

Insanidade e Direito Penal: a duração máxima das medidas de segurança

Carlos Eduardo Adriano Japiassú¹
Flávia Sanna Leal de Meirelles²

Resumo

Considerando-se a existência de pessoas que praticam fatos criminosos sem possuírem capacidade mental de compreender e querer eventual castigo sofrido, o Direito Penal brasileiro conta com a medida de segurança como forma de sancionar tais indivíduos. No entanto, ao contrário do que ocorre com as penas, o Código Penal brasileiro não especifica qual deve ser a duração máxima do cumprimento da medida de segurança. O presente artigo objetiva descrever quais são as respostas apresentadas à referida questão, para tanto, valendo-se dos entendimentos doutrinários existentes sobre o tema. Deste modo, observa-se que ainda não existe uma resposta em definitivo para o mencionado questionamento, o que permite concluir que o tema é urgente e de suma importância.

Palavras-chave: Medidas de segurança; imputabilidade penal; sanção penal.

Abstract

Considering the existence of people who practice criminal acts without having the mental capacity to understand and want eventual punishment suffered, Brazilian Criminal Law relies on the security measure as a way of sanctioning such individuals. However, contrary to what happens with penalties, the Brazilian Penal Code does not specify what should be the maximum duration of compliance with the security measure. The purpose of this article is to describe the answers given to this question, using the existing doctrinal understandings on the subject. In this way, it is observed that there is still no definitive answer to the aforementioned questioning, which leads to the conclusion that the subject is urgent and of paramount importance.

Keywords: Security measures; criminal liability; criminal penalty.

¹ Doutor, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Fez estágio pós-doutoral na University of Warwick. Professor Associado da UERJ; Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade Estácio de Sá; Secretário-Geral da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). E-mail: ceajapiassu@uol.com.br

² Doutoranda e Mestre na linha de Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professora das disciplinas penais no Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA/FAA), no Centro Universitário Carioca (UniCarioca) e na Universidade Cândido Mendes (UCam). E-mail: flaviasanna@hotmail.com

Introdução

O Direito Penal possui temas que são objetos de infundáveis discussões. Em razão do fato de se tratar da disciplina jurídica que detém o monopólio da sanção mais grave de todo o ordenamento – a pena –, qualquer solução que se pense para as controvérsias em matéria penal precisa ser uma saída em plena conformidade com a Constituição Federal de 1988. A gravidade das infrações penais em comparação com ilícitos de outras naturezas, bem como a severidade da resposta penal quando comparada com as demais sanções jurídicas, levam a que o Direito Penal precise ser limitado.

Em outras palavras, o mesmo Estado que protege a sociedade por meio do Direito Penal deve proteger a sociedade da própria incidência do Direito Penal. Para tanto, a Constituição Federal trata de limitar o Direito Penal por meio de princípios que orientam este ramo no sentido de minimizá-lo. Expressos no texto da Constituição ou implícitos no modelo constitucional adotado pelo país, os princípios penais buscam moldar a disciplina para torná-la limitada às situações em que se faça estritamente necessária.

O presente artigo pretende discutir uma das situações em que, embora a Constituição estabeleça uma regra limitadora para o Direito Penal, não se tem consenso sobre qual deva ser o alcance prático de tal limitação. Trata-se da vedação constitucional às penas de caráter perpétuo e da dúvida sobre a incidência desta proibição às medidas de segurança. O tema é relevante na medida em que as medidas de segurança também constituem uma sanção de natureza penal, o que as faz merecedoras das limitações supracitadas. Ao mesmo tempo, a ausência de expressa menção ao tema na Constituição e no Código Penal brasileiro fez nascer a discussão que, até a presente data, segue sem uma solução em definitivo.

Pretende-se, portanto, discutir qual deve ser o parâmetro norteador da duração máxima da medida de segurança. Para tanto, o presente artigo estrutura-se em três tópicos. O primeiro trata de localizar o objeto de estudo na estrutura do conceito de crime adotado no Brasil. Deste modo, a conduta típica, ilícita e culpável será explicada na medida em que isso se faça necessário para compreensão do elemento da imputabilidade penal, que se analisa na esfera da culpabilidade.

O segundo tópico apresentará de que forma a legislação penal brasileira – o Código Penal – disciplina a matéria relacionada às medidas de segurança, de forma a mostrar qual é a lacuna existente na legislação pátria sobre o tema. Por fim, o terceiro e último tópico descreve quais são os possíveis entendimentos acerca de uma solução ao problema de que trata o presente artigo, de modo a apresentar os argumentos favoráveis a cada uma das saídas que já foram pensadas para a questão.

Imputabilidade Penal

Considerações iniciais

Como todo ramo jurídico, o Direito Penal existe para regular o convívio social, ditando, a seu modo, as regras mínimas que devem ser seguidas pelos indivíduos de forma a permitir a coexistência destes em comunidade. O Direito Penal enfrenta esta missão por meio da proibição de certas condutas, que, a partir de critérios constitucionais, atendem ao que é necessário para serem catalogadas como infrações penais. A partir do momento em que certo comportamento se torna infração penal, sua prática fica ameaçada pela imposição de uma pena. Este é o modo pelo qual o Direito Penal contribui para a regulação do convívio em sociedade.

É certo, embora simplório, dizer que o Direito Penal consiste no conjunto legislativo cujas normas pretendem tutelar certos interesses – os chamados bens jurídicos penais – e cuja violação é chamada de infração penal. Esta, por sua vez, tem como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, a pena, por meio da qual se procura evitar o cometimento de novas infrações.³

Com relação às infrações penais, o elemento distintivo entre estas e as não penais é puramente uma questão de conveniência política, justificada pelo maior rigor da sanção penal.⁴ Dito de outro modo, diferencia-se os ilícitos penais dos ilícitos de outras naturezas – civil, administrativa, tributária, etc – pela maior gravidade daqueles que são categorizados como infrações penais, uma vez que a resposta penal é mais severa do que as demais sanções jurídicas existentes.

O desenvolvimento da teoria do crime por todo o mundo deu origem a inúmeras classificações, as quais não são objeto do presente artigo. Para a discussão que será aqui tratada, cumpre saber o que se convencionou adotar pelo Direito Penal brasileiro, que é a concepção bipartida ou dicotômica de infração penal. Assim, o ordenamento jurídico penal brasileiro considera a existência de duas espécies de infração penal: o crime, sinônimo de delito; e a contravenção penal.⁵ Não existem diferenças ontológicas entre uma e outra espécie, sendo a gravidade o fundamento da distinção. Contravenções penais são infrações menos graves do que os crimes, o que se faz representar pela previsão de sanções mais brandas para estas.

Conceito de crime

No Brasil, a definição do crime não é algo determinado pela lei. Isto porque o chamado conceito legal de delito não constrói uma definição para este termo – ao contrário, meramente diferencia a espécie de pena privativa de liberdade que é

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 79-80.

⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 289-290.

prevista para os crimes e para as contravenções. Neste sentido, o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelece que

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas. Alternativa ou cumulativamente.⁶

Assim, o conceito legal de crime é pós-legislativo: diante da descrição típica de uma infração penal, verifica-se qual é a espécie de pena privativa de liberdade prevista abstratamente àquele que cometa tal comportamento. Sendo reclusão ou detenção se está diante de um crime. Se for prisão simples, trata-se de contravenção penal. O referido dispositivo, portanto, descreve um critério distintivo importante entre as espécies de infração penal, sem, contudo, definir qualquer uma delas.

Restou para a doutrina a tarefa de construir uma definição para o delito, o que é feito partindo-se da premissa de que o conceito de crime pode ser tomado em dois sentidos, a saber: o sentido formal e o sentido material. Conceito formal de crime é aquele que decorre da observância ao princípio da estrita legalidade, segundo o qual crime é aquilo que a lei descreve como tal.⁷ Trata-se de um conceito necessário, uma vez que o postulado da legalidade consiste em expressa determinação constitucional.⁸ No entanto, assim como o conceito legal de crime, o conceito formal é somente pós-legislativo.

Não se considera possível desprezar critérios materiais para a conceituação da forma mais violenta de afronta aos bens jurídicos dos cidadãos. Deste modo, diante da insuficiência do conceito formal de crime, o conceito material o define com base no caráter danoso da conduta ou de seu desvalor social, ou seja, aquilo que a sociedade em análise considera que deve ser proibido pela lei penal. Para tanto, delega-se ao legislador uma orientação político-criminal sobre o que deve ou não ser objeto de punição ou ameaça de punição por meio da pena.⁹

O conceito material de crime serve a um momento pré-legislativo, no sentido de orientar a atividade do legislador a não descrever como criminosa uma conduta que não represente tal desvalor. De igual modo, é também pós-legislativo,

⁶ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal e da Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3914.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

⁷ QUEIROZ, Paulo de Souza. op. cit., p. 94.

⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

⁹ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

devendo orientar a atividade dos demais agentes do Direito Penal no sentido de não tornar merecedora de pena uma conduta que não tenha materialidade, substância, para tanto, por mais que seja formalmente criminosa.

Os conceitos legal, formal e material de crime estão corretos, no entanto, não satisfazem inteiramente a necessidade de definição de um dos objetos centrais de estudo do Direito Penal, que é o delito. Diante desta insuficiência, optou-se, no Brasil, pela adoção do método analítico de conceituação do crime. Trata-se de um processo de abstração científica por meio da decomposição do objeto de estudo – no caso, o crime – “para ser novamente reagrupado e compreendido de maneira sequencial, permitindo-se, ao final das sucessivas etapas, verificar se, no caso concreto, ocorreu fato punível pela lei penal.”¹⁰ Pelo método analítico, crime é definido como ação ou omissão típica, ilícita e culpável.

Culpabilidade penal

O conceito analítico define crime como conduta humana que possui tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Convencionou-se verificar a existência dos elementos nesta ordem, ou seja, em primeiro lugar, é preciso estabelecer se aquele comportamento humano constitui-se conduta para fins penais. Havendo conduta, parte-se para a verificação acerca da tipicidade desta conduta. Na hipótese de resposta positiva, analisa-se, a seguir, se há ilicitude na conduta típica praticada. Somente diante de conduta típica e ilícita será preciso verificar se o indivíduo que cometeu tal ato possui culpabilidade.

A culpabilidade consiste no único elemento do conceito analítico de crime que pertence ao sujeito que realizou aquele comportamento. Típico é o fato, ilícito é o fato, culpável é o indivíduo. E é a culpabilidade o elemento da estrutura do conceito analítico de delito sobre o qual o presente artigo irá tratar, uma vez que é neste elemento que reside a discussão acerca das medidas de segurança, objeto do estudo que ora se apresenta.

A culpabilidade a que se faz referência no presente artigo é elemento do conceito analítico de crime. Não se deve confundi-la com o princípio da culpabilidade, segundo o qual resta impedida a atribuição da responsabilidade penal objetiva, assegurando que ninguém responderá por um resultado que não tenha sido previsível e atingido, ao menos, com dolo ou culpa.¹¹ No que se refere à discussão acerca das medidas de segurança, não se pretende discutir tal princípio, sendo necessário tratar da culpabilidade como parte da definição de crime, que se convencionou adotar no Brasil.

Formalmente, portanto, a culpabilidade consiste na censurabilidade merecida por aquele que praticou a conduta típica e ilícita, dentro dos critérios que a norteiam, a saber: a consciência potencial da ilicitude do comportamento

¹⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 160-161.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 448.

praticado, a exigibilidade de atuação em conformidade com o Direito, e a imputabilidade.¹² O potencial conhecimento da ilicitude refere-se ao fato de que somente será culpável o sujeito que cometeu o ato típico e ilícito, tendo, ao momento da conduta, meios à sua disposição para supor que fazia algo proibido por lei. A exigibilidade de atuação em conformidade com o Direito consiste no elemento que retira a culpabilidade daquele que praticou o fato típico e ilícito sem que o caso concreto lhe permitisse agir de qualquer outro modo. A imputabilidade – que é o que importa à presente discussão – consiste na capacidade de o sujeito compreender a ilicitude de sua conduta e de se autodeterminar a agir em conformidade com tal entendimento.¹³

Há dois requisitos que tornam o indivíduo imputável para fins penais: a maturidade e a sanidade.¹⁴ O critério da maturidade, para fins de aferição da culpabilidade do indivíduo, é objetivo, conforme ditado pelo artigo 27 do Código Penal brasileiro: “Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”¹⁵ É no critério da sanidade que reside o foco do tema aqui tratado. O Brasil adotou o método biopsicológico para aferição da sanidade do indivíduo, segundo o qual, a responsabilidade penal será afastada se ele sofre de enfermidade ou retardo mental, ou se, no momento em que praticou o fato típico ou ilícito, era inteiramente incapaz de entendimento ou de controle sobre seus impulsos.¹⁶

A aferição da sanidade do indivíduo é matéria de perícia médica, a qual pode chegar a uma de três conclusões: que o sujeito possui completa sanidade; que o sujeito possui completa insanidade; que o sujeito não pode ser categorizado em qualquer dos dois extremos. Àquele que possui completa sanidade, chama-se de imputável, sendo merecedor de pena na hipótese de comprovada prática de fato típico e ilícito. Ao que possui completa insanidade, chama-se de inimputável, assim definido no texto do Código Penal brasileiro:

Art. 26, caput - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.¹⁷

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 260.

¹³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007, p. 207.

¹⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. op. cit., p. 288.

¹⁵ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

¹⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. op. cit., p. 289.

¹⁷ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

Ao indivíduo cuja sanidade não é completa nem incompleta, dá-se o nome de semi-imputável. A este, a resposta penal é dada conforme o sistema vicariante, adotado no Brasil desde a reforma geral da parte geral, em 1984, que abandonou o sistema do duplo binário.¹⁸ O sistema vicariante estabelece que, ao semi-imputável será imposta pena ou medida de segurança, a depender de qual dos extremos (completa sanidade ou completa insanidade) está mais próximo de sua realidade – o que é matéria a ser averiguada pericialmente. Sobre o sistema vicariante, estabelece a Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal:

22. Além das correções terminológicas necessárias, prevê o Projeto, no parágrafo único, in fine, do artigo 26, o sistema vicariante para o semi-imputável, como consequência lógica da extinção da medida de segurança para o imputável. Nos casos fronteiriços em que predominar o quadro mórbido, optará o juiz pela medida de segurança. Na hipótese oposta, pela pena reduzida. Adotada, porém, a medida de segurança, dela se extrairão todas as consequências, passando o agente à condição de inimputável e, portanto, submetido às regras do Título VI, onde se situa o artigo 98, objeto da remissão contida no mencionado parágrafo único do artigo 26.¹⁹

Desta forma, o Direito Penal brasileiro estabelece que a medida de segurança é a sanção penal cabível ao indivíduo que praticou conduta típica e ilícita, mas que não possui culpabilidade por lhe faltar o requisito da sanidade. Pode, este indivíduo, ser semi-imputável (desde que, pericialmente, se comprove que ele é mais próximo da completa insanidade do que do outro extremo) ou inimputável.

Legislação penal brasileira sobre medida de segurança

Determinações do Código Penal brasileiro

O Código Penal brasileiro dispõe sobre medidas de segurança no Título VI da Parte Geral, entre os artigos 96 e 99. São duas as espécies de medidas de segurança, a saber: a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (artigo 96, I, do CP) e o tratamento ambulatorial (artigo 96, II, do CP). A internação equivale ao regime fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade, enquanto o tratamento ambulatorial guarda relação com o que se tem em matéria de pena restritiva de direitos.²⁰ O comparativo tem como referência a quantidade de limitação imposta àquele que foi sancionado.

A internação deve ser cumprida em estabelecimentos que, até pouco tempo atrás, eram conhecidos como manicômios judiciários. A expressão se refere a

¹⁸ GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 8. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 685.

¹⁹ BRASIL, Exposição de Motivos nº 211, de 09 de maio de 1983. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em 06. Set. 2017.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 548-549.

locais velhos, deficientes e alvo de corretas críticas, e a nova terminologia adotada pelo Código Penal brasileiro não determinou qualquer alteração nas precárias condições verificadas em tais locais.²¹ O estabelecimento adequado a que se refere o artigo 96, I, do Código Penal não recebe maiores explicações por parte do nosso legislador, que se restringe, no artigo 99, a determinar como direito do internado que ele seja “recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.”²²

Com relação ao tratamento ambulatorial, estabelece o artigo 97, § 4º, do Código Penal brasileiro, que: “Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.”²³

Como critérios de escolha, que devem orientar o juiz a decidir entre uma ou outra espécie de medida de segurança, o artigo 97, caput, do Código Penal brasileiro estabelece que “Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.”²⁴. Trata-se de um critério objetivo e puramente jurídico, que relaciona a espécie de pena privativa de liberdade cominada ao tipo penal praticado pelo indivíduo – reclusão ou detenção – com a espécie de medida de segurança à qual ela deva corresponder. Doutrina e jurisprudência brasileiras têm concordado que a escolha do juiz não precisa se restringir a tal análise inteiramente jurídica, até porque, diante de uma sanção iminentemente tratamental, é recomendável que qualquer decisão tenha como base o parecer da área da saúde.

O artigo 97 do Código Penal trata ainda do período de duração da medida de segurança (§ 1º), assunto que será objeto de análise no próximo tópico. Os demais parágrafos deste dispositivo estabelecem o que se segue:

Perícia médica

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Desinternação ou liberação condicional

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano,

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 894-895.

²² BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

²³ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

²⁴ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

prática fato indicativo de persistência de sua periculosidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)²⁵

A redação do artigo 98 do Código Penal brasileiro regulamenta a seguinte situação:

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável.
Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)²⁶.

Trata-se de situação em que o condenado foi pericialmente categorizado como semi-imputável, merecedor de pena por se encontrar mais próximo da completa sanidade do que da completa falta desta. No entanto, caso isso se verifique equivocado e se constate a necessidade de imposição de medida de segurança a este indivíduo, a substituição ocorrerá nos moldes do referido dispositivo. O mesmo pode ocorrer na hipótese de superveniência de doença mental ao condenado imputável, conforme estabelece o artigo 41 do Código Penal brasileiro.

Pena e medida de segurança

O Direito Penal brasileiro conta com duas espécies de sanção penal, a saber: a pena e a medida de segurança. No entanto, é certo dizer que a sanção penal é sempre a pena, pois, ao criminalizar certa conduta, o legislador sempre o faz por meio da cominação de uma pena. Significa dizer que a criminalização de certo comportamento depende do processo legislativo que envolve descrever plenamente o fato criminoso, dar-lhe um nome e prever, abstratamente, a espécie e quantidade de pena à qual fica submetido o indivíduo que praticar aquela conduta.

A medida de segurança não aparece cominada a nenhum tipo penal, e, por isso, como foi dito, é certo afirmar que a sanção penal é a pena. Medida de segurança consiste na saída penal para que o juiz possa sancionar aquele que praticou fato típico e ilícito, mas que, comprovadamente, não possui a sanidade necessária para entender que estaria sendo castigado com uma pena. Desta forma, ao final do processo penal, o juiz pode entender pelo proferimento de

²⁵ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

²⁶ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

uma sentença absolutória imprópria, assim chamada pela doutrina processual penal brasileira a sentença que condene um inimputável (pelo critério de falta de sanidade) ao cumprimento de medida de segurança.²⁷

Embora tenha havido condenação a uma sanção penal, a referida sentença é considerada tecnicamente absolutória, conforme dispõe o Código de Processo Penal brasileiro:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)²⁸

Doutrinariamente, sintetizam-se as diferenças entre pena e medida de segurança em quatro fatores.²⁹ O primeiro, que já fora objeto de prévia explicação no presente artigo, é a quem cada sanção se aplica: a pena cabe ao imputável, a medida de segurança cabe ao inimputável. Quanto ao semi-imputável, será merecedor de pena³⁰ ou de medida de segurança, a depender da análise pericial quanto ao nível concreto de sanidade que aquele sujeito possui. O segundo fator que diferencia penas e medidas de segurança refere-se ao caráter de cada uma delas. Em que pesem as inúmeras teorias que se propõem a responder qual deve ser a finalidade da pena, é certo que ela possui caráter de retribuição e prevenção, enquanto as medidas de segurança, por sua própria natureza, possuem caráter puramente preventivo e curativo,³¹ sem o elemento da retribuição ao indivíduo pelo mal causado.

Outra diferença entre ambas as espécies de sanção penal diz respeito ao fundamento que justifica a imposição de cada uma delas. O que fundamenta a aplicação de uma pena é a culpabilidade do indivíduo que praticou o fato típico e ilícito, enquanto a medida de segurança é explicada pelo parâmetro da periculosidade do indivíduo que cometeu o injusto penal sem possuir sanidade. Por fim, o último fator apontado como diferenciador entre pena e medida de segurança é o centro da maior discussão sobre o tema: o período de duração. Penas

²⁷ NICOLITT, André Luiz. Manual de processo penal. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 890.

²⁸ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 893.

³⁰ Com a minorante prevista no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal brasileiro: “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 547.

vêm cominadas a cada tipo penal em espécie e quantidades mínima e máxima. Medidas de segurança, por sua vez, não somente não se encontram previstas em abstrato para os crimes em espécie, como não possuem determinação legal quanto ao tempo máximo que podem vir a durar.

Prazo máximo de duração da medida de segurança

A dúvida central sobre o tema medidas de segurança diz respeito a qual deva ser o prazo máximo de duração desta sanção. Tal dificultador não se estende às penas, por alguns motivos. Com relação à pena privativa de liberdade – a mais grave entre as penas admitidas no ordenamento brasileiro –, sua quantidade máxima de aplicação encontra-se cominada a cada tipo penal. Ao final das três fases de fixação de pena, por motivo de incidência de majorantes, a pena aplicada pode resultar em um pouco mais do que o limite máximo cominado, mas este é o limite que deve ser seguido pelo juiz.

A execução da pena privativa de liberdade, igualmente, encontra um limitador no texto do Código Penal:

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)³²

Na hipótese de a pena privativa de liberdade poder ser substituída por alguma outra espécie, igualmente não há discórdia sobre como isso deve se dar. A pena de multa é cumprida em conformidade com o sistema dos dias-multa, que a aplica não em período de tempo, e sim em unidade monetária que deve ser paga pelo apenado. As penas restritivas de direitos encontram-se dispostas nos artigos 43 a 48 do Código Penal brasileiro, em que se verifica claramente as regras de cumprimento de cada espécie.

No entanto, quando se trata de dispor sobre o prazo máximo que deve durar o cumprimento de uma medida de segurança – seja da espécie que for – o Código Penal brasileiro não somente deixa de prever um limite de duração, como, ao contrário, sua redação permite que a medida seja eterna. O artigo 97,

³² BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

§ 1º, do Código Penal brasileiro determina que “A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.”³³

Conforme já fora anteriormente dito, o Direito Penal rege-se por princípios que decorrem do modelo constitucional adotado pelo país. Neste sentido, à presente discussão importa lembrar o princípio da humanidade. Também chamado de princípio da humanização ou da limitação das penas, trata-se da tentativa da Constituição de evitar quaisquer retrocessos em matéria penal, o que se dá pelo elenco das espécies de penas vedadas.³⁴ O artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal de 1988 veda expressamente, em sua alínea b, as penas de caráter perpétuo, o que permite concluir que o artigo 97, § 1º, do Código Penal brasileiro prevê flagrante inconstitucionalidade. A permissão de duração da medida de segurança enquanto se verificar que exista periculosidade do apenado autoriza que haja medida de segurança de caráter perpétuo, o que viola frontalmente o texto constitucional.

Embora não seja impossível encontrar aqueles que lerão o termo “penas” na Constituição em seu sentido estrito – ou seja, quem defenda que a Constituição não veda medidas de segurança de caráter perpétuo, e sim somente penas desta natureza – é certo que, majoritariamente, se conclui que a norma do artigo 97, § 1º, do Código Penal pode ser lida como inconstitucional. E, diante deste grave problema, surgem algumas alternativas de respostas.

Em primeiro lugar, para o semi-imputável, que foi submetido a pena e, posteriormente, verificou-se necessária a medida de segurança,³⁵ sugere-se que o limite máximo do tempo de cumprimento desta medida não ultrapasse o tempo de pena privativa de liberdade que lhe havia sido aplicado.³⁶ Com relação a este caso, não parece haver espaço para maiores contradições.

As demais hipóteses, contudo, geram controvérsias. Ao inimputável ou ao semi-imputável a quem foi diretamente imposta medida de segurança, qual deve ser o limite máximo de cumprimento desta sanção? Alguns vão se filiar ao entendimento segundo o qual o imputado é beneficiado pelo limite de penas estabelecido pelo já mencionado artigo 75 do Código Penal brasileiro, que estabelece 30 anos como o período máximo de execução da pena privativa de liberdade.³⁷ Existe, ainda, o entendimento adotado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, segundo o qual a duração máxima da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo cominado ao tipo penal praticado pelo indivíduo e que lhe gerou a imposição da medida.³⁸

³³ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

³⁴ GRECO, Rogério. op. cit., p. 83.

³⁵ A supramencionada situação descrita no artigo 98 do Código Penal brasileiro.

³⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. op. cit., p. 634.

³⁷ Em explicação sobre o tema, discordando deste posicionamento, NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 551.

³⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. op. cit., p. 635.

É certo que qualquer resposta que se pense não pode contar com o abandono do condenado após o cumprimento da medida de segurança. Decorrido o período máximo – qualquer que seja o critério delimitador deste – se ainda se averiguar necessário tratamento médico-assistencial de ordem de saúde mental, o mesmo deverá ser providenciado nos termos da lei civil. Com relação ao tempo máximo de duração da sanção penal da medida de segurança, doutrina e jurisprudência se dividem entre as respostas apresentadas, o que mantém o tema como urgente e necessário, diante da lamentável lacuna legislativa existente em relação a isto.

Conclusão

Quando se trata da resposta do Direito Penal àquele que comete uma conduta categorizada como infração penal, é certo que se pense na pena, pois é somente esta que consta em abstrato no texto da lei penal como ameaça a quem pratique o ilícito penal. No entanto, tão importante quanto o estudo acerca da pena é estudar as medidas de segurança, pois se trata da solução dada por este ramo jurídico para sancionar aquele que praticou o fato criminoso sem possuir a sanidade devida para compreender tal feito.

Os princípios que regem as etapas de individualização da pena – cominação, aplicação e execução – devem, igualmente, servir às medidas de segurança. Embora não estejam cominadas a nenhum tipo penal, tais medidas são passíveis de aplicação e de execução assim como as penas, e, portanto, o Direito Penal deve dispor sobre regras de funcionamento voltadas a ambas. Tais princípios decorrem direta ou implicitamente do texto da Constituição Federal de 1988, de forma a nortear a construção de um Direito Penal Constitucional. E nisso se inclui, necessariamente, a constitucionalização de tudo que envolve as medidas de segurança.

A lacuna existente no Código Penal brasileiro quanto ao período de duração máxima da medida de segurança não pode ser interpretada como um espaço que permite a tomada de decisões inconstitucionais. Em que pese não haver consenso quanto a qual deve ser o parâmetro regente do referido prazo máximo, é certo que tal demarcação deve existir, assim como ocorre com a pena. O Direito Penal lida com as formas mais violadoras dos interesses individuais e coletivos envolvidos na sociedade, e, justamente por este motivo, deve ser limitado pelos preceitos constitucionais que moldam o Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

- BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.
- BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal brasileiro)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.
- BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal e da Lei das Contravenções Penais)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3914.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.
- BRASIL, **Exposição de Motivos nº 211, de 09 de maio de 1983**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaoemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em 06. Set. 2017.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral**, arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.
- NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.