasil como no resto do mundo. O autor relata que alguns penalistas postulam o crime como uma ação típica, ilícita e culpável enquanto outros o entendem como ação típica e ilícita, considerando a culpabilidade um pressuposto de crime. O mesmo autor afirma de forma categórica que a culpabilidade não integra o conceito de crime, e não passa de mero pressuposto da pena.

Bitencourt diz que "Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados". O autor ressalta que em decorrência desta inter-relação, a evolução da forma de um determinado Estado, ocasiona mudanças também no Direito Penal, não só em seu plano geral, mas em cada um de seus conceitos fundamentais.

De acordo com Greco¹⁴ a culpabilidade é compreendida como um juízo de reprovabilidade social da conduta típica e ilícita do agente. Segundo o autor a culpabilidade revela-se como um juízo de valor, ou seja, um juízo de censura à conduta do agente. Sendo certo que a culpabilidade também pode ser considerada como elemento de determinação ou medição da pena. Portanto, para que se reconheça uma conduta como reprovável, é preciso antes de tudo, ter conhecimento de que o agente seria capaz de agir de acordo com a norma, ou seja, se existe culpabilidade em sua conduta.

¹³ JESUS, D. **Direito Penal** – Parte Geral, vol. 1, 31.ª ed., Saraiva, 2010.

¹⁴ GRECO R. **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2009. p. 40-41.

1.3.1 Teorias da culpabilidade

De acordo com a linha de pensamento de Jesus¹⁵, o Código Penal brasileiro adota a teoria finalista da ação, a qual corresponde à teoria normativa pura da culpabilidade.

O postulado dessa adoção é acompanhado por Mirabete¹⁶ os autores justificam essa posição com a alegação de que o Código Penal brasileiro ao disciplinar as causas de exclusão da ilicitude, em seu artigo 23, determina que “não há crime”, e que ao tratar as causas da exclusão da culpabilidade em seu artigo 26 e 28 § 1º, considera que o agente é “isento de pena”.

Noronha¹⁷ discorda dessa tese, para este autor a culpabilidade é psicológico – normativa, ou seja, é integrada não somente pelos elementos ditos normativos como reza a teoria normativa, como também a integra os elementos psicológicos: dolo e culpa. O referido autor diz que os defensores da teoria normativa pura da culpabilidade não se utilizam do senso crítico, pois esquecem que os próprios penalistas alemães, da origem do finalismo, preferem adotar a teoria limitada da culpa, teoria essa que na opinião do autor é a que o Código Penal brasileiro adota.

Para Noronha, o conceito de culpabilidade apresenta diversas teorias as quais foram construídas na tentativa de melhor explicar esse tema tão controverso:

Teoria psicológica da culpabilidade: concebida como um vínculo de natureza psicológica. Dolo e culpa são espécies de culpabilidade. Essa corrente doutrinária postula que o juízo de reprovação está na relação psíquica do agente com o fato; ou seja, a culpa é o sentido psicológico que liga o autor ao ato. Seu fundamento é a teoria causal ou naturalística da ação.

Pelo fato dessa teoria reunir dolo e culpa como forma de culpabilidade, é grandemente criticada pelos penalistas, que consideram equivocada essa postura. Jesus alerta que sendo o dolo caracterizado pelo querer e a culpa pelo não querer, configuram-se, portanto como conceitos contraditórios, conseqüentemente não podem ser espécies de um mesmo denominador comum.

Teoria psicológico-normativa da culpabilidade: corrente doutrinária que teve início a partir de estudos realizados em 1907, com o propósito de investigar um

¹⁵ JESUS, D. **Direito Penal** – Parte Geral, vol. 1, 31.ª ed., Saraiva, 2010.

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal** - Vol. I - 30ª Ed. 2014, Manual de Direito Penal - Vol. II - 31ª Ed. 2014.

¹⁷ NORONHA, M. de. **Direito Penal**: vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Saraiva: 1991. (p.100).

liame normativo entre dolo e culpa, ante a impossibilidade de serem espécies de culpabilidade. Esses estudos analisaram o Código Penal alemão o qual em seu artigo 54, tratava do estado inculpável, percebendo a existência de condutas dolosas não culpáveis. Ou seja, o agente que comete homicídio em estado necessário age dolosamente, porém se não há exigibilidade de outra conduta, sua ação não pode ser reprovável. Diante desse fato surge outro elemento caracterizador da culpabilidade, tanto para os casos dolosos como para as situações em que o sujeito age com culpa: a reprovabilidade. Para os penalistas, a crítica a essa corrente doutrinária reside no fato de o dolo ainda ser considerado elemento da culpabilidade, uma vez que este é elemento psicológico, devendo sofrer juízo de valoração; não sendo coerente sua presença como elemento da culpabilidade, que é um fato normativo.

Teoria normativa pura da culpabilidade: corrente doutrinária que parte do pressuposto de que o fim da conduta, elemento intencional da ação, é inseparável da própria ação. O dolo é a consciência do que se quer, sem esse elemento não se configura fato típico doloso, o que por sua vez afasta a questão da culpabilidade a qual não se reveste de característica psicológica, mas normativa e, portanto, inadmissível se torna ter o dolo como um dos seus elementos. Assim, excluíram-se dolo e culpa como elementos da culpabilidade.

Teoria da conduta naturalista ou causal: corrente doutrinária postulante de que pratica fato típico o agente que pura e simplesmente der causa ao resultado, independente de dolo ou culpa em sua conduta. Para essa corrente, tais fatos somente serão passíveis de análise quando da averiguação da culpabilidade, isto é, esses elementos não pertencem à conduta. O crime, para essa teoria, é fato típico, antijurídico e culpável, pois o dolo e a culpa, que são imprescindíveis para a existência do crime, pertencem à culpabilidade, logo esta faz parte do conceito de crime para os seguidores dessa teoria. A crítica a essa teoria reside no fato de se avaliar o dolo e a culpa apenas na fase de constatação da culpabilidade, o que segundo os penalistas, tem repercussão negativa no campo processual.

Teoria finalista da ação: corrente doutrinária onde será considerado fato típico, aquele praticado pelo com dolo ou culpa em na conduta do agente. A ausência de tais elementos desconsidera a tipificação, tornando atípica sua conduta, sendo imprescindível a análise imediata da condição psíquica do agente. Essa teoria leva em conta o valor da ação, isto é, o motivo pelo qual alguém foi levado a praticar

o delito. Contrariando a teoria causal que se contenta em apenas ver a relação de causa e efeito da conduta. A teoria finalista se atenta para com o conteúdo da conduta e da norma, uma vez que muitos tipos penais no seu próprio corpo descrevem elementos que exigem uma finalidade específica, portanto, não se pode ignorar esse aspecto da lei.

Com a Reforma Penal de 1984, adotou-se na legislação brasileira a teoria limitada da culpabilidade. Encontra-se no Código Penal em seu item 19, como exposição de Motivos o seguinte texto: "Repete o projeto as normas do Código de 1940, pertinentes as denominadas discriminantes putativas. Ajusta-se, assim, o projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite nesta área a figura culposa (art. 17, § 1º).

No caput do art. 59, do Código Penal encontram-se elencados três elementos fundamentais como critérios de valoração da culpabilidade: Imputabilidade; Dolo ou culpa; Exigibilidade de comportamento diverso.

Imputabilidade: Entendida como a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, segundo Capez¹⁸ O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Além dessa capacidade, deve o agente ter condições de controle sobre sua vontade. De modo geral, todo agente é imputável, a menos que esteja presente uma das causas excludentes (causas dirimentes) da culpabilidade previstas nos artigos. 26 e 28, § 1º, do CP: doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

Dolo ou culpa: Para que se determine este elemento da culpabilidade, importa investigar se ao praticar o crime, de acordo com Capez, o sujeito tinha como saber que estava praticando algo errado ou injusto, de acordo com o meio social em que está inserido que, tais como: tradições e costumes locais, bem como sua formação cultural, seu nível intelectual, resistência emocional e psíquica; e inúmeros outros fatores.

¹⁸ CAPEZ, F. **Curso de direito penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Exigibilidade de comportamento diverso: Se as circunstâncias não permitiam que o sujeito agisse de forma diferente, então seu ato não poderá considerar-se culpável. Seria culpável o ato se, ao tempo deste, havendo a possibilidade de conduta diversa mais aceitável socialmente, o agente optasse por não adotá-la.

Capez¹⁹ relata que ainda que haja grande discussão doutrinária em torno do tema, a ideia da culpabilidade como característica do crime ainda é predominante, não pelo fato de grande parte dos juristas adotarem essa corrente, ou pela resistência à ideia inovadora de culpabilidade enquanto pressuposto da pena, mas principalmente por não ter-se apresentado nenhum argumento que de fato pudesse derrubar as justificativas que a colocam no patamar de característica do crime.

Para Greco²⁰; na valoração da culpabilidade, o magistrado deve conceder atenção especial à verificação do maior ou menor grau de exigibilidade de outra forma de agir, alertando que, as características pessoais do agente dentro do exato contexto circunstancial da ocorrência do crime é muito importante. Na visão dos autores este é o melhor critério ao se examinar a intensidade de reprovação do crime. Ou seja, quanto mais exigível a conduta diversa, maior é a reprovação dirigida à ação do sentenciado.

Existem casos em que o código penal, art.23, I, determina que "não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade". Tem-se então que, embora típico o fato, não há crime ante a ausência da ilicitude. Sendo esta; requisito genérico do delito, a sua ausência implica na eliminação da infração penal. Mirabete (1994, p. 101) diz que: "a exclusão da antijuridicidade não implica o desaparecimento da tipicidade, devendo-se falar em conduta típica justificada".

São causas excludentes de culpabilidade, de acordo com o Código Penal Brasileiro, os seguintes aspectos: Discriminantes Putativas: (Art. 20, § 1.º). A ilicitude, ou antijuridicidade, do comportamento pode ser excluída por algumas causas, como as indicadas no artigo 23 do Código Penal:

- Estado de necessidade: reconhecida como situação de perigo: defensivo; dirige-se contra a coisa diversa, concebendo-se as seguintes hipóteses para o estado de necessidade: Justificante, exculpante e as teorias diferenciadora e unitária. São requisitos do estado de necessidade justificante: perigo de lesão a um bem jurídico (atual e não provocado), inevitabilidade da lesão,

¹⁹ CAPEZ, F. **Curso de direito penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

²⁰ GRECO R. **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2009. p. 40-41.

conflito entre bens, balanceamento dos bens e deveres em conflito, elemento subjetivo do agente.

- Erro Determinado por Terceiro - (Art. 20, § 2.º) o indivíduo que errou por provocação de outrem, estará isento da pena, se o erro a que foi levado era inevitável, ou responderá por culpa, se pudesse ter evitado tal engano caso agisse tomando os cuidados objetivos necessários.
- Coação Irresistível e Obediência Hierárquica - (Art. 22, CP) Coação é a utilização de força física ou moral, contra alguém, a fim de que esse faça ou deixe de fazer alguma coisa, não oferecendo condições de agir de outra forma daquela imposta pelo coator. A obediência hierárquica refere-se sempre a uma autoridade administrativa, funcionário público de um para o outro, dentro da esfera público-administrativa.
- Legítima Defesa - (Art. 23, inciso II CP) É a reação imediata à ameaça iminente ou agressão atual a direito próprio ou de outrem. Em face de agressão injusta, a vítima tem a faculdade legal e o dever moral de obstá-la, mesmo recorrendo ao exercício da violência, f) Estrito Cumprimento do dever - (art. 23, inciso III CP) Como a ilicitude é uma, não se pode reconhecer ilicitude no comportamento permitido em norma jurídica, pois o exercício de um direito nunca é antijurídico.

Para Noronha²¹ a pena imposta aos agentes que cometem atos tidos como crime tem como referência o reflexo do modelo sócio-econômico e da forma de Estado em que se desenvolve o modelo sancionador, portanto, ao se analisar um Estado naturalmente se verifica o seu conceito de pena dentro de uma lógica historicamente concebida e, em razão disso, adentra na perspectiva normativa acerca do conceito da culpabilidade penal.

1.4 Critérios para Aferir Inimputabilidade

Para que se possa entrar no mérito da inimputabilidade, antes é necessário que se compreenda o que é a imputabilidade. De acordo com De Plácido e Silva²², o termo imputabilidade se origina do latim “imputare”, e em sentido amplo, significa atribuir a alguém a responsabilidade de algo ou “por na conta de”. O mesmo autor

²¹ NORONHA, M. de. **Direito Penal**; vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Saraiva: 1991. (p.100).

²² De Plácido e SILVA, *Vocabulário Jurídico*, V.02, p. 802.

também argumenta que do ponto de vista moral, o termo se refere à capacidade de uma pessoa ter juízo crítico sobre o ato cometido, de ter consciência de sua ação julgando-a boa ou má.

Do ponto de vista jurídico, De Plácido e Silva²³ relata que a imputabilidade diz respeito à compreensão que o indivíduo tem do crime praticado. Desse modo, ao se imputar um ato a um determinado sujeito, esse indivíduo pode ser responsabilizado por esse ato. O autor ressalta ainda que em Direito Penal, para que se responsabilize alguém por um determinado delito, somente será possível fazê-lo em presença de três condições básicas, quais sejam ter praticado o delito, entender o caráter criminoso de sua ação e à época do ocorrido ter tido liberdade para escolher entre praticar ou não aquela ação.

Segundo Mirabete²⁴, relativamente à capacidade para compreender a ação, julgando-a boa ou má; esta pode ser total, parcial ou nula. No caso da capacidade total, o agente é totalmente capaz de entender o caráter criminoso de sua ação, sendo capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento, quando da ocorrência dos fatos. Nesse caso, de acordo com o Código Penal brasileiro, o delito praticado por esse indivíduo, lhe é imputável podendo o mesmo ser responsabilizado penalmente pelo delito.

Em caso de capacidade parcial, segundo Mirabete, o agente é parcialmente capaz de entender o caráter criminoso de sua ação, ou parcialmente capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento, quando do ato delitivo cometido. Nesse caso, o delito praticado lhe é semi-imputável, podendo o sujeito ser parcialmente responsabilizado.

O mesmo autor refere finalmente, que no caso de a capacidade de imputação ser nula, quando do ato delitivo, o agente é totalmente incapaz de entender o seu ato criminoso ou totalmente incapaz de determinar-se conforme esse entendimento. Nessa situação, o delito praticado lhe é inimputável, sendo o sujeito isento de responsabilidade penal pelo que fez.

De acordo com Mirabete, a inimputabilidade ocorre quando o sujeito não pode ser responsabilizado por seus atos, em virtude de doença mental, ser menor de idade, índio não aculturado, ou deficiente físico que em função de sua deficiência, não é capaz de expressar a sua vontade, como por exemplo, os surdos-mudos.

²³ De Plácido e SILVA, **Vocabulário Jurídico**, V.02, p. 802.

²⁴ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal** - Vol. I - 30ª Ed. 2014.

Inimputável, portanto, é qualquer indivíduo cujo desenvolvimento mental não ocorreu de forma plena, é destituído de sua capacidade de entendimento e de vontade; por imaturidade e/ou insanidade mental.

Código Penal ao tratar de inimputabilidade tem em seu artigo 26 o seguinte disposto:

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.

Nessa perspectiva, a inimputabilidade se torna causa de exclusão da culpabilidade, isto é, ainda que seja fato típico e antijurídico, não é culpável, ante a inexistência de elemento que comprove a capacidade psíquica do agente para compreender a reprovabilidade de sua conduta, portanto, não cabe a imposição de pena ao infrator.

1.5 Execução das Medidas de Segurança

A aplicação da medida de segurança, de acordo com Bitencourt²⁵ foi instituída e sistematizada pelo Código Penal Brasileiro de 1940. Sendo inicialmente adotado o sistema duplo binário (pena + medida de segurança), onde a medida de segurança poderia ser aplicada em concomitância com a pena.

Hoje com a adoção do sistema vicariante é proibida a cumulação das sanções detentivas (pena + medida de segurança), ou seja, comprovada a imputabilidade do indivíduo na análise do caso concreto, aplica-se a pena como sanção, em caso de ser considerado absolutamente inimputável, aplica-se a medida de segurança.

Bitencourt relata que, para que a medida de segurança seja executada, basta que magistrado reconheça que o réu praticou um fato típico e antijurídico, reconhecendo também o caráter perigoso do sentenciado, assim como sua condição de inimputável ou semi-imputável.

O Código Penal, de acordo com Bitencourt; prevê duas modalidades de medidas de segurança. A primeira modalidade se refere ao fato previsto com reclusão, cujo agente do delito é encaminhado para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, isto é, aplica-se nesse caso, a medida de internação ou detentiva. A segunda modalidade diz respeito ao delito praticado, cominado com

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Vol. I – Parte Geral**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva; 2003.

pena de detenção, nesse caso aplica-se a medida de segurança ambulatorial ou restritiva. Caberá ao juiz, no caso concreto, observar a gravidade do crime, bem como e a natureza da pena, buscando determinar a melhor modalidade a ser aplicada sem ferir o disposto no artigo 97 do Código Penal.

Constituída como uma espécie de sanção penal imposta pelo Estado, a medida de segurança corresponde a toda a reação criminal, detentiva ou não detentiva, ligadas à prática de um fato ilícito típico, tendo como pressuposto e princípio de medida, a periculosidade do agente visando a defesa social e prevenção especial, como forma de segurança ou como forma de ressocialização. Em sua aplicação devem ser respeitadas as mesmas garantias e princípios constitucionais que fundamentam a aplicação da sanção pena. Penas e medidas de segurança criminais constituem formas de controle social, devendo ambas ser obviamente limitadas e regulamentadas.

De acordo com Ferrari²⁶ a medida de segurança, no universo jurídico, consiste em uma espécie do gênero sanção penal. O autor entende que a medida de segurança age como numa providência do poder político impedindo que determinada pessoa, ao cometer um ilícito penal que demonstre periculosidade latente retorne ao convívio social sem que receba um tratamento médico adequado.

Nesse contexto, as medidas de segurança são aquelas aplicadas aos inimputáveis e semi-imputáveis que praticam um delito penal, as quais dispõem que o agente seja internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e na falta deste, em outro estabelecimento adequado ou sujeição a tratamento ambulatorial. Tais medidas, segundo Ferrari substituem a pena, sendo que sua aplicação se dá na ausência de culpabilidade e em consequência de perigo à coletividade.

Segundo Missaggia²⁷, as medidas de segurança, têm natureza diferente das sanções penais, as penas têm caráter retributivo-preventivo, cujo objetivo consiste em readaptar o criminoso à sociedade, tomando por base a culpabilidade. Enquanto as medidas de segurança possuem natureza preventiva, tendo como fundamento a periculosidade do sujeito, com intuito de evitar que, um sujeito nessas condições venha a cometer novas infrações penais.

²⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

²⁷ MISSAGGIA, Rafael Oliveira. **Breves reflexões sobre medidas de segurança**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8833&>. Acesso em out 2014.

Dentro desse contexto, Reale Júnior²⁸ argumenta que em conformidade com a lei, em ambas as sanções é preciso que haja a prática de fato tipificado como crime, sendo diferenciadas quanto ao fundamento e à execução, uma vez que sobre a medida de segurança, não incidem os benefícios do sistema progressivo característicos da pena. Segundo a visão do autor, a periculosidade, na medida de segurança é presumida pela análise da culpabilidade e de sua exclusão pela inimputabilidade, a qual é comprovada pela insanidade mental.

A periculosidade, segundo Palomba²⁹ consiste em um conjunto de características pessoais e sociais do indivíduo, as quais podem ser avaliadas por meio de vários parâmetros, não podendo ser vinculada apenas à gravidade da doença mental. São circunstâncias que indicam a possibilidade de um indivíduo praticar ou voltar a praticar um crime.

O autor relata que hoje, a avaliação do risco de violência, além de estar cada vez mais complexa, não apenas examina as condições patológicas, como observa e considera elementos que possam influenciar o comportamento do indivíduo. Os elementos observados vão desde sua curva vital, a estrutura e classificação do crime praticado, seu ajustamento à vida de internação hospitalar, possíveis distúrbios psiquiátricos e intercorrências na fase de execução da medida de segurança, até o atual estado psíquico e o meio familiar e social ao qual ele vai ser reintegrado.

De acordo com Capez³⁰ as medidas de segurança relativas à periculosidade estão positivadas nos artigos 96 a 99 do Código Penal brasileiro, ressaltando-se que o inimputável é isento de pena, conforme preceitua o referido código no artigo 26 e parágrafo único, que dispõe acerca da redução da pena para um ou dois terços desta, em virtude de perturbação da saúde mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardamento mental do agente, isto é, por não ser este capaz de entender ou determinar-se de acordo com o entendimento do caráter ilícito de sua ação.

O autor chama a atenção, para o fato de que tais medidas não deveriam ser penas, e, sim, sanção penal de caráter preventivo e curativo, cujo propósito busca evitar que o autor de infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, reincida em outro delito penal.

²⁸ REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²⁹ PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de Psiquiatria Forense Civil e Penal**. São Paulo: Atheneu, 2003.

³⁰ CAPEZ, F. **Curso de direito penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva; 2006.

Ainda de acordo com Capez, a sanção penal imposta pelo Estado, na execução de uma medida de segurança possui finalidade exclusivamente preventiva, pois a pena considera o fato definido como crime, enquanto a medida de segurança toma por base a periculosidade do agente.

De acordo com Queiróz³¹, em ambos os casos, o Estado acaba por limitar a liberdade de transito do agente, seja na pena privativa de liberdade seja na internação do indivíduo por meio da medida de segurança. Na concepção do autor, ainda que se diga que o propósito da medida de segurança almeje a recuperação do sujeito internado, até que a periculosidade cesse e a pena tenha caráter retributivo, não há como negar o afastamento e a segregação do indivíduo da sociedade. O autor pondera que mesmo sendo terapia curativa do sujeito com incapacidade plena, a medida de segurança na prática, nada mais é que uma restrição da liberdade individual do sujeito, não diferindo em nada da pena propriamente dita.

Para que tais medidas sejam aplicadas pressupõe-se a existência de uma conduta delituosa por um indivíduo perigoso, promovendo a exclusão deste indivíduo do convívio social, com o intuito de que essa conduta delituosa não volte a ocorrer.

Ainda que a periculosidade seja requisito para que se aplique uma sanção penal, de acordo com Queiróz, esse aspecto não foi conceituado legalmente, e, assim sendo, pode ser configurado como hipótese de tipo penal aberto. Nesse sentido, torna-se inconstitucional, pois exige do juiz, uma atitude em conceituar e reconhecer a periculosidade, fato que segundo o entendimento de Queiróz, desrespeita o princípio da legalidade, dentre outros aspectos inconstitucionais que podem ser constatados na aplicação das medidas de segurança.

Ferrari³² corrobora o postulado de Queiróz³², pois segundo o autor, a medida de segurança, da maneira como vem sendo aplicada; tem suscitado discussões sobre sua constitucionalidade, mesmo tendo caráter preventivo de assistência, tomando por base a prevenção da recidiva do ilícito, propiciando ao agente do ato, um tratamento adequado. Ferrari e Queiróz tecem críticas a respeito do fato de se priorizar o perigo que o indivíduo representa para a sociedade e não o tratamento específico de sua doença mental.

³¹QUEIROZ, Paulo de Souza. **Penas e Medidas de Seguranças se Distinguem Realmente?** Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.16167&hl=no>. Acesso em set. 2014.

³²FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CAPÍTULO II – A MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO COMPARADO

Nesse capítulo, a pesquisa estabelece um elo comparativo entre ordenamentos análogos ao do Brasil em relação às medidas de segurança, instituto que veio substituir o antigo decreto-lei e inspirado nas legislações de outros países, notadamente na legislação da Itália.

2.1 Surgimento das Medidas de Segurança em Outros Ordenamentos

De acordo com Conceição, advém do direito romano, a questão referente à penalidade a ser aplicada aos agentes de ilícitos que sejam portadores de doença mental. De acordo com a autora, no direito romano já havia o entendimento, de que os menores de sete anos (infantes) e os loucos, deveriam ser considerados inimputáveis e, portanto, sujeitos às medidas de prevenção.

Embora a origem esteja no direito romano, para Beccaria³³, no entanto, relata que somente no período do Iluminismo houve a preocupação com a prevenção do crime. O autor revela que o surgimento do primeiro manicômio judiciário ocorreu na Inglaterra em 1800, em virtude da tentativa de assassinato do rei Jorge III, em que absolveu o demente, autor da tentativa de homicídio foi considerado demente, sendo absolvido sentenciado à internação por tempo indeterminado.

O Código Penal francês, já em 1810 separava indefinidamente os dementes do convívio social. Já previa em seu diploma legal, medidas de segurança relativas à internação dos loucos, quando reconhecidas suas condutas criminosas.

De acordo com Conceição foi a partir da criação do manicômio inglês, o Criminal Lunatic Asylum Act em 1860, que houve o reconhecimento da Inglaterra, como o primeiro país a dar aos doentes mentais, que praticavam atos criminosos, um tratamento psiquiátrico. Nesse período, já havia disposição acerca do recolhimento, dos indivíduos reconhecidos como penalmente irresponsáveis, a um asilo de internados.

No Brasil, a preocupação com o tratamento que deveria ser dispensado aos indivíduos que cometiam ilícitos e desprovidos de sanidade mental; ocorreu em meados do século XIX.

³³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 88.

A primeira codificação da medida de segurança, de acordo com Bitencourt³⁴ teve sua estréia no Código Penal Suíço, em 1893, cujo projeto foi preparado por Karl Stoos, sendo o primeiro código penal a instituir a medida de segurança, ou seja, foi o primeiro ordenamento jurídico a tratar esse instituto como um conjunto sistemático de providências com caráter preventivo, no qual a expressão ausência de responsabilidade foi substituída por inexistência de culpabilidade.

Em 1896 o instituto aparece no Código Penal Português, em seguida se faz presente no Código Penal Italiano. No Código Penal brasileiro, as medidas de segurança aparecem em 1930. Porém, pelo fato de sua rápida criação, o código foi alvo de críticas severas. De acordo Bitencourt, ainda sob a influência do código penal suíço, as medidas de segurança tiveram sua aplicação no Brasil em 1940.

Com a revisão da parte geral, em 1984, o diploma legal criou uma analogia entre o doente mental e indivíduo perigoso, implicando em um falso tipo de associação desses elementos.

2.2 Medidas de Segurança no Direito Comparado

O legislador do Código Penal brasileiro de 1940, de acordo com Conceição³⁵ foi influenciado pelas legislações dos Códigos Penais de Portugal (1896), da Noruega (1902), e em especial o Código Penal da Itália, por meio do qual ocorreu a sistematização das medidas de segurança no Brasil, de forma mais completa.

De acordo com Bitencourt, na Itália, o sistema penal caracteriza-se por um minucioso exame da personalidade do agente. Realiza-se um estudo para averiguar os antecedentes pessoais, familiares, considerando seu aspecto psíquico, físico e ambiental. A medida de segurança enquanto sanção tem a finalidade educativo-preventiva, sendo direcionada a individualização do tratamento. O autor ressalta que no caso de aplicação das medidas a menores, a presença de um juízo especializado chamado de Tribunal de Menores, composto por juízes especializados e leigos, selecionados dentre psiquiatras, antropólogos criminais, biólogos, pedagogos e também psicólogos; constitui característica marcante do direito italiano.

A medida de segurança, segundo Bitencourt foi adotada pela primeira vez no Código Penal norueguês de 1902. Em seguida foi a vez do Código Penal argentino em 1921, seguido de perto pelo Código Penal italiano em 1930, sendo adotadas, a

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Vol. I – Parte Geral*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva; 2003.

³⁵ CONCEIÇÃO, Selma Regina de Souza Aragão. *Direitos humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos*. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 200-204.

partir de então, por todas as legislações penais. No Brasil foi adotada pelo Código Penal de 1940. No Brasil, sempre foram utilizados os critérios Biológico, o qual tem ligação direta com a faixa etária, aferindo a presunção absoluta de inimputabilidade de uma pessoa. Também se utiliza no Brasil, o critério do discernimento, ou seja, capacidade de entendimento e autodeterminação, combinado com o critério etário, que recebe a denominação de critério biopsicológico.

D'urso³⁶ revela que o direito alemão, a exemplo do direito italiano, apenas os menores de 14 anos, que são entregues ao direito assistencial são considerados inimputáveis.

Nesse contexto, na América Latina, nos EUA e na Europa, a medida é de dezoito anos, sendo que tal uniformidade relativa ocorre em virtude do Seminário Europeu das nações Unidas sobre Bem-Estar Social (Paris, 1949), onde os países europeus expressaram que, para efeitos de sanções penais, a idade da responsabilidade não deve ser menor que dezoito anos.

Relativamente às medidas de segurança, em qualquer parte do mundo de acordo com D'urso, a prevenção da reincidência do ato delitivo conquistou espaço, sendo tratada em todos os países como um assunto fundamental, pois ao invés de simplesmente punir o agente com penas que não dariam o resultado esperado; uma nova visão foi imposta, visando alcançar uma finalidade significativa, ou seja, a prevenção do crime e a ressocialização do indivíduo. Essa nova visão, segundo o autor, também trouxe a necessidade da preservação da paz social, proporcionando a internação do agente do ilícito, que à época do ocorrido se achava na condição de inimputável.

³⁶ D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Medidas de Segurança no Direito Comparado**. Revista Brasileira de ciências criminais. Revista dos Tribunais. Ano 1, n° 3, 1993.

CAPÍTULO III – O INSTITUTO HOJE

3.1 Medidas de Segurança no Direito Penal Atual

A medida de segurança aplicada atualmente no direito penal brasileiro foi introduzida com o Código Penal de 1940. Por meio do projeto elaborado pela comissão, a Lei nº 7.209 foi aprovada em 11 de julho de 1984, e, com ela diversas modificações foram introduzidas no Código Penal.

Dentre tais mudanças destaca-se a extinção do sistema duplo binário, onde a aplicação se dava de forma cumulativa e sucessiva de pena reduzida e medida de segurança, aos semi-imputáveis e imputáveis considerados perigosos, entrando em vigor o sistema vicariante, onde fica estabelecido o cumprimento de uma pena ou de uma medida de segurança para os agentes semi-imputáveis. Essa mudança consagrou a diferença entre pena e medida de segurança, uma vez que a pena se baseia na culpabilidade, enquanto a medida de segurança tem como base a periculosidade.

Outra mudança significativa introduzida pela reforma reside na possibilidade da aplicação das penas restritivas de direito e a liberdade condicional ao agente primário que tiver bons antecedentes.

De acordo com Mirabete³⁷, embora não deixe de ser uma sanção penal e, mantenha semelhança com a pena, diminuindo um bem jurídico, a medida de segurança tem como objetivo maior, a prevenção, no sentido de preservar a sociedade da ação de delinquentes buscando recuperá-los com tratamento curativo.

Anteriormente a lei que regulamentava a medida de segurança, de acordo com Ferrari³⁸ tinha como pressuposto, a prática de fato previsto como crime, e a periculosidade do agente expressos em seu artigo 76.

Segundo Ferrari, nessa época a medida poderia ser aplicada tanto ao inimputável quanto ao imputável, desde que fosse constatada sua periculosidade, não importando sequer a efetiva prática do delito. Para o autor, tratava-se de uma resposta penal, que tinha como base a periculosidade social, ou seja, o indivíduo era punido não por sua ação, mas pelo que era e com o agravante de tal medida somente cessar quando o indivíduo estivesse plenamente curado.

³⁷ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal** - Vol. I - 30ª Ed. 2014.

³⁸ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Com o advento da reforma relativa à parte geral do Código Penal, segundo Mirabete³⁹, as medidas de segurança foram reduzidas em detentiva e restritiva, sendo a detentiva aplicada mediante internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; e a restritiva com tratamento ambulatorial.

A aplicação da medida detentiva ocorre caso a pena cominada ao delito for de reclusão, no caso de agente inimputável, ou no caso de ser semi-imputável, necessitar de tratamento curativo, tais medidas estão regulamentadas nos artigos 97 e 98 do CP.

A medida restritiva aplica-se ao inimputável, no caso de crime de detenção; ou no caso de haver necessidade de tratamento ambulatorial para o semi-imputável, casos previstos no Código Penal nos artigos 97 e 98 respectivamente.

Outra inovação trazida pela reforma diz respeito à mudança referente às medidas profiláticas, onde fica estabelecida somente a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e tratamento ambulatorial. Para os casos em que o acusado é condenado com reclusão o magistrado se obriga a determinar a internação em hospital de custódia e tratamento. No entanto, cabe ao juiz escolher entre aplicar a pena de forma reduzida ou aplicar o tratamento ambulatorial, para os crimes apenados com detenção ou ainda a internação aos atos delitivos dos inimputáveis.

Referente à regressão da medida, o artigo 97 parágrafo 4º do Código Penal dispõe que em qualquer fase do tratamento ambulatorial, o juiz poderá determinar a que o agente seja internado do agente, caso essa providência se faça necessária para fins curativos. Em outras palavras, o magistrado deve acompanhar o estado de saúde do paciente, no sentido de escolher a melhor medida a ser tomada, uma vez que o paciente poderá passar do tratamento para a internação.

Contudo, tal mudança legislativa de acordo com Mirabete, sempre deve considerar que os indivíduos que se encontram sob medida de segurança são doentes mentais, estando sob custódia estatal em virtude de seu alto grau de periculosidade, não podendo ficar soltos colocando em risco a sociedade, mas também, não podem ficar eternamente sob poder estatal, sob risco de comprometer sua própria saúde e liberdade.

³⁹ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal** - Vol. I - 30ª Ed. 2014.

3.2 Medida de Segurança Como Fator de Ressocialização

De acordo com Missaglia⁴⁰, desde a concepção filosófica das medidas de segurança, até a sua aplicação, em diferentes períodos e realidades históricas, vêm apresentando múltiplas situações controversas e contraditórias.

No sentido etimológico, na concepção do autor, tais medidas traduzem a idéia de providência, de cuidado, de precaução, de cautela. Em outras palavras, elas traduzem uma característica especial, no sentido de se dispensar cuidados a algo ou alguém visando evitar um determinado mal.

Nesta exata perspectiva, de acordo com o autor é que tais medidas, também consagram o seu escopo primordial, qual seja o de atuar no controle social, afastando o risco inerente ao agente que praticou, ou apresenta tendência a praticar uma infração à norma penal, e, se acha na condição de inimputável ou semi-imputável.

Missaglia chama a atenção para o fato de que, ainda que tenham sido palco de inovação, no que tange às medidas de segurança, elas ainda suscitam diversos debates. Embora a reforma de 1984 da Parte Geral do Código Penal tenha sido benéfica, ela é anterior à constituição de 1988, considerada uma das Constituições mais protetivas ao indivíduo. Nesse sentido, no entanto, porém desde a declaração de insanidade mental até o exame que verifica a periculosidade dos inimputáveis, o psiquiatra é, sem sombra de dúvida, a pessoa que decide acerca da atribuição da responsabilidade penal ao imputado considerado anormal.

Desse modo, de acordo com a visão do autor, comumente os juízes sustentam suas decisões de acordo com o parecer médico acerca da saúde mental do réu.

Contudo, Missaglia cita a relação que se estabelece entre perito e o suposto agente criminoso, como sendo totalmente desvinculada de preceitos relevantes. Assim, o autor destaca alguns indicativos de tal desvinculação, tais como a ausência de respeito ao segredo médico perante a justiça; privação da liberdade ao obrigar o indivíduo a se submeter ao exame; o qual se presta apenas a uma função na esfera

⁴⁰ MISSAGGIA, Rafael Oliveira. **Breves reflexões sobre medidas de segurança**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8833&>. Acesso em out 2014.

judiciária, como contribuição na definição da culpabilidade do acusado. Dentro desse contexto, Missagia salienta as palavras de Queiróz⁴¹:

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

Seguindo a linha de raciocínio de Queiróz, Missagia argumenta que a medida de segurança suprime do indivíduo o direito fundamental à liberdade.

Outro ponto destacado pelo autor, também faz menção ao postulado de Queiróz, quando diz que não há distinção antológica alguma entre penas e medidas de segurança, haja vista ambas perseguirem, essencialmente, os mesmos fins e idênticos pressupostos de punibilidade, isto é, fato típico, ilícito, culpável e punível. Para o autor, a distinção se faz presente, unicamente nas consequências, ou seja, os imputáveis estão sujeitos a pena, os inimputáveis, à medida de segurança, atendendo a critério de pura conveniência político-criminal, adequação da resposta penal.

Assim, o autor considera inaceitável que não se confira ao sujeito que recebeu como sanção, uma medida de segurança de internação, as mesmas garantias que são dispensadas ao apenado.

A Constituição Federal de 1988 proíbe de forma expressa em seu artigo 5º, XLVII, a aplicação de penas de caráter perpétuo. Entretanto, a atual redação do artigo 97, § 1 do código penal dispõe que:

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.

Na concepção do autor, quando em seu parágrafo primeiro o artigo 97 preceitua que a medida de segurança terá prazo indeterminado ocorre a violação do disposto no artigo 5º, XLVII da Carta Magna brasileira, ou seja, entende-se que o

⁴¹QUEIROZ, Paulo de Souza. **Penas e Medidas de Seguranças se Distinguem Realmente?** Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.16167&hl=no>. Acesso em set. 2014.

indivíduo não pode ficar exposto de modo indeterminado ao aparato restritivo do Estado.

Constata-se de acordo com Missaglia, que o parágrafo primeiro do artigo 97 do código penal não estabelece limites máximos de medida de segurança, tão somente cita os limites mínimos. Significando, que o cidadão pode ser privado de sua liberdade perpetuamente, fato que por sua vez fere o caput do artigo 75 do código penal que diz: “o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não poderá ser superior a 30 (trinta anos)”.

Ainda que a alegação dos que defendem a constitucionalidade do artigo 97 parágrafo primeiro aleguem não ser pena e sim um tratamento, entende-se que não ocorre uma restrição ao mal causado pelo crime, mas sim, a prevenção da ocorrência de novos crimes até que se cesse a periculosidade do indivíduo

Portanto, o que se vê é que em ambas as situações, o sujeito fica restrito da sua liberdade de locomoção, sabendo-se que em qualquer restrição de direitos é preciso que as garantias sejam dadas ao cidadão. A diferença é que na medida de segurança o sujeito fica “preso” por prazo indeterminado.

O autor chama a atenção, para o fato de que na medida e segurança o tempo de internação não está relacionado ao fato delituoso, mas à periculosidade. O cidadão sofrerá tal imposição, até que cesse sua periculosidade. Entretanto, é possível avaliar a periculosidade de alguém? Segundo o entendimento do autor, tais análises são feitas por profissionais capacitados, porém, elas não se fundam em dados objetivos. Uma pessoa que tem determinado transtorno pode ser inconveniente na sociedade, mas não necessariamente representar perigo. Nesse contexto, pode-se colocar o seguinte questionamento: Quais graus de periculosidade são necessários para manter alguém fora do convívio social? Como avaliar se essa pessoa não cometerá outro delito?

O que se observa na prática das medidas de segurança, segundo Missaglia são atitudes contraproducentes no que tange à verdadeira justiça, isto é, às pessoas que recebem tal medida, negam-se o direito do contraditório e da ampla defesa em seus laudos de periculosidade, sendo deixadas por tempo indeterminado afastadas do convívio social. Sendo o conceito de periculosidade algo de difícil comprovação objetiva, ele se torna impossível de ser refutado.

CONCLUSÃO

O instituto das medidas de segurança foi criado com o intuito de acompanhar os infratores acometidos por transtornos mentais, que praticarem uma ilicitude, e embora sendo crime, tais indivíduos não poderiam estar sujeitos às penas previstas em lei.

Constata-se desse modo, que as medidas de segurança não são penas, haja vista ser a pena retributiva preventiva, cujo objetivo consiste em readaptar socialmente o agente do delito, enquanto a medida de segurança é preventiva, no sentido de evitar que o sujeito com transtornos mentais ativo de um delito, não se torne perigoso novamente, reincidindo em nova infração penal.

Embora não sejam penas, aqueles que estão sujeitos a tais medidas, submetem-se a formas de sanção equivalentes às penas, a exemplo do inimputável que pratica um crime de menor potencial ofensivo; pois ainda que não sofra pena, encontra-se sob a imposição da medida de segurança, implicando em internação em hospital de custódia sem que haja previsão de soltura, uma vez que o Código Penal dispõe que tal medida perdura enquanto não se comprovar mediante perícia médica, o fim da periculosidade do agente.

No atual modelo de aplicação, pena e medida de segurança são formas diferentes de sanção penal aplicadas pelo Estado por meio do *jus puniendi*, subentendendo-se, que ambas deveriam estar sujeitas aos mesmos direitos fundamentais. Entretanto, o que se observa é que nem a legislação nem as interpretações feitas por alguns julgadores comungam esse postulado, fato que contraria o princípio da dignidade humana e, conseqüentemente, o que preceitua o Estado Democrático de Direito.

Tal divergência segundo Mirabete⁴² decorre do tratamento dado ao instituto da medida de segurança, isto é, o ordenamento jurídico, a ela se refere como medida criminal enquanto deveria ser vista como medida administrativa. Também lhe são impostas uma série de restrições descabidas dentro do Direito Penal em que está inserida. Portanto, a ressocialização do agente do delito nessa perspectiva, ainda se configura como um desafio.

⁴² MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal** - Vol. I - 30ª Ed. 2014.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1**. 11ª edição, São Paulo: Saraiva; 2007.

BRUNO, Aníbal. **Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança**, 1977.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva; 2006.

CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José. **Direito Penal na Constituição**, 4ª. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CONCEIÇÃO, Selma Regina de Souza Aragão. **Direitos humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos**. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DE PLÁCIDO e SILVA, **Vocabulário Jurídico**, V.02.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Medidas de Segurança no Direito Comparado**. Revista Brasileira de ciências criminais. Revista dos Tribunais. Ano 1, nº 3, 1993.

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

FRANCO, Alberto Silva. **A jurisdicionalização da execução penal – breves anotações sobre a Lei 7.210/84**. São Paulo: Saraiva; 1986.

GRECO R. **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2009.

JESUS, D. **Direito Penal – Parte Geral**, vol. 1, 31.ª ed., Saraiva, 2010.

MEDEIROS, Roque de Brito Alves. **Inimputabilidade Penal Por Anormalidade Mental**. In: Cristiano Carrilho (Org.). **Saúde Mental e o Direito**: ensaios em homenagem ao professor Heitor Carrilho. São Paulo: Editora Método, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-84. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Manual de Direito Penal** - Vol. I - 30ª Ed. 2014, Manual de Direito Penal - Vol. II - 31ª Ed. 2014.

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

NORONHA, M. de. **Direito Penal**; vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Saraiva: 1991. (p.100).

PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de Psiquiatria Forense Civil e Penal**. São Paulo: Atheneu, 2003.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. **Personalidade Psicopática, Semi-Imputabilidade e Medida de Segurança**, 1982, p. 79.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V. 1: parte geral: arts. 1º. a 120. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V. I Parte Geral, 4º ed. São Paulo, RT 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Penas e Medidas de Seguranças se Distinguem Realmente?** Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver> . Acesso em set. 2014.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.