V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

FELIX ARAUJO NETO

GILBERTO GIACOIA

GERMÁN ALBERTO ALLER MAISONNAVE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Felix Araujo Neto, Germán Alberto Aller Maisonnave, Gilberto Giacoia – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-242-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

No contexto do V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado em Montevideo, de 08 a 10 de setembro de 2016, na perspectiva de integração ampliada na linha da internacionalização, iniciada agora no âmbito latino americano, produz o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição II, como resultado, este livro reunindo, de suas atividades constantes da apresentação de artigos afinados pelo viés reflexivo, a partir da base constitucional, da intervenção penal em diferentes segmentos teóricos, voltados à defesa de uma sua cada vez maior legitimação pelos postulados garantistas, dimensionados no permanente conflito entre o jus puniedi versus jus libertatis.

Espaço privilegiado para o desenvolvimento da pesquisa e da investigação científica no âmbito dos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, os já tradicionais encontros do CONPEDI ganham nova dimensão, reunindo pesquisadores, além fronteiras, emprestando vivo incremento ao intercâmbio de ideias e experiências e abrindo novas frentes de difusão da produção científica no âmbito internacional.

Assim, neste Grupo de Trabalho (Direito Penal e Constituição II), os pesquisadores se debruçam sobre várias temáticas, indo desde a defesa da ampliação dos mecanismos e instrumentos jurídicos de combate à corrupção, passando pela justiça penal de transição em que se analisam as articulações ao contexto de alguns países da América Latina frente aos conflitos internos, atuação da Corte Penal Internacional em relação à tipificação do delito de agressão, aspectos críticos da Lei Antiterrorismo, fundamentos políticos do Processo de Impeachment em uma visão funcionalista, revisitando a teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica sob nova luz teórica, debatendo a sociedade de risco e o controle social na vertente da dinâmica do ativismo judicial no Brasil, o conceito dogmático da culpabilidade para além de uma estrutura lógico-real (como instituto funcional), o caráter fragmentário da tutela penal ambiental, os fatores criminógenos nas atividades empresariais sob moderna mecânica de controle (compliance), além da problemática da pena e da medida de segurança sob comando dos limites constitucionais flexionados por recentes interpretações pretorianas pelo STF em detrimento do postulado da liberdade, trazendo como pano de fundo as cortinas da doutrina dos direitos humanos.

Textos todos produzidos por valorosos autores comprometidos como os valores acadêmicos, os ideais de justiça e a responsabilidade científica que se exige do estudioso do Direito, muito mais ainda nos dias de hoje.

Enfim, mais uma vez, esta publicação, junto a de outros artigos apresentados e debatidos nos Grupos de Trabalho deste V Encontro Internacional, coloca o CONPEDI em posição de destaque, pois à frente de expressiva conquista, protagonizando valioso contributo à pós-graduação, pesquisa e extensão na área do Direito e, assim, prosseguindo firme em seu belo destino institucional.

Prof. Dr. GILBERTO GIACOIA - Doutor em Direito, procurador de justiça do Ministério Público do Paraná e professor associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. GERMAN ALLER - Doutor em Direito, advogado e professor da Universidad de la República do Uruguai

Prof. Dr. FELIX ARAÚJO NETO - Doutor em Direito, advogado professor da Universidade Estadual da Paraíba E FACISA

SOLUÇÕES À INCONSTITUCIONALIDADE DA AUSÊNCIA DE PRAZO MÁXIMO DE DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA E A SÚMULA 527 DO STJ

SOLUTIONS FOR THE UNCONSTITUTIONAL LACK OF MAXIMUM DURATION OF SECURITY MEASURES AND THE SCORESHEET 527 OF THE STJ

Carolina Sabbag Salotti [1]
Hilbert Reis Silva [2]

Resumo

As medidas de segurança, espécies de consequências jurídicas dos delitos, são aplicadas aos agentes dotados de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, perdurando por tempo indeterminado, até que se constate a cessação da periculosidade do agente. Sendo assim, a ausência de determinação do prazo máximo de duração afronta determinados princípios constitucionais e não se amolda à ideia de inexistência de pena perpétua no ordenamento jurídico nacional. Através do método de abordagem dialético, do método de procedimento comparativo e da revisão bibliográfica, este artigo pretende analisar algumas das soluções apresentadas à questão, em especial, a súmula 527, do STJ.

Palavras-chave: Medidas de segurança, Inimputabilidade, Súmula 527, Stj

Abstract/Resumen/Résumé

Security measures, types of legal consequences of crimes, are applied to agents with unaccountability or semi-liability, lasting indefinitely, until it finds the termination of the dangerousness of the agent. Thus, the absence of determining the maximum duration period affront certain constitutional principles and not conforms to the idea of no life sentence in national law. Through the dialectical method of approach, the method of comparative procedure and the literature review, this article analyzes some of the solutions presented to the question, in particular the scoresheet 527 of the STJ.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Security measures, Nonimputability, Scoresheet 527, Stj

[1] Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP

[2] Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP

INTRODUÇÃO

As medidas de segurança são consequências jurídicas dos delitos, figurando ao lado das penas como espécies de sanções penais. (DIAS, 1999, pp. 156-157).

Tais medidas são impostas aos agentes que não são dotados de imputabilidade plena, dependendo de três pressupostos para a sua aplicação: o cometimento de um injusto, a periculosidade do agente e a ausência de imputabilidade plena. Sua duração, de acordo, principalmente, com o art. 97, §1º, do Código Penal brasileiro, é indeterminada e apenas cessa quando se constatar o término da periculosidade apresentada pelo agente, de modo que, rotineiramente, são realizados exames para a constatação de uma possível cessação.

Diante desta questão, percebe-se que a não delimitação de tais sanções penais mostra-se incoerente com determinados princípios constitucionais, intimamente ligados à aplicação destas, especialmente o da legalidade, o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da proporcionalidade, o da intervenção mínima e a inexistência de penas de caráter perpétuo no ordenamento jurídico pátrio. Isso ocorre, sobretudo, quando se comparam os moldes de aplicação das medidas de segurança e das penas, bem como as condições impostas aos seus agentes, e quando se constatam os inúmeros danos físicos e psíquicos da aplicação indeterminada de uma sanção penal. (FERRARI, 2001, pp. 91-134).

Ainda no que diz respeito ao tema, a doutrina vem tentando estipular um limite máximo para estas sanções, sendo quatro as principais soluções adotadas. A primeira delas, aplicada tanto aos inimputáveis quanto aos semi-imputáveis, defende que o limite seja o da pena máxima abstratamente cominada ao ilícito praticado pelo sujeito. (CIA, 2004, pp. 115-116). A segunda, por sua vez, preconiza que, para os casos de semi-imputabilidade, seja adotada a pena fixada e reduzida na sentença. (FERRARI, 2001, p. 185). A terceira, especificamente para os casos de superveniência de doença mental, sustenta que o máximo deve ser aquele correspondente ao da pena fixada pelo magistrado. (CIA, 2004, pp. 115-116). Por fim, a quarta solução comumente encontrada pontua que, tanto para os inimputáveis, como para os semi-imputáveis, se adote o prazo máximo de 30 anos correspondente ao da pena máxima no ordenamento jurídico brasileiro (BITENCOURT, 2011, p. 843).

Tentando solucionar este problema no contexto brasileiro, foi editada, em maio de 2015, a súmula 527, do STJ, que adotou a primeira solução aqui apresentada. Entretanto, muitas críticas são feitas à súmula em questão, vez que ela não tratou, expressamente, da semi-imputabilidade e nem

dos casos de superveniência de doença mental, dando margem para interpretações diferentes, por parte dos operadores do direito, acerca da limitação do prazo máximo destas medidas. (PAZ, 2015).

Assim, desenvolve-se o presente trabalho, objetivando-se analisar as soluções para a inconstitucionalidade da indeterminação dos prazos máximos de duração destas sanções penais. Desse modo, serão objetivos secundários: a análise destas consequências jurídicas dos delitos; o estudo de determinados princípios constitucionais e sua relação com a ausência de delimitação de um prazo máximo; as soluções comumente empregadas pela doutrina para a solução da questão, em especial, sua relação com a súmula 527, do STJ.

Para isso, serão utilizados os seguintes métodos: o dialético, como método de abordagem; o comparativo, como método de procedimento; a revisão bibliográfica, como técnica de pesquisa. Em relação ao método dialético, adotar-se-á, como "tese", a súmula 527, do STJ; como "antítese", as demais soluções apresentadas para a limitação de um prazo máximo de duração das medidas de segurança, obtendo-se, daí, a "síntese". Já em relação ao método comparativo, serão realizadas comparações entre a súmula em questão e as outras soluções doutrinariamente apontadas. E, por fim, no que tange à revisão bibliográfica, uma série de obras e artigos serão analisados de modo a permear a análise do que aqui se propõe. (LAKATOS; MARCONI, 2007, pp. 83-85).

Diante desta breve explanação, percebe-se a relevância do tema aqui abordado. Alvo de uma série de polêmicas, a solução para a indeterminação de um prazo máximo de duração destas sanções é medida que se impõe como forma de garantia dos direitos constitucionais dos inimputáveis e dos semi-imputáveis, agentes marginais do direito penal, que, muitas vezes, são relegados a segundo plano.

1 CONTEXTO

As medidas de segurança, da maneira como são conhecidas na atualidade, tiveram sua criação somente século XIX. Apesar disso, anteriormente ao surgimento destas, institutos muito semelhantes eram utilizados para pessoas que não possuíam um comportamento social digno de aprovação, ainda que não fossem portadoras de doenças mentais. (CIA, 2004, p. 42).

Entretanto, estas consequências jurídicas dos delitos só passaram a ser amplamente estudadas quando se começou a analisar que as penas não estavam sendo eficientes no combate à criminalidade. A Escola Moderna de Fran von Liszt, na Alemanha, e o Positivismo de Enrico Ferri, na Itália, autores que combatiam as formas como as penas eram aplicadas, foram os principais responsáveis por impulsionar os estudos a respeito da temática, não tendo sido bem recebidos pelos

mais conservadores que acreditavam que tais medidas acabariam por descaracterizar as penas. (CIA, 2004, p. 42).

O enfoque na prevenção individual destas sanções surge, pela primeira vez, no Projeto de Código Penal Suíço de Stoss, apesar de, anteriormente, no Código de Rocco e no Código Penal suíço de 1937, estas já terem sido abordadas. O Código Penal Francês de 1810 também abordou a questão, ao passo que medidas tutelares eram aplicadas aos menores de dezoito anos sem discernimento, prenunciando o surgimento destas consequências jurídicas dos delitos. (CIA, 2004, p. 42).

1.1 CONTEXTO BRASILEIRO

A primeira legislação que o Brasil, de fato, conheceu foram as Ordenações Filipinas, que não traziam nenhuma referência específica ao tratamento dos portadores de doenças mentais. Depois destas, merece destaque o Código Criminal do Império, o primeiro código autônomo da América Latina (FRAGOSO, 2004, p. 72), que tratou de questões de ordem penal. Elaborado em 1830, trazia uma sessão inteira dedicada ao "tratamento dos loucos". (BRASIL, 1830). A próxima legislação a abordar a questão foi o Código Penal de 1890. Este trazia em seu bojo a ideia de que estes não poderiam ser considerados criminosos, só podendo cumprir pena caso se curassem, sendo certo, porém, seu destino caso apresentassem perigo à segurança pública: serem devolvidos às famílias ou serem recolhidos a hospitais. (CIA, 2004, pp. 54-57).

Foi somente com o Código Penal de 1940 que o ordenamento jurídico-penal brasileiro dedicou uma sessão específica às medidas de segurança, adotando o sistema do duplo binário. Por meio deste, poderia ser aplicada sucessivamente uma pena e uma medida de segurança pela prática do mesmo fato delituoso. (PIERANGELI, 2001. p. 456).

No Código Penal de 1969, foi adotado o sistema vicariante, que não admitia a aplicação sucessiva acima mencionada. Desse modo, ou se aplicava uma pena ou uma medida de segurança, não podendo haver a cumulação das duas, sistema adotado no nosso ordenamento jurídico. Foi nesse Código também que se estabeleceu a indeterminação dos prazos máximos de duração das sanções penais aqui em destaque. Apesar disso, foi somente com a Reforma de 1984 que estas consequências jurídicas dos delitos adquiriram todas as configurações que apresentam até hoje. PIERANGELI, 2004. p.457).

2 MEDIDAS DE SEGURANÇA

As medidas de segurança são uma espécie de consequência jurídica do delito, figurando como forma de sanção penal, em especial, ao lado das penas. Durante muito tempo, esta questão foi objeto de discussão por parte de estudiosos do assunto: alguns acreditando possuírem estas medidas cunho meramente administrativo[1] (FERRAJOLI, 2002, p. 626), outros defendendo seu caráter sancionador. Hoje, entretanto, esta polêmica encontra-se enfraquecida e já se reconhece, de maneira quase unânime, o caráter penal destas sanções. (DIAS, 1999. pp. 156 -157).

> Fica com isto afastada uma concepção [...] segundo a qual, para legitimação da medida de segurança, necessário se tornaria considerá-la dentro da categoria das medidas puramente administrativas [...]. Uma tal concepção, por uma parte, lançaria a teoria da medida de segurança para fora do campo do direito penal e da política criminal, amputando esta e aquele de instrumentos sancionatórios que, como logo de início procurei mostrar, são essenciais à realização da sua função e das suas finalidades; e, de todo modo, não conseguiria explicar, por outro lado, a necessária jurisdicionalização comum da medida de segurança, nem tão-pouco a sua ligação necessária a um ilícito-típico, que só na constituição político-criminal encontram sua verdadeira razão de ser. (FABBRINI; MIRABETE, 2006, p. 376).

Estas dependem, para a sua aplicação, de três pressupostos centrais: a prática de um fato punível, a ausência de imputabilidade plena e a periculosidade do agente.

A necessidade de prática de um fato punível diz respeito à necessidade de as medidas de segurança serem pós-delituais. Portanto, imprescindível para a sua aplicação, o cometimento de um crime ou de uma contravenção penal por parte do agente que delinquiu. (FERRARI, 2001. p. 135). Nesse sentido, cabe ainda ressaltar que as excludentes de criminalidade e de culpabilidade (com exceção da inimputabilidade, uma vez que esta é um dos pressupostos de aplicação destas medidas) impedem a aplicação destas sanções penais, vez que faltaria o pressuposto aqui analisado. (BITENCOURT, 2011, p. 840).

Já no que se refere à periculosidade do agente, cabe fazermos a subdivisão em periculosidade pré-delitiva e pós-delitiva. A primeira forma independeria da prática de um ilícito. A segunda, por sua vez, estaria relacionada ao cometimento de um crime ou de uma contravenção penal, sendo este o caso das medidas de segurança no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Assim, a periculosidade do agente estaria atrelada ao primeiro pressuposto de aplicação acima citado. (CASABONA, 1986, p. 30).

[1] Para Ferrajoli (2002, p. 627), esta natureza estaria expressa no Código Penal italiano. Ademais, elas seriam dotadas de discricionariedade e possibilidade de revogação ou modificação, características de medidas administrativas.

Merece destaque a distinção feita por Bitencourt acerca da periculosidade real e da presumida. A primeira, de acordo com este autor, estaria ligada aos inimputáveis. A segunda, a seu turno, diria respeito aos semi-imputáveis, sendo reconhecida pelo juiz quando da aplicação da medida de segurança ao agente, em virtude da necessidade de especial tratamento curativo. Assim, para este autor, ambas as formas de periculosidade seriam admitidas em nosso ordenamento jurídico (BITENCOURT, 2011, p. 840).

Régis Prado discorda desse posicionamento, preconizando a inexistência de uma periculosidade meramente presumida, ideia com a qual concordamos:

> A periculosidade não pode ser meramente presumida, mas plenamente comprovada. Sua aferição implica juízo naturalístico, cálculo de probabilidade, que se desdobra em dois momentos distintos: o primeiro consiste na comprovação da qualidade sintomática de perigoso (*diagnóstico da periculosidade*); o segundo, na comprovação da relação entre tal qualidade e o futuro criminal do agente (*prognose criminal*). (PRADO, 2002, p. 603).

Por fim, a ausência de imputabilidade plena, devendo ser o agente, para que seja aplicada a medida em questão, inimputável ou semi-imputável. Os inimputáveis são aqueles que não podem ser culpáveis por não possuírem capacidade de discernimento ou de determinação. (FABBRINI; MIRABETE, 2006, p. 207). A inimputabilidade, de acordo com o art. 26, *caput*, do Código Penal, abrange tanto os portadores de doença mental quanto as pessoas que detêm desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Existem três correntes que explicam a questão. A primeira é chamada de biológica e considera que, possuindo qualquer anomalia psíquica, o agente já é inimputável, não se considerando se esta anomalia realmente influiu ou não no cometimento delitivo e na consciência acerca do caráter ilícito do fato. A segunda se denomina psicológica, voltando-se para o momento do cometimento do crime ou contravenção penal e para o discernimento do agente a respeito da prática delituosa. E, por fim, a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro, a biopsicológica, que une as duas anteriores, avaliando tanto a existência de uma anomalia psíquica quanto a influência desta no momento da prática do ilícito. (FABBRINI; MIRABETE, 2006, p. 207).

A semi-imputabilidade, por sua vez, de acordo com o parágrafo único do art. 26, do Código Penal pátrio, diz respeito aos agentes que, tanto por doença mental, quanto por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, apresentam redução na sua capacidade de determinação. Diferem-se, portanto, dos inimputáveis porque apresentam redução em sua

consciência a respeito do fato criminoso, não se encontrando totalmente privados desta como ocorre com os primeiros.

As medidas de segurança podem ser aplicadas de duas formas: internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP) ou tratamento ambulatorial. A primeira delas, detentiva, é imposta aos inimputáveis e aos semi-imputáveis que necessitarem de especial tratamento curativo (arts. 97, *caput*, e art. 98, do Código Penal). De maneira geral, a internação é realizada em um Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, devendo o agente ser recolhido a estabelecimentos adequados na falta deste (art. 96, I, do Código Penal). Nesta modalidade, a realização de exames psiquiátricos, criminológicos e de personalidade é obrigatória (art. 100, 174, c.c. os arts. 8º e 9ºda LEP).

A segunda, restritiva, é medida excepcional (PRADO, 2002, p. 605), podendo ser convertida em detentiva se o juiz da execução julgar necessário (art. 97, §4, do Código Penal). Neste tipo de medida, o exame criminológico é facultativo e depende tanto da natureza do fato criminoso praticado quanto das condições apresentadas pelo sujeito (art. 174 c.c. arts. 8º e 9º da LEP).

Tais sanções penais podem ser substitutivas. São os casos de semi-imputabilidade e de superveniência de doença mental. No primeiro caso, de maneira geral, o julgador fixa a pena privativa de liberdade na sentença, a reduz, substituindo-a, posteriormente, pela medida de segurança. (PRADO, 2002, p. 609). Entretanto, o magistrado pode decidir, antes de fixar a pena reduzida na sentença, pela imposição da medida de segurança, entendendo que o agente necessita de especial tratamento curativo.

Já nos casos de superveniência de doença mental, caso o agente apresente uma doença mental superveniente e duradoura, ele deve ser encaminhado a um Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. (PRADO, 2002, p. 610). Cabe frisar que, se esta superveniência ocorrer durante a execução do *sursis* ou de penas privativas de direitos, elas serão suspensas, não podendo ser convertidas em medida de segurança. Caso a sanção aplicada antes da superveniência da doença seja multa, ela será interrompida. Entretanto, ela deverá ser paga caso o agente recupere sua sanidade. (PRADO, 2002, p. 610).

No que diz respeito aos prazos de duração de tais medidas, há que se mencionar que o prazo mínimo de duração destas varia de um a três anos (arts. 97, §§ 1º e 2º, e 98, do Código Penal), conforme a periculosidade do agente. Findo este prazo, que independente do ilícito-típico cometido,

uma nova perícia é realizada, sendo repetida de ano em ano ou quando determinar o juiz da execução.

Já os prazos máximos, assunto central deste trabalho, como já mencionado, são indeterminados e perduram enquanto não se verificar que houve a cessação da periculosidade do agente, tanto para os casos de internação quanto para os de tratamento ambulatorial (art. 97, §1º, do Código Penal), o que se constata por meio dos exames de cessação de periculosidade cotidianamente realizados. Defende-se que a indeterminação aqui menciona é inconstitucional, devendo tais prazos ser limitados, o que se verificará melhor no item abaixo.

3 A NÃO DELIMITAÇÃO DE PRAZOS MÁXIMOS COMO OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Além do Brasil, alguns países da América Latina, como Argentina, Paraguai e Uruguai, também não apresentam em suas legislações determinação dos prazos máximos de duração. O Código Penal argentino, em seu art. 34, define que a reclusão do agente em instituição manicomial se encerra apenas por decisão judicial, com audiência com o Ministério Público e parecer de peritos médicos.[2] (ARGENTINA, 1984). O Código paraguaio sequer refere-se à possibilidades de término do "tratamento curativo", conferindo somente as regras para a internação em hospital psiquiátrico.[3] (PARAGUAI, 1997). O Uruguai, por sua vez, possui três categorias de medidas, sendo uma delas, sem a fixação de reclusão mínima e nem máxima, conforme art. 94 daquele país.[4] (URUGUAI, 1933).

De acordo com grande parte dos estudiosos do tema, a ausência de determinação dos prazos máximos de duração destas consequências jurídicas dos delitos afronta uma série de princípios constitucionais, como o da legalidade, o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana,

[2] Artículo 34 - En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

[3] Artículo 73.- Internación en un hospital siquiátrico. 1º En las circunstancias señaladas en el artículo 23, el que haya realizado un hecho ntijurídico será internado en un hospital siquiátrico cuando: 1. exista riesgo, fundado en su personalidad y en las circunstancias del hecho, de que el autor pueda realizar otros hechos antijurídicos graves; y 2. el autor necesite tratamiento o cura médica en este establecimiento. 2º La naturaleza del establecimiento y la ejecución de la medida estarán sujetas a las exigencias médicas. Será admitida una terapia de trabajo.

[4] Art. 94. Duración indeterminada de las medidas de seguridad. Del punto de vista de la duración de las medidas, las sentencias son de tres clases: sin mínimo ni máximo; sin mínimo y con determinación de máximo; con fijación de mínimo y de máximo. Pertenecen a la primera categoría las que se dictan tratándose de enfermos, de alcoholistas y de intoxicados declarados irresponsables; de sordomudos mayores de 18 años, declarados irresponsables (artículo 35) y de los ebrios habituales.

o da proporcionalidade e o da intervenção mínima, além de ferir a inexistência de pena perpétua no ordenamento jurídico nacional. (FERRARI, 2001, pp. 91-134).

No Brasil, o princípio da legalidade, conforme art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, preceitua: "não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal". Este princípio pode ser dividido em três postulados: o da reserva legal, o da determinação taxativa e o da irretroatividade. (MANTOVANI, 1988 apud LUISI, 2003, p. 24).

O postulado da reserva legal explica-se pelo artigo expressamente citado acima. De acordo com ele, nenhum crime pode existir sem que haja lei determinando-o posteriormente, da mesma forma que não pode haver pena sem que esta tenha sido anteriormente cominada em lei.

O segundo, por sua vez, determina que as normas penais sejam claras e detalhadas, especialmente, as normas incriminadoras. Já o terceiro, por fim, traz em seu bojo a ideia de que a lei penal não pode retroagir em malefício do réu, somente podendo fazê-lo caso venha a beneficiar o agente. (MANTOVANI, 1988 apud LUISI, 2003, p. 24-26).

Do que acima se expôs, percebe-se que as normas penais devem estar preceituadas em lei, detalhadamente, antes da prática delituosa, sob pena de se afrontar o princípio da legalidade. No caso da aplicação das medidas de segurança aos inimputáveis e os semi-imputáveis, considerando que seus prazos máximos de duração são indeterminados, não tendo o sujeito conhecimentos específicos e detalhados a respeito das sanções penais a que são submetidos, percebe-se uma ofensa ao princípio da legalidade.

> O juiz, portanto, só pode aplicar medida de segurança cominada previamente na lei; e quando se fala em cominação prévia isso significa que a lei não só deve referir-se à medida aplicável como também e, sobretudo, à sua duração. Todas as pessoas têm o direito de saber, previamente, a exata natureza e a duração das sanções penais. Todos têm o direito de saber, antecipadamente, até que limite o Estado pode invadir em seu sagrado direito de liberdade. (GOMES, 1991, p. 261).

O princípio da dignidade da pessoa humana, também considerado afrontado pela indeterminação dos prazos máximos de duração das medidas de segurança, tem estreita ligação com o art. 1º, III, da Constituição Federal. De acordo com este artigo, o Estado não pode aplicar ao sujeito sanções que causem a ele demasiados malefícios, tanto físicos quanto psicológicos. Assim, no caso da imposição de uma medida de segurança, sem que haja previsão de um término para a aplicação desta sanção penal, aflições demasiadas são causadas aos agentes a ela submetidos, o que afronta o princípio aqui em questão.

> A ideia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas (v.g. multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana). Em um Estado de Direito democrático veda-se a criação, a aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra medida que atentar contra a dignidade humana (v.g. tratamento desumano ou degradante). Apresenta-se como uma diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade. (LOPES, 1999, p.102).

O princípio da igualdade, por sua vez, é usualmente dividido em princípio da igualdade formal e princípio da igualdade material. Para o primeiro, todos os sujeitos devem ser tratados igualmente perante a lei. O segundo, a seu turno, preconiza que as pessoas devem ser tratadas de maneira diferenciada de acordo com suas necessidades individuais e suas particularidades. (SILVA, 2010. p. 214).

No caso das medidas de segurança, a igualdade formal é afrontada na medida em que estas têm duração indeterminada e as penas, aplicadas aos imputáveis, têm um prazo máximo de duração predeterminado. Entretanto, há que se frisar que a igualdade material também é ferida com esta indeterminação, uma vez que aquela existe para proteger os sujeitos hipossuficientes, garantindo-lhes uma convivência igualitária em sociedade. Assim, não se percebe igualdade material no tratamento conferido aos semi-imputáveis e aos inimputáveis, uma vez que estes, em virtude de suas especificidades, sofrem prejuízos, sendo sancionados por prazo indeterminado.

> Mais gravosa ainda se torna a situação de desigualdade quando comparamos o inimputável e o imputável, exemplificada agora pela prática de delitos diversos. Ao imputável que praticar o crime mais grave de nosso Código existirá o limite máximo de trinta anos de punição- art. 75 do Código Penal. Em relação ao inimputável que praticar o delito menos grave previsto em nossa legislação, possível será a perpetuidade quanto à sanção, ultrapassando inclusive os trinta anos de privação, uma vez que, em tese, não há segurança quanto ao limite máximo legal da execução da medida de segurança criminal. (FERRARI, 2001. p. 125).

Já o princípio da proporcionalidade, em especial o da proporcionalidade em sentido estrito, afirma que as sanções devem ser especificadas de acordo com o caso concreto, não podendo ser excessivas. (FERRARI, 2001. pp. 104-107). Ocorre que, no caso das medidas de segurança, como a duração da sanção penal não se amolda ao ilícito praticado pelo agente, por vezes, elas perduram

por mais tempo do que o correspondente ao da pena em abstrato que seria cominada ao agente imputável que delinquiu. Desse modo, a indeterminação dos prazos máximos de duração das medidas de segurança pode afrontar o princípio da proporcionalidade.

> O juízo de periculosidade, tal como o juízo de cessação da periculosidade não são precisos, obviamente. É muito mais aconselhável, assim, limitar a duração máxima das medidas com base na gravidade do fato punível cometido [...] que num exame de cessação de periculosidade pouco seguro. Do modo como o Código Penal brasileiro disciplina o assunto é muito fácil a violação do princípio da proporcionalidade na medida em que o autor de um furto ou de lesões corporais, p. ex., pode ficar privado de sua liberdade (ou ter sua liberdade restringida) por tempo igual ou superior ao autor de um homicídio, de um roubo ou de um estupro. Em síntese: a proporcionalidade das medidas de segurança devem ter por fundamento a gravidade do fato punível, tal qual a proporcionalidade da pena. (GOMES, 1991, p. 262).

Já por meio do princípio da intervenção mínima, almeja-se limitar a criação de leis injustas, excessivas e arbitrárias por parte do legislador. Ademais, deriva deste o princípio da subsidiariedade, de acordo com o qual o Estado deve priorizar a utilização de meios não penais quando da lesão a bens jurídicos. (AMARAL, 2003. pp. 144-145). No caso das medidas de segurança, os agentes, muitas vezes, ficam submetidos à internação ou ao tratamento ambulatorial por mais tempo do que o correspondente à pena em abstrato cominada ao ilícito cometido. De modo que o agente acaba recebendo, na esfera penal, tratamento que poderia ser realizado em estabelecidos não dotados de caráter sancionador, o que não se mostra condizente com o princípio acima analisado.

> Toda atividade punitiva do Estado, aliás, deve ser guiada pelo princípio da intervenção mínima. Uma vez atingida a finalidade da sanção, deve cessar imediatamente o poder punitivo do Estado. Em conclusão: estabelecer um limite máximo para as medidas não implica exigir o seu cumprimento total até atingir tal limite. Isso já ocorre com a pena privativa de liberdade cuja execução admite suspensão (*sursis*) ou interrupção antes do final (livramento condicional). (GOMES, 1991, p. 262).

Merece destaque a ideia de inexistência de penas de caráter perpétuo no ordenamento jurídico brasileiro, cláusula pétrea (art. 60, §4, da Constituição Federal), que se encontra expressa no art. 5º, inciso XLVII, *b*, do mesmo diploma legal.

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

> XLVII - não haverá penas:
> a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
> *b) de caráter perpétuo;*
> c) de trabalhos forçados;
> d) de banimento;
> e) cruéis;

Por analogia, a inexistência de penas de caráter perpétuo deve ser estendida às outras consequências jurídicas dos delitos, inclusive às medidas de segurança, de modo que a não delimitação de um prazo máximo de duração para estas sanções penais acaba por afrontar uma cláusula pétrea de nossa Carta Maior, de modo que também se mostra inconstitucional.

4 AS SOLUÇÕES PARA A DELIMITAÇÃO DOS PRAZOS MÁXIMOS DE DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA E A SÚMULA 527, DO STJ

Em relação às soluções usualmente adotadas no que diz respeito à indeterminação dos prazos máximos de duração das medidas de segurança, a inimputabilidade, a semi-imputabilidade e os casos de superveniência de doença mental precisam ser tratados de maneira apartada.

No que se refere à inimputabilidade, duas são as principais soluções adotadas. A primeira delas defende que o prazo máximo de duração de tais medidas deve ser o correspondente à pena máxima em abstrato cominada ao ilícito-típico cometido. (CIA, 2004, pp. 115-116).

A segunda, a seu turno, preconiza que a limitação deve ser, por analogia, de 30 anos, prazo máximo de duração das penas, como afirma o art. 75, do Código Penal. (BITENCOURT, 2011. p. 843).

> [...] não se pode ignorar que a Constituição de 1988 consagra, como uma de suas cláusulas pétreas, a proibição de prisão perpétua; e, como *pena* e *medida de segurança* não se distinguem ontologicamente, é lícito sustentar que essa previsão legal – vigência por prazo indeterminado da medida de segurança - não foi recepcionada pelo atual texto constitucional. Em trabalhos anteriores sustentamos que em obediência ao postulado que proíbe a prisão perpétua dever-se-ia, necessariamente, limitar o cumprimento da medida de segurança a prazo não superior a trinta anos, que é o lapso temporal permitido de privação da liberdade do infrator (art.75 do Código Penal). (BITENCOURT, 2011. p.843).

Dentre as duas soluções acima apresentadas, a que é mais presente nas doutrinas consultadas se refere a cominar, como limite, o correspondente à pena em abstrato aplicada ao ilícito praticado.

Cabe mencionar, nesse sentido, que a legislação de outros países, como Portugal, adotam, como duração máxima dessas consequências jurídicas dos delitos, a pena máxima abstratamente cominada ao ilícito cometido.

Assim: "O internamento não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime cometido pelo inimputável" (Código Penal Português, art. 92.2). (FERRARI, 2001. p. 190). Estas duas alternativas também são usualmente adotadas nos casos de semi-imputabilidade e de superveniência de doença mental, não sendo, entretanto, as mais adotadas nestes casos.

Nos casos de semi-imputabilidade, segundo Ferrari, (2001, p. 195) o limite máximo deve ser o correspondente ao da pena fixada e reduzida pelo magistrado na sentença. Nesse caso, primeiramente, o juiz fixaria uma pena, reduzindo-a em virtude da semi-imputabilidade. Depois, faria a substituição desta pena reduzida pela medida de segurança. (CIA, 2004, p. 115).

> Em nossa posição, 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. (FERRARI, 2001. p. 189).

Já nos casos de superveniência de doença mental e, por consequência, da necessária substituição da pena pela medida de segurança, o limite máximo de duração desta não poderia superar ao da pena máxima fixada, sendo, inclusive, o período cumprido em medida de segurança considerado para fins de detração penal, sob pena de se ferir o sistema vicariante, adotado atualmente. (CIA, 2004, pp. 115-116).

Nesses casos, quando findo o prazo, se o indivíduo não puder ser reinserido socialmente em virtude da doença mental ainda perturbar de modo efetivo seu convívio em sociedade, o agente deverá ser liberado da sanção penal e encaminhado ao juízo cível que se mostrar competente, para que as providências nessa seara sejam tomadas. (CIA, 2004, pp. 115-116).

4.1 SÚMULA 527, DO STJ

Tentando solucionar o problema que aqui se apresenta, foi editada a súmula 527, do STJ, em 2012, trazendo uma única solução para os diferentes casos acima citados. Diz seu texto: "O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. "

Assim, de acordo com a súmula em questão, deverá ser a medida de segurança limitada à pena máxima em abstrato cominada ao injusto praticado tanto nos casos de inimputabilidade, quanto nos casos de medidas substitutivas, quais sejam os casos de semi-imputabilidade e superveniência de doença mental.

Apesar de ter sido um avanço no tratamento da questão, críticas são feitas, principalmente no que diz respeito à ausência de tratamento diferenciado para as medidas substitutivas. A súmula em questão não abordou especificamente o caso dos semi-imputáveis, no que diz respeito à estipulação do máximo como sendo o da pena aplicada e reduzida pelo juiz na sentença (PAZ, 2015), solução apontada por parte da doutrina, e tampouco estabeleceu como limite, nos casos de superveniência de doença mental, o correspondente ao da pena que já vinha sendo cumprida pelo agente.

CONCLUSÃO

Como acima se buscou explicitar, as medidas de segurança, ao lado das penas, são espécies de consequências jurídicas dos delitos. Estas medidas, conforme preceituam, principalmente, os arts. 97, §§ 1º e 2º e 98, do Código Penal, possuem prazo mínimo de duração delimitado, variando de um a três anos, não possuindo, porém, um prazo máximo definido (art. 97, §1º, Código Penal). Desse modo, faz-se necessária a realização periódica, pelo agente, de exames de cessação da periculosidade para que se constate o término desta e, consequentemente, para que a medida em questão seja finalizada.

Entretanto, como se almejou, esta ausência de delimitação fere princípios constitucionais, especialmente o da legalidade, o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da proporcionalidade e o da intervenção mínima, além de ferir a ausência de pena perpétua em nosso ordenamento jurídico, não podendo a pena máxima ser superior a 30 anos.

Tentando resolver o problema, quatro soluções usualmente são apresentadas. A primeira, sustenta que tanto para inimputáveis quanto para semi-imputáveis, o estabelecimento do prazo máximo de 30 anos.

A segunda, mais aceita pela doutrina, adota para o caso de inimputabilidade, conforme a atual súmula 527, do STJ, o prazo máximo correspondente à pena máxima em abstrato cominada ao ilícito cometido. Já para o caso de semi-imputabilidade, a solução mais aceita é a de que se determine uma pena (reduzida) na sentença e que, posteriormente, haja a substituição pela medida de segurança, de modo que o prazo máximo desta seja o da pena fixada pelo magistrado. Por fim, a

quarta solução, no caso de superveniência de doença mental, sustenta que a melhor delimitação seria a de estender para a medida de segurança o prazo da pena fixada na sentença, sendo, inclusive, o tempo cumprido de pena utilizado para fins de detração.

Na medida em que estas três soluções nos parecem as mais adequadas, assim como o é para a doutrina, inevitável tecer algumas críticas à súmula supramencionada. Apesar de ter sido um grande avanço para a solução do presente problema, o texto sumular apenas abarca a solução para os casos de inimputabilidade, de modo que a semi-imputabilidade e a superveniência de doença mental não recebem solução específica.

Assim, a ideia que se tem é a de que, indiscriminadamente, adotar-se-á para todos os casos de medida de segurança o prazo limite como sendo o correspondente ao da pena máxima abstratamente cominada ao injusto praticado, o que não se mostra coerente com a e tampouco com nosso posicionamento, como se buscou demonstrar.

Por fim, apesar do avanço e diante das críticas, resta claro que as soluções para a inconstitucionalidade da indeterminação dos prazos máximos de duração das medidas de segurança ainda se apresentam em fase de aperfeiçoamento. Imperioso, portanto, discutir o tema, buscando superar os problemas das soluções apresentadas, uma vez que resta clara a relevância da questão, não somente para o Brasil, mas para diversos países da América Latina, especialmente em se tratando de agentes do Direito Penal, por vezes, deixados em segundo plano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais**: da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ARGENTINA. **Código Penal de la Nación Argentina (Ley 11.179/1984)**. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código Criminal do Império de 1830**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. **Código Criminal do Império de 1890**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**: Jurisprudência. Disponível em: < www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**: jurisprudência. Disponível em: < www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 10 maio 2016.

CASABONA, 1986; GRACIA MARTÍN, 1996 apud PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

CIA, Michele. **Medidas de segurança no ordenamento jurídico-penal brasileiro.** 2004. 153 f.Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social.Universidade Estadual Paulista“Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas.** 4.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. 4.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Ed. Ver. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Duração das medidas de segurança.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 80, v 663,p.262, jan. 1991.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia científica**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

PARAGUAY. **Código Penal de la República de Paraguay (Ley 1.170)**. Disponível em: <http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/Privacidad/Ley1160.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.

PAZ, Danilo. **Súmulas 526, 527 e 528 do STJ:** análise crítica. Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/>. Acesso em: 10 maio. 2016.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil.** 2. ed. São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos M. **Peligrosidad y Derecho penal preventivo**. Barcelona: Bosch, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

URUGUAI. **Código Penal de Uruguay (Ley 9.155 /1993)**. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-int-text-cp.pdf> Acesso em: 15 maio 2016.