

EDUARDO REALE FERRARI

# MEDIDAS DE SEGURANÇA E DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

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

Bibliografia.  
ISBN 85-203-2069-4

1. Medidas de segurança (Direito penal) I. Título.

01-2250

CDU-343.125

Índices para catálogo sistemático: 1. Medidas de segurança : Direito penal 343.125

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

## PROPOSTAS PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA CRIMINAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

SUMÁRIO: 7.1 Desinternação progressiva e progressão nas medidas de segurança – 7.2 Limites mínimos e máximos nos prazos de duração das medidas de segurança criminais: 7.2.1 Origem e evolução dos limites mínimos e máximos nos prazos das medidas de segurança criminais; 7.2.2 Limites mínimos e máximos e o Estado Democrático de Direito; 7.2.3 Limites mínimos e máximos e a ponderação de interesses; 7.2.4 Limites mínimos e máximos das medidas de segurança: argumentos favoráveis e desfavoráveis; 7.2.5 Limites mínimos e máximos e as soluções doutrinárias; 7.2.6 Limites mínimos e máximos no atual ordenamento jurídico-penal brasileiro e suas propostas de *lege ferenda* – 7.3 Prescrição e medida de segurança criminal: 7.3.1 A prescrição das medidas de segurança no ordenamento jurídico-penal atual; 7.3.2 Prescrições das medidas de segurança criminais no futuro ordenamento jurídico nacional: propostas de *lege ferenda* – 7.4 Natureza jurídica da sentença judicial impositiva à medida de segurança criminal.

Expostas nossas observações quanto à origem, à evolução e aos pressupostos, à teoria do delito e aos fins das medidas de segurança criminais, conclusiva será a necessidade em inseri-las no contexto de um Estado Democrático de Direito, constituindo-se num instituto recentemente sistematizado nas legislações, necessitando ainda evoluir.

Sob essa perspectiva e numa tentativa em fomentar o debate sobre a humanização e a estadualidade de direito nas sanções-medidas, elegemos – dentre inúmeros outros que poderiam ser escolhidos – quatro tópicos propositivos às medidas de segurança criminais, a saber: 1) desinternação progressiva e progressão nas medidas de segurança, 2) limi-



tes mínimos e máximos, 3) prescrição e 4) natureza da decisão de inimpugnabilidade.

### 7.1 Desinternação progressiva e progressão nas medidas de segurança

Partindo da concepção de que a Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 5.º, exige que todos sejam iguais perante a lei, bem como de que, analogicamente, necessária será a individualização de qualquer sanção (art. 5.º, inc. XLVI), indubitável constitui a afirmação no sentido de que todos os direitos existentes no imputável estendam-se aos inimpugnáveis e semi-imputáveis, existindo regras obrigatórias, tanto no instante da enunciação, da aplicação como no da execução da sanção-medida.

O processo da execução da medida de segurança criminal constituirá o nosso objeto de investigação para a primeira proposição.

Com o intento de conferir efetividade às sentenças ou decisões criminais, a execução de qualquer sanção penal possui, dentre suas finalidades, a função de proporcionar condições de integração harmônica social aos suscetíveis de punição, sendo nesse contexto importantíssima a expressão reintegração comunitária.

Reintegração comunitária significa possibilidade de integração social, exteriorizada pela progressividade na execução de qualquer espécie de sanção-penal, estendendo-se também àqueles suscetíveis às medidas de tratamento criminal.

Permitida a progressão em relação a inimpugnáveis e semi-imputáveis, possíveis serão as transferências de um regime de tratamento mais rigoroso a um menos rigoroso, resgatando sua autodeterminação e dignidade, auxiliando na efetiva, gradativa e futura convivência sócio-familiar.

Embora inexistente em nossa atual legislação penal, o sistema progressivo aplicável aos delinquentes-doentes mentais já constitui uma realidade pragmática nacional, concretizada em vários estados da Federação,<sup>1</sup> apesar da lacuna legal.

<sup>(1)</sup> Dentre os estados que aplicam a progressividade da execução da medida de segurança, importante constitui a referência ao Instituto Psiquiátrico Forense de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, o Manicômio Judiciário de Recife-Pernambuco, seguindo os moldes do de Porto Alegre, e do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Professor André Teixeira Lima, de Franco da Rocha. A progressividade, em Porto Alegre, denomina-se de alta progressiva,

Experimentada pela primeira vez no Brasil em 1966, no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso, de Porto Alegre, a progressividade dos delinquentes-doentes mentais possuía como característica essencial: a oportunidade de o paciente<sup>2</sup> dirigir-se à casa de familiares, inicialmente nos fins-de-semana, ampliando-se, de forma paulatina, para sua estadia com a família por uma semana, quinze dias, um mês, permanecendo em casa definitivamente quando demonstradas as condições de reintegração.

No período de 1981 a 1984, o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Franco da Rocha iniciou visitas experimentais, admitindo que os pacientes-delinquentes passassem os fins-de-semana junto a seus familiares, resultando em concretos ganhos terapêuticos. Tal ensaio, todavia, foi suspenso judicialmente sob a alegação de ausência de amparo legal.

O direito de execução penal, em lugar de evoluir com as novidades psíquico-terapêuticas – que indicavam, inclusive, constituir o meio aberto grande rumo para a recuperação do inimpugnável –, transformou-se em um muro à custódia.

O apego ao formalismo jurídico, contudo, não venceu a imaginação e a resistência dos bem intencionados, inaugurando-se em 1989, em Franco da Rocha, um pavilhão destinado ao implemento de uma progressividade na execução da medida de segurança de internamento, constituindo-se num modelo transitório entre a situação de hospitalização em regime fechado e o retorno ao meio social mais amplo. Instituiu-se,

enquanto em Franco da Rocha, desinternação progressiva. As diferenças essenciais entre a alta e a desinternação progressiva estão relacionadas às formas de tratamento aplicáveis ao delincente-doente. Enquanto na desinternação há um acompanhamento contínuo dos funcionários, analisando a evolução dos pacientes, a alta restringe-se a meras visitas experimentais dos pacientes às casas dos familiares, ressaltando haver também na desinternação uma série de atividades dentro da própria unidade, facultando ao inimpugnável ou ao semi-imputável o trabalho externo durante o dia, com o repouso noturno na instituição, configurando-se num paralelo ao regime semi-aberto aplicado aos imputáveis.

<sup>(2)</sup> Segundo GARCIA, Carlos Eduardo; ADOMATIS, Dalva; PEDROSO, Luiz Antonio; LANZOTTI, Maria Vieira; FERRÃO, Thelma Pascucci, *Proposta de adequação do Código Penal e da Lei de Execução Penal ao tratamento em saúde mental do inimpugnável*, Franco da Rocha, 2000, p. 12, o paciente da alta progressiva, existente no Rio Grande do Sul, somente podia ir para a casa após certo tempo de tratamento, quando considerado tecnicamente capaz.



assim, uma progressividade à medida de internamento, proporcionando aos indivíduos, que aos poucos melhorassem, um momento de liberdade, retornando ao convívio social.

Segundo brilhante trabalho realizado pelos técnicos de Franco da Rocha, a desinternação progressiva<sup>3</sup> constituiu-se em etapas. Inicialmente, elaboravam-se critérios seletivos para o encaminhamento dos internos, optando-se por aqueles que apresentassem evolução no tratamento. Secundariamente, ajustavam-se às dependências do hospital, instalando quatro leitos por sala, sempre abertas diuturnamente, permitido, a qualquer momento, o acesso ao refeitório, à sala de atividades de lazer e ao pátio. Para as refeições, liberavam-se pratos, bem como copos de vidro e talheres de alumínio, havendo ainda geladeira, fogão industrial e comum, além de pias, mesas, bancos e armários para uso geral.

Paralelamente a tais características internas, que conferiam dignidade ao doente mental, ampliavam-se os espaços de locomoção externa, permitindo que os pacientes-delinquentes andassem pelas imediações da instituição. Estimulando à socialização, ao restabelecimento da cidadania, ao resgate da autonomia e ao controle dos impulsos, fomentavam o trabalho a todos os integrantes da Colônia de Desinternação Progressiva, conferindo acesso a diversas atividades ligadas à horticultura, aos serviços gerais, à marcenaria, à datilografia, aos serviços de escritório, atividades desenvolvidas ainda dentro do estabelecimento penal.

Aumentando progressivamente a ressocialização social e constatando a melhora no tratamento, admitiam que o paciente trabalhasse externamente, permitindo atividades como a venda de cachorro-quente, sorvetes e doces, até a prestação de serviços técnicos e operários da construção civil, com o fito de criar vínculos de coleguismo, amizade e, por que não dizer, intimidade no trabalho.

Implantava-se em Franco da Rocha o regime de hospital-noite, no qual o paciente permanece, diuturnamente, fora das dependências da colô-

<sup>(3)</sup> Importante não confundir desinternação progressiva com progressão quanto às espécies das medidas de segurança criminais. A desinternação progressiva não figura-se como sinônimo de progressão da espécie da medida de segurança, porquanto representa apenas mudança de raio ou em certas regras, não alterando-se a espécie da medida de segurança fixada, havendo apenas maior ou menor contato exterior por parte do doente mental com acesso a laborterapia, não modificando-se, entretanto, a espécie da medida de segurança criminal executada. Já a progressão consiste em uma verdadeira transformação da espécie da medida de segurança inicialmente aplicada, passando da internação para o tratamento ambulatorial.

nia de desinternação progressiva, pernecendo na instituição, com o efetivo controle e acompanhamento do tratamento, cabendo aos funcionários da administração analisar as reações dos pacientes inseridos socialmente.

O objetivo do hospital-noite consiste em propiciar o hábito ao paciente de se acostumar, gradualmente, ao meio sócio-familiar – do qual está afastado há anos – utilizando-se de variadas e dinâmicas condutas e regras existentes na Colônia de Desinternação Progressiva, existindo contínuo contato com os técnicos<sup>4</sup> e funcionários, com reuniões semanais, nas quais todos em conjunto deliberam sobre as decisões relativas às normas de funcionamento da Colônia.

A desinternação progressiva consiste num método terapêutico que agiliza e aprimora a compreensão, o manejo e a efetivação do tratamento, restando claro que o regime de contenção se aplica a poucos internos. Constitui-se numa revolução terapêutica, opondo-se ao regime fechado.

Enquanto no internamento fechado o paciente adquire hábitos condutores ao hospitalismo, ao mimetismo, agravando a patologia, cronificando a doença, originando um estado de dependência contínua do ambiente hospitalar, intensificando o distanciamento do meio sócio-familiar, na desinternação progressiva visa-se à integração gradativa entre o paciente e o meio social, oferecendo-lhe formas terapêuticas alternativas, que variam desde saídas extra-institucionais para o trabalho, visitas familiares, passeios pela região, compras na cidade, até o recebimento de aposentadoria, sempre com o devido acompanhamento dos funcionários da instituição.

Na desinternação progressiva adota-se não um mero tratamento psicofarmacológico, mas psico e sócio-terapêutico, tendo razão os técnicos<sup>5</sup> de Franco da Rocha ao afirmarem que, do ponto de vista de saú-

<sup>(4)</sup> Em conformidade com GARCIA, Carlos Eduardo et al., ob. cit., p. 13, a equipe técnica da Colônia de Desinternação Progressiva é composta por um médico, uma assistente social, uma psicóloga, um chefe de segurança penitenciária, que se reúnem semanalmente para discutir e deliberar sobre as condutas, analisar e estudar os casos dos pacientes e suas respectivas famílias, os trabalhos que os pacientes exercerão, além de decidir sobre as visitas familiares que poderão realizar nos finais de semana. Há, assim, um pleno acompanhamento psicológico, social e médico, anotando-se todos os dados nos prontuários, servindo, posteriormente, para a realização do parecer médico que opinará ao juiz sobre a cessação da periculosidade, a continuidade da desinternação progressiva, ou mesmo sobre a regressão ao internamento exclusivamente fechado.

<sup>(5)</sup> GARCIA, Carlos Eduardo et al., ob. cit., p. 16.



de, ineficaz será o método psicofarmacológico, já que apenas controlará o quadro psicopatológico, sem, contudo, interferir no processo de reintegração sócio-familiar.

Como bem destaca a equipe de técnicos do hospital de Franco da Rocha, composta por Carlos Eduardo Garcia, Dalva Adomatis, Luiz Antonio Pedroso, Odete Maria Vieira Lanzotti e Thelma Pascucci Ferrão, com o advento dos psicofármacos, o modelo hospitalocêntrico cedeu espaço às comunidades terapêuticas, aos hospitais-dia, aos centros de convivência e de atendimento ambulatorial, culminando com a reforma psiquiátrica, com o intuito de preservar, ao máximo, a manutenção do paciente em seu meio social.<sup>6</sup>

Paralelamente à desinternação progressiva, destaque também deve ser conferido às medidas ambulatoriais, previstas em nossa legislação penal no art. 96, inc. II, do Código Penal, sendo unânime o posicionamento da psiquiatria moderna quanto à necessidade em priorizá-las.

O tratamento ambulatorial consiste em uma espécie de medida de segurança criminal, a ser cumprida em estabelecimentos abertos, devendo o portador da doença mental ou da perturbação da saúde mental, completa ou incompleta, comparecer aos hospitais nos dias que lhe forem determinados pelos médicos, a fim de ser submetido às modalidades terapêuticas.

O tratamento ambulatorial caracteriza-se como uma autêntica medida não privativa de liberdade, normalmente cumprida em ambulatórios ou outros locais com dependência médica adequada ao tratamento ambulatorial (art. 101 da Lei de Execução Penal), podendo tais estabelecimentos ser públicos ou privados, desde que devidamente credenciados junto ao Poder Judiciário, cabendo à Administração controlá-los eficientemente, facultando ao juiz regredir o paciente submetido a tratamento ambulatorial ao internamento, caso necessário aos seus fins<sup>7</sup> (art. 97, § 4.º, do Código Penal).

O inimputável ou o semi-imputável internado têm o direito à progressividade ao tratamento ambulatorial sob pena de afrontar-se à individualização na execução da sanção criminal, prevista constitucionalmente no art. 5.º, inc. XLVI. A progressividade do internamento ao tratamento ambulatorial consiste numa garantia constitucional, inerente a

<sup>6</sup> Idem, p. 22.

<sup>7</sup> Nesse sentido ver MIRABETE, Julio Fabbrini, ob. cit., p. 265.

qualquer cidadão, configurando-se sua inadmissibilidade um contra-senso às finalidades do tratamento.

Ora, se o juiz de conhecimento pode, no instante da sentença, submeter o inimputável e o semi-imputável ao tratamento ambulatorial, contraditória será a vedação à conversão posterior, por parte do juiz da execução, quando presente a evolução positiva do tratamento.

Como bem destaca Júlio Fabbrini Mirabete,<sup>8</sup> a possibilidade da progressividade é patente, pois, se o juiz que impôs a medida de segurança de internação teve como elemento para a decisão o laudo de exame psiquiátrico, o juiz da execução, contando com dados colhidos durante a internação (exames, informações sobre o tratamento e seus resultados), terá maior possibilidade para verificar a desnecessidade de continuar o internamento, convertendo-se a medida de segurança em tratamento ambulatorial.

Urgente, portanto, constitui a reforma legislativo-penal, enunciando dispositivos, quer para a desinternação progressiva, quer à progressão – do internamento para o tratamento ambulatorial – não podendo nosso Código Penal e a Lei de Execução Penal permanecer estagnados diante da tendência de desinstitucionalização do tratamento, preconizada pela psiquiatria moderna, figurando imprescindível uma imediata adequação legal às novas e salutares modalidades terapêuticas.

Durante os trabalhos da Comissão Revisora à Parte Geral do Código Penal de 1984 – de que honrosamente participamos –, sugerimos a inclusão, no futuro Código Penal, de dispositivo prevendo a desinternação progressiva e a progressão do internamento para o tratamento ambulatorial, tendo os membros da Comissão concordado com ambas as sugestões, enunciando as seguintes redações *de lege ferenda*:

Art. 97. O juiz determinará a espécie de medida de segurança adequada, observada a perícia médica.

§ 3.º O juiz, após perícia médica, poderá conceder ao paciente que apresentar melhora em seu tratamento a desinternação progressiva, facultando-lhe saída temporária para visita à família ou participação em atividades que concorram para o seu retorno ao convívio social, com a indispensável supervisão da instituição em que estiver internado.

§ 4.º Observados os resultados positivos da desinternação progressiva e realizada a perícia, com a melhora do quadro clínico do internado,

<sup>8</sup> Idem, p. 427.



poderá o juiz autorizar a transferência para o tratamento ambulatorial, ouvido o Ministério Público.

A proposta da revisão da Reforma do Código Penal de 1984, caso efetivada, impedirá que os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico tornem-se verdadeiros depósitos de seres humanos confinados, não dependendo mais de sopros de esperança<sup>9</sup> decorrentes de improvisações e arremedos judiciais, vez que expressa será a autorização legal da desinternação progressiva, bem como da passagem do internamento ao tratamento ambulatorial.

## 7.2 Limites mínimos e máximos nos prazos de duração das medidas de segurança criminais

A segunda proposta que ora apresentamos em nosso estudo, constitui um dos mais antigos e polêmicos temas relacionados às medidas de segurança criminais, qual seja, a existência, ou não, de limites máximos em sua duração, bem como a obrigatoriedade, ou não, de limites mínimos para a perícia que analisará a cessação da periculosidade.

Com o intuito de facilitar o estudo e a análise dessa proposta, enunciaremos seis subitens a seguir expostos.

### 7.2.1 Origem e evolução dos limites mínimos e máximos nos prazos das medidas de segurança criminais

Conforme vimos no capítulo da análise histórica, embora antiga a idéia da medida de segurança como instituto de tratamento, seu estudo foi realçado graças aos positivistas italianos do século XIX.

<sup>(9)</sup> A desinternação progressiva constitui a maior prova de que o bom senso supera o direito positivo, já que pragmaticamente aplicada há mais de dez anos, em Franco da Rocha – inclusive com presença de homens e mulheres –, sem contudo nenhuma previsão legal. Sua autorização originou-se graças à boa vontade e ao bom senso do juiz Francisco José Galvão Bruno, carinhosamente apelidado de “padrinho da desinternação progressiva”, tendo havido enormes avanços provenientes da continuidade de outros juízes que atuaram e atuam na Vara de Execuções Criminais de São Paulo, existindo, atualmente, 56 inimputáveis na Colônia de Desinternação Progressiva de Franco da Rocha, com lista de espera de setenta, já devidamente autorizados pelos juízes, faltando espaço e pessoal para o necessário acompanhamento.

Enfatizadas por Lombroso, Ferri e Garófalo, as medidas de segurança apareceram como solução para o tratamento do homem criminoso, tendo, como característica originária, a indeterminação quanto a seus prazos de duração.

Com a sistematização da medida de segurança no Anteprojeto suíço de 1893, uma profunda revolução foi realizada na temática de seus limites de duração. De acordo com o art. 40 do Anteprojeto de Stooss,<sup>10</sup> o delinqüente que reincidisse, depois da execução da pena, teria substituída a nova pena por um internamento, constituindo seu lapso temporal de dez até vinte anos. Enunciava-se o primeiro indício de que as medidas de segurança de internamento deveriam ter limites mínimos e máximos, passando-se de uma absoluta indeterminação quanto à sua duração para uma relativa limitação de no mínimo dez e no máximo vinte anos, aplicáveis aos reincidentes, perdurando, como regra, a total indeterminação dos prazos máximos aos não reincidentes.

Com o passar dos anos, a determinação quanto aos prazos de duração foi tornando-se a regra, adotada na quase totalidade das legislações européias da primeira metade deste século. Exemplo ocorreu na França, com a disposição legal de 1934, estabelecendo que as medidas de segurança para os alcoólatras teriam um prazo de duração máxima de cinco anos, enquanto para os mendigos a duração seria de até dois anos.

No mesmo sentido, enunciou um projeto francês da primeira metade deste século estabelecendo que os delinqüentes anormais, não submetidos a manicômio, seriam internados por um período que oscilava entre três a doze anos (no mínimo) a cinco a dezoito anos (no máximo). Exemplo similar ocorreu na Alemanha, em 1933, vigorando a regra da ausência quanto aos limites mínimos e máximos de duração das medidas de segurança, com acentuação excepcional às medidas aplicadas aos alcoólatras, consistente em internação em casas de asilo ou de trabalho, por prazo nunca superior a dois anos.

Na primeira metade do século houve, assim, a edição de uma série de diplomas legislativos, prevendo prazos limítrofes de duração, cons-

<sup>(10)</sup> Como bem destaca BARREIRO, A. J., *Conceptos y principios constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 194, dentre as características fundamentais do Anteprojeto de Stooss estava, além do caráter jurisdiccional, a pronúncia sob a forma de uma sentença relativamente indeterminada, pois a duração das medidas de internamento dependia, dentro dos limites fixados na lei, que cessasse o estado de perigosidade do sujeito.



tituindo um segundo indício de que a ausência de limites máximos de duração às medidas de segurança não deveria mais persistir.

Apesar da evolução ocorrida na primeira metade deste século, permanente, em toda a Europa, constituía a concepção de que a base da medida de segurança continuava a ser a perigosidade social, estabelecendo, como regra, a perenidade da medida de internamento até que cessasse o estado periculoso do paciente. Admitia-se, excepcionalmente, o internamento – em colônias agrícolas ou casas de trabalho – com prazos de duração de um a seis anos, com possibilidade de prorrogação por mais dois anos.<sup>11</sup>

Ainda que admitida como exceção, a maioria das medidas de segurança sujeitavam-se à regra quanto à ausência de limites mínimos ou máximos de duração. Tanto em Portugal como nos demais países europeus, notava-se que tal posicionamento se justificava por três espécies de razões: a primeira decorria da própria sistematização das medidas de segurança. Com fulcro na necessidade em diferenciar-se penas de medidas terapêuticas, entendiam ser da natureza das medidas de segurança o caráter indeterminado quanto aos prazos de duração, sendo as penas sempre determinadas.

A segunda razão resultava da compreensão profilática da medida de internamento. Negando qualquer caráter de afluência às medidas de segurança, compreendiam desnecessário estabelecer seus prazos, já que inexistente o caráter afluente, configurando uma medida exclusivamente preventiva, legitimando a perenidade em sua execução até a cessação da periculosidade.

O terceiro motivo baseava-se no fato de que penas e medidas de segurança seguiam critérios diferenciados a suas fundamentações. Enquanto os limites das penas deveriam ser determinados por um critério de justiça, e portanto obedeciam a princípios éticos e determinados, as medidas de segurança derivariam de um critério puramente utilitário, eticamente neutro e sem nenhuma obediência a critérios de justiça ou a limites de duração.

Com o passar do tempo, entretanto, profundas modificações ocorreram, refutando-se em um Estado Democrático de Direito, atualmente,

<sup>11</sup> Exemplo dessa situação foi o Dec.-lei português 35.042/45.

quaisquer<sup>12</sup> motivações que justifiquem a imperiosidade dos prazos de duração máximos das medidas de segurança, existindo sérias dúvidas sobre a possibilidade de limites mínimos obrigatórios.

### 7.2.2 Limites mínimos e máximos e o Estado Democrático de Direito

Num Estado Democrático de Direito, imperiosa será a existência de limites de intervenção do Estado, figurando patente que todo o conteúdo garantístico existente nas penas deve valer automaticamente para as medidas de segurança criminais.

Muñoz Conde, a respeito, acentua ser a limitação da medida de internamento imprescindível “para que não se faça do enfermo mental delinqüente, um sujeito de pior condição do que o mentalmente sã que comete um delito”.<sup>13</sup>

Em razão dos irrenunciáveis princípios do Estado Democrático de Direito, absolutamente necessária a existência de limites máximos de duração às medidas de segurança criminais. As garantias jurídicas são

<sup>12</sup> Com o Estado Democrático de Direito e o reconhecimento da natureza penal sancionatória da medida de segurança, rechaçaram-se, facilmente, as três razões contrárias à existência de limites máximos de duração, diferenciando-se sistematicamente penas de medidas de segurança. Conforme afirmamos em *Os prazos de duração das medidas de segurança*, ob. cit., p. 268: “o que simplesmente fosse útil não estava, por essa razão, justificado, fundando-se as medidas de segurança também em um critério de justiça, e não em mera utilidade. Importava já agora que a medida fosse moralmente admissível para restrição, pelo Estado, da esfera jurídica dos indivíduos submetidos à medida de internamento, não sendo mais aceitável a mera necessidade por parte da sociedade. Na verdade, o puro utilitarismo conduzia à admissão do ilimitado poder do Estado em relação aos indivíduos. Para além da pura utilidade, imprescindível consistia a justificação racional e moral da sanção, tendo sempre a finalidade em alcançar o objetivo de defesa social ou de tutela da ordem jurídica. Concomitante a essa explicação, inegável em um Estado Democrático de Direito que toda privação ou restrição de direitos fundamentais do cidadão consiste numa aflição. O caráter afluente, tal como nas penas, está presente também nas medidas de segurança, constituindo forma de controle e meio de defesa social”. Sobre os fundamentos e a necessidade dos prazos de duração máxima às medidas de segurança, ver ob. cit., p. 268 e ss.

<sup>13</sup> Neste sentido MUÑOZ CONDE, *Adiciones de derecho español al Tratado de Derecho Penal de Hans-Heinrich Jescheck*, p. 124.



irrenunciáveis, destacando-se a segurança quanto aos limites de alteração e intervenção do poder do Estado na esfera da liberdade individual, quer na fase de conhecimento quer na fase de execução.<sup>14</sup>

Segurança jurídica exige que toda a sanção afliativa tenha duração predeterminada, representando característica fundamental do Estado Democrático de Direito que a intervenção estatal na liberdade do cidadão seja regulamentada e limitada, não podendo furtar-se desta situação a medida de segurança criminal.

Complexo, no entanto, o conflito, ou a colisão de direitos fundamentais existentes entre a limitação à intervenção estatal, por um lado, e a segurança da coletividade, por outro. A partir desta colisão, questionamos qual interesse deve preponderar: a segregação ilimitada do cidadão ou a garantida liberdade, ainda que com risco para a sociedade.

Maia Gonçalves, renomado jurista português, entende estar a resposta condicionada a uma *ponderação de interesses*, entre a importância dos valores que o inimputável ou semi-imputável em liberdade pode violar e a gravidade de sua definitiva segregação da vida social.<sup>15</sup>

Necessário, pois, ponderar-se tais conseqüências constituindo-se indispensável o papel dos princípios atinentes ao Estado Democrático de Direito, ponto fiel de moderação a uma justa solução.

### 7.2.3 Limites mínimos e máximos e a ponderação de interesses

Dentre os princípios que informam a ponderação de interesses, cabe destacar os princípios da legalidade, proporcionalidade e perigosidade.

<sup>(14)</sup> Ao nosso ver, todo o conteúdo garantístico existente na Lei de Execução Penal em relação ao imputável deve ser rigorosamente estendido aos inimputáveis que cumprem medidas de segurança criminais, destacando-se o direito à visita íntima, que apesar de não taxativamente previsto ainda em nossa legislação, deve igualmente ser aplicável a homens e mulheres, imputáveis e inimputáveis, não sendo o argumento da promiscuidade motivo justificador à sua negação, devendo existir controles de saúde pública que possam ser impostos pela Administração, figurando a relação sexual um direito essencial à dignidade do ser humano, não podendo qualquer sanção afrontar o art. 1.º da Constituição Federal de 1988.

<sup>(15)</sup> Sobre o conflito entre o interesse público e o interesse privado e a prevenção especial negativa, ver GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal português anotado e comentado*, p. 79.

Nomeadamente, o princípio da legalidade impõe que, se por um lado não taxativamente presente o princípio *nullo crimen nulla misura sine lege preavia*, por outro, inegável é sua recepção quer na Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, inc. XXXIX), quer no Código Penal brasileiro (logo no seu art. 1.º).

Originária do Congresso Nacional, a medida de segurança criminal somente será imposta se cominada previamente. Quanto à etimologia, do latim *comminare*, da qual provém a expressão cominação, constituindo sinônimo de ameaça com força, castigo. Estende-se, portanto, não só à descrição prévia da espécie da medida de segurança criminal, mas também a seus limites.

Decorrência desse princípio é o da tipicidade, que possui, dentre suas características, a suficiente especificação do tipo de ilícito-típico, a proibição da analogia na norma incriminadora e a exigência de determinação quanto ao tipo e aos limites da sanção.

A conseqüência do princípio da legalidade é a proibição de restrição à liberdade, sem que se predetermine, tipicamente, o tempo máximo das medidas de segurança criminais.

Como bem salienta Quintero Olivares, “pena e medidas de segurança possuem a dupla necessidade de ter um fim ou propósito e uma duração máxima”.<sup>16</sup>

Ao nosso ver, as medidas de segurança indeterminadas quanto a seu prazo de duração máxima violam o princípio da legalidade, configurando-se característica inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

Como bem destaca Jorge Figueiredo Dias, a precisão e a clareza das normas existentes nas medidas de segurança são garantias ao próprio acusado, configurando meio indicativo às situações e limitações às medidas terapêutico-penais, não havendo sentido, atualmente, falar-se em indeterminação das medidas de segurança.<sup>17</sup>

<sup>(16)</sup> Ver OLIVARES, G. Quintero, *Locos y culpables*, p. 79.

<sup>(17)</sup> O tema das Medidas de Segurança é assunto de curioso interesse em Portugal, em fase de importante evolução na sua concepção cada vez mais estreita aos pressupostos da imposição da pena, configurando as últimas lições proferidas na Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, publicadas por Jorge de Figueiredo Dias, em *Direito penal português...*, cit., p. 413-522.



Outro princípio de acentuada relevância a ser avaliado no contexto quanto aos prazos de duração das medidas de segurança constitui o princípio da perigosidade.

*Conditio sine qua non* para a imposição da medida de segurança criminal constitui a necessidade de haver uma perigosidade criminal. Embora falível, o juízo de prognose figura indispensável para a infligção da medida de segurança penal.

Hodiernamente compreendida como a probabilidade futura de repetir a prática de um ilícito-típico de certa gravidade, comprovamos possuir a perigosidade criminal uma vinculação direta à gravidade do ilícito-típico realizado, bem como à anomalia psíquica do agente, os pressupostos relevantes para a imposição de limites às medidas de segurança.

Num corolário de um Estado Democrático de Direito consiste também o princípio da proporcionalidade. Diretriz da necessidade ou não de limites de duração às medidas de segurança, estabelece a exigência de uma adequada relação entre as intervenções contra a liberdade individual e os perigos que ameaçam a sociedade.

Compreendido no seu sentido estrito, exerce uma função protetora e similar à desempenhada pelo princípio da culpabilidade relativamente às penas, devendo existir, também nas medidas de segurança criminais, limites sancionatórios. Cada vez mais reconhecidos por nossos tribunais, o princípio da proporcionalidade deve estender-se às medidas terapêutico-penais, a restar vedada a não imposição de limites mínimos obrigatórios, quando desnecessários.

Quanto aos limites máximos dos prazos de duração das medidas de segurança criminais, entendemos que impedem uma carga de ônus, ou restrição de direitos individuais desajustados, desproporcionados, excessivos, limitando a interferência do poder estatal ao estritamente necessário.

#### 7.2.4 Limites mínimos e máximos das medidas de segurança: argumentos favoráveis e desfavoráveis

Contraditoriamente à aceitação dos princípios que informam a ponderação de interesses, há o entendimento de ser justificável a ausência de limites máximos de duração às medidas de segurança criminais, admitindo-se, também, limites mínimos obrigatórios quanto à sua duração, independentemente do ilícito-típico penal praticado.

Sem se desvencilhar totalmente do critério puramente utilitário das medidas de segurança, alegam os defensores da ausência de limites máximos e da obrigatoriedade de limites mínimos dois argumentos:

a) o primeiro parte da premissa de que os enfermos mentais são diferentes dos condenados imputáveis e, por isso, devem ser tratados de modo diferente, configurando-se a indeterminação dos prazos máximos de duração das medidas de segurança e a obrigatoriedade dos prazos mínimos como elementos essenciais de distinções;

b) o segundo argumento conduz a idéia de que a ausência de limites máximos quanto aos prazos de duração das medidas de segurança e a obrigatoriedade de mínimos funda-se no fato de que o enfermo mental é pessoa perigosa para a sociedade e, como tal, possui grande probabilidade de reiterar o ilícito-típico praticado, a justificar a presença dos limites mínimos bem como a ausência dos limites máximos às medidas de segurança, constituindo suficiente a hipotética e abstrata cessação da periculosidade.

Quanto ao primeiro argumento, indubitável constituir a diferenciação discriminante e inadmissível, sem nenhuma base jurídica. Como destaca Luís Flávio Gomes, presumir que o inimputável, ou semi-imputável internado, é criminoso diferente do imputável, com pior qualidade do que o delinqüente-capaz, figura-se um posicionamento afrontando-se claramente a Constituição Federal de 1988.<sup>18</sup>

Conforme demonstramos no decorrer da tese, são grandes as proximidades entre os fins das respectivas sanções, sendo ambas afluivas e preventivas, existindo apenas uma diferença na hierarquização de seus objetivos.

Admitir a interferência estatal ilimitada simplesmente por uma necessidade de diferenciação constitui flagrante supressão às garantias de igualdade, inerentes ao Estado Democrático de Direito. Num Estado de Direito, não faz sentido que o legislador imponha limites mínimos obrigatórios a qualquer ilícito-típico, constituindo uma garantia jurídica a possibilidade de verificar-se a cessação da perigosidade, a qualquer tempo.

Não impor limites máximos às medidas de segurança criminais consiste, por outro lado, em uma opção puramente retributiva, social,

<sup>(18)</sup> Sobre os fundamentos da indeterminação e sua crítica, ver GOMES, Luís Flávio, Medidas de segurança e seus limites, cit., p. 263.



desligada do bem jurídico penal, inadmissível na medida terapêutico-penal.

Quanto ao segundo argumento, importante destacar, desde logo, que a razão reside em uma pura e odiosa presunção, havendo enormes dificuldades em se comparar a reiteração delituosa entre imputáveis e inimputáveis, ou semi-imputáveis submetidos a tratamento. Essas dificuldades aglutinam-se em dois pontos: a princípio, o número de delinquentes imputáveis é extraordinariamente maior do que o de inimputáveis e semi-imputáveis sujeitos a tratamento,<sup>19</sup> tornando-se difícil quantitativamente qualquer comparação.

Secundariamente, o censo penitenciário nacional de 1995 não fez nenhuma menção à reincidência em relação aos inimputáveis e semi-imputáveis, destacando-se que dentre os inimputáveis ou semi-imputáveis em tratamento, nem sequer se distinguem aqueles que cumprem a medida de internação daqueles que estão cumprindo medidas de tratamento ambulatorial, não existindo dados oficiais que comprovem a reincidência, configurando-se difícil a mensuração da qualificação da reiteração por parte do doente mental-delinquente e do semi-imputável em tratamento.

Ainda que fosse possível a comparação, injustificável, de toda a sorte, seria o argumento, vez que imenso também constitui o percentual de reincidentes imputáveis – especialmente aqueles que cumpriram pena de prisão<sup>20</sup> –, não sendo a reincidência motivo racional para justificar

<sup>(19)</sup> Segundo dados da Secretaria de Administração Penitenciária, somente em São Paulo, que possui praticamente a metade da população carcerária do país, até o mês de agosto de 2000 o número de imputáveis presos por condenação definitiva alcançava a ordem de aproximadamente 55 mil presos, cumprindo somente a pena privativa de liberdade em unidades penitenciárias; já o número de indivíduos internados em Franco da Rocha e no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Taubaté não chega a 1.300 doentes mentais.

<sup>(20)</sup> Segundo dados da revista publicada pelo ILANUD/IBCCrim, n. 7, p. 9, o índice nacional de reincidentes imputáveis no país chega a 48%; alguns estabelecimentos chegam a 85%, o que denota não ser a reincidência motivo racional para enunciar a ausência de limites máximos de duração às medidas de segurança criminais, até porque alto o índice de reincidentes no imputável, constituindo vedada constitucionalmente a pena indeterminada, vez que de caráter perpétuo, afrontando cláusula pétreia da Constituição Federal (art. 60, § 4.º).

ausência de limites máximos às medidas de segurança criminais, existindo plena incoerência e desigualdade, se comparado ao imputável, que cumpre o máximo de trinta anos de prisão, conforme dispõe o atual art. 75 de nosso Código Penal.

Preciosas, nesse sentido, são as palavras de Muñoz Conde, ao afirmar que o risco que a sociedade deve assumir em relação à reiteração dos inimputáveis constitui o mesmo que assume diariamente em relação aos imputáveis que, após cumprirem a pena, saem em liberdade, na maioria das vezes mais escolados.<sup>21</sup>

Destarte, enunciada como cláusula pétreia – art. 60, § 4.º, da Constituição Federal –, a sanção de caráter perene está proibida, constituindo, por analogia, a indeterminação quanto aos prazos máximos da medida de segurança, uma afronta à Constituição Federal – art. 5.º, inc. XLVII –, a justificar nosso posicionamento a respeito da inconstitucionalidade do atual art. 97 do Código Penal brasileiro.

Inconstitucional, ao nosso ver, portanto, a referência à ausência de limites máximos de duração dos prazos das medidas de segurança criminais, ou mesmo à expressão – ilimitada – *até que cesse sua periculosidade*, afrontando claramente o art. 5.º, inc. XLVII, letra *b*, da Constituição Federal.

### 7.2.5 Limites mínimos e máximos e as soluções doutrinárias

Eliminada a idéia de indeterminação dos prazos máximos e constatada a injustiça quanto aos obrigatórios prazos mínimos de duração das medidas de segurança, passaremos a analisar quais as soluções doutrinárias pertinentes, com a probabilidade de duas correntes.

A primeira estabelece que os limites mínimos e máximos das medidas de segurança devem respeitar os limites (mínimos e máximos) da pena correspondente ao ilícito-típico praticado.

A segunda corrente enuncia que tais limites não devem respeitar os marcos correspondentes aos das penas do modelo legal existente, mas obedecer aos termos aleatórios impostos pelo legislador a todos os tipos, não havendo uma relação direta entre o prazo máximo e o modelo típico-legal, consistindo a baliza num *quantum* qualquer eleito pelo legislador.

<sup>(21)</sup> Nesse sentido, MUÑOZ CONDE, ob. cit.



Sem adotarmos integralmente nenhuma das correntes, em determinadas situações aceitamos a primeira vertente, restando, em outras, vedadas ambas as soluções.

Quanto aos limites mínimos obrigatórios, indiscutível constitui a permanência de seu caráter aflitivo. Com base nessa característica, maior será a angústia caso o limite mínimo perdure, em especial quando já cessado o estado de perigosidade. As patologias mentais, por constituírem-se em diversos graus, configuram-se condicionadas a fatores pessoais, não se fixando *a priori* prazos mínimos de duração às medidas de segurança.

Em nossa concepção,<sup>22</sup> não faz sentido falar-se na admissibilidade de limites mínimos obrigatórios, quando possível, a qualquer tempo, a cessação da anomalia ao delinqüente-doente, figurando inconcebível a existência de limites mínimos obrigatórios em qualquer ilícito-típico praticado pelo enfermo mental. Atualmente, deve-se prevalecer a inexistência de limites mínimos obrigatórios a quaisquer espécies de medidas de segurança criminais, não se adotando nem a primeira nem a segunda corrente, vez que vedada a interferência do legislador.

O legislador português de 1995 preocupou-se com o fato de que a imposição de limites mínimos obrigatórios fosse excepcional, incidindo apenas quando presente a acentuada prevenção geral positiva. Excep-

<sup>22</sup> Ressaltamos, entretanto, que nosso posicionamento já foi diverso, acreditando, anteriormente, pela excepcional possibilidade de limites mínimos obrigatórios. Segundo nossa anterior visão, a regra deveria ser a da indeterminação quanto aos limites mínimos obrigatórios, configurando-se admissível a excepcional imposição, quando presente tanto a prática de um ilícito-típico extremamente gravoso, cuja pena máxima abstrata fosse superior a cinco anos, legitimando-se a imposição de limites mínimos, por prevenção geral positiva, também denominada de reforço da consciência jurídica comunitária. Nesse sentido constitui o posicionamento de Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal português...*, cit., p. 477, ao ensinar que a subsistência excepcional de limites mínimos decorre não de uma presunção de perigosidade, mas sim de exigências mínimas de prevenção geral de integração. Tal concepção foi inclusive acatada pelo legislador português, no atual art. 91.2 da Revisão do Código Penal Português de fevereiro de 1991 – com vigência desde 1995 –, enunciando que o limite mínimo obrigatório da medida de segurança criminal será de três anos, quando o fato praticado corresponder a crimes contra as pessoas ou crime de perigo comum, puníveis com pena superior a cinco anos.

cionalmente, adotou a segunda corrente, enunciando aleatórios limites mínimos obrigatórios de três anos, configurando-se tal prazo legislativo, como presumida expectativa comunitária, existente nos ilícitos-típicos contra pessoas ou de perigo comum. Exige uma série de pressupostos, configurando a admissibilidade dos limites mínimos uma exceção, constituindo a inexistência dos limites mínimos obrigatórios, a regra.

Tal posicionamento, ainda que fundado na prevenção geral positiva, não é, atualmente, justificável no que concerne às medidas de segurança penais. De acordo com o que já expusemos em capítulo anterior, o objetivo precípua da medida de segurança criminal consiste no tratamento, fundando os motivos da providência tão logo constatada a cessação da periculosidade criminal do agente.

A prevenção geral positiva, embora atue secundariamente, não pode chegar a obrigar a imposição de limites mínimos obrigatórios, em delitos ilícitos-típicos gravosos, não possuindo sentido a imperiosidade de qualquer excepcionalidade. Interfere, apenas, no instante da aferição da efetiva periculosidade criminal, analisando quanto à inicial carência do tratamento – em face de eventual ausência de lesividade ou ofensividade do ilícito-típico praticado –, bem como quando da escolha da espécie da medida terapêutica.

Na medida de segurança criminal, a prevenção geral positiva não é obrigatória para impor excepcionais limites mínimos, sob pena de que, se assim não o fosse, elevar-se-ia à categoria de fim precípua às medidas terapêutico-penais, pouco importando se o ilícito-típico foi praticado por um imputável, por um inimputável, ou por um semi-imputável.

Com referência aos limites máximos de duração quanto aos prazos das medidas de segurança, diferente será o raciocínio. Em virtude da necessidade de restrição à intervenção estatal, indispensável constitui a regra da existência de balizas máximas.

Os limites máximos devem ser analisados à luz de duas acepções: a primeira quando aplicáveis em relação aos semi-imputáveis; a segunda, quando destinados aos inimputáveis.

Relativamente quanto aos limites máximos de duração das medidas de segurança criminais dirigidos ao semi-imputável, duas posições existem: a primeira defende que o limite máximo da medida de segurança criminal ao semi-imputável será aquele concretamente fixado na sentença pelo juiz; a segunda baliza-se na moldura abstrata do ilícito-típico.



De acordo com a primeira corrente, o juiz, em todo o ilícito-típico praticado por qualquer semi-imputável, deve sempre fixar e reduzir a pena para, posteriormente, substituí-la por medida de segurança. Elege, na concretização da pena reduzida, o limite máximo da duração da medida de segurança.

Nesse sentido manifesta-se Janora Rocha Rosseti,<sup>23</sup> ao defender que, no caso de semi-imputáveis, o juiz deve sempre aplicar uma pena reduzida antes de substituí-la pela medida de segurança, configurando este *quantum* como limite máximo de duração da sanção-medida referente aos fronteiriços.

No mesmo sentido manifesta-se Luiz Flávio Gomes,<sup>24</sup> entendendo a existência de uma condenação ao semi-imputável, cabendo ao juiz primeiro aplicar a pena – analisando a prova da culpabilidade do semi-imputável – e, posteriormente, substituí-la pela medida de segurança criminal, caso necessário o tratamento especial curativo.

De acordo com a segunda corrente, o juiz não deve concretizar a redução da pena para depois substituí-la pela medida de segurança. Na sentença, já decide por uma das duas opções, configurando o parâmetro da medida eventualmente aplicável àquele fixado de forma abstrata no limite máximo de duração do ilícito-típico.

O juiz, elegendo a medida de segurança, nem sequer quantificará ou reduzirá a pena, já que impossível o juízo de censura àqueles que permanecem perigosos, no instante da decisão, tanto que carentes de tratamento especial curativo e não de pena reduzida.

Ao nosso ver, razão assiste à segunda corrente. Declarada a semi-imputabilidade, o juiz deverá optar entre reduzir a pena ou aplicar a medida de segurança criminal, não cumulando as atividades sancionatórias sob pena de afrontar o sistema vicariato, existente no instante da decisão jurisdicional.

O vicariato não se restringe à execução, mas também à escolha judicial da sanção. O juiz, ao final do processo de conhecimento, não deverá obrigatoriamente reduzir a pena para posteriormente substituí-la pela medida de segurança. Em sua decisão já opta por uma ou outra

<sup>(23)</sup> Da prescrição da medida de segurança, *RT*, n. 679, maio 1992, p. 301 e ss.

<sup>(24)</sup> Medidas de segurança e seus limites, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano I, n. 2., abr./jun. 1993, p. 64-72.

sanção, de acordo com a necessidade de tratamento ao semi-imputável perigoso criminalmente.

O juiz imporá a pena diminuída se o semi-imputável, no momento da decisão, tiver condições de compreender o caráter repressivo e preventivo da pena. Caso, todavia, se constate que o semi-imputável continua não entendendo o caráter ilícito do fato, o juiz aplicará a medida de segurança criminal – sem nenhuma referência à pena concreta e muito menos à redução – configurando-se impossível a censurabilidade àqueles que permanecem alienados aos fins das penas.

Como bem destaca Dagoberto Romani,<sup>25</sup> não constitui cabível a aplicação da pena restritiva de liberdade para substituí-la, posteriormente, pela medida de segurança, bastando simplesmente a aplicação da medida terapêutico-penal.

O sistema vicariante enunciado em 1984 aplica-se exatamente ao semi-imputável. Dispõe expressamente a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1984 que, nos casos fronteiriços, em que predominar o quadro mórbido, optará o juiz pela medida de segurança, aplicando-se, na hipótese oposta, a pena reduzida. De acordo com as próprias Exposições de Motivos, a alternatividade será imediata ao juiz, devendo escolher entre as duas sanções no momento da decisão judicial de conhecimento, e não no de sua execução.

Contraditório configurar-se-ia que o juiz, em sua decisão, após constatar a continuidade da patologia, optasse por reduzir a pena para, posteriormente, substituí-la pela medida de segurança criminal.

Ora, se o juiz já concluiu pela continuidade do estado mórbido – necessitando de especial tratamento curativo –, deverá optar, imediatamente, pela medida de segurança criminal, figurando incompatível posterior juízo de censura, pois antecedente à escolha da sanção.

Não obstante Janora Rocha Rosseti<sup>26</sup> e Luiz Flávio Gomes afirmarem que obrigatório será ao juiz, de início, reduzir a pena a todos os semi-imputáveis para, posteriormente, substituí-la pela medida de segurança, patente, ao nosso ver, constitui a carência em seus fundamentos.

<sup>(25)</sup> Em acórdão publicado na *RT* n. 605/437, com a seguinte ementa: “Semi-imputabilidade. Aplicação apenas de medidas de segurança – Desnecessidade de aplicação da pena privativa de liberdade e subsequente substituição pela medida de segurança”.

<sup>(26)</sup> *Ob. cit.*, p. 301 e ss.



Partindo de premissas equivocadas não conseguem responder quanto à emissão do juízo de culpabilidade àqueles fronteirços que, no instante da decisão do juiz de conhecimento, permanecem doentes mentais a ponto de carecerem de tratamento especial.

A simples leitura dos arts. 26 e 98 do Código Penal revela a falta de fundamentação dos autores supracitados, não havendo base legal em suas afirmações. Inicialmente, destacamos que o parágrafo único do art. 26 do Código Penal não pode ser desvinculado, sistematicamente, de seu *caput*, configurando-se como uma exceção prevista pelo legislador. Enquanto o *caput* do art. 26 do Código Penal impõe uma medida de segurança aos inimputáveis, o parágrafo único incide aos semi-imputáveis, facultando ao juiz escolher entre decidir pela medida de segurança ou pela diminuição da pena.

Contestando o posicionamento de Luiz Flávio Gomes e Janora Rossetti, verificamos que, em nenhum momento, o parágrafo único do art. 26 do Código Penal afirma que o juiz de início deverá diminuir a pena para, posteriormente, substituí-la pela medida de segurança. Resume-se a enunciar que a substituição constitui-se em uma faculdade judicial, podendo o juiz reduzir a pena ou aplicar a medida de segurança.

Ao decidir pela pena, discutível doutrinariamente constituirá a facultatividade ou obrigatoriedade da redução judicial. Nosso posicionamento é favorável à imperatividade da diminuição, compreendendo-se a locução *pode reduzir* como cogente, obrigando o juiz à redução.

Essa discussão não se relaciona à opção antecedente que possui o juiz, ao escolher entre a pena reduzida ou a medida de segurança criminal, não existindo sentido obrigar o juiz a realizar primeiro a redução da pena para depois substituí-la pela medida de tratamento, configurando-se tal interpretação uma extensão desvirtuada.

De acordo com nossa concepção, a alternativa do juiz não se refere à redução ou não da pena, mas a momento anterior, qual seja, a escolha entre reduzir a pena ou eleger a medida de segurança criminal. A opção será assim, no momento da escolha da sanção, e não de sua quantificação, figurando-se posicionamento diverso a negação ao vicariato.

O argumento de que o juiz está obrigado, inicialmente, a reduzir a pena, para depois substituí-la pela medida de segurança constitui uma ginástica jurídica que visa fixar parâmetros concretos aos semi-imputáveis cumprindo tratamento, servindo a obrigatória redução da pena tanto

para o limite máximo de duração da medida de segurança criminal como para o marco do prazo prescricional, não podendo a boa intenção dos intérpretes conflitar com o conteúdo científico da medida de tratamento, configurando-se impossível a censurabilidade do fronteirço-mórbido no instante da decisão jurisdicional de conhecimento.

Relativamente ao art. 98<sup>27</sup> do Código Penal, importante destacar que sua aplicação ocorre de forma conjugada ao parágrafo único do art. 26 do Código Penal, representando exatamente o dispositivo legitimador à opção judicial. Com sua incidência, admitir-se-á a aplicação da medida de segurança criminal em lugar da pena, fundando-se a alternatividade na conveniência do tratamento ao semi-imputável.

O juiz, ao eleger na medida de segurança criminal a sanção aplicável aos fronteirços, reconhece a similitude entre o semi-imputável e o inimputável, explicitando a própria Exposição de Motivos da Parte Geral de 1984, em seu item 22, que o semi-imputável, ao cumprir a medida de tratamento, passará à condição de verdadeiro inimputável, submetendo-se às regras do Título VI do Código Penal, consistindo os limites máximos dos semi-imputável em idênticos aos do inimputável.

Os limites máximos de duração das medidas de segurança criminais aplicáveis aos inimputáveis são idênticos aos dos semi-imputáveis, submetidos a tratamento, cabendo-nos analisar qual será o limite máximo de duração das medidas de segurança nos inimputáveis, extensivos, em nossa concepção, aos semi-imputáveis.

Em nossa posição, nos inimputáveis os limites máximos quanto aos prazos de duração das medidas de segurança criminais aos inimputáveis deverão ser correspondentes aos marcos máximos das penas abstratamente cominadas aos ilícitos-típicos realizados pelos imputáveis. Inimputável e semi-imputável possuirão, portanto, como limites máximos quanto ao prazo de duração das medidas de segurança, correspondente ao marco máximo da pena abstratamente cominada aos seus ilícitos-típicos cometidos.

<sup>(27)</sup> Não mencionando qualquer disposição quanto à necessidade de o juiz, preliminarmente, quantificar a pena, para depois substituí-la pela medida terapêutica, o art. 98 do Código Penal não faz nenhuma referência à expressão *concretização da pena* ou mesmo ao termo *pena diminuída*, restringindo-se a incidência apenas à necessidade quanto ao tratamento curativo do semi-imputável.



O ordenamento jurídico português adota esse posicionamento. Dispõe o art. 92.2 do Código Penal de 1995<sup>28</sup> que “o internamento não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime cometido pelo inimputável”. Segue, assim, a regra da determinação máxima da medida de segurança, correspondendo seu marco maior à pena do ilícito-típico praticado.

Preocupou-se o legislador português – e com muita razão – com a existência de limites máximos quanto aos prazos de duração das medidas de segurança criminais, realizando uma relativa<sup>29</sup> compatibilização da sanção ao Estado Democrático de Direito. Disciplinados no art. 92.3 do Código Penal português de 1995,<sup>30</sup> os limites máximos quanto aos prazos das medidas de segurança poderão ser prorrogados apenas nos fatos praticados pelo inimputável cujo ilícito-típico possuir pena cominada superior a oito anos, exigindo-se também que o perigo de novos fatos se relacione a ilícitos-típicos da mesma espécie (homotropia), desaconselhando a libertação.

No Código Penal português, a regra constitui o limite máximo da moldura abstrata do ilícito-típico, admitindo excepcional prorrogação, fundada na prevenção geral positiva e especial negativa, configurando-se, como supostas justificativas, a acentuada anomalia mental do enfermo e a probabilidade da reiteração de ilícitos-típicos, cuja natureza e gravidade são extremamente preocupantes para a sociedade.

<sup>(28)</sup> O anterior Código Penal português de 1982 estabelecia parcialmente a concepção do Código Penal português de 1995, constituindo o atual mais condizente a um Estado Democrático de Direito. Dispunha o art. 92.2, 1.ª parte, do Código Penal português de 1982: o primeiro internamento de um inimputável não pode, porém, exceder em mais de quatro anos o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime praticado pelo inimputável. Com a reforma do Código de 1995, retira-se a expressão *primeiro internamento*, bem como a possibilidade do acréscimo de quatro anos, havendo maior precisão no limite máximo quanto aos prazos das medidas de segurança.

<sup>(29)</sup> Relativa compatibilização, porquanto, admitiu excepcional possibilidade de prorrogação aos limites máximos quanto aos prazos das medidas de segurança criminais aos inimputáveis, fundada na perigosidade criminal do doente mental.

<sup>(30)</sup> O antigo Código Penal português de 1982 admitia a prorrogação de forma ainda mais ampla, estabelecendo, na parte final do antigo art. 92.2 do Código Penal português, ser admissível a prorrogação se o perigo de novos crimes contra as pessoas fosse de tal modo grave que desaconselhasse o risco da sua libertação.

Discordando do legislador penal português, entendemos inadmissível a prorrogação do prazo máximo das medidas de segurança criminais.

Estamos convencidos<sup>31</sup> de que razão assiste àqueles<sup>32</sup> que defendem a tese da liberação do doente mental tão logo expirado o tempo máximo da pena abstratamente cominada correspondente ao ilícito-típico vedada qualquer prorrogação.

O motivo de nosso posicionamento decorre do fato de que a prorrogação, ainda que fulcrada na prevenção geral positiva, não pode afrontar o princípio da proibição do excesso, constituindo a possibilidade da prorrogação um risco em retrocedermos à época em que indeterminada consistia a medida de segurança, relembrando que o fundamento atual das medidas terapêutico-penais deve ser a proteção criminal e não social.

Como bem acentua Maria Florencia Heglin,<sup>33</sup> o juiz penal, por razões de suposta seguridade, não pode submeter o doente mental a regime penitenciário maior do que aquele correspondente que obteria se tivesse sido declarado culpável. Admitir ao contrário será conferir ao juiz maior intervenção à liberdade do inimputável, se comparado à do imputável, caracterizando-se afronta ao princípio da proibição do excesso.

Com base na necessidade de igualdade e da proporcionalidade, posicionamo-nos pela extinção da medida de segurança criminal, tão logo alcançado o prazo máximo da pena abstratamente cominada ao ilícito-típico praticado pelo inimputável, ou semi-imputável em tratamento. Resta-nos refletir sobre a providência que deveremos tomar se o inimputável ou semi-imputável, mesmo após o limite máximo de duração quanto aos prazos das medidas de segurança, apresentar periculosidade, havendo dúvida se devemos impor prorrogação criminal; interdição cível ou liberação do doente mental.

As respostas, ao nosso ver, exigem reflexão, constituindo, desde logo, injustificável a prorrogação criminal, até porque inexistente a pe-

<sup>(31)</sup> Anteriormente, defendíamos posicionamento diverso enunciado, *Os prazos de duração das medidas de segurança e o ordenamento penal português*, p. 272.

<sup>(32)</sup> Nesse diapasão, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

<sup>(33)</sup> Medida de seguridad o pena por tiempo indeterminado? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, n. 3, p. 273, Buenos Aires: Editora AD-HOC S.R.L., 1996.



riculosidade criminal. Se o ilícito-típico já deixou de cumprir sua função de tutela ao ordenamento jurídico-penal, não há nenhum motivo que justifique a restrição criminal do indivíduo, constituindo a opção da prorrogação criminal fruto de odiosa retribuição, inadmissível prevenção geral negativa e excessiva prevenção geral positiva.

A anomalia presente no indivíduo, após o cumprimento da medida de segurança criminal, não se traduz em receio à prática de novos ilícitos-típicos, mas sim em proteção ao próprio cidadão e à sociedade, fundando-se tal concepção no comportamento anormal e desajustado do indivíduo. Configura-se uma medida de proteção individual e social, porém nunca criminal, não se legitimando a permanência do doente mental em estabelecimento penal de hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Restarão, pois, duas opções: liberar o paciente ou interditi-lo civilmente. Quanto à interdição, constitui providência que deve vir declarada judicialmente, antes de expirado o prazo máximo da medida de segurança criminal, sob pena de liberar-se o doente, seguindo-se fielmente os arts.<sup>34</sup> 446, I, do Código Civil, e 1.177 do Código de Processo Civil.

A interdição civil, para ser declarada judicialmente, depende de uma série de pressupostos, dos quais se destacam realizar a oitiva do louco de todo o gênero e a nomeação do curador, com o intuito de proteger àqueles que sofrem das faculdades mentais, deslocando-se a questão para a seara do direito civil.

A interdição consiste em uma medida de proteção à pessoa e de segurança jurídica a terceiros que venham a contactar-se, aplicando-se excepcionalmente, após a declaração judicial, conclusiva quanto à necessidade da curatela, pautando-se sua imposição por critérios estritamente médicos, direcionados ao bem-estar do paciente.

De acordo com nossa concepção, findo o limite máximo dos prazos de duração das medidas de segurança criminais, possível será optar

<sup>34)</sup> Dispõe expressamente o art. 446, *caput*, do Código Civil, que os loucos de todo o gênero estão sujeitos à curatela, explicitando o art. 448, inc. I, que poderá o Ministério Público promover a interdição no caso de loucura furiosa, enunciando, ainda, o art. 457, que os loucos serão também recolhidos em estabelecimentos adequados sempre que parecer inconveniente conservá-los em casa, ou exigir seu tratamento.

entre a liberação do paciente ou sua transferência para o estabelecimento comum, constituindo a declaração de interdição civil providência prévia à expiração do prazo limítrofe.

A aplicação da interdição civil constitui-se possível, desde que anterior ao prazo máximo e efetivamente necessária à proteção do doente mental ou da sociedade, enunciando o Decreto 24.559, de 3 de julho de 1934, sobre a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, internando-se os alienados mentais em estabelecimentos adequados a seu tratamento.

A interdição do louco, disciplinada seja no Código Civil, seja no Decreto 24.559,<sup>35</sup> não constitui instrumento amplo aplicável a todos os delinquentes-doentes, vez que, em um Estado Democrático de Direito, incidente apenas àqueles que efetivamente exijam proteção social, constituindo medida excepcional, declarada judicialmente, não configurando-se a subjetiva locução *proteção à ordem pública*, razão legitimadora à segregação.

Como bem destaca Francisco Dias,<sup>36</sup> o processo de interdição não pode transformar-se em uma válvula de escape<sup>37</sup> a todos os delinquentes-doentes que cumpram os prazos máximos das medidas de segurança criminais, sob pena de se obter por meio do direito civil um resultado inadmissível no direito penal, configurando-se a decisão jurisdicional de interdição efetivo controle de proteção jurídica.

<sup>35)</sup> A respeito do Decreto 24.559, de 03.07.1934, importante constitui o artigo de Francisco Dias Teixeira, *ob. cit.*, concluindo encontrar no Decreto uma outra possibilidade de prisão civil, fundada mais na ordem pública do que na proteção à pessoa e aos bens do doente mental, motivo pelo qual questionamos sua vigência constitucional em um Estado Democrático de Direito. Fulcrado exclusivamente na ordem pública, constitui patente sua visão exacerbadora e totalitária, dispondo inclusive o art. 10 do Decreto que o psicopata ou o indivíduo suspeito que atentar contra a própria vida ou a de outrem, perturbar a ordem ou ofender a moral pública deverá ser recolhido em estabelecimento psiquiátrico para observação ou tratamento. O Decreto num Estado Democrático de Direito somente poderá ter incidência caso tenha o intuito de proteção ao cidadão-doente e não à ordem pública.

<sup>36)</sup> *Ob. cit.*

<sup>37)</sup> No que tange à discussão quanto à interdição civil consistir-se em uma mudança de etiquetas, legitimando contínua privação de liberdade do cidadão, relevante o artigo de Maria Flôrencia Heglin, *ob. cit.*



Concluimos, assim, por duas possibilidades de fatores: a primeira indica a inexistência absoluta de limites mínimos obrigatórios de duração quanto aos prazos das medidas de segurança criminais; a segunda impõe limites máximos de duração, quer para inimputáveis, quer para semi-imputáveis suscetíveis às medidas de tratamento, constituindo o parâmetro a pena abstrata do ilícito-típico concretizado, colocando-se em liberdade o doente logo após o término do prazo máximo de duração das medidas de segurança criminais, admitida excepcional interdição civil,<sup>38</sup> vedada,<sup>39</sup> em qualquer caso,<sup>40</sup> a prorrogação dos limites máximos das medidas de segurança criminais.

### 7.2.6 Limites mínimos e máximos no atual ordenamento jurídico-penal brasileiro e suas propostas de lege ferenda

Sem desconsiderar o grande avanço originado pela Reforma da Parte Geral de 1984, algumas críticas indispensáveis devem ser expostas para uma efetiva aplicação das medidas de segurança no Brasil.

<sup>(38)</sup> A respeito do instituto da interdição civil, analisando as pessoas sujeitas à curatela, os pressupostos, o procedimento e o devido processo legal, a decisão jurisdicional, a cessação da curatela, a nomeação do curador e a admissibilidade de internamento por parte do juiz, consultar GOMES, Orlando, *Direito de família*, 4. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1981 p. 439; PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro : Forense, 1972, v. V, p. 245-250; SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira, *A interdição no direito brasileiro*, Rio de Janeiro : Forense, 1981, p. 20-101; RODRIGUES, Silvío, *Direito civil, direito de família*, 21. ed., São Paulo : Saraiva, 1995, v. VI, p. 384; e DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, 10 ed., São Paulo : Saraiva, 1995, v. V, p. 355.

<sup>(39)</sup> Qualquer que seja a alternativa, o doente sairá do estabelecimento penal, não havendo como prorrogar a medida de segurança criminal, configurando-se vedada a manutenção do delinqüente-doente na casa de custódia, já que o único *débito* para com a Justiça constitui um processo de interdição. Nesse sentido, Francisco Dias Teixeira, *ob. cit.*, p. 6-8.

<sup>(40)</sup> Quanto aos limites de duração das medidas de segurança aos semi-imputáveis, idênticas soluções devem ser seguidas, não havendo como admitir a prorrogação da medida de segurança criminal por prazo superior àquele existente na pena abstratamente cominada ao ilícito-típico, havendo maiores razões para a não existência de limites mínimos obrigatórios àqueles que não possuem capacidade completa em entender o caráter ilícito do fato.

Se por um lado importante destacar que a legislação penal de 1984 afastou o duplo-binário – introduzindo o necessário vicariato –, por outro, não menos verdade constitui a falta de cuidado quanto aos limites mínimos e máximos dos prazos de duração das medidas de segurança criminais.

#### a) limites mínimos

Em relação aos limites mínimos, disciplina o § 1.º do art. 97, do Código Penal Brasileiro, que o prazo para a perícia médica deverá ser de um a três anos, indicando que, antes do prazo de um ano, vedada restará a antecipação do exame para a constatação da periculosidade.

No atual Código Penal brasileiro não há uma norma expressa disciplinando sobre a inexistência de prazos mínimos obrigatórios de duração às medidas de segurança criminais. Muito ao contrário, a leitura de nossas normas penais conduz à existência de prazos mínimos obrigatórios de um a três anos de duração.

Nesse sentido, basta interpretar a Lei de Execução Penal 7.210/84, que, em seu art. 175, estabelece que: “a cessação da periculosidade será averiguada ao fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança”. Na mesma acepção, dispõe o art. 176: “em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o juiz da execução, diante de requerimento fundado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos no artigo anterior”.

Ora, se a própria Lei de Execução Penal utiliza-se das expressões *no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança e ainda no decorrer do prazo mínimo de duração*, indubitável o reconhecimento quanto à existência dos prazos mínimos obrigatórios em nossa legislação, enunciando também o Código Penal, no § 1.º, do art. 97, que será de um a três anos o prazo mínimo para a realização da perícia médica que averiguará a cessação de periculosidade.

Ao nosso ver, caberá, ao futuro Código Penal brasileiro, dispor expressamente sobre a inexistência de limites mínimos obrigatórios de duração dos prazos das medidas de segurança criminais, admitindo a realização da perícia médica, a qualquer tempo, reforçando a concepção isolada prevista no art. 176 da Lei de Execução Penal.



Nesse sentido, aliás, bem caminhou a Comissão que elaborou recente Anteprojeto à Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, enunciando expressamente a possibilidade de realizar a perícia a qualquer tempo, sendo obrigatória, no mínimo, a cada seis meses.

Caso aprovado o Anteprojeto, disporá o novo § 1.º do art. 97 do Código Penal brasileiro: “é obrigatória a realização da perícia médica a cada seis meses. Mediante requerimento do interessado, de seu representante legal, da autoridade responsável por seu tratamento, do Ministério Público, ou por determinação judicial, a perícia médica poderá ser realizada a qualquer tempo”.

De acordo com o Anteprojeto, portanto, inexisterão limites mínimos obrigatórios quanto aos prazos de duração das medidas de segurança criminais, a demonstrar que seu fim essencial constitui o tratamento e não a prevenção geral positiva.

#### b) limites máximos

Quanto aos limites máximos dos prazos das medidas de segurança criminais, podem acentuar as críticas à nossa legislação penal atual, vigorando não um relativo indeterminismo – como o ordenamento penal português, que admite a prorrogação homotrópica –, mas um absoluto indeterminismo.

De acordo com o disposto no § 1.º do art. 97 do Código Penal de 1984, a medida de segurança criminal será por tempo indeterminado, perdurando enquanto persistir o estado de periculosidade. Constitui verdadeira omissão em nossa legislação penal, não existindo nenhuma referência à expressão *primeiro internamento* e muito menos ao termo *prorrogação*, figurando imprescindível estabelecerem-se limites máximos de duração às medidas de segurança criminais, não podendo ultrapassar as balizas superiores às das penas abstratamente cominadas aos ilícitos-típicos realizados.

Nesse sentido, aliás, foi nossa proposta durante os trabalhos da Comissão que elaborou o Anteprojeto de Reforma à Parte Geral do Código Penal de 1984, adotando-se a seguinte redação: Tempo de duração – art. 98: “o tempo de duração da medida de segurança não será superior à pena máxima cominada ao tipo legal de crime”.

Conforme o Anteprojeto, em *lege ferenda*, não haverá prorrogação ou restrição a um primeiro internamento, existindo um limite máximo de duração às medidas de segurança criminais aplicadas aos inimputá-

veis e semi-imputáveis.<sup>41</sup> Tal limite não será jamais superior àquele enunciado abstratamente na pena do ilícito-típico praticado, restando apenas investigar qual a opção do futuro legislador no caso da persistência comprovada da doença mental, após o término do prazo máximo de duração da medida de segurança criminal.

Ao analisar a proposta apresentada no Anteprojeto da Comissão Revisora da Parte Geral de 1984, constatamos que os doentes mentais não mais perigosos criminalmente poderão ser transferidos para os estabelecimentos comuns, não se exigindo sequer a interdição civil do doente mental como pressuposto prévio para o deslocamento.

Deixando a transferência do doente mental nas mãos do Juiz da Vara de Execuções Criminais, a proposta apresentada pelo Anteprojeto configura-se como um instrumento perigoso à mera substituição de estabelecimentos, constituindo uma válvula de escape às futuras internações de quaisquer espécies de doentes.

Dispondo de forma bem intencionada, porém arriscada, enunciou o Anteprojeto de Reforma à Parte Geral do Código Penal de 1984: art. 97, § 1.º, “Findo o prazo máximo e não cessada a doença por comprovação pericial, será declarada extinta a medida de segurança, transferindo-

<sup>41</sup> No que tange às medidas de segurança criminais, aplicáveis aos imputáveis que, posteriormente à prática do crime, revelem a anomalia mental, importante destacar que, embora não constitua objeto de nossa tese – por serem imputáveis no instante da prática do ilícito-típico –, indubitável será a necessidade de, em *lege ferenda*, enunciar a impossibilidade de que seu prazo máximo de duração não ultrapasse ao da pena imposta, havendo decisões judiciais nesse sentido, sendo exemplo, dentre outras, a publicada pelo *Bol. IBCCrim*, ano 1, n. 5, jun. 1993, com a seguinte ementa: “Execução da Pena. Doença mental. Medida de segurança sobrevinda. Medida de Segurança. Duração. Afeita ao sistema vicariante de 1984, a medida de segurança detentiva aplicável nos termos do art. 183 da LEP não pode ter duração superior ao tempo restante da pena, sem prejuízo de que, afinal, recomende-se a providência prevista no art. 682, § 2.º, do CPP”, RHC 2.445-1, 5.ª T., rel. Min. José Dantas, j. em 10.02.1993, DJU 31.05.1993, p. 10.678. Nesse sentido foi o posicionamento da recente comissão que elaborou Anteprojeto de Reforma à Parte Geral do Código Penal de 1984, dispondo no parágrafo único do art. 41: *Superveniência de Doença mental: Parágrafo único: O tratamento, em nenhuma hipótese, poderá ultrapassar o limite da pena aplicada. Sobre a jurisprudência nas medidas de segurança, obrigatória a consulta à obra de autoria de Janora-Rocha Rossetti e Rui Carlos Machado Alvim, Das medidas de segurança: jurisprudência.*



se o internado para tratamento comum em estabelecimentos médicos da rede pública, se não for suficiente o tratamento ambulatorial”.

“§ 2.º A transferência do internado ao estabelecimento médico da rede pública será de competência do Juízo da Execução.”

Do conteúdo dos dispositivos depreende-se que, diante da simples periculosidade social, proibida constituirá a continuidade da medida de segurança criminal, conferindo-se prioridade para a transferência em tratamento ambulatorial.

Receamos, entretanto, quanto à interpretação que poderá ser conferida ao § 2.º do Anteprojeto, vez que patente constitui a imediatividade da transferência do doente mental para o estabelecimento comum, não se exigindo a prévia decisão jurisdicional de interdição, nem a nomeação do curador, nem a disposição sobre o órgão jurisdicional responsável pela fiscalização da internação, bem como a forma quanto à obtenção da liberdade.

Ainda que se argumente que tais matérias possam ser futuramente regradas pela Comissão elaboradora do Anteprojeto da nova Lei de Execução Penal,<sup>42</sup> perigosa constituiu a redação dos §§ 1.º e 2.º do Anteprojeto, com o intuito de ficar claro que a transferência do internado ao estabelecimento médico da rede pública dependeria de prévia decisão judicial de interdição civil, colocando-se em liberdade o doente caso não declarado a tempo o instituto da curatela.

Em nossa concepção, findo o prazo máximo da medida de segurança criminal, obrigatória constituiria a liberdade do indivíduo, salvo se prévia e judicialmente<sup>43</sup> declarada a interdição civil.

Ao nosso ver, o Anteprojeto deveria mencionar expressamente que a transferência somente seria possível quando declarada a interdição

<sup>42</sup> A fim de ajustar o Anteprojeto que reformulou a Parte Geral do Código Penal de 1984 à Lei de Execução Penal, o Ministro da Justiça José Gregori nomeou Comissão elaboradora do Anteprojeto da Nova Lei de Execução Penal, configurando-se como membros Miguel Reale Jr. (Presidente), Eduardo Reale Ferrari (secretário), Maria Teresa Rocha de Assis Moura, Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marques de Moraes Pitombo e Mardem Costa Pinto, contando com a colaboração da advogada Janaina da Conceição Paschoal.

<sup>43</sup> Em conformidade com GOMES, Orlando, ob. cit., p. 493, “ao decretar a interdição de um louco, o juiz deverá determinar seu internamento em estabelecimento adequado, sempre que parecer inconveniente ou arriscado conservá-lo em casa ou quando o seu tratamento o exigir”.

civil ao louco, tendo o Ministério Público tempo e legitimidade suficientes para propor a interdição, antes de findado o prazo máximo de duração das medidas de segurança criminais. Se assim não o fizer, obrigatória será a liberação do doente mental, não podendo a inércia do órgão público continuar restringindo a liberdade do doente mental, ainda mais quando fundada em mera transferência de estabelecimento, configurando-se incoerente o deslocamento baseado em decisão judicial da Vara de Execuções Criminais, bem como em perícia criminal, quando já inexistente a periculosidade penal.

A regra constituía na liberdade do doente mental, tão logo expiração do limite máximo da duração da medida de tratamento, configurando-se excepcional e residual a interdição civil, sendo urgente a necessidade de alteração no Anteprojeto,<sup>44</sup> sob pena de sofrermos o risco de os doen-

<sup>44</sup> Outro tópico relevante que pode ser questionado na temática das medidas de segurança criminais e merece maior atenção por parte dos doutrinadores e do legislador consiste na possibilidade da cumulatividade entre penas e medidas de segurança a um mesmo cidadão. Afinal de contas, é possível a aplicação sucessiva da medida de segurança e da pena de prisão por fatos diversos, condenando-se o indivíduo em um processo e absolvendo-o em outro? A resposta, ao nosso ver, exige aprofundada análise. Inicialmente, precisamos destacar que a questão relaciona-se à possibilidade de cumular penas e medidas de segurança em ilícitos típicos diversos, não atentando contra o sistema vicariato, já que este proíbe a cumulatividade entre as sanções por um mesmo e idêntico fato delituoso, não sendo o caso em questão, pois presentes estão dois crimes em processos distintos. A ser assim, podemos questionar quanto à existência de um possível vicariato na execução, a restar claro que a Lei de Execução Penal nada dispõe sobre a sucessividade de tais sanções. Ao nosso ver, o melhor será que o juiz determine a confecção de um laudo para verificar quanto à periculosidade do indivíduo. Se o laudo negar a periculosidade, impossível será a execução da medida de segurança criminal sob pena de violar-se o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, que dispõe sobre a adequação das sanções aos fins, condicionando-se a que a aplicação da medida de segurança penda por um prazo de um ano, consoante determina o art. 97, § 3.º. Cumprindo o cidadão somente a pena do outro crime, desnecessária será a aplicação da medida de segurança, após o cumprimento da pena de prisão, restando o indivíduo condicionado a que durante o ano seguinte ao cumprimento da pena de prisão não pratique fato indicativo da persistência, sendo que se o cidadão praticar um ilícito típico antes do prazo de um ano, impositiva será a execução da medida de segurança criminal, restando suspensa a execução da pena de prisão pelo outro crime, resultante do outro processo. Pela lei



tes mentais que alcancem os prazos máximos das medidas de segurança criminais serem automaticamente transferidos para os estabelecimentos comuns.

### 7.3 Prescrição e medida de segurança criminal

A terceira proposta que ora apresentamos em nosso estudo possui uma íntima relação ao limite de o Estado poder-dever punir em face do decurso do tempo. Acerca dessa proposta, questionaremos se o Estado pode punir um inimputável ou um semi-imputável a qualquer tempo, ou se possui um prazo prescricional, que uma vez atingido impedirá qualquer espécie de sanção.

Ao nosso ver, a resposta obrigatoriamente deve ser no sentido de que, em qualquer modalidade de sanção penal, há por parte do Estado limites máximos para sua punição, constituindo-se a prescrição num instituto fundado na escola mista, com o intento de conferir primazia à teoria do esquecimento dos fins das sanções e, secundariamente, à teoria das dificuldades das provas, aplicando-se insonomicamente o instituto ao inimputável, semi-imputável e imputável.

Aplicando-se as medidas de segurança criminais a quaisquer cidadãos, variáveis serão os parâmetros à quantificação da prescrição, distintos quando dirigidos aos imputáveis, aos inimputáveis, ou semi-imputáveis em tratamento.

Com o propósito de melhor desenvolver o tópico, decidimos enunciar dois subitens, restringindo-se o primeiro à visão atual da legislação

em vigor, caso se verifique a cessação da periculosidade, o indivíduo deverá cumprir a pena do outro ilícito típico, descontando-se, em sua execução, o tempo em que o indivíduo restou preso, faltando por cumprir o tempo que restar da pena de prisão. Se o laudo, por outro lado, apontar persistência na periculosidade do indivíduo, impor-se-á a execução da medida de segurança criminal, não prevendo a lei atual, de forma absurda, nenhum limite máximo para a execução da medida terapêutica. Atualmente, se cessada a periculosidade após 30, 40 ou 50 anos, possível, em tese, será a aplicação da pena de prisão resultante de outro processo criminal, sendo necessário repensar sobre uma mudança limítrofe dos prazos prescricionais, mediante a qual, independentemente da existência de causas interruptivas da prescrição, extinto estaria o delito, impondo-se *de lege ferenda*, limites máximos de punição bem como de causas extintivas resultantes de prescrição.

penal na temática da prescrição das medidas de segurança, configurando-se o segundo em propostas de *lege ferenda* sobre prescrição às medidas de segurança criminais.

#### 7.3.1 A prescrição das medidas de segurança no ordenamento jurídico-penal atual

Ao analisar a temática da prescrição das medidas de segurança criminais na atual legislação penal, algumas críticas, desde logo, podem ser expostas, principalmente diante de omissões e incoerências existentes.

A prescrição, quer nas penas, quer nas medidas de segurança criminais, justifica-se diante do sentimento social generalizado de que em face do decurso do tempo não há mais motivos para sancionar os ilícitos-típicos. Funda-se na teoria do esquecimento dos fins das sanções, bem como na dubiedade das provas.<sup>45</sup>

A medida de segurança criminal, ao configurar-se como uma das espécies de sanção penal, também deve impor limites máximos de punição ao Estado, figurando como inconstitucional<sup>46</sup> o argumento da imprescritibilidade das medidas de segurança.

Dividida em prescrição da pretensão punitiva e pretensão executória, ambas estão previstas, genericamente, no parágrafo único do art. 96 do atual Código Penal brasileiro, enunciando que, uma vez extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta, incidindo tanto à prescrição da pretensão punitiva como à prescrição da pretensão executória.

Diante da ausência de quantificação na medida de segurança criminal – configurando-se proibido o juízo de censura judicial ao inimputável e ao semi-imputável sob tratamento –, inexistente constitui o parâmetro para a contagem do prazo prescricional, devendo suprir-se a dificuldade com uma variável enunciada legal e não judicialmente.

<sup>45</sup> Sobre os fundamentos da prescrição, consultar nosso trabalho, *Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 25 e ss.

<sup>46</sup> A inconstitucionalidade originada pela imprescritibilidade das medidas de segurança criminais decorre, especialmente, em face da retributividade da própria Constituição Federal, em seu art. 5.º, incs. XLII e XLIV, ao declararem imprescritíveis os crimes de racismo (Lei 9.459/97), grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.



De acordo com nossa aceção, o legislador poderá fixar o parâmetro da prescrição da medida de segurança, com base no limite mínimo, ou máximo, existente na duração das medidas de segurança criminais,<sup>47</sup> podendo, ainda, optar por fixar prazos prescricionais condicionados às espécies das medidas de tratamento, constituindo-se exemplo a legislação espanhola,<sup>48</sup> ao enunciar, no art. 135.1 do Código Penal de 1995, que as medidas de segurança privativas de liberdade superiores a três anos prescreverão em dez anos, prescrevendo em cinco outras espécies de medidas de segurança.

Duas opções possui o legislador, enunciando normas prescricionais fundadas ou nas espécies das medidas de tratamento ou no ilícito-típico praticado. O Código Penal brasileiro não faz referência a qualquer das duas opções, decidindo a doutrina e jurisprudência pela preferência ao ilícito-típico praticado. De acordo com a majoritária doutrina e jurisprudência, os prazos prescricionais das medidas de segurança criminais terão como base o ilícito-típico correspondente aos prazos inscritos na tabela do art. 109 do Código Penal, havendo divergências relevantes quanto ao parâmetro mínimo ou máximo dos ilícitos-típicos cometidos, existindo duas correntes de posicionamento em nossos Tribunais.

(47) Os limites mínimos ou máximos das medidas de segurança criminais referidos devem corresponder aos parâmetros mínimos ou máximos das penas dos ilícitos-típicos praticados, já que, ao nosso ver, vedada a quantificação da pena por parte do juiz, vez que impossível a censurabilidade ao delinqüente-doente.

(48) O Código Penal espanhol dispõe, no art. 135, 1, que “las medidas de seguridad prescribirán a los diez años, su fueran privativas de libertad superiores a tres años, y a los cinco años si fueran privativas de libertad iguales o inferiores a tres años o tuvieran otro contenido”. Conjuga espécie com quantidade, constituindo dez anos o prazo da prescrição da medida de segurança privativa superior a três anos, configurando-se o prazo prescricional em cinco anos, nos casos de medidas de segurança não privativas de liberdade, ou privativas iguais ou inferiores a três anos. A legislação espanhola enuncia, também, que as medidas de segurança criminais terão prazos máximos correspondentes àqueles impostos aos imputáveis, equiparando-os para este efeito, cabendo à fixação do prazo máximo, ao Tribunal ou ao juiz, e não ao legislador. Ao nosso ver, o disposto no Código Penal de 1995 configura-se incoerente, pois patente a impossibilidade da mensuração da quantificação judicial ao inimputável, constituindo mais prudente seguir-se o critério legal máximo abstrato correspondente à pena do ilícito-típico praticado pelos delinqüentes-doentes. Sobre a legislação espanhola, consultar *Código Penal, Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre, Madrid : Editorial Tecnos S.A, 1995.

Na primeira corrente, a prescrição deverá ser calculada com fundamento na baliza mínima do ilícito-típico cometido, correspondendo-se os prazos àqueles enunciados pelo art. 109 do Código Penal. Nesse sentido, já se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto do Desembargador Cid Vieira,<sup>49</sup> constituindo a ementa: “Medida de segurança-Prescrição – Hipótese em que se há de ter em conta para fins prescricionais a pena mínima abstratamente cominada para o delito no caso de inexistir condenação”.

Apoiando a primeira corrente encontra-se Janora Rossetti,<sup>50</sup> afirmando que a prescrição nas medidas de segurança há de se impor com base no cálculo da pena mínima do ilícito-típico praticado pelo inimputável, justificando seu posicionamento por duas ordens de fatores; o primeiro consiste no fato de que normalmente os imputáveis são condenados às penas mínimas, devendo ser este parâmetro também aplicável aos inimputáveis, sob pena de constituir-se numa desigualdade; o segundo consiste no fato de que o prazo mínimo configura-se mais benéfico ao inimputável, aplicando-se o princípio *in dubio pro reo*.

Contraopondo-se à primeira corrente, a segunda entende que a prescrição deverá ser calculada com fulcro no limite máximo da pena cominada ao ilícito-típico realizado, correspondendo os prazos prescricionais àqueles enunciados pelo art. 109 do Código Penal.

Segundo sua aceção, alicerça-se no fato de que, diante da ausência de censurabilidade aos inimputáveis e semi-imputáveis em tratamento (art. 98 do Código Penal brasileiro), possível apenas a escolha do parâmetro abstrato máximo dos ilícitos-típicos praticados, configurando-se outra opção em pura e aleatória presunção. Nesse sentido, já se manifestou o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto do Des. Djalma Lofrano,<sup>51</sup> consistindo sua ementa em: “Medida de Segurança – Imposição em razão de inimputabilidade do acusado – Prescrição sempre contada pela pena privativa de liberdade cominada, levando-se em conta o grau máximo”.

(49) O voto do Desembargador Cid Vieira encontra-se citado na obra de Janora Rossetti e Rui Carlos Machado Alvim.

(50) Ob. cit.

(51) O voto do Desembargador Djalma Lofrano encontra-se citado na obra de Janora Rossetti e Rui Carlos Machado Alvim.



Ao nosso ver, razão assiste à segunda corrente, constituindo a pena máxima do ilícito-típico praticado o parâmetro legal para a incidência do art. 109 do Código Penal, havendo coerência ao estabelecer que o limite máximo da medida de segurança criminal servirá também como baliza aos prazos prescricionais.

Discordando dos argumentos expostos por Janora Rossetti,<sup>52</sup> entendemos que desigualdades poderão existir sempre, não sendo categórico afirmar que o prejudicado será obrigatoriamente o inimputável. Se adotarmos o parâmetro mínimo ao inimputável e o imputável for sancionado severamente – bem acima do mínimo –, o prazo prescricional do primeiro será menor do que o do segundo, configurando-se como prova de que incerta é a eliminação das desigualdades, qualquer que seja o parâmetro adotado.

A própria autora reconhece que o número de imputáveis é muito maior do que os dos inimputáveis, conduzindo-se a que a adoção do parâmetro mínimo aos inimputáveis gere maior possibilidade de desigualdade em relação aos imputáveis do que o inverso, beneficiando-se.

Relativamente ao argumento de que os imputáveis recebem sempre uma pena mínima, a justificar o parâmetro mínimo, nós o entendemos extremamente perigoso e falacioso. O legislador, em nenhum momento, afirmou que a pena deva ser fixada no mínimo. Muito ao contrário. O art. 59 do Código Penal brasileiro concede ao juiz um leque de oportunidades,<sup>53</sup> ou seja, um menu, no qual, dentre as penas cominadas, caberá escolher a quantidade adequada à necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime.

Incerta qualquer obrigatoriedade quanto à aplicação judicial da pena mínima, constituindo verdadeiro fetichismo a ser rejeitado pelos operadores jurídicos. O juiz não deve proferir a pena mínima, ou a máxima, mas a justa, seguindo os parâmetros legais de suficiência e de efetiva

<sup>(52)</sup> Segundo ROSSETTI, Janora, ob. cit., caso adotemos o limite máximo como parâmetro à prescrição da ação do inimputável, desigual será a relação se comparados aos imputáveis, vez que estes, normalmente apenados em quantidades inferiores ao máximo – normalmente no mínimo –, terão possibilidades em beneficiar-se das prescrições retroativa e superveniente, constituindo-se impossível a mesma situação nos inimputáveis, caso adotemos o parâmetro do limite máximo do ilícito-típico.

<sup>(53)</sup> A expressão *leque de oportunidades* conferida ao juiz é de autoria de Miguel Reale Jr., *Novos rumos do sistema criminal*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 50.

necessidade, vedada a automatização de qualquer quantidade de pena, sob risco de graves injustiças, devendo-se rejeitar os parâmetros fundados em idolatria judicial.

A divergência quanto aos parâmetros máximos ou mínimos às medidas de segurança, apesar de acirrada nos Tribunais,<sup>54</sup> limita-se, em nossa concepção, à prescrição da execução da medida de segurança criminal, não se estendendo à prescrição da pretensão punitiva.

O motivo de tal razão consiste no fato de que antes do trânsito em julgado, impossível configura-se a qualificação do indivíduo como imputável ou como inimputável, pois vedada a antecipação da periculosidade, consistindo odiosa presunção do julgador.

O prazo da prescrição da pretensão punitiva não será, portanto, diferenciado entre o imputável e o inimputável, havendo plena identidade quanto à escolha do parâmetro do tempo máximo da pena abstratamente cominada ao ilícito-típico cometido. Aplica-se, integralmente, o art. 109 do Código Penal, ressaltando-se que, após a Reforma do Código Penal de 1984, não mais existe a possibilidade da medida de segurança provisória.

O limite máximo da pena abstratamente cominada será, assim, a baliza para o prazo prescricional da pretensão punitiva de todos os cidadãos, proibida a divisão entre imputáveis e inimputáveis antes do trânsito em julgado.

Apesar de sermos preemptórios quanto à posição, reconhecemos que dúvidas relevantes poderão surgir com referência à possibilidade da incidência da prescrição retroativa, ou superveniente, vez que inexistente a quantificação concreta da pena no suposto inimputável.

De acordo com nossas afirmações, embora o Estado tenha um limite para aplicar e executar a medida de segurança criminal, os prazos prescricionais da ação serão idênticos àqueles aplicáveis a qualquer espécie de acusado, configurando-se inaplicáveis a prescrição retroativa<sup>55</sup>

<sup>(54)</sup> Sobre a jurisprudência nas medidas de segurança, obrigatória a consulta a ALVIM, Rui Carlos Machado e ROSSETTI, Janora Rocha, ob. cit.

<sup>(55)</sup> A prescrição retroativa é um instituto tipicamente nacional, originado de uma longa discussão travada no Supremo Tribunal Federal, não tendo sua existência, ao nosso ver, nenhuma fundamentação científica, ensejando problemas no âmbito das medidas de segurança criminais. Sobre as decisões judiciais relacionadas à prescrição retroativa, ver FRANCO, Alberto Silva, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., p. 1.662.



e a prescrição superveniente nas medidas de segurança, subsistindo as da pretensão punitiva e da pretensão executória.

No que tange à prescrição executória, importante, doutrinariamente, diferenciar os ilícitos-típicos praticados pelos inimputáveis daqueles realizados pelos semi-imputáveis. Aos dos inimputáveis, a prescrição ocorrerá com base no máximo da pena abstratamente cominada ao ilícito-típico praticado, calculando-se o prazo prescricional com fulcro no art. 109 do Código Penal.

Quanto ao semi-imputável, a prescrição da execução dos ilícitos-típicos dependerá da corrente que se adotar; na primeira, defender-se-á a isonomia entre o semi-imputável e o inimputável, havendo idêntico parâmetro prescricional; na segunda,<sup>56</sup> pelo parâmetro da condenação exteriorizada pelo juiz, que deverá preliminarmente reduzir a pena para posteriormente substituí-la pela medida de segurança, sendo a pena concretizada-substituída o pilar da prescrição da execução, calculada com base no art. 109 do Código Penal.

Discordando dos adeptos da segunda corrente, entendemos que razão assiste à primeira, não existindo nos semi-imputáveis inicial redução obrigatória e posterior substituição por medida de segurança, ultimando-se uma ou outra decisão.

Verificando-se na sentença que o semi-imputável não terá condições de cumprir as finalidades da pena – exigindo especial e curativo tratamento (art. 98) – deverá o juiz deixar de aplicar a pena e anunciar a medida de tratamento, não havendo nenhum *quantum* concretizado, configurando-se o parâmetro da prescrição da execução do semi-imputável o mesmo daquele existente no inimputável.

A discussão quanto ao parâmetro mínimo, ou máximo, para a prescrição da medida de segurança criminal restringir-se-á à prescrição da pretensão executória, e não da punitiva, constituindo impossível a avaliação de imputabilidade ou inimputabilidade antes do trânsito em julgado.

<sup>56</sup> Nesse sentido, ROSSETTI, Janora Rocha, ob. cit., ao afirmar também que, no caso de ser indeferida a condenação aos semi-imputáveis, substituindo o juiz diretamente pela medida de segurança, o parâmetro a ser seguido para efeitos prescricionais deveria ser o marco mínimo do ilícito-típico praticado pelo semi-imputável, e não o máximo, pois normalmente os imputáveis são punidos no mínimo, constituindo uma desigualdade com relação aos semi-imputáveis, que ainda teriam direito a redução da pena.

Quanto à prescrição da pretensão executória<sup>57</sup> das medidas de segurança, conferimos igualdade entre o inimputável e o semi-imputável, optando pelo parâmetro máximo da pena abstrata do ilícito-típico praticado, configurando-se a escolha posição coerente às finalidades do legislador, bem como ao nosso marco de duração das medidas de segurança criminais.

### 7.3.2 Prescrições das medidas de segurança criminais no futuro ordenamento jurídico nacional: propostas de lege ferenda

Com referência à prescrição das medidas de segurança criminais no futuro ordenamento jurídico-penal nacional, duas opções podem existir: a primeira consiste na enunciação de uma nova e específica tabela de prazos prescricionais executórios às medidas de segurança criminais, levando-se em conta, para a fixação do seu *quantum*, ou a espécie da medida terapêutica aplicável ou a prática do ilícito-típico realizado pelo inimputável e semi-imputável sob tratamento (art. 98 do Código Penal), levando-se em conta, no caso dos delinquentes-doentes, o máximo da pena cominada ao ilícito-típico praticado.

A tabela seria específica para a prescrição executória das medidas de segurança criminais incidentes aos inimputáveis e semi-imputáveis

<sup>57</sup> Se por um lado não acreditamos necessário criar-se qualquer solução legal para a prescrição da pretensão punitiva aos doentes mentais – apenas declarados delinquentes na decisão transitada em julgado –, constituindo-se suficiente a tabela do art. 109, imprescindível nos parece a criação de dispositivo expresso disciplinando a prescrição executória da medida de segurança. A ausência de prazos prescricionais executórios nas medidas de segurança criminais conduz a uma imprescritibilidade tortuosa, presente na execução da medida terapêutico-penal, permitindo o sancionamento ao delincente-doente mesmo após decorridos muitos anos, configurando-se numa exceção não prevista em nossa Constituição Federal a revelar inconstitucionalidade. A fim de solucionar preocupante problema, três correntes se apresentam: a primeira faculta ao legislador a necessidade de enunciar prazos fortuitos à prescrição executória, levando-se em conta, para a escolha do *quantum* prescricional, as espécies de medidas de segurança cominadamente aplicáveis aos ilícitos-típicos; a segunda propõe a enunciação de uma tabela prescricional executória às medidas de segurança criminais, relacionando-a aos ilícitos-típicos praticados; a terceira enuncia dispositivo, estendendo a tabela do imputável à prescrição executória dos delinquentes-doentes mentais, não havendo, atualmente, em nossa legislação penal ou no Anteprojeto de Reforma à Parte Geral de 1984, nenhuma das três opções, subsistindo a expressão genérica, extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.



sob tratamento (art. 98 do Código Penal), ressaltando desnecessária nova lista de prazos de prescrição da pretensão punitiva, já que aplicável a qualquer delinqüente, não havendo durante a ação penal possibilidade de qualificá-lo como imputável ou inimputável.

A segunda opção será aplicar ao inimputável, ou semi-imputável sob tratamento (art. 98 do Código Penal), a mesma tabela já prevista para o imputável, utilizando-a para a prescrição da execução dos imputáveis, inimputáveis e semi-imputáveis sob tratamento, configurando-se a pena máxima<sup>58</sup> dos ilícitos-típicos o parâmetro dos delinqüentes-doentes.

Ao nosso ver, dentre as duas opções, mais correta será a adoção da segunda corrente, não se justificando a enunciação de uma tabela específica para imputáveis e outra para inimputáveis e semi-imputáveis, bastando, ao legislador, deixar expresso que haverá igualdade na lista quanto aos prazos de limitação de punição executória do ilícito-típico do imputável, do inimputável e do semi-imputável sob tratamento (art. 98 do Código Penal), divergindo o parâmetro do imputável se comparado ao dos outros dois, devendo os esforços e a agilidade estatais para o cumprimento da execução de quaisquer sanções serem idênticos nas três categorias de delinqüentes.

No que se refere à tabela com a lista dos prazos prescricionais da pretensão punitiva e da pretensão executória, propomos identidade, quer em relação às medidas de segurança, quer em relação às penas, possuindo como parâmetro da prescrição da execução da medida terapêutico-penal o ilícito-típico realizado pelo inimputável e semi-imputável sob tratamento, fundamentando-se na pena máxima abstratamente cominada.

Ao nosso ver, bastará, ao legislador, enunciar de *lege ferenda*,<sup>59</sup> um novo artigo no Código Penal – art. 110-A – dispendo: “A prescrição das

<sup>(58)</sup> Pleiteando pelo mínimo abstrato do ilícito-típico, posiciona-se ROSSETTI, Janora Rocha, ob., cit.

<sup>(59)</sup> A elaboração do Anteprojeto de recente Reforma à Parte Geral do Código Penal de 1984 não fez menção à prescrição nas medidas de segurança criminais. Apesar de tal omissão, não disciplinando especialmente os parâmetros para viabilizar a prescrição da pretensão executória nas medidas de segurança, perenizando a tese da imprescritibilidade executória da medida de segurança criminal, avanços importantes foram realizados no Anteprojeto, estabelecendo-se que a execução da medida de tratamento deverá ter um prazo máximo de duração.

medidas de segurança, depois de transitar em julgado a sentença que reconhecer a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade do agente, regular-se-á pelo máximo da pena de prisão<sup>60</sup> cominada ao ilícito-típico praticado, verificando-se nos prazos estabelecidos nos incisos I a VI do art. 109”.<sup>61</sup>

#### 7.4 Natureza jurídica da sentença judicial impositiva à medida de segurança criminal

A última proposição a ser refletida consiste na investigação quanto à sentença<sup>62</sup> judicial que determina a submissão do agente à medida de segurança criminal, questionando sua natureza: absolutória ou condenatória.

Prevista no inc. IV do *caput*, bem como no parágrafo único, inc. III do art. 386 do Código de Processo Penal nacional, a sentença que aplicará a medida de segurança criminal é comumente denominada pela doutrina como absolvição imprópria.

A adjetivação *imprópria*, por si só, denota que efetivamente a sentença que impõe a medida de segurança criminal não se configura como absolutória, pois tecnicamente a absolvição existe apenas quando o juiz rechaça a pretensão punitiva.

Em nosso Código de Processo Penal, a absolvição não é sinônimo de rejeição à pretensão punitiva, abrangendo também os casos de ausên-

<sup>(60)</sup> O motivo da substituição da expressão *pena privativa de liberdade* por *prisão* visa ajustar nossa proposta ao recente Anteprojeto de Reforma à Parte Geral do Código Penal de 1984, que substituiu a expressão *pena privativa de liberdade* por *prisão*, eliminando também as expressões *reclusão* e *detenção*. Sobre a íntegra do Anteprojeto, consultar sua publicação no *site* do Ministério da Justiça: [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br).

<sup>(61)</sup> O dispositivo ora enunciado visa expressar a relação entre os bens jurídicos afrontados pelos delinqüentes-doentes e os prazos de duração das medidas terapêutico-penais, não mais se justificando a imprescritibilidade executória das medidas de segurança criminais, propondo-se um limite máximo de execução estatal fundado no marco maior abstratamente cominado ao ilícito-típico.

<sup>(62)</sup> A respeito da sentença penal, imprescindível constitui analisar a tese apresentada por PORTO, Hermínio Alberto Marques Porto, *Decisão de pronúncia*, concorrendo à Cátedra de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo São Paulo, 1970, p. 25.



cia de culpabilidade, configurando-se como exemplos dessa situação os casos de coação moral irresistível, obediência hierárquica e inimputabilidade (art. 386, inc. IV).

A legislação processual pátria não segue um rigorismo técnico, admitindo natureza absolutória mesmo quando não rejeitado o *jus puniendi*, dispondo expressamente o parágrafo único, inc. III, do art. 386 do CPP que, com a sentença absolutória, o juiz aplicará a medida de segurança, se cabível.

O legislador pátrio quanto à absolvição enunciada em nosso Código de Processo Penal, não seguiu um critério técnico-científico, prescindindo da concepção de obrigatoriedade à pretensão punitiva.

A sentença absolutória constitui sinônimo de negatividade à pretensão punitiva, implicando improcedência da acusação. Pressupõe ato decisório sobre a pretensão punitiva, ou seja, sobre o próprio *meritum causae*, rejeitando-o.

Como bem destaca José Frederico Marques,<sup>63</sup> sentença absolutória é aquela que incide sobre a acusação para declará-la improcedente, considerando infundada a acusação e sem procedência a pretensão punitiva.

A decisão que julga inadmissível um pronunciamento sobre o mérito da acusação, ou mesmo exime o réu de sofrer uma condenação, tem caráter processual, não configurando-se como sinônimo de absolvição.<sup>64</sup>

De acordo com José Frederico Marques,<sup>65</sup> a decisão que subtrai o réu de condenação, por declarar inadmissível o julgamento da acusação, pode constituir-se *absolutio ab instancia*, não caracterizando-se, entretanto, como sentença absolutória de mérito, já que apenas o desliga dos ônus, deveres e obrigações que lhe são impostos, em virtude de encontrar-se vinculado à instância ou relação processual.

<sup>63</sup> *Elementos de direito processual penal*, 2. ed. rev. atual. por Eduardo Reale Ferrari, Campinas: Millennium Editora, 2000, p. 18.

<sup>64</sup> Contrariamente a esse posicionamento encontra-se DOSI, Etoresse, *La sentenza penale di proscioglimento*, 1955, p. 19-21, entendendo que as sentenças absolutórias são todas aquelas que, embora não declarem a inaplicabilidade da norma penal ao caso concreto, afirmam inadmissível a propositura ou prosseguimento da ação penal. No mesmo sentido, Ugo Aloisi e Arturo Rocco, citados por MARQUES, José Frederico, ob. cit., p. 18, n. 1.

<sup>65</sup> Ob. cit., p. 19.

A sentença absolutória possui natureza declaratória-negativa, exigindo que o Juiz ou o Tribunal afirme inexistente o *jus puniendi*. Reconhece não haver o direito estatal de punir, declarando, outrossim, intangível o direito de liberdade do réu.

Ora, a decisão que impõe a medida de segurança criminal, em nenhum momento, rejeita o direito de punir. Configurando-se como sanção penal, exige a presença do ilícito-típico, bem como da periculosidade criminal, constituindo-se em imprescindíveis pressupostos a legitimar a restrição de um direito individual.

A decisão que aplica a medida de segurança criminal denota verdadeira sanção penal; contém o *jus puniendi* estatal, possuindo, como finalidades essenciais, o tratamento e a tranqüilidade social, afrontada diante do ilícito-típico.

Em conformidade com a ilustração de José Frederico Marques,<sup>66</sup> embora denominada de absolutória, a sentença que submete o indivíduo à medida de segurança criminal é, na realidade, de conteúdo condenatório, impondo uma *sanctio juris* prevista pela ordem jurídico-penal.

Conforme inúmeras passagens e legislações, a medida de segurança criminal implica uma decisão restritiva à índole pessoal ou patrimonial, submetendo o cidadão a uma consequência jurídica do delito.

Francesco Siracusa, desde o início do século, já afirmava que a imposição de uma medida de segurança criminal exteriorizava-se, sempre, com uma condenação em seu significado filológico e jurídico, caracterizando “una restrizione d’indole personale o patrimoniale inflitta per sentenza del giudice”.<sup>67</sup>

No mesmo sentido afirma Arturo Santoro,<sup>68</sup> ao considerar como sentenças condenatórias tanto as decisões de condenação verdadeira e própria a uma pena como os pronunciamentos de aplicação de medida de segurança.

O magistrado, com a imposição da medida terapêutica, restará obrigado a transformar a regra abstrata em concreta, exteriorizando sua sentença mediante um pronunciamento condenatório, que originará um

<sup>66</sup> Ob. cit., p. 23.

<sup>67</sup> *Pubblico Ministero*, 1929, p. 91.

<sup>68</sup> *L'Esecuzione Penale*, 1953, p. 187.



título executório a ser regido pelas normas procedimentais disciplinadas na Lei de Execução Penal, resultando numa execução forçada de tratamento aos delinquentes-doentes.

De acordo com Alfredo Buzaid,<sup>69</sup> concomitantemente à decisão do litígio penal – julgando procedente a pretensão punitiva –, a sentença condenatória se reveste da qualidade de título penal executório, constituindo ato final da etapa de conhecimento e o elemento inicial da fase de execução.

A sentença condenatória resulta no comando emergente da decisão com eficácia executiva, pois constitui título para o Estado impor ao réu o cumprimento da pena ou da medida de segurança que a sentença mandar aplicar. Possui um duplo conteúdo: em primeiro lugar, declara existente o direito de punir emanado da violação do preceito primário da norma penal; e, em segundo, como assenta Liebman,<sup>70</sup> “faz revigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, mediante a aplicação da sanção adequada”.

Não constituindo a censurabilidade do agente exigência à sentença condenatória, possui como destino a imposição de uma adequada consequência jurídica do delito, incidindo em qualquer das duas espécies de sanção. Ainda que existam discussões<sup>71</sup> no sentido de que o nosso atual Código de Processo Penal exija constituir a censurabilidade, pressuposto obrigatório à sentença condenatória criminal, inquestionável, ao nosso ver, o equívoco da interpretação.

<sup>(69)</sup> *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, 1956, p. 108.

<sup>(70)</sup> *Processo de execução*, p. 39-40.

<sup>(71)</sup> A discussão quanto à censurabilidade ao agente configura-se como pressuposto obrigatório das sentenças condenatórias; decorre da interpretação realizada no art. 387 do CPP, em especial dos incs. I, II e III, ao referir-se constantemente à dosimetria da pena, sendo exemplos as expressões *agravante e atenuante* (inc. I); *art. 59* (inc. II); *penas* (inc. III); configurando-se o inc. IV uma ficção presumida de periculosidade não terapêutica, proveniente da Lei 6.416/77, restando revogado o seu inc. V, bem como os arts. 373 a 380 do CPP, que disciplinavam sobre as medidas de segurança provisórias. Atualmente, não mais se aplica a Súmula 422 do Supremo Tribunal Federal que enunciava “absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação da liberdade”, revogando-se também o art. 555 do CPP, que disciplinava sobre a medida de segurança e a prática de quase-crimes.

De acordo com a nossa análise, as sentenças condenatórias não exigem obrigatoriamente o juízo de censura ao autor, mas a confirmação e a demonstração da imputação. Configurando-se como relevantes o exame e o julgamento da acusação intentada contra o réu, fundamental para a caracterização da sentença condenatória constituirá a existência do pronunciamento jurisdicional com o respectivo reconhecimento da pretensão punitiva.

A sentença condenatória não dependerá do juízo de censurabilidade, mas da procedência da pretensão punitiva, exigindo também<sup>72</sup> a aplicação do preceito sancionador à infração praticada pelo acusado.

Como bem assevera José Frederico Marques,<sup>73</sup> constituindo-se a medida de segurança como sanção penal, a sentença que a impõe se apresenta fundamentalmente condenatória, cabendo ao magistrado transformar a regra sancionadora abstrata em concreta.

A medida de segurança, enquanto efetiva sanção penal de caráter aflitivo, exigirá, pois, o reconhecimento da natureza condenatória da sentença judicial que determinar a submissão do agente ao tratamento,

<sup>(72)</sup> Segundo MARQUES, José Frederico, ob. cit., p. 38 e ss., para a configuração da sentença condenatória, imprescindível não só a procedência da pretensão punitiva, mas também a aplicação do preceito sancionador, não configurando exemplo de sentença condenatória aquela que impõe perdão judicial ou escusa absolutória, já que embora reconheçam a procedência da acusação, não aplicam nenhuma sanção. Além das decisões condenatórias e absolutórias, existem as denominadas sentenças terminativas de mérito, que não absolvem nem condenam, mas põem fim à relação processual, impedindo novo julgamento sobre o mérito do litígio penal contido na *res in judicium deducta*. Segundo o autor, essa espécie de sentença configura-se como uma decisão definitiva sobre o mérito da causa que não declara a improcedência da acusação, nem tampouco impõe sanção penal ao acusado. A ser assim, conclusiva a afirmação no sentido de que a decisão que impõe a medida de segurança criminal não constituirá terminativa de mérito, já que impõe sanção penal, constituindo verdadeira sentença condenatória. Exemplos de decisões terminativas de mérito são aquelas que decretam a extinção da punibilidade, em especial, a das medidas de segurança, bem como aquelas que revogam as medidas de segurança, restando o *ius libertatis* do cidadão.

<sup>(73)</sup> Ob. cit., p. 23.



propondo-se,<sup>74</sup> de um lado, a revogação do parágrafo único, inc. III, do art. 386 do CPP, e, de outro, a enunciação de novo inciso ao art. 387, contendo a seguinte redação: “O juiz, ao proferir sentença condenatória aos inimputáveis, ou semi-imputáveis, imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível”.

<sup>74</sup> Não obstante a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal – instituída pelo Ministério da Justiça, Portaria 061, de 20 de janeiro de 2000, composta por Ada Pellegrini Grinover (presidente), Petrónio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Jr., Nilzardo Carneiro Leão, Rene Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti – não ter como objeto específico as alterações na sentença, ao que parece, durante os trabalhos da Comissão, concluiu-se no sentido de que decisão impositiva à medida de segurança criminal não deve conter natureza condenatória ou absolutória, mas sim declaratória, constituindo prova dessa observação a proposta de alteração do atual art. 492, inc. II, letra c do CPP. De acordo com o novo art. 492, inc. IV, enunciado no Anteprojeto, no capítulo Tribunal do Júri, a decisão impositiva à medida de segurança possuirá natureza declaratória, com a seguinte redação: “Em seguida – ao encerramento da votação dos quesitos no Tribunal do Júri – o presidente proferirá sentença, com observância do seguinte: II – no caso de condenação; III – no caso de absolvição; IV – *imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível*. No que tange aos Anteprojetos elaborados pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, ver publicação na íntegra no *site* do Ministério da Justiça: [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br).