



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA
NEVES”
CRISTIANO BARBOSA DE SOUSA

ASPECTO TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA

SÃO JOÃO DEL REI
2014

CRISTIANO BARBOSA DE SOUSA

ASPECTO TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção e título de Graduação, sob orientação do Prof. Gian Miller Brandão.

SÃO JOÃO DEL REI
2014

CRISTIANO BARBOSA DE SOUSA

2

CRISTIANO BARBOSA DE SOUSA

ASPECTO TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção e título de Graduação em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Msc. Gian Miller Brandão (orientador)

Prof. Marcos Cardoso Atalla

Prof. Dr. Fábio Abreu dos Passos

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, ao orientador Gian Miller Brandão, que, à sua maneira, muito auxiliou e ensinou, academicamente e para a vida, no decorrer deste trabalho e em toda sua docência.

Noutro ponto, não menos importante, agradeço a todos os familiares sem exceção, principalmente minha mãe Elizabeth, minha irmã Luciana e meu filho Gustavo Henrique. Agradeço também os meus amigos de sala, em especial ao Edson Jr, Lucas Frigo, Lucas Emanuel, Lígia e Maria Gabriela que muito apoiaram e emitiram energias positivas para que, embora com extremo cansaço, concluísse com êxito mais este desafio.

RESUMO

O tema em tela, medida de segurança, destacada pelo artigo 97 do Código Penal, é uma espécie de "sanção", aplicada aos agentes diagnosticados inimputáveis ou semi-inimputáveis, ou seja, aquele que possui uma patologia mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e que era, ao tempo da ação ou omissão praticada, incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. Hoje a Medida de Segurança é temporalmente indeterminada quanto ao seu final. Pode ser prolongada até que seja atestada mediante laudo médico a cessação da periculosidade do indivíduo. O trabalho em tela tem como objetivo demonstrar a eficácia da medida de segurança dentro do sistema jurídico brasileiro na fase de execução penal, tendo como ponto principal exacerbação do limite máximo de cumprimento da sanção penal. Assim, será analisada se é possível que esta medida torne-se perpétua caso a cessão da periculosidade não seja confirmada pericialmente no decorrer dos anos ou se há uma limite máximo para o cumprimento de tal medida, o que será analisado levando-se em conta, principalmente, a Carta Magna de 1988, que dispõe que não haverá penas de caráter perpétuo de maneira que evite uma intervenção estatal ilimitada na vida do portador de patologia mental.

PALAVRAS-CHAVE: Medida de Segurança; Inimputável; tempo máximo; perpetuidade; inconstitucionalidade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 RESPOSTA LEGAL PARA O AUTOR DO INJUSTO PENAL	8
1.1 Explicação analítica do injusto penal.....	8
1.2 Pena e Medida de Segurança	12
1.2.1 Sistema vicariante	13
1.2.2 Diferença teórica entre pena e medida de segurança.....	16
1.3 Princípios norteadores da pena e da medida de segurança	17
1.3.1 Princípio da Legalidade	17
1.3.2 Princípio da Anterioridade	18
1.3.3 Princípio da Jurisdicionalidade	19
2 FORMAS JURÍDICAS DA MEDIDA DE SEGURANÇA.....	20
2.1 Aplicação da medida de segurança ao inimputável	20
2.1.1 Prática do fato definido como crime	21
2.1.2 Periculosidade do agente.....	21
2.1.3 Ausência de imputabilidade plena	22
2.2 Espécies de medidas de segurança.....	23
2.2.1 Internação em hospital de custódia (natureza detentiva)	23
2.2.2 Tratamento ambulatorial (natureza restritiva)	24
2.3 Ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.....	25
3 MEDIDA DE SEGURANÇA E PRAZO	29
3.1 Limite temporal da medida de segurança.....	29
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	33
REFERÊNCIAS	34

INTRODUÇÃO

O trabalho em tela discute o lapso temporal da Medida de Segurança em sua forma legal, destacando também que a Medida de Segurança é a forma que o Estado tem de sancionar o agente inimputável que praticou fato ilícito, sendo essa sanção, a forma legal de resposta perante a sociedade.

Inicialmente, o trabalho trás a fundamentação legal da medida de segurança, com base na Constituição Federal de 1988 e no Código Penal Brasileiro, e, é assim que o Estado encontra a legitimidade de sua ação quando houver a necessidade de aplicação da medida de segurança. Contudo, para que o Estado possa aplicar a medida de segurança, é preciso fazer uma distinção entre as várias hipóteses de conduta, para tanto, foi feito a distinção entre pena e medida de segurança, demonstrando assim, o que é a inimputabilidade e em que momento o agente será submetido à medida de segurança.

Nesta parte do trabalho será discutido o que a norma legal fala sobre, a legitimidade do Estado na aplicação desta sanção e o tempo máximo previsto para a aplicação da medida de segurança prevista no Código, objetivando assim, demonstrar a (in) constitucionalidade do exacerbo no tempo que o agente perdura sob a medida de segurança, o que a tornaria uma espécie de prisão perpétua.

Adiante, na segunda parte do trabalho, veremos a forma de aplicação da medida de segurança e em qual proporção ela deverá ser aplicada, para isso, é preciso identificar o grau de periculosidade do agente infrator (já diagnosticado inimputável), através de uma perícia médica. Após esse diagnóstico é que será aplicada a medida de segurança adequada a cada caso concreto.

E com o tratamento adequado o inimputável terá possivelmente a sua periculosidade cessada, o que proporcionará a diminuição ou a extinção da medida de segurança, podendo esse agente ter tratamento diferenciado.

Deve-se verificar o melhor tipo de tratamento para determinado tipo de agente, buscando parcialmente ou totalmente a cessação da periculosidade do inimputável, proporcionando a volta desse agente ao seio da sociedade.

É através de pesquisas doutrinárias, jurisprudências e historicidade que o

trabalho busca expor o tipo de sanção aplicada pelo Estado ao agente inimputável, a forma de aplicação da medida de segurança, demonstrado no primeiro capítulo. Buscando demonstrar a eficácia ou não o tratamento a qual é submetido o inimputável e se o tempo despendido para tal tratamento é suficiente ou não para a cessação da periculosidade.

Deve-se analisar a proporção da aplicação da medida de segurança, principalmente em relação ao tempo que o agente permanece sob esse tipo de sanção penal aplicada pelo Estado, não se pode prolongar demasiadamente a permanência do agente inimputável ao ponto de configurar uma prisão perpétua, até porque, estaríamos contrariando um princípio constitucional previsto no artigo 5º, XLVII, "b", que trata objetivamente dos direitos e garantias fundamentais.

Por fim, o último seguimento do trabalho, irá descrever o parágrafo supra, no diz respeito do tempo que o agente passa no cumprimento da medida de segurança. Se esse prazo é ou não, suficiente para a diminuição da sua periculosidade, já que é ele (periculosidade) o motivo principal que leva a diferenciar o agente imputável do inimputável.

O objeto primórdio do trabalho infra, é ressaltar à (in) constitucionalidade da exacerbação do limite de sanção penal prevista na norma vigente.

1 RESPOSTA LEGAL PARA O AUOR DO INJUSTO PENAL

De acordo com as normas constantes na legislação penal vigente, para que se possa alcançar uma resposta punitiva do Estado sobre aquele que pratica um ato ilícito, deve-se, antes, analisar a conduta denominada injusto penal.

No entendimento de Greco (2013, p.167), “o injusto penal é a conduta já valorada como ilícita”, ou seja, aquela conduta repudiada pela norma penal.

Com exceção do menor de 18 (dezoito) anos, que não comete crime e, sim, ato infracional, pois é tido como inimputável pela lei penal vigente, qualquer pessoa pode praticar o injusto penal. Esse injusto penal é o ato contrário à norma e sua análise é feita a partir da tipicidade e da antijuridicidade, devendo ser analisada a culpabilidade do agente, completando, assim, a teoria tripartida do delito.

É possível exemplificar o injusto penal através da própria norma penal. Tome-se como exemplo o artigo 121 do Código Penal Brasileiro, que se refere a: “matar alguém”, ou seja, significa que a pessoa que matou outrem, praticou o injusto de homicídio. Outro exemplo, no próprio artigo 121, parágrafo 2º, “homicídio qualificado”, nesse caso, o agente praticou o injusto penal somando a qualificadora do crime. Assim, podemos dizer que o agente praticou o injusto de homicídio qualificado.

Somente após a constatação do injusto penal e a identificação do autor do fato típico e a constatação dos elementos do crime, é que será possível qualquer tipo de punição por parte do Estado sobre o infrator, acontecendo, dessa forma, a sanção, que agirá como reguladora do comportamento do indivíduo perante a sociedade em que ele vive.

1.1 Explicação analítica do injusto penal

Existem inúmeras variações dentro da definição analítica do crime. A mais aceita atualmente é a Tripartida, que aponta os três elementos do fato-crime, quais sejam: o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade.

Autores como Prado (2010, p.135), afirmam que o crime é composto pela ação ilícita, típica e culpável, trazendo as três notas fundamentais do fato-crime, de

modo a complementar a dogmática penal.

Em contraponto, assevera o autor Greco (2013, p. 167) que “ação típica, fato típico, trazem o mesmo significado, abrange a conduta do agente, o resultado dela advindo, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado”, sendo a expressão fato típico, a mais usada entre os doutrinadores.

Pode-se sistematizar a infração penal da seguinte forma: segundo a teoria tripartida, o crime é dividido em três partes: fato típico, antijurídico e culpável Greco (2013, p. 62).

O fato típico é composto por quatro elementos, quais sejam:

- a conduta;
- o resultado;
- o nexo de causalidade;
- a tipicidade.

A conduta é o primeiro elemento do fato típico, podendo ser dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva. A conduta é sinônima de ação do comportamento humano.

Quando o autor pratica um fato, podem-lhe ser imputados dois tipos, a dolosa e a culposa. A atuação do agente por dolo ocorre quando ele quer diretamente o resultado ou assume o risco de produzi-lo. De outra forma, quando o agente atua com culpa, ele está dando causa ao resultado devido a sua imprudência, imperícia ou negligência.

Já na conduta por omissão ou omissiva é caracterizada pelo agente que deveria fazer e não o fez. Como por exemplo, o guarda-vidas em uma praia que não socorre a vítima que está se afogando. E a conduta por ação ou comissiva se caracteriza literalmente pela ação do agente, um exemplo desta ação seria o homicídio, no qual o agente deve atuar para que aja o resultado morte Greco (2013, p.150-151).

Em determinados casos, há crimes que possuem resultados naturalísticos, ou seja, é a modificação do mundo exterior provocada pela conduta Greco (2013, p.216).

Assis Toledo (1994, p.83) faz um apontamento sobre esse assunto: como não se pode punir uma pedra que cai, ou um raio que mata, não se deve igualmente punir quem não age, mas quem é agido. Segundo o entendimento do autor em

questão, o Direito Penal Brasileiro não tem a preocupação direta com resultados causados de caso fortuito, de força maior, atos de puro reflexo, conduta praticada mediante coação física, ou qualquer tipo de conduta involuntária. Ele ainda assevera que esses fatos são atípicos, portanto, não considerados fato típico.

Já o nexo de causalidade é o que liga materialmente a conduta do agente com o resultado natural e, por meio do qual, é possível dizer se aquele deu ou não causa a este, na opinião de Capez (2010, p. 178). Concernente com o mesmo pensamento, Greco (2013, p. 62) diz: “o nexo de causalidade, é aquele elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ele produzido”.

Finalmente, a tipicidade traz substancialmente o princípio da reserva legal, conforme ditame do o artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988 que diz: “não há crime sem lei anterior que defina, nem pena sem prévia cominação legal”, portanto é a lei que define e descreve os crimes.

O antijurídico, segunda parte do crime, por sua vez, é a conduta do agente contrária às normas penais. Contudo, a conduta do agente só encontrará licitude por exclusão, ou seja, se ela estiver prevista em algumas das causas de excludente de ilicitude prevista no artigo 23 do Código Penal, que são: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito.

O estado de necessidade é aquela atuação do agente que pratica o fato com a intenção de salvar outrem ou a si mesmo de perigo atual.

A legítima defesa relaciona-se à conduta do indivíduo que, usando moderadamente dos meios necessários, buscando repelir injusta agressão.

No estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito, o agente público que, nesse caso pode ser o policial militar, age interferindo na esfera privada do cidadão, assegurando o cumprimento da lei.

São essas as quatro causas de excludente de ilicitude trazidas pelo Código Penal em seu artigo 23, porém, a doutrina faz menção a outra, qual seja, o consentimento do ofendido. Em linhas gerais, o consentimento do ofendido significa o ato da vítima ou ofendido em anuir ou concordar com a lesão ou perigo de lesão a bem jurídico do qual é titular. Contudo, para que se possa que possa ter o condão de excluir a ilicitude, é preciso, quanto ao consentimento:

- a) que o ofendido tenha capacidade para consentir;

- b) que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível;
- c) que o consentimento tenha sido dado anteriormente, ou pelo menos uma relação de simultaneidade à conduta do agente.

Ausente um desses requisitos, o consentimento do ofendido não poderá afastar a ilicitude do fato, Greco (2013, p. 145)

Por fim, o terceiro elemento da teoria tripartida é a culpabilidade, que é a reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente. São três os elementos que integram a culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato, e exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre a vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento Capez (2010, p. 331).

Já a potencial consciência sobre a ilicitude do fato vem tratar do erro de direito: o desconhecimento da lei é inescusável (Código Penal, artigo 21), pois ninguém pode deixar de cumpri-la alegando que não conhece (Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 3º). Trata-se do antigo brocardo romano *ignorantia legis neminen excusat*. À exceção do artigo 8º da Lei de Contravenções Penais, que prevê o erro de direito como hipótese de perdão judicial, ao dispor que, “no caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada”, de nada adiantará o agente alegar que não sabia que determinada conduta era tipificada como infração penal, pois há uma presunção absoluta em sentido contrário Capez (2010, p. 347).

O conceito de exigibilidade de conduta diversa é amplo, assim, segundo Capez (2010, p. 352): consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma. No que tange a natureza jurídica, trata-se de causa de exclusão da culpabilidade, fundada no princípio de que só podem ser punidas as condutas que

poderiam ser evitadas. No caso, a inevitabilidade não tem força de excluir a vontade, que subsiste com força propulsora da conduta, mas certamente a vicia, de modo a tornar incabível qualquer censura ao agente.

1.2 Pena e Medida de Segurança

Pode-se dizer que a pena tem a finalidade corretiva do agente e preventiva perante toda a sociedade, como forma de evitar que esse agente volte a praticar o ato ilícito pelo que fora condenado e, ainda, seja punido e ressocializado.

Contudo, a forma com que era aplicada a pena de prisão no início de seu aparecimento na história, era claramente cruel. O castigo a que era submetido o agente culpado era a tortura, mutilação, castigos corporais, dentre outras. Portanto, era dessa forma que o Estado se defendia daqueles que infringiam as regras da sociedade. Assim, Bittencourt (2011, p. 505), diz que:

A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que as mesmas guardas em sua essência contradições insolúveis.

Tais medidas de aplicação de pena comuns no século XIX já não mais surtiam o fim desejado. Assim, as técnicas de aplicação de sanção deveriam ser reajustadas, de modo a alcançar o efeito pretendido pelo Estado e esperado pela sociedade, com o fim de que o infrator não voltasse a delinquir. Sobre esse aspecto, afirma Nucci (2009, p.370):

Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas: é castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização. O artigo 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Diante do exposto, é de fácil constatação que a pena é a privação da liberdade do agente e que essa punição deve estar necessariamente prevista em lei. O tempo que o agente passa em cumprimento de pena serve também para ele

refletir sobre o ato cometido e, cumprida sua pena, volte ao ceio da sociedade e não repita qualquer tipo de infração.

Por outro lado, a sociedade está diante de um problema com o qual não sabe como conviver, e o Estado, por sua vez, não sabe como resolvê-lo.

De tal forma, faz-se necessário analisar o tema Medida de Segurança, essa que, no linear do século XIX para o XX, surge de forma equivocada para resolver o problema, principalmente, visual da sociedade, sem qualquer eficácia na ressocialização do agente inimputável.

A medida de segurança era aplicada indiscriminadamente as crianças perdidas na vida, aos bêbados, e mendigos e assim por diante. Inicialmente, ela servia para tirar das ruas as pessoas indesejadas pela sociedade, Cardoso (2012, p.35).

Essa foi a forma encontrada pelo Estado de limpar as cidades da escória da sociedade, removendo das ruas os indesejáveis. Não importando sua atuação ou participação em qualquer conduta ilícita, o que realmente estava em discussão, era o repúdio que a sociedade em geral tinha para com esse indivíduo.

1.2.1 Sistema vicariante

Para que se possa entender o sistema vicariante, antes, é preciso analisar outras teorias que integram este sistema e, a partir delas, poder se chegar ao atual método de aplicação de pena utilizado no Direito Penal Brasileiro.

Com finalidade de apontar o autor ou o partícipe da infração penal, surgem três teorias para esse propósito, que são: a teoria pluralista, a teoria dualista e a teoria monista.

Aqueles que compactuavam com a teoria pluralista, acreditavam que haveria tantas infrações penais quantos fossem o número de autores e partícipes, ou seja, a cada participante corresponde uma conduta própria Bitencourt (2011, p. 424).

O contrário acontece na teoria dualista, que distingue o crime praticado pelos autores daquele cometido pelos partícipes. Há nela, uma infração penal para os autores e outra infração penal para os partícipes Greco (2013, p. 420).

Já a teoria monista ou unitária, que é atualmente utilizada pelo Código Penal Brasileiro, salienta que todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a este cominadas, ou seja, praticada na medida de sua culpabilidade. Segundo a teoria monista pode-se afirmar existe um único crime, atribuído a todos aqueles que para ele concorreram, sendo, autores ou partícipes, Greco (2013, p. 420).

Com a mudança ocorrida no Código Penal de 1984, entra em uso o sistema vicariante, afastando o, então, ultrapassado sistema duplo binário, que significa sistema de substituição. Aplica-se a medida de segurança, como regra, ao inimputável que houver praticado uma conduta típica e ilícita, não sendo, porém, culpável. Em conformidade com o que foi dito, o agente inimputável será absolvido, aplicando-se-lhe, contudo, medida de segurança, cuja finalidade é diferente da pena, Greco (2013, p. 671). O artigo 26 do Código Penal trata do inimputável da seguinte forma:

Artigo 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo a ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

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.

Interpretando o caput do artigo 26 do Código Penal, verifica-se que ele adotou a conjugação de dois critérios concernentes ao inimputável, a saber: existência de uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Trata-se, portanto, de critério biológico, pois envolve a absoluta incapacidade de, ao tempo da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato e assim, sendo este, critério psicológico. A partir desse entendimento, assevera Greco (2013, p. 679).

Tratando-se de infração cometida por agente semi-imputável, nos termos do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, e vier a cometer um fato típico e antijurídico, sua sanção deverá ser aplicada também com base no sistema vicariante. Dessa forma, desde que o sujeito semi-imputável necessite de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade deve ser substituída pela medida de segurança detentiva

(internação) ou restritiva (tratamento ambulatorial), pelo prazo mínimo de um a três anos, aplicando-se as regras do artigo 97 do Código Penal.

Tratando do mesmo tema, o professor Álvaro Mayrink Costa (1998, p. 995) preconiza:

Aliás, como ex-diretor de estabelecimento penal (1966), pode atestar que o duplo-binário era uma fantasia e não uma realidade. Inexistiam estabelecimentos penais próprios para custodiar os semi-imputáveis, e as medidas de segurança aplicáveis aos imputáveis eram transformadas em liberdade vigiada após simbólico exame de verificação de cessação de periculosidade.

Ressalta-se ainda a situação prevista na legislação extravagante, popularmente conhecida “Lei de Tóxicos”. Observemos o artigo 47 da Lei nº 11.343/2006:

Artigo 47. Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda observado o disposto no artigo 26 desta Lei.

Quando constatado que o agente de fato é ou era semi-imputável no momento da ação, fica o juiz obrigado a aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 46, da mencionada Lei de Tóxicos, não podendo aplicar o artigo 98 do Código Penal. Pode, ainda, o Magistrado determinar o tratamento do condenado.

Se determinado que seja feito o tratamento, este irá complementar o fim preventivo da norma criminal. Portanto, o tratamento vem a ser uma medida preventiva do direito à integridade da saúde do condenado.

Por tais razões, é fácil percebermos que a modificação do Código Penal de 1984 à Parte Geral do Código Penal de 1940 extinguiu a medida de segurança para os imputáveis e, ao mesmo tempo, instituiu o sistema vicariante. Dessa forma, a medida de segurança de caráter meramente preventivo fica reservada somente aos inimputáveis. E para aquele réu tido como perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena travestida de medida de segurança.

1.2.2 Diferença teórica entre pena e medida de segurança

No atual ordenamento jurídico brasileiro, a medida de segurança tem sido alvo de inúmeras discussões a respeito de sua constitucionalidade. Parte da doutrina entende ser cabal e exacerbação do limite máximo previsto em lei, pois, se o agente não teve a sua periculosidade cessada, não há que se falar em termino da medida de segurança, por outro lado, outra parte entende se inconstitucional ao agente inimputável permanecer sob a medida de segurança, após o limite máximo previsto, sendo que o tempo máximo já cumprido por ele não foi suficiente para diminuir sua periculosidade.

É notório o entendimento de que a medida de segurança é pré-destinada ao agente que foi diagnosticado como inimputável e, em alguns casos, aplica-se também ao semi-imputável, visando à prevenção e almejando a cessação da periculosidade do agente, garantindo que ele não venha novamente praticar qualquer ato infracionário.

É possível encontrar na doutrina distinções entre a pena e a medida de segurança. Vejamos quais são essas diferenciações e seus critérios.

A pena pressupõe a culpabilidade, enquanto a medida de segurança a periculosidade. Por isso que “a ausência de culpabilidade não impede a aplicação da medida de segurança, pois ela é substituída pelo juízo de periculosidade”. Também por isso, a culpabilidade seria pressuposto da pena e não elemento ou requisito do crime, uma vez que, para a aplicação da medida de segurança, bastariam a tipicidade e a ilicitude da conduta Bitencourt (2004, p. 681).

Outra característica que diferencia uma da outra é que a pena tem natureza retributiva-preventiva e a medida de segurança tem caráter preventivo: ainda, a pena tem proporção devido à gravidade da infração e a proporcionalidade da medida de segurança fundamenta-se na periculosidade do agente. Por fim, a pena tem tempo determinado; já a medida de segurança não Damásio (2003, p. 545).

É correto dizer que, quanto aos inimputáveis, o juízo de culpabilidade é substituído pelo juízo de periculosidade. Segundo Paulo Queiroz isso ocorre porque, em favor do inimputável, militam, também, além das excludentes de tipicidade e ilicitude, todas as causas de exclusão de culpabilidade, bem como causas extintivas

de punibilidade (prescrição e decadência), conforme prevê o artigo 96, parágrafo único, do Código Penal, Queiroz (2008, p. 397):

Artigo 96. As medidas de segurança são:

I – Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II – Sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único. Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Assim, entende-se que só a periculosidade não é o bastante, evidentemente, para ensejar a aplicação da medida de segurança, pois hão de concorrer, para tanto, todos os pressupostos da punibilidade, já que são inadmissíveis medidas pré-delitais. Mas, se os inimputáveis ficam sujeitos, não à pena, e sim, à medida de segurança, é porque assim recomenda o princípio da proporcionalidade, pois não faria sentido colocá-los em uma penitenciária.

A distinção reside, portanto, unicamente, nas consequências: os imputáveis estão sujeitos à pena, os inimputáveis, à medida de segurança, atendendo-se a critério de pura conveniência político-criminal e adequação da resposta penal (QUEIROZ, 2008, p. 399).

1.3 Princípios norteadores da pena e da medida de segurança

1.3.1 Princípio da Legalidade

A Constituição Federal de 88, em seu artigo 5º, XXXIX, diz "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", demonstrando a sua seguridade na aplicação da norma penal. De acordo com Bitencourt (2007, p. 279), "o princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da ciência jurídica que obedece a exigências da justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado".

Afirma Cernichiaro (1995, p. 130-131) que o princípio da legalidade não chega até as medidas de segurança. Com opinião contrária, Prado (2005, p. 688) assevera que "não há dúvida de que, a exemplo das penas, as medidas de segurança também estão submetidas ao princípio da legalidade", embora admita que "um dos

princípios decorrentes da legalidade penal, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, nem sempre foi tido como válido para as medidas de segurança". Com outro enfoque, Franco (1986, p. 101) afirma que:

A execução penal à margem do princípio da legalidade constitui, portanto, um verdadeiro contrassenso, na medida em que o nítido quadro de tutela à liberdade pessoal do cidadão é abruptamente interrompido e o preso, sem nenhum tipo de proteção, é entregue ao arbítrio da administração penitenciária.

Assim sendo, tendo como premissa o princípio da legalidade, não se considera crime um ato sem sua devida previsão legal. Em outras palavras, somente a lei determina o que é ato ilícito. Conclui-se, portanto, que somente a lei pode criar a medida de segurança.

1.3.2 Princípio da Anterioridade

O princípio da anterioridade reza que a medida de segurança só poderá ser aplicada se, quando for praticada a infração, houver norma anterior que condene o ato e o puna com a medida de segurança, já que, este princípio comina junto com o princípio da irretroatividade da lei penal mais grave.

O artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal preceitua que "a lei penal não retroagirá, salvo se para beneficiar o réu". Toledo (1994, p. 22) afirma sobre o princípio da irretroatividade:

O princípio da irretroatividade da lei penal, com fulcro constitucional (artigo 5º, XL, CF), reforça a legalidade, pois, além de uma pessoa só poder ser punida por previsão legal, essa punição apenas se poderá dar a partir do início da vigência daquela lei. Esta é a redação do inciso XL do artigo 5º da Constituição: "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" (grifo nosso). Aqui o próprio dispositivo constitucional que disciplina o princípio prevê uma exceção. Como dissemos, os princípios qualificadores da legalidade estão sempre voltados para o bem do cidadão, portanto a exceção se coaduna com essa ideia. Assim, diz-se que o Brasil aceita a retroatividade in mellius (ou proíbe a retroatividade in pejus), podendo-se aplicar a lei mesmo se ainda estiver em vacatio legis, desde que benéfica ao réu. Um brocardo resume essa função do princípio da legalidade: nullum crimen nulla poena sine lege praevia.

Reafirmando o que foi dito no texto supra, só existe crime se previsto em lei e a medida de segurança só será aplicada se esta estiver prevista na lei, em analogia ao mesmo princípio relativo à pena.

1.3.3 Princípio da Jurisdicionalidade

Somente poderá ser aplicada a medida de segurança quando respeitado o “*devido processo legal*”.

É possível encontrar, em nossa atual Constituição Federal, diversos dispositivos que apontam a jurisdicionalidade na aplicação das sanções penais e podemos citar os artigos 5º, incisos XXXV, XXXVII, XLVI, LIII, LIV, LV, LX, LXV, LXXIV e artigo 24, I.¹:

A ação procede não somente no que diz respeito ao Direito Penal, mas sim, em qualquer dos ramos do direito. Contudo, faz-se necessário observar o devido processo legal, o qual deve ser apreciado por agente competente para o julgamento do caso concreto. Pode-se dizer que é a figura do juiz a responsável para julgar o caso em questão e, assim, determinará a aplicação da medida de segurança.

¹ Artigo 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: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; Artigo 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.

2 FORMAS JURÍDICAS DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Existem, no sistema jurídico penal brasileiro, três tipos de responsabilidades relacionadas à aplicação ou não de pena: o imputável (a quem se aplica a pena), o semi-imputável (a quem se pode aplicar a pena ou a medida de segurança) e o inimputável (a quem se aplica apenas a medida de segurança).

O Direito Penal faz uso do instrumento denominado medida de segurança e, por sua vez, aplica o tratamento adequado e específico ao agente infrator que foi diagnosticado com alto grau de periculosidade. Esse instrumento tem como objetivo principal, impedir sua reincidência. Isso é o que assevera os autores Ferrari (2001, p. 15) e Ribeiro (1998, p. 9), que também afirmam que a medida de segurança tem como objetivo a prevenção e, conseqüentemente, a preservação da sociedade da ação de delinquentes temíveis, bem como o provimento da cura e recuperação para a volta desses cidadãos ao convívio social, como também destacado por Mirabete (2007, p.375).

2.1 Aplicação da medida de segurança ao inimputável

O artigo 171 da Lei de Execução Penal diz que somente poderá ser executada a medida de segurança após o trânsito em julgado da sentença, e para iniciar a execução será necessária à expedição da guia de internação ou de tratamento ambulatorial (artigo 173 da Lei de Execução Penal).

Artigo 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

Artigo 173. A guia de internação ou de tratamento ambulatorial, extraída pelo escrivão, eu rubricará em todas as folhas e a subscreverá com o juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá: [...].

Assim, esse é o momento exato para o início da aplicação da medida de segurança. Mas, para que isso aconteça, deve-se identificar o caso concreto tendo como agente o indivíduo inimputável.

2.1.1 Prática do fato definido como crime

Primeiramente, para que se possa falar em medida de segurança, o agente deve ter praticado fato previsto como crime, significando ela critério limitativo por questões de segurança jurídica, conforme Prado (2010, p. 634). Já Mirabete (2007, p. 377) destaca que “não se admite a aplicação de tal medida diante da falta de provas da imputação, se o fato não representa ilícito penal e se há absolvição mediante excludente de antijuridicidade”.

Para que se possa aplicar a medida de segurança ao agente inimputável ou semi-imputável faz-se necessária a presença de três pressupostos, quais sejam: a realização de um fato ilícito-típico penal, a presença da periculosidade e a ausência de imputabilidade plena.

Segundo o entendimento de Prado (2005, p. 744), “a prática do fato típico é o primeiro requisito para que se possa aplicar a medida de segurança, sendo indispensável para a configuração desta, pois antes de qualquer coisa, o sujeito deve praticar um ilícito penal típico”.

Este seria o requisito objetivo material do ilícito, como veremos no item que se segue.

2.1.2 Periculosidade do agente

O fato ilícito-típico penal é o primeiro pressuposto do crime e o segundo é a periculosidade do agente. Porém, para tanto, esta deve ser devidamente comprovada. Para Bitencourt (2006, p. 839), esse requisito possui como conceito ser “[...] um estado subjetivo mais ou menos duradouro de antissociabilidade. É um juízo de probabilidade – tendo por base a conduta antissocial e anomalia psíquica do agente – de que esta voltará a delinquir”. Analisando o Código Penal brasileiro, será possível perceber dois tipos de periculosidade elencados no artigo 26, quais sejam: a periculosidade presumida, que é aquela identificada quando o agente é inimputável, descrita no caput do artigo 26, e a real, que trata de agente semi-imputável, disposto no parágrafo único do referido artigo do Código Penal.

Artigo 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.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um terço 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.

Ponto importante que merece destaque é o que se refere ao agente inimputável, pois ele somente cumprirá a medida de segurança, após comprovada a prática do ato ilícito-típico e, se comprovada a sua periculosidade, deve haver a real necessidade de tratamento curativo, o qual será imposto, após o trânsito em julgado da sentença.

2.1.3 Ausência de imputabilidade plena

Por fim, o terceiro pressuposto do fato crime refere-se à necessidade de comprovação da ausência de imputabilidade plena.

Antes de falarmos do tema em questão, primeiro devemos entender o conceito de imputabilidade. Imputabilidade é a possibilidade de se responsabilizar alguém pela prática de determinado fato previsto pela lei penal. Para tanto, o agente teria de possuir condições para entender o caráter ilícito do fato. Assim, deveria estar no pleno gozo de suas faculdades mentais para que pudesse atuar conforme o direito Greco (2013, p. 380).

Após o entendimento do que vem a ser imputabilidade, vejamos o seguinte exemplo de forma a ilustrar o tema: o agente, por motivos alheios, envolve-se em uma briga e, num determinado momento, ele desfere várias facadas certeiras em seu desafeto, que vem a óbito, assim praticando o fato ilícito de homicídio, acometido por alto grau de violência, possibilitando a fácil constatação da periculosidade desse agente. Contudo, o agente deve estar em um estado de total ausência de imputabilidade, ou seja, ele não tinha condições de entender o caráter ilícito do fato. Nesse caso, o agente apresentará todos os três pressupostos do fato ilícito-típico penal e, posteriormente, poderá ser aplicada a sanção cabível que, neste caso será a medida de segurança.

2.2 Espécies de medidas de segurança

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 96, prevê as espécies de medida de segurança, quais sejam a internação hospitalar (de natureza detentiva) e o tratamento ambulatorial (de natureza restritiva). Na sequência, o diploma ainda prevê que se o agente for inimputável, será submetido à internação hospitalar, porém, segundo o código, caso o crime cometido pelo agente seja punível com pena de detenção, o juiz poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial, como preleciona o artigo 97 do Código Penal.

Artigo 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (artigo 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Mesmo sabendo que a medida de segurança tem por fim a recuperação do infrator inimputável é seguro afirmar que a internação hospitalar é a mais drástica das medidas de segurança. Não poderia ser diferente, pois o agente inimputável é retirado do convívio da família e submetido à internação em hospital psiquiátrico, tendo ainda como agravante, em alguns casos, instalações precárias, falta de acompanhamento terapêutico adequado, impossibilitando o seu retorno ao convívio social.

2.2.1 Internação em hospital de custódia (natureza detentiva)

Essa medida de segurança é de natureza detentiva, pois o agente é submetido à internação em hospital de custódia, onde será feito o tratamento psiquiátrico. É o que preceitua o artigo 96 do Código Penal:

Artigo 96. As medidas de segurança são:
I-internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico
ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

Quando imposta ao agente inimputável, a medida de segurança, em sua forma detentiva, possui características específicas. Sendo a pena imposta a de reclusão, a medida de segurança será a detentiva e por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade. A avaliação médica ocorrerá após um prazo mínimo, com intervalos

entre um e três anos, salvo nos casos em que o juiz da execução determinar que seja realizada em prazos distintos Capez (2010, p. 466).

Uma ressalva deve ser feita a respeito da expressão contida no parágrafo anterior, “por tempo indeterminado”. Nas palavras do professor Greco (2013, p. 675):

A medida de segurança, com providência judicial curativa, não tem prazo certo de duração, persistindo enquanto houver necessidade do tratamento destinado à cura ou à manutenção da saúde mental do imputável. Ela terá duração enquanto não for constatada, por meio de perícia médica, a chamada cessação da periculosidade do agente, podendo, não raras as vezes, ser mantido até o falecimento do paciente. Esse raciocínio levou parte da doutrina a afirmar que o prazo de duração das medidas de segurança não podem ser completamente indeterminado, sob a pena de ofender o princípio constitucional que veda a prisão perpétua, principalmente tratando-se de medida de segurança detentiva, ou seja, aquela cumprida em regime de internação, pois, segundo as lições de Zaffaroni e Pierangeli, “não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete quem tem a obrigação de fazê-lo”.

A próxima espécie de medida de segurança que iremos analisar tem natureza restritiva, onde, o tratamento é feito de forma ambulatorial, tratando de forma mais branda o agente.

2.2.2 Tratamento ambulatorial (natureza restritiva)

Quando o agente pratica um fato típico e esse fato é punido com detenção, pode o juiz submeter esse agente a tratamento ambulatorial que tem natureza restritiva. Esse tratamento será por prazo indeterminado, até que seja constatada a cessação da periculosidade do agente. A constatação da cessação da periculosidade poderá ser feita por perícia médica, desde que respeite o prazo mínimo o que varia de um e três anos. Segundo Capez (2010, p. 467), a constatação ainda pode ocorrer a qualquer momento, antes do prazo mínimo, se o juiz da execução assim determinar, conforme o artigo 176 da Lei de Execução Penal.

Artigo 176. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o juiz da execução, diante do requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, de seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

O critério para se fixar o prazo mínimo dependerá do grau de perturbação mental do agente, juntamente com a gravidade do delito praticado por ele. Com relação a isso, cabe ressaltar que, embora a medida de segurança não tenha finalidade retributiva, não devendo, por isso, estar associada à repulsa do fato delituoso, a maior gravidade do crime recomenda cautela na liberação ou desinternação do portador de periculosidade Capez (2010, p. 468).

Por fim, antes de qualquer decisão, o julgador tem a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao agente inimputável, não importando, segundo Greco (2013, p. 390) se o fato definido como crime punido com pena de reclusão ou de detenção.

2.3 Ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana

Não há uma definição específica a respeito do que vem a ser dignidade da pessoa humana, contudo é possível construir um conceito entendendo como uma qualidade irrenunciável e inalienável que integra a própria condição humana. Pode-se dizer que seja algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, segundo entendimento de Greco (2013, p. 73).

O autor ainda assevera que qualquer ato praticado pela pessoa, seja criminoso ou não, precede de dignidade. Na falta de uma definição definitiva, adotamos o conceito proposto por Ingo Wolfgang Sarlet, que procurou condensar alguns dos pensamentos mais utilizados para definição do conceito de dignidade da pessoa humana, configurando-se ela na:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que faz o merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e

desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2009, p. 60).

A Constituição Federal visa a proteger todos aqueles que, temporariamente ou não, estão em território nacional, proibindo a cominação de uma série de penas, por entender que todas ofendem diretamente à dignidade humana.

A atual Constituição logo, em seu artigo primeiro, protege a dignidade humana, o que demonstra a importância desse princípio, sendo este, já destacado em seu primeiro artigo da Constituição Federal.

Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Nota-se, portanto, a tamanha preocupação do legislador para com as pessoas em se tratando de convívio, respeito mútuo e liberdade de escolha.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana assume um lugar de destaque no contexto do Estado Democrático de Direito. Antigamente, a humanidade sofria com a truculência dos atos estatais. Passada essa fase da história, com o surgimento da Declaração Universal da ONU, de 1948, limites foram impostos aos poderes estatais, permitindo uma melhor convivência entre as pessoas em um cenário de maior segurança, paz e dignidade em suas vidas, nos termos da lição de Moraes (2003, p. 105-147).

Ao longo da história, notou-se que o Estado não era o único que poderia lesar os direitos dos indivíduos, mas também os particulares causariam, eventualmente, algum tipo de dano ou ameaças a tais direitos. Nesse meio tempo, surge, na Alemanha, uma corrente teórica que entendia serem aplicáveis os direitos fundamentais não só nas relações verticais, entre Estado e indivíduo, mas também

nas relações horizontais existentes entre os particulares.

Hoje, é sabido de forma abrangente que os grupos privados são detentores de poderes ideológicos, econômicos e políticos. Sarmiento (2004, p. 375), analisando o contexto do Estado pós-social, ensina que:

[...] se no Estado Social o público avançara sobre o privado, agora ocorre o fenômeno inverso, com a privatização do público. Público e privado cada vez mais se confundem e interpenetram, tornando-se categorias de difícil apreensão neste cenário de enorme complexidade. Numa sociedade desigual como a brasileira, com baixo nível de mobilização política, onde o Estado sempre esteve privatizado, eis que instrumentalizado em prol dos interesses privados das elites, o processo descrito encerra graves riscos. Teme-se que o Estado se torne flexível para alguns, mas que continue muito duro com os outros; que a administração seja consensual para os que têm algum poder, mas imperativa e fria para os que não têm poder nenhum.

O que se pode notar na citação é que foram aumentadas as situações em que particulares geram pressões a outros indivíduos, acarretando maiores chances de se desrespeitar os direitos fundamentais nas relações.

Desse modo, desenvolveram-se diversas teorias de modo a justificar a aplicação e os efeitos dessas pretensões essenciais nas relações interprivadas, sendo que, tendo esta, há a peculiaridade de que ambas as partes são detentoras de direitos.

Porém, o que não seria correto esquecer é que o princípio da dignidade da pessoa humana possui conexões com os direitos fundamentais e que os operadores do direito tentam ou tentarão fazer uso, cada vez mais, dessas pretensões constitucionais, para demonstrar qualquer irregularidade em cada caso. Devemos lembrar que, apesar de tudo, a utilização incorreta desses institutos poderá causar sua banalização e descrédito, essa afirmação de Sarmiento não fala da banalização. Como bem destaca Sarmiento (2004, p.375-414):

Os direitos fundamentais, que constituem, ao lado da democracia, a espinha dorsal do constitucionalismo contemporâneo, não são entidades etéreas, metafísicas, que sobrepairam ao mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana.

Percebe-se, claramente, a preocupação contida na Constituição Federal com todos os cidadãos de forma ampla, para que não se ultrapassem os limites da dignidade da pessoa humana.

3 - MEDIDA DE SEGURANÇA E PRAZO

A medida de segurança é a resposta aos atos praticados pelos agentes considerados inimputáveis. Também é a forma de resposta legal que o Estado dispõe para aplicar a sanção penal adequada ao agente que praticou o injusto penal.

Atrelado a essa sanção praticada pelo Estado, vem o questionamento entre as correntes doutrinárias a respeito do tempo que o agente permanece sob a medida de segurança.

3.1 Limite temporal da medida de segurança.

Grande discussão existe quanto o tempo máximo da medida de segurança, se é que existe tal limite.

Guilherme de Sousa Nucci entende que a lei estipula que a medida de segurança se dá por prazo indeterminado. Porém, o mesmo autor afirma ter entendimento contrário a essa possível perpetuidade, o que será inconstitucional, pois, como mencionado acima, fere princípio constitucional da vedação do caráter perpétuo da pena. Contudo, lembra que medida de segurança, apesar de não ser pena, tem natureza jurídica de sanção penal, e, por isso, deve seguir os seus princípios. O autor em questão, ainda no mesmo tópico, apresenta opinião sobre a questão dizendo o seguinte:

Além da medida de segurança não ser pena, deve-se fazer uma interpretação restritiva do artigo 75 do Código Penal. Ainda afirma, muitos condenados há vários anos de cadeia estão sendo interditados civilmente, para que não deixem a prisão, por serem perigosos, padecendo de enfermidades mentais, justamente porque atingiram o teto fixado pela lei (30 anos), Nucci (2014, p. 531)

Álvaro Mayrink da Costa entende ser necessário a fixação de prazo, assim se pronuncia sobre o tema:

“Rebelo-me contra a característica de indeterminação da medida de segurança, sustentando a necessidade de ser fixado um prazo de duração máximo, que não poderia ultrapassar ao máximo da pena cominada ao tipo violado pelo atuar do inimputável”. Costa (1998, p. 1945)

Na mesa ceara o autor Greco (2013, p. 687) entende que o agente deve

permanecer sob a medida de segurança, enquanto permanecer sua periculosidade:

A medida de segurança é aplicada ao agente inimputável de forma curativa, de modo que, enquanto permanecer a periculosidade do agente, o tratamento se fará necessário destinando-se a cura ou à manutenção da saúde mental do agente inimputável. O tratamento se faz necessário, enquanto não for constatada, por meio de perícia médica, a cessação da periculosidade do paciente, contudo, não é raro encontrar casos de pacientes que permaneceram no tratamento, até o seu falecimento. A partir daí, parte da doutrina vem a afirmar que a medida de segurança não pode ter o seu prazo totalmente indeterminado, tomando como parâmetro, a mesma ofensa a princípios constitucionais que veda a prisão perpétua.

Bitencourt (2007, p. 743) afirma que a medida de segurança não poderia ultrapassar o máximo de pena abstratamente cominada ao delito, entendendo que, esse seria o limite da intervenção estatal, seja a título de pena, seja a título de medida de segurança, tendo como amparo legal o princípio constitucional que veda a prisão perpétua.

Está regulado no artigo 75, do Código Penal Brasileiro, um limite do poder de punir que é concedido ao Estado, que determina um prazo máximo de até 30 anos de pena ao agente, evitando-se, assim, a perpetuidade da pena. Partindo de tal premissa, entende-se que esse limite também deve ser aplicado para as medidas de segurança, tendo em vista que mesmo o legislador tendo deixado o prazo máximo como indeterminado, a perpetuidade ofenderia a vedação do caráter perpétuo da pena, que, assim como a medida de segurança, é sanção penal, possuindo, assim, a mesma natureza jurídica, seguindo, assim, o que estabelece o artigo 5º, XLVII, “b” da Constituição Federal de 1988:

Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;**
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Fica a cargo do Juiz fazer uso de métodos, bem como a hermenêutica jurídica e aplicar, por analogia, esse dispositivo, devendo ser interpretado como sendo relativamente indeterminado e não absolutamente indeterminado. Alberto Silva

Franco e Rui Stoco (2001, p.1660), porém, demonstrando que esse posicionamento não está sendo aplicado, apresentam a seguinte jurisprudência:

Medida de segurança – Inaplicabilidade do prazo máximo de 30 anos para o cumprimento de pena previsto constitucionalmente – Internação que pode prolongar-se indefinidamente se não constatada a cessação da periculosidade do agente- “O prazo máximo de 30 anos para o cumprimento de pena previsto constitucionalmente não se aplica à medida de segurança, pois a internação pode prolongar-se indefinidamente se não constatada a cessação de periculosidade do agente” (TJSP – Ag. – Rel. Egidio de Carvalho – j. 09.11.1998 – RT 763/553).

Contudo, há alguns autores que tem posicionamento contrário à limitação do tempo da medida de segurança. Haroldo da Costa critica a possibilidade de limitação no prazo da medida de segurança dizendo que o limite máximo designado pelo Código Penal poderá ser superior à pena cominada abstratamente, concluindo, então, que a pessoa sujeita à medida de segurança terá castigo maior, o que tornaria a ser um desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

De mais a mais, o artigo 97, parágrafo 1º, trás previsão de que a medida de segurança, tanto em sua forma definitiva quanto em sua forma restritiva, será por tempo indeterminado, sendo mantida essa condição enquanto permanecer a periculosidade do agente. Tal diagnóstico deverá ser feito por perícia médica, em tempo pré-estabelecido pelo juiz ou no tempo máximo previsto na norma, que é a cada ano. Em outros termos, a lei não fixa o prazo máximo de duração, que é indeterminada (enquanto não cessar a periculosidade), e o prazo mínimo estabelecido, de um a três anos, é apenas um marco para a realização do primeiro exame de verificação de cessação de periculosidade, o qual, via de regra, repete-se indefinidamente, Bitencourt (2004. p. 954).

Assim, de um lado temos a questão constitucional da limitação da pena em trinta anos e, de outro, a inexistência de qualquer limite máximo para a medida de segurança. E isso trás uma dicotomia que precisa ser resolvida, sob pena de imperar a injustiça.

Portanto, não se pode ignorar que a Constituição Federal de 1988 trás em uma de suas cláusulas pétreas a proibição da prisão perpétua, e, como a pena e a medida de segurança não se distinguem ontologicamente, já que ambas são

consequências penais, com natureza jurídica de sanção penal, pode-se dizer que o prazo indeterminado da medida de segurança, não foi recepcionado pelo texto constitucional. Ou seja, a norma que proíbe a prisão de caráter perpétuo deve ser aplicada também no que tange à medida de segurança, limitando, assim, o cumprimento das medidas de segurança a prazo não superior a trinta anos, sendo este, o lapso temporal permitido de privação da liberdade do infrator (artigo 75 do Código Penal), Bitencourt (2004. p.955).

De outra forma, como vemos no artigo 75 do Código Penal, o agente que se encontra no sistema carcerário comum pode permanecer preso por no máximo trinta anos, e nesse caso, não importa o grau de periculosidade que imponha à sociedade quando esse agente for solto. Assim, não existe qualquer justificativa para manter internado o agente em medida de segurança que permaneça pelo mesmo tempo nesse regime.

Ao contrário de alguns autores, a exemplo de Greco (2013, p. 677), o tempo de internação máximo deve corresponder ao máximo cominado à pena.

Entretanto, este entendimento não nos parece ser o mais correto, pelo seguinte motivo: nem sempre a cessação da periculosidade está condicionada ao decurso do lapso temporal máximo cominado ao delito, havendo um risco muito grande à sociedade liberar o inimputável sem que antes seja cessada sua periculosidade. Neste sentido,

Com efeito, este Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a medida de segurança possui caráter punitivo, razão pela qual a ela se aplicam tanto o instituto da prescrição, bem como o tempo máximo de duração de trinta anos previsto no artigo 75 do Código penal.

Assim, não resta alternativa a não ser, conforme demonstrado, concluirmos pela impossibilidade de estender a duração da medida de segurança por tempo superior ao limite estabelecido no artigo 75 do código penal, bem como pela impossibilidade de extinguir a medida de segurança antes deste limite, exceto se constatado a cessação da periculosidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo buscou demonstrar que as medidas de segurança são, em casos específicos, um meio de prevenção contra possíveis ataques dos portadores de patologia mental, sejam eles inimputáveis ou semi-Inimputáveis, contra os bens jurídicos protegidos pelo nosso ordenamento brasileiro. Porém, a prevenção em que se funda a medida de segurança deve conter limites quanto à prolongação no tempo, que deve ser observado primordialmente na nossa Constituição Federal, objetivamente no artigo 5º, XLVII, "b", que vela pela não aplicação de prisão perpétua no nosso país.

Pode-se notar claramente, inclusive em casos concretos, que a medida de segurança quando aplicada sem qualquer limite temporal, figura de forma nítida a perpetuidade na execução, já que existem casos em que o paciente dentro do sistema, lesionando inúmeros princípios constitucionais, principalmente o da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Limitação da Pena e Prisão Perpétua. Sendo assim, é perfeitamente possível a aplicação da medida de segurança com base na cominação em abstrato do delito praticado e, até porque, transcorrido esse lapso temporal o doente mental será posto em liberdade automaticamente, mas, se acaso persista a periculosidade do indivíduo após o lapso temporal em abstrato, deveríamos cessar a medida de caráter penal e aplicar ao paciente medida administrativa, justo que após interdição civil do agente.

Devemos ainda ressaltar que a execução da medida também não pode conter prazo mínimo obrigatório, mesmo sendo prevista na Lei de Execução Penal, cabendo, pois, futuramente o Código Penal expandir sobre a não existência deste prazo, reforçando o artigo 176 da Lei de Execução Penal.

Por fim, é possível entendermos que a aplicação da medida de segurança sem que haja um limite temporal é totalmente inconstitucional segundo a norma vigente, uma vez que feri a lei de nosso país.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v.1. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 20Set2014.

BRASIL. Código de Processo Penal, L.3689. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 20Set2014.

BRASIL. Código Penal Brasileiro, L.2848. Disponível em

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 20Set2014.

BRASIL. Lei de Execuções Penais. L7210. Disponível em

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em 20Set2014.

BRASILIA. Recurso extraordinário nº759151. Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e Procurador Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios versus Claudionor Madeira Soares e Leonardo Hanks Thompson Flores. Julgamento 19 Mai 2014. Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25096652/recurso-extraordinario-re-759151-df-stf>>. Acesso em 20Set2014.

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

CERNICHIARO, Luiz Vicente :COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito penal*. v.1 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COSTA JR, Paulo José, *Comentários ao Código Penal: Parte Geral*, v.1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

FRANCO, Alberto Silva. *A jurisdicionalização da execução criminal: Temas de Direito Penal*. Saraiva, 1986.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral* v. 1. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013.

JESUS, Damásio de, *Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: Parte geral*. 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte geral*, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Medidas de Segurança*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJSP – Ag. – Rel. Egidio de Carvalho – j. 09.11.1998 – RT 763/553 (demais dados indisponíveis).

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

SARMENTO, Daniel Antonia de Moraes. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adécio leite (Coord.). *Crise e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.