

Medidas de Segurança: Considerações sobre a Razoabilidade e Proporcionalidade da Aplicação

Paulo José Freire Teotônio

Graduado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP - Turma de 1990),
Pós-Graduado (Especialização) pela Faculdade de Direito Municipal de Franca;
Mestre pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP-SP);
Ex-Coordenador dos Cursos de Direito das Faculdades Unificadas de Barretos (UNIFEB) e
do Instituto Municipal de Ensino de Bebedouro (IMESB-VC);
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo;
Professor nos Cursos de Direito da UNAERP e UNISEB-COC.

Bruna Carolina Oliveira e Silva

Pesquisadora e Acadêmica de Direito da
Faculdade Laudo de Camargo da
UNAERP/RP.

RESUMO: A presente digressão busca abordar a aplicação do instituto da medida de segurança no Estado democrático, principalmente sobre o enfoque da proporcionalidade e razoabilidade constitucional, problematizando a eficácia da aplicação do instituto, o qual, por diversas vezes (ou quase sempre), não alcança sua finalidade, ou seja, a cura do agente para sua reintegração no convívio social. Embora o estado psíquico do inimputável afaste a sua culpabilidade e a ele seja atribuída à sentença absolutória, dita imprópria, submetendo-o à aplicação da medida de segurança, como forma de evitar que ele volte a reincidir em novos delitos, sob o enfoque da periculosidade. Diferente da pena privativa de liberdade, o instituto da medida de segurança busca seu fundamento na periculosidade do infrator, ou seja, todos aqueles cujo comportamento apresenta risco à segurança da sociedade, para que sejam dela afastados. Desta forma, o portador de patologia mental, como regra, deixa de ser julgado pelo ato por ele praticado, tendo em vista a exclusão de sua culpabilidade, passando, todavia, a poder ser submetido a medida de segurança, cuja aplicação leva em consideração os atos futuros que possa vir a cometer. A legislação penal brasileira, antiquada e fora dos parâmetros constitucionais, não impõe um prazo máximo para o cumprimento da medida de segurança, limitando-se a estabelecer que estará livre o agente inimputável quando for comprovada a cessação de sua periculosidade. Assim, apesar da ausência de culpabilidade, o infrator inimputável por doença mental pode sofrer uma indevida e duradoura sanção penal, disfarçada pelo tratamento médico-ambulatorial, que, inclusive, pode acarretar em privação eterna de sua liberdade. Ademais, as condições atuais de tratamento mostram-se extremamente precárias, sendo inadequada a finalidade que se propõe. Sem tais condições adequadas, ademais, o agente não possui meios de alcançar novamente a sua liberdade,

sendo indiretamente submetido a uma forma disfarçada de prisão perpétua. O agente inimputável, pelo fundamento maior da Dignidade da Pessoa Humana, erigido como dogma constitucional, não necessita de uma reclusão eterna, mas de condições adequadas para que se submeta a tratamento e seja reintegrado ao convívio social.

47. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 45 - Dez-Jan/2012

PALAVRAS-CHAVE: Medida de Segurança. Doença Mental. Periculosidade. Prisão Perpétua.

SUMÁRIO: Noções Preliminares. Da Razoabilidade e Proporcionalidade da Aplicação da Medida de Segurança. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Noções Preliminares

A aplicação da medida de segurança no bojo do sistema jurídico brasileiro tem dado constantemente ensejo a diversos estudos quanto a constitucionalidade. O instituto visa (ou deveria visar) a recuperação médico-social do agente inimputável, considerado perigoso, que tenha cometido delito, sendo necessária a existência de pressuposto básico para sua aplicação, qual seja, a denominada periculosidade.

Desta forma, ao inimputável que tenha praticado infração penal, em regra, será aplicada a medida de segurança e não pena corporal propriamente dita, já que não possui capacidade de discernir o caráter ilícito de seus atos e tampouco possui noção de sua periculosidade.

A periculosidade do agente inimputável, conforme exposto, é o pressuposto para a aplicação do instituto da medida de segurança, visando o afastamento do indivíduo do meio social para garantir a segurança da sociedade, além de possibilitar o desejável tratamento do sujeito (autor de infração penal), com o propósito de que não venha a reincidir em ato ilícito.

Para verificação da imputabilidade do agente, contudo, necessária à realização de exame médico-legal. É justamente a partir da comprovação do estado do agente, por meio do precitado exame, que surge a necessidade de defesa da sociedade, ficando o agente submetido à internação para tratamento médico, a fim de que se proteja a sociedade e inicie-se um tratamento para sua reabilitação em sociedade, visando a não reincidência em condutas ilícitas.

Em tempos de hipertrofia da capacidade médica e gerencial do Estado, no entanto, necessário levar em consideração a ineficácia dos tratamentos obtidos na prática, através da medida de segurança aplicada, quando os agentes passam tempo indeterminado em manicômios judiciários e continuam com o mesmo quadro mental, quando não pioram.

48. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 45 - Dez-Jan/2012

O objetivo da internação, com efeito, é a cura pelo tratamento médico, uma vez que foi a própria periculosidade do agente, somada à sua insanidade, que acarretou a aplicação da medida de segurança.

Com tal parâmetro, contudo, imperioso repensar a aplicação da medida de segurança, dado o caráter excepcional da sua aplicação, proveniente de anterior absolvição, não dando direito, a posteriori, ao salutar benefício da progressão, sendo de se considerar, ainda, que as pessoas consideradas inimputáveis, a par de falta de estrutura da organização do Estado, são internadas em estabelecimentos que não avançam quanto à cura dos internados.

Da Razoabilidade e Proporcionalidade da Aplicação da Medida de Segurança

Imperiosa a contextualização histórica das medidas cautelares e preventivas em face dos regramentos penais, como pressuposto básico à alusão do tema das medidas de segurança, máxime pela intenção de confronto com os fundamentos e princípios constitucionais agora vigentes.

Para o direito romano, os então conceituados "loucos", que não pudessem ser contidos por sua própria família, eram encarcerados.

Em meados do século XVI, todavia, iniciou-se a aplicação de medida de segurança de correção a vagabundos e mendigos, sendo que a pena de prisão era imposta sob a forma de casas de trabalho e correção dos indivíduos. Em 1860, a Inglaterra foi o primeiro país a aplicar o tratamento psiquiátrico de criminosos doentes mentais, a partir do Criminal Lunatic Asylum Act, que determinava o recolhimento dos indivíduos que praticassem algum delito a um asilo de internados, desde que eles fossem penalmente irresponsáveis, e do Trial of Lunatic Act, em 1883. Foi também na Inglaterra, em 1800, que surgiu o primeiro manicômio judiciário, casuisticamente em decorrência do fato do rei Jorge III ter sido vítima de uma tentativa de homicídio, praticada por insano mental.

O Código Penal italiano de 1889 (conhecido como Código Zanardelli), que iria exercer grande influência na Europa e na América Latina, notadamente no Brasil, também incorporava disposições de medidas de segurança propriamente ditas, tais como a internação de alienados que praticassem fato previsto como crime. Foi a escola positivista italiana, que surgiu na última terça parte do século XIX, entretanto, a responsável pelo desenvolvimento da medida de segurança, uma vez que foi a partir de Ferri, Garofalo e Lombroso que se voltou uma atenção especial ao estudo dos delinquentes, classificando-os em natos, loucos, ocasionais, entre outros, e o estudo da vítima, para que, assim, ocorresse uma melhor individualização da pena.

49. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 45 - Dez-Jan/2012

As medidas de segurança só vieram a obter verdadeira sistematização com o anteprojeto do Código Penal suíço de 1893, elaborado por Karl Stoss 1. O anteprojeto continha disposição

sobre a internação dos multirreincidentes. Aplicada em substituição da sanção penal, previa também a internação facultativa em casa de trabalho e o asilo para ébrios contumazes.

O surgimento do primeiro sistema completo de medidas de segurança ocorreu, porém, na Itália, em 1930. O projeto inicialmente elaborado por Ferri, em 1921, fracassou, cabendo a Arturo Rocco a elaboração do novo Código Penal, que inspirou o legislador brasileiro de 1940. As tentativas de elaboração do primeiro Código Penal republicano iniciaram a partir de 1893, mas as medidas de segurança só vieram a obter sistematização com o anteprojeto de Virgílio de Sá Pereira, em 1927², que continha a previsão para o semi-inimputável e o cumprimento cumulativo de pena e de medida de segurança.

O CP de 1940 acolheu como critério de verificação de responsabilidade penal a capacidade de o indivíduo entender o caráter criminoso do fato e, a partir daí, determinar sua culpabilidade.

Flávio Augusto Monteiro de Barros³ sustenta que tanto a pena quanto a medida de segurança são espécies de sanção penal, que integram o sistema jurisdicional na luta contra a criminalidade, visando à defesa social e reafirmação da atuação do Estado quando da violação da norma penal. A medida de segurança, assim, é a reação do ordenamento jurídico diante da periculosidade penal revelada pelo agente de ato ilícito, com caráter preventivo, com o objetivo de impedir que o indivíduo volte a delinquir.

Embora sejam espécies de sanção penal, distinguem-se nitidamente quanto ao fundamento, limite e sujeitos. A medida de segurança baseia-se na periculosidade do agente, e não na culpabilidade, uma vez que o doente mental, ao praticar um ato contrário ao ordenamento, torna-se uma ameaça ao convívio da sociedade. No que se refere ao limite das sanções, a pena limita-se à gravidade do delito praticado, enquanto a medida, à intensidade da periculosidade, sendo aplicada aos inimputáveis necessitados de especial tratamento curativo.

50. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 45 - Dez-Jan/2012

A medida de segurança, com seu caráter preventivo, têm como fim evitar delitos, sendo vista como tratamento, destinado a evitar que o agente inimputável, que apresenta perigo à sociedade, volte a delinquir. Quanto à natureza jurídica do instituto, há discussões se teria caráter jurídico penal ou se estaria enquadrado no direito administrativo, uma vez que não se baseia na culpabilidade do agente, tratando-se de medida preventiva e não repressiva. No entanto, a medida encontra-se encaixada como gênero de sanção penal, ao lado da pena propriamente dita, não podendo ser considerada como exercício da atividade administrativa⁴.

O CPB, em seu art. 96 e incisos, traça as modalidades de medidas de segurança, prevendo uma espécie detentiva e outra restritiva. As medidas de natureza pessoal ou patrimonial foram abolidas da legislação atual. A medida de segurança detentiva é a que consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, conforme prevê o art. 96, I, do CP. A medida restritiva, por sua vez, é tratada pelo inciso II do mesmo artigo, que consiste na sujeição ao tratamento ambulatorial.

Assim, no final do procedimento, na fase de sentença, o juiz deverá, tratando-se de agente inimputável, absolver o réu, impondo-lhe a medida de segurança daí decorre a denominação de sentença absolutória imprópria, uma vez que o agente é absolvido e, ao mesmo tempo, imposta à aplicação da medida de segurança. O art. 97 do CP também traz o modelo legal para aplicação da medida nos crimes puníveis com detenção. A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, prevista do inciso I do art. 96, tem natureza detentiva, uma vez que priva o indivíduo de sua liberdade, devendo este ser submetido ao devido tratamento.

O internado será obrigatoriamente submetido ao exame psiquiátrico e os demais exames necessários ao tratamento, conforme previsto no art. 100 da LEP. O tratamento ambulatorial, também previsto no art. 96, II, do CP, é medida de segurança restritiva, já que compete ao sentenciado comparecer em hospital de custódia e tratamento psiquiátricos, nos dias determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica, de acordo com o art. 101 da Lei nº 7.210, de 1984.

O tratamento ambulatorial, contudo, poderá ser convertido em internação, conforme dispõe o art. 97, § 4º, do CP: a conversão será realizada quando o agente revelar incompatibilidade com a medida anteriormente aplicada.

Os crimes puníveis com reclusão ou detenção, quando praticados por agentes considerados doentes mentais, podem ser apenados com a aplicação da medida de segurança, sendo sempre bom lembrar que imprescindível, como não poderia deixar de ser, a aplicação do princípio do devido processo legal, posto só poder ser imposta medida de segurança em fase de sentença, dita absolutória, de forma imprópria.

51. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 45 - Dez-Jan/2012

Antecedente lógico, prefacialmente, para que o agente fique sujeito a qualquer espécie de sanção penal é o de praticar ato tido como ilícito pela legislação, ou seja, fato tipificado no Estatuto Repressivo, uma vez que a própria medida de segurança não se esquia do princípio da legalidade ou também denominado princípio da reserva legal.

O princípio da legalidade, desta forma, constitui uma limitação ao poder de punir do Estado, uma vez que nenhuma pena criminal, incluída a medida de segurança, pode ser aplicada sem que, antes da ocorrência desse fato, exista uma lei definindo-o como crime. Quando da imposição da medida de segurança, transitada em julgado a sentença, o juízo da instrução deverá ordenar a expedição de guia para execução, sendo esta remetida à autoridade administrativa incumbida da execução, uma vez que a execução das medidas de segurança deve seguir as regularidades contidas nos arts. 171 a 174 da LEP.

O Estatuto Repressivo, contrariando o preconizado pelo princípio da legalidade, não faz qualquer menção a prazo máximo da aplicação de medida de segurança. Contudo, quando da imposição dos limites máximos da pena corporal, em seu art. 75, o legislador estabeleceu que o cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta (30) anos, restando indagar se, no caso da medida de segurança, o prazo se subordina ou não ao limite previsto no art. 75 do CP, ou, contrario sensu, pode perdurar enquanto presente a

periculosidade do agente, uma vez que os procedimentos para verificação da cessação da periculosidade são regulados pelos arts. 175 a 179 da LEP.

Conforme adverte Bobbio (1994, p. 21-22), contudo, uma norma jurídica não existe sozinha, isolada do sistema, estando sempre inserta no bojo do conjunto do ordenamento, pelo que, na falta de previsão legislativa, deve o jurista socorrer-se do sistema jurídico, melhor dizendo, por suas próprias palavras: "(...) se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é uma norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo".

A observação de que algumas normas têm prevalência sobre outras é que propicia a solução de incongruências entre elas. Assim, as normas constitucionais devem prevalecer com relação às legais, as posteriores prevalecem sobre as anteriores, as legais sobre as regulamentares etc., o que implica na conclusão de que o prazo máximo permitido para a internação a que é submetido o doente mental, a quem foi aplicada medida de segurança, é de trinta (30) anos, ante a vedação constitucional da prisão perpétua.

52. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 45 - Dez-Jan/2012

A Lei Maior, com efeito, prescreve a rigorosa obediência das demais normas aos seus cânones, na medida em que descreve os requisitos que a norma legal deve satisfazer, os fundamentos que deve seguir, os preceitos em que deve se fundar, os paradigmas que a devem nortear.

Resta claro, diante dos dispositivos legais, ademais, que a medida de segurança somente se impõe a agentes inimputáveis ou semi-inimputáveis, incapazes de determinar o caráter ilícito de seus atos, e se não totalmente incapazes, com parcial entendimento. Assim, inviável a aplicação de qualquer espécie de medida de segurança a criminoso tido por "normal" pela sociedade. O indivíduo, em suas condições normais, é capaz de reconhecer e entender o caráter ilícito de suas condutas.

O CP, em seu art. 26, trata de agentes inimputáveis, os quais são isentos de pena ou, quando menos, podem ainda sofrer uma redução da reprimenda. Para melhor entendimento do tema, necessário o esclarecimento quanto à inimputabilidade do agente. No que se refere à doença mental, deve-se atentar às manifestações de anomalias do pensamento, sentimento e conduta do agente. Desta forma, a alteração qualitativa da mente leva à perda da identidade pessoal do indivíduo. Este já não possui discernimento de seus atos e desconhece a própria doença.

Já nos casos de retardamento mental, há a lentidão no desenvolvimento intelectual, gerando uma alteração quantitativa da mente acompanhada de transtornos de aprendizagem, adaptação social, amadurecimento. Também nesse caso o agente é incapaz de compreender a ilicitude de sua conduta, afastando, dessa forma, sua culpabilidade, que é o pressuposto para aplicação de pena.

Conforme observado, a culpabilidade, pressuposto para aplicação de pena, é elemento de ligação do agente à punibilidade. No caso de um inimputável, não há como lhe ser imputada a

culpabilidade de uma infração penal, já que o próprio agente é incapaz de reconhecer sua conduta como ilícita. O incapaz não realiza atos com pleno discernimento, pelo contrário, trata-se de um indivíduo que, pela ausência total de entendimento do caráter ilícito do fato, realiza uma conduta criminosa e, por esta razão, é submetido à internação em hospital especializado ou submetido a tratamento ambulatorial.

Desta forma, sendo o crime fato jurídico culpável e a sanidade mental pressuposto da culpabilidade, não há como ser atribuída ao agente inimputável a responsabilidade por infração penal, posto que impossível atribuir ao agente a culpabilidade, uma vez que este não possui meios de discernir a ilicitude de seus atos.

53. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 45 - Dez-Jan/2012

No caso do parágrafo único do art. 26 do CP, o agente tem parcialmente diminuída sua capacidade de entendimento, pelo que não há a exclusão de imputabilidade, sendo possível tão somente a redução da pena, posto que tais agentes possuem parcial entendimento de suas condutas. O art. 98 do CP trata da possibilidade de aplicação da medida de segurança em caso de crime praticado por agente semi-inimputável. Assim, ao agente semi-inimputável que pratica infração penal será aplicada sanção penal com a redução de pena, conforme previsão do art. 26, parágrafo único, do mesmo Código.

Os direitos do internado são mencionados no art. 99 do CP. O agente submetido à medida de segurança não poderá cumpri-la em estabelecimento prisional comum, ainda que em compartimento separado. O condenado deverá ser recolhido a estabelecimento especializado, a fim de que seja efetivamente submetido ao tratamento necessário, o qual não pode ser aplicado em um estabelecimento prisional comum. Desta forma, procura-se evitar que o inimputável seja recolhido ao presídio comum, para que possa receber o tratamento psiquiátrico necessário em hospital ou local com dependência médica adequada.

A periculosidade do agente inimputável, contudo, tradicionalmente, é realizada de forma subjetiva, por meras presunções. O infrator que não se enquadra nas regras de comportamento social carece de controle, a sociedade o julga como um indivíduo que não está apto ao convívio social, não se preocupando, guiada pelo preconceito, ao contrário do que seria desejável, com o real grau de periculosidade do agente.

Em razão do comportamento classificado como anormal pela sociedade, em razão de transtorno mental, a ideia de loucura não tem sido dissociada da ideia de periculosidade. Com base nesse entendimento, o doente mental infrator é tido como perigoso, não possuindo outra saída que não seja o seu afastamento da sociedade. No entanto, nem sempre uma doença mental poderá levar seu portador a práticas criminosas que ameacem a sociedade. A generalização quanto à periculosidade e doença mental, por consequência, traz uma redução de direitos e garantias, sendo a medida de segurança utilizada apenas como meio de punição (coerção) ou exclusão daqueles indivíduos discriminados pela sociedade, em razão de uma suposta periculosidade, o que transforma a medida, por vezes, em instrumento de preconceito, de coerção indevida. Como já exposto, a medida de segurança justifica sua aplicação no tratamento terapêutico direcionado ao agente inimputável, visando à

possibilidade de sua reabilitação no meio social. No entanto, as instituições de tratamento hoje existentes não tem alcançado o real objetivo da medida de segurança que, através do tratamento médico-ambulatorial, visa à cura do louco infrator.

54. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 45 - Dez-Jan/2012

Em regra, o doente mental encontra-se automaticamente submetido à exclusão do convívio social pelo próprio preconceito da sociedade, ficando o agente inimputável submetido à internação em estabelecimento fechado, com duvidosas condições hospitalares e terapêuticas, sendo apenas privado de sua liberdade.

A ausência de tratamento adequado para os indivíduos sujeitos à medida de segurança, por oportuno, faz com que o propósito para o qual ela está destinada não seja aplicado, uma vez que sem o tratamento devido, a medida de segurança implica apenas mais uma forma, quase sempre injusta, desproporcional e despropositada de punir o agente infrator, com a exclusiva diferença de que estará em estabelecimento diverso do sistema prisional comum, com o intuito, quase nunca efetivo, de que seja curado e reabilitado para o convívio na sociedade.

A utilização indiscriminada do instituto da medida de segurança, vinculada à periculosidade do agente, possibilita a prisão perpétua, circunstância vedada expressamente pelo art. 5º, XLVII, b, da CF vigente.

Desta forma, a norma penal entra em confronto com o exposto na CF, uma vez que é inadmissível e inaceitável a aplicação de prisão perpétua, até mesmo pelo postulado central da dignidade da pessoa humana, o norte maior dos postulados constitucionais. Assim, o doente mental infrator encontra-se em desvantagem perante os agentes considerados imputáveis, uma vez que seus direitos e garantias, concedidos em âmbito constitucional, são desconsiderados.

A medida de segurança, também tida como espécie de sanção penal, não deveria estar diferenciada das penas privativas de liberdade, mormente no que tange ao prazo indeterminado de sua aplicação, o que, constantemente, na prática, provoca a exclusão eterna do doente mental. Assim, atualmente, a medida nada mais consegue ser do que uma pena com nome diverso, sendo o infrator punido simplesmente em razão daquilo que é ou do suposto perigo que representa à sociedade.

A não fixação de prazo máximo quanto à internação dos agentes submetidos à medida de segurança, como não poderia deixar de ser, pela incoerência legislativa, é motivo de críticas, pela absoluta indeterminação de prazos de duração de internação do agente.

55. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 45 - Dez-Jan/2012

Com reflexão, conclui-se pela necessidade de composição entre as duas soluções propostas, não aderindo de forma completa a nenhuma das duas, a fim de que seja estipulado o prazo

máximo de internação de forma razoável e respeitando a ordem constitucional quanto à proibição de prisão perpétua.

Nesse contexto, entendemos valer a pena o estabelecimento de quadro comparativo com a legislação portuguesa, estabelecendo a dicotomia com a nossa legislação vigente.

A medida de segurança é tratada no Código penal português em seu capítulo VII, art. 91 e seguintes, que tratam do internamento dos inimputáveis.

Além da previsão de internação, o art. 91 também trata do período mínimo em que deve o inimputável permanecer internado, de tal forma que o código penal português, diferentemente da legislação brasileira, estabelece um parâmetro entre o tipo de crime e a pena a ele atribuída, dispondo sobre o período mínimo de internação a que o condenado deve ser submetido.

A legislação portuguesa, de forma simétrica à nacional, estabelece que a internação do inimputável também será encerrada quando cessado o estado perigoso que deu origem à aplicação da internação.

Contudo, Portugal dispõe que no crime cuja pena aplicada seja superior a oito anos, cumulado com o perigo de novos fatos de mesma espécie, a internação será prorrogada até o momento em que for constatada a cessação do perigo que o agente representa. Desta forma, tanto no território brasileiro como em Portugal, o doente mental infrator submetido à medida de segurança ficará excluído do convívio social enquanto perdurar a sua periculosidade.

Diferentemente do CPB, todavia, o código português traz a revisão do estado do inimputável, com a possibilidade de liberdade, quando o agente possa comprovar que a finalidade da medida de segurança pode ser alcançada em liberdade. No Brasil, o único motivo capaz de conceder ao infrator a liberdade, seja ela definitiva ou condicionada, é a comprovação da cessação do estado perigoso.

A possibilidade de concessão de liberdade, mediante requerimento para revisão da situação do internado, é incompatível com a nossa legislação, que não prevê meios de prova para a liberdade do indivíduo.

No direito penal português, o agente inimputável pode ser colocado em liberdade quando comprovada causa justificada.

No sistema judicial brasileiro, assim que proferida a sentença absolutória, dita imprópria, nos casos de aplicação do instituto da medida de segurança, o indivíduo fica submetido à internação ou tratamento ambulatorial, que será repassado ao juiz de execução penal para cumprimento do estipulado na sentença, assim como ocorre na aplicação de pena privativa de liberdade, não trazendo, nosso diploma legal, no entanto, o prazo máximo para que seja executada a sentença, como ocorre no art. 96 da legislação penal portuguesa. Além do prazo para cumprimento da medida de segurança ora imposta, o artigo tipifica a possibilidade de reforma da decisão que submete o inimputável à internação.

A forma de execução, tanto das penas como da medida de segurança, no Estado português, está tipificada no art. 99 da legislação penal vigente. A legislação portuguesa, contudo, é mais flexível quanto às razões que podem colocar o agente inimputável em liberdade. O art. 99 preconiza que a medida de segurança, embora aplicada somente ao doente mental infrator, caminha de forma sincronizada com a pena privativa de liberdade imposta ao agente que praticou ato ilícito, mesmo que a medida de segurança tenha fins diversos da aplicação de pena privativa de liberdade.

Diante da previsão do art. 99 do Código penal português, a aplicação da medida de segurança pode ser cumulativa com a pena privativa de liberdade, sendo que a aplicação da instituição se faz antes da aplicação da pena propriamente dita. A pena privativa de liberdade, em tal sistema, pode ser imposta depois de decorrido certo período de internação do indivíduo.

Desta forma, ante a possibilidade de cumulação da medida de segurança com a pena privativa de liberdade ao agente inimputável, observamos a aplicação do sistema do duplo binário, que era aplicado no Brasil até 1984, sendo hoje substituído pelo sistema vicariante, que é aquele em que o sujeito recebe alternativamente pena privativa de liberdade ou a medida de segurança, sendo a sanção imposta de aplicação alternativa.

Para o Estado português, ademais, há a possibilidade da substituição da medida de segurança pela prestação de serviços à comunidade, sendo que tal substituição somente seria possível no Brasil nos casos puníveis com penas privativas de liberdade, posto que, em nosso sistema, além da cessação da periculosidade, não há qualquer meio que possa colocar o indivíduo em liberdade.

Considerações Finais

O presente trabalho, em linhas gerais e sem maiores pretensões acadêmicas, teve como escopo investigar a medida de segurança, uma das duas espécies de sanções penais atualmente aplicadas no Brasil.

O objetivo da medida de segurança era, a princípio, o de constituir um instituto que fosse capaz de preservar a segurança social, afastando aqueles que apresentavam uma ameaça potencial à sociedade, por serem portadores de doença mental, possibilitando, com o afastamento do agente inimputável da sociedade, a internação para o devido tratamento médico-ambulatorial, para que fosse alcançada a cura, não vindo o então reabilitado a reincidir em novo ato ilícito.

Observa-se, atualmente, entretanto, o desaparecimento do propósito ou da eficácia das medidas de segurança, uma vez que, conforme demonstrado neste estudo, o indivíduo

submetido à aplicação da medida de segurança apenas se mantém privado de liberdade, sem receber qualquer meio efetivo de tratamento, sequer ficando internado em estabelecimento adequado à anomalia que apresenta.

O sistema, embora tenha previsão formalmente bem elaborada, não se apresenta mais como adequado. Para aplicação da medida de segurança, a princípio, imperioso ocorrer à existência de dois pressupostos: o fato ilícito e a periculosidade do agente. Hodiernamente, contudo, para o sistema judiciário brasileiro, a insanidade mental tem caminhado de mãos dadas com a periculosidade, fundindo-se muitas vezes perante o Magistrado, razão pela qual os doentes mentais são submetidos à disfarçada sanção penal privativa de liberdade, na espécie de medida de segurança. A insanidade mental, conforme é de conhecimento notório, nem sempre é sinônimo de periculosidade, podendo muitas vezes ser meramente acidental, devido a fatores circunstanciais. Desta forma, sem a realização de real análise do estado mental do agente, um inimputável não portador de periculosidade pode ser submetido à medida de segurança, com internação desnecessária, o que só acarreta a regressão da saúde mental do inimputável.

O excesso de preocupação com a eficácia de defesa social fez com que o legislador permanecesse obscuro, vez que submete a aplicação do instituto a pressupostos irreais. Os sujeitos condenados à medida de segurança passam a viver privados de sua liberdade, sem um limite de prazo, delimitados a uma análise de cessação de uma periculosidade, que sequer pode concretamente existir, não recebendo, na maioria ou quase totalidade das hipóteses, o tratamento adequado, para que pudesse, oportunamente, estar apto a reintegração social, ficando a mercê da aplicação de uma verdadeira, embora disfarçada, prisão perpétua, correndo o risco de definhando em um verdadeiro estabelecimento prisional.

Falta aos operadores do direito, lastimavelmente, um verdadeiro interesse científico para enfrentar a real e efetiva aplicação da medida de segurança, com o fito de que alcance seu propósito efetivo, ou seja, o devido tratamento e a eventual cura, sendo necessária, para tanto, conforme preconizam os doutrinadores, urgente a alteração legislativa. É dever do jurista, aliás, impor freios à atividade legislativa sempre que ela se mostre desviante da realidade social e da vontade da maioria da população.

58. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 45 - Dez-Jan/2012

Em relevante assertiva sobre o tema, com efeito, Perlingieri (2002, p. 3) enfatiza que até no período nazifascista o legislador encontrou limites à sua produção legislativa por parte do Poder Judiciário, ressaltando que: "Na época do nazismo, uma parte da jurisprudência italiana e alemã, algumas vezes, soube colocar um freio, ainda que limitado, à atividade do Poder Legislativo, aplicando restritivamente algumas normas - aquelas, por exemplo, que se inspiravam na distinção das pessoas com base na raça - ou interpretando extensivamente alguns princípios que ainda existiam, até então, de maneira apenas formal no ordenamento".

O ordenamento jurídico só pode ter eficácia e, principalmente, legitimidade, quando estiver em consonância com os anseios da população, devendo ser rejeitada a norma que não atender os postulados básicos de determinada coletividade. O intérprete, mais precisamente aquele

investido pelo Estado do poder/dever de ditar o Direito ao caso concreto, ou seja, o Juiz, deve rejeitar o diploma emanado do legislativo, não estando a ele sujeito, quando houver desatendimento por parte do Poder Legislativo de um mínimo de respeito ao preceito maior da dignidade da pessoa humana.

Não se pode aceitar, sob pena de perecimento dos paradigmas que norteiam o ordenamento constitucional, a imposição de oblíqua prisão perpétua, disfarçada de medida de segurança, que sequer dá direito ao cidadão, ferindo a sua dignidade humana, ao sistema de progressão de regime ou, pior, ao efetivo tratamento para minoração de sua patologia mental, simplesmente privando-o de liberdade, conceito, dentre outros, essencial à obtenção de dignidade.

Exige-se dos julgadores, diante das falhas do sistema atual e da omissão do legislador, a busca de interpretação que se coadune com os fundamentos e princípios da Lei Maior. A hermenêutica, desta forma, ao contrário do que tradicionalmente vem acontecendo, não deve ser atividade meramente mecânica, mas profundamente intelectual, lógica, coerente e com escopo definido, propiciando ao homem o que lhe é mais essencial, a dignidade, de modo a amoldar os paradigmas da norma ao Estado Democrático de Direito.

Cabe ao intérprete, pois, corrigir a rota dos desmandos ou ineficácia do legislativo, construindo as formas interpretativas, de forma a rechaçar injustiças, como é o caso da disfarçada prisão perpétua através da aplicação de medidas de segurança, de acordo com os mandamentos fundantes da Carta Magna.

59. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 45 - Dez-Jan/2012

TITLE: Commitment proceedings: considerations on the reasonableness and proportionality of implementation.

ABSTRACT: This paper aims at addressing the implementation of the institute of commitment proceedings in the democratic State, particularly on the approach of constitutional proportionality and reasonableness, questioning the effectiveness of the implementation of the institute, which several times (almost always), does not achieve its purpose, in other words, curing agent for his or her reintegration into social life. Although the psychological state of the non-imputable departs from his/her guilt and the acquittal is given, declared improper, subjecting the person to the application of the commitment proceedings as a way to prevent him/her to repeat into new crimes, on the approach of danger. Unlike the deprivation of liberty, the institute of commitment proceedings seeks its basis in the dangerousness of the offender, in other words, those whose behavior brings a risk to the safety of society must be removed. In this way, someone suffering from mental illness, as a rule, is no longer judged by the action performed by him/her, in order to exclude his/her guilt, passing, however, be subjected to the commitment proceedings which the application takes into account the future acts that might be committed. Brazilian criminal law, obsolete and out of the constitutional parameters, does not impose a deadline for compliance the commitment proceedings, but

merely to establish that the non-imputable agent is free when it is proven the termination of his/her dangerousness. Thus, despite the absence of culpability to the offender non-imputable because of mental incapacity may suffer an undue and lasting penalty, disguised by health assistance treatment, which even can lead to eternal deprivation of his/her liberty. Moreover, the current conditions of treatment tend to be extremely poor, being inadequate its purpose. Without such appropriate conditions the agent has no means to achieve his/her freedom again and s/he is indirectly subjected to a disguised form of imprisonment for life. The non-imputable agent, according to the biggest foundation of dignity of human being, erected as constitutional dogma, does not need an eternal prison, but appropriate conditions to treatment and be reinstated to social life.

KEYWORDS: Commitment Proceedings. Mental Incapacity. Occupational Hazard. Imprisonment for Life.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Haroldo da Costa. Das medidas de segurança. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Código Penal Anotado. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito Penal: parte geral. v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTAR, Neusa. Medicina Legal. Araçatuba: MB, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 19 abr. 2011.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2011.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 19 abr. 2011.

BRASIL. Lei de Introdução ao Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em: 19 abr. 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASOY, Ilana. Serial killers: made in Brasil. São Paulo. ARX: 2004.

COSTA, Fernando José da. Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CUELO CALÓN, E. La moderna penología, p. 85. Apud. PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral. RT.

60. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 45 - Dez-Jan/2012

FERRARI, Eduardo. Medidas de segurança e Direito Penal no estado democrático de direito. RT, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: parte geral v. 1. 26. ed. São Paulo: Atlas. 2010.

PORTUGAL. Código Penal. Disponível em:
<<http://dre.pt/pdf1sdip/2007/09/17000/0618106258.PDF>>. Acesso em: 12 maio 2011.

TEOTÔNIO, Paulo José Freire. Cidadania no Brasil: dogmática ou pragmática? In: Constituição e construção da cidadania. A. Dinalli. Luiz Alexandre Cruz Ferreira. Paulo José Freire Teotônio (Orgs.). Leme: JH Mizuno, 2005.

_____ et al. Constituição e construção da cidadania. A. Dinalli. Luiz Alexandre Cruz Ferreira. Paulo José Freire Teotônio (Orgs.). Leme: JH Mizuno, 2005.

_____ et al. Hermenêutica, cidadania e Direito. Luiz Alexandre Cruz Ferreira (Org.). Campinas: Millennium, 2005.

_____; TEOTÔNIO, Silvio Henrique Freire. Ponderações sobre a razoabilidade e a proporcionalidade na aplicação do Direito Penal. Porto Alegre: Magister. Publicado em: 04 fev. 2009. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=386>.