

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

CARLOS EVANDRO RABELO DE QUEIROGA

**A LIMITAÇÃO TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA FRENTE AO
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

SOUSA
2014

CARLOS EVANDRO RABELO DE QUEIROGA

**A LIMITAÇÃO TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA FRENTE AO
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^o Eligidério Gadelha de Lima

SOUSA
2014

CARLOS EVANDRO RABELO DE QUEIROGA

**A LIMITAÇÃO TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA FRENTE AO
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

BANCA EXAMINADORA:

Aprovada em: 11/ setembro/2014

Prof^o. Eligidério Gadelha de Lima

Orientador

Prof^o.João de Deus Quirino
Examinador

Prof^o.Francivaldo
Examinador

SOUSA
2014

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitário, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer. A minha mãe Ervania, e meu pai Batista (in memoriam), mesmo não estando comigo, meu pai foi um dos maiores incentivadores, meu irmão, minha esposa Ediana, companheira de todas as horas, que muito contribuiu e a toda minha família, sogro e sogra que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida. A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo central analisar a figura da sanção penal de medida de segurança aplicado aos tidos como inimputáveis e de maneira excepcional aos semi-imputáveis, sob o aspecto do período máximo do cerceamento da liberdade do indivíduo, considerando de modo especial toda a divergência existente entre o disposto na legislação pátria e a jurisprudência, bem como toda discursão doutrinária que cerca a temática. É sabido que em um Estado Democrático de Direito, as sanções penais devem respeitar uma série de princípios de modo que o indivíduo submetido a qualquer medida repressiva possa cumpri-la sem ter sua integridade física e moral constrangida. De igual modo, e não menos importante, a sanção penal, e em especial a medida de segurança, tendo em vista o seu caráter curativo, tem como objetivo precípua o tratamento do indivíduo cometedor de um ilícito penal e sua habilitação ao convívio social. Dessa forma, diante desse conflito de direitos, qual seja, o constrangimento da liberdade do indivíduo submetido à medida de segurança por um período indeterminado e o dever de cura imposto à medida de segurança, impõe-se uma solução a esse contrassenso, razão maior da presente pesquisa. Para tanto, se utilizará da técnica de pesquisa bibliográfica, fazendo uso dos métodos de abordagem hipotético-dedutivo e histórico e método de procedimento o exegético-jurídico, mediante análise de documentação indireta, leis, doutrinas, jurisprudências e artigos relevantes acerca da temática. Assim sendo, a solução apontada nesse trabalho seria a definida pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisões recentes, em que, considerando toda ordem constitucional, deve-se restringir a aplicabilidade da sanção pelo período delimitado à pena privativa de liberdade, seja como garantia dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, seja pela proibição imposta de maneira expressa na Constituição Federal, às penas de caráter perpétuo e cruéis.

Palavras-chave: Medida de segurança, prazo, Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

This Labor Completion of course is mainly aimed to analyze the figure of the criminal sanction as applied to security taken as incompetent and semi-attributable to exceptional, from the point of maximum period of restriction of freedom of the individual way of considering especially all the existing divergence between the provisions of the legislation and jurisprudence homeland, as well as all doctrinal discursão surrounding the theme. It is known that in a democratic state, criminal sanctions must respect a number of principles so that the individual subjected to any repressive measure to fulfill it without having their physical and moral integrity embarrassed. Similarly, not least, the criminal sanction, and in particular safety measure, in view of its curative, aims to treat the individual preciput cometedor of a criminal offense and your license to social life. Thus, before this conflict of rights, namely, the embarrassment of freedom of the individual subject as security for an indefinite period and the duty to cure tax as security, imposes a solution to that nonsense, the biggest reason this research. For this, we use the technique of literature, making use of the methods of hypothetical-deductive approach and the historical and legal-exegetical method of procedure, upon analysis of indirect documentation, laws, doctrines, jurisprudence and relevant articles about the theme. Therefore, the solution proposed in this work would be defined by the Supreme Court in recent decisions, which, considering the whole constitutional order, one should restrict the applicability of the penalty delimited by the deprivation of liberty period, whether as a guarantee of principles of equality and human dignity, either by way of an express prohibition in the Constitution, the penalties of perpetual and cruel character.

Keywords: Security Measure, term Human Dignity

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA MEDIDA DE SEGURANÇA.....	11
2.1 CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DA MEDIDA DE SEGURANÇA.....	12
2.2 DOS PRESSUPOSTOS E ESPÉCIES DE MEDIDA DE SEGURANÇA ESTABELECIDOS PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	18
2.3 DA NATUREZA EFINALIDADE DA MEDIDA DE SEGURANÇA.....	22
3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO NO BRASIL	27
3.1 DOS DIREITOS DO PRESO NO BRASIL.....	27
3.2 INCOMPATIBILIDADE DA PENA PERPÉTUA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	33
3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	39
4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS PRORROGAÇÕES ILIMITADAS DA MS. 45	
4.1 AS PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS DA MEDIDA DE SEGURANÇA.....	45
4.2 A REALIDADE DAS CONDIÇÕES DE REABILITAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	48
4.2.1 DA PROBLEMÁTICA E POSSÍVEIS SOLUÇÕES	50
4.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MS EM VIRTUDE DA PERPETUIDADE DA MEDIDA E A SUPERAÇÃO DA CONTROVÉRSIA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	53
5. CONCLUSÃO	59
REFERENCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O instituto da Medida de Segurança sofreu ao longo dos anos inúmeras mutações, sempre objetivando, de maneira indubitável, adequar-se ao contexto histórico vivido pela sociedade. Se nos primórdios esse modelo de sanção caracterizava-se como um mero mecanismo de segregação e exclusão dos indivíduos delinquentes acometidos de alguma mazela que lhes retiravam a consciência dos seus atos ilícitos, aos poucos, ao menos teoricamente, tal sistema foi adotando um caráter eminentemente social, com o condão não de afastar da sociedade tais indivíduos, mas sim, de torná-los aptos novamente ao convívio social.

Tal condição ressocializadora da Medida de Segurança passou a ganhar destaque a partir do momento em que tal sanção penal passou a adquirir caráter curativo, isto é, a partir do momento que se passou a reconhecer os indivíduos inimputáveis como doentes, percebeu-se que o único mecanismo hábil a reverter tal quadro seria trata-los ao invés de puni-los.

No entanto, no Brasil, a Medida de Segurança passa hoje por um período de inegável questionamento sobre a sua eficiência, isto porque, encontra-se à margem de qualquer política pública de melhoramento, os estudos acerca do tema são praticamente inexistentes, e as medidas legislativas, quando existentes, esbarram na falta de tecnicidade dos parlamentares.

Entretanto, os problemas não se limitam a condições abstratas como as supramencionadas, problemas de ordem estrutural, bem como de natureza pessoal dos profissionais, além da total ausência de programas individuais de tratamento expõe ainda mais a deficiência de tal sanção penal, que aos poucos vai ganhando status de ultrapassado.

Além disso, outro problema de suma importância, e o cerne da presente pesquisa, encontra substrato na questão da limitação temporal da medida de segurança, tal discussão é fruto de diversos aspectos, desde confrontos ideológicos e legais, considerando a ampla discordância entre os mais diversos doutrinadores, bem como o conflito de leis existente, até mesmo questões de ordem pública e social, visto que se discute a “libertação” de indivíduos reconhecidamente incapazes de voltar ao convívio social sob o aspecto médico, frente à atuação indiscriminada

no Estado no seu direito de punir, além de inúmeros conflitos de ordem jurídica, expostas no decorrer da pesquisa.

Nesse diapasão, este trabalho discute a determinação temporal da medida de segurança sob o enfoque de toda ordem jurídico-constitucional, demonstrando a necessidade de se ponderar os institutos sob o crivo de todo o ordenamento jurídico, não se limitando a literalidade das leis, garantindo dessa forma um sistema jurídico homogêneo, protetor dos direitos e garantias individuais e coletivos dos indivíduos e em consonância com os ditames legais.

Desse modo, buscaram-se trazer a baila considerações acerca da função da sanção penal da medida de segurança, exposições principiológica como delimitadores da função Estatal, bem como o entendimento dos experts acerca do tema e o entendimento atual dos tribunais pátrios, a fim de elucidar qualquer dúvida acerca do tema e apontar qual a solução jurídica e social mais pertinente frente ao ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto a presente pesquisa possui como objetivo geral: Analisar a limitação temporal da Medida de Segurança, frente ao ordenamento jurídico pátrio. Já como objetivos específicos, têm-se: Identificar as características principais do instituto da Medida de Segurança; Estudar os direitos conferidos ao indivíduo submetido à sanção penal; e por último, verificar qual entendimento acerca da limitação temporal da medida de segurança é o mais condizente com o ordenamento jurídico pátrio.

Para alcançar tais objetivos, fez-se uso do método de abordagem hipotético-dedutivo e histórico, uma vez que o desenvolvimento da presente pesquisa partiu da análise de princípios, leis, normas gerais e doutrinas mais abrangentes, para, posteriormente concentrar-se no tema exposto.

Como método de procedimento, têm-se o monográfico, partindo da compilação de experts acerca do tema. Será uma pesquisa exploratória com apoio na investigação documental bibliográfica e jurisprudencial, bem como das legislações pátrias.

No primeiro capítulo, têm-se como proposta analisar as principais características da medida de segurança. Para tanto, deu-se atenção especial ao caráter histórico e conceitual do referido instituto, fornecendo, desta feita, informações introdutórias e pontuais para o desenvolvimento da pesquisa. Em seguida, no segundo capítulo, será trazida a baila desta pesquisa, um estudo acerca

dos direitos garantidos pela CF/88, bem como pelas legislações infraconstitucionais, aos indivíduos submetidos às sanções penais impostas pelo Estado, além de um tópico exclusivo dedicado ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerando sua importância para as conclusões definitivas da pesquisa. Ainda no segundo capítulo, teve-se o devido cuidado em abordar a incompatibilidade da pena perpetua com o sistema legal brasileiro, fornecendo, desse modo, os elementos necessários para a conclusão no terceiro capítulo.

No terceiro capítulo, procurar-se estudar especificadamente o instituto da Medida de Segurança e os aspectos correlatos à sua limitação temporal. Desse modo, a fim de tornar a pesquisa mais completa abordou-se a problemática da sanção penal sob o aspecto da ressocialização, apontando-se possíveis soluções. Ainda demonstrou como ocorre a avaliação do internado sob o seu aspecto curativo e a sua conseqüente vulnerabilidade, conferido pela legislação penal, à possibilidade da renovação da necessidade da prorrogação da Medida de Segurança e os reflexos jurídicos relacionados. E por fim, objetivando atender aos objetivos inicialmente traçados, apontou-se qual entendimento é o atual defendido pela jurisprudência e doutrinadores acerca do tema, como medida de tornar a Medida de Segurança um instrumento de tratamento e não de segregação.

2 DA MEDIDA DE SEGURANÇA

O Direito Penal é a ciência que tem como objetivo precípua a proteção de maneira eficiente do indivíduo e da sociedade através do amparo a determinados bens jurídicos considerados essenciais. Por ser impossível proteger todos os institutos jurídicos, bem como pela necessidade do direito penal ser utilizado apenas como *ultima ratio*, achou-se por bem, obedecendo a uma análise criteriosa de política criminal, a guardar a determinados elementos tidos como indispensáveis a garantir a convivência harmoniosa em sociedade, a partir da contenção de condutas que tenham o condão de lesionar tais bens jurídicos.

Desse modo, a partir do momento em que os bens jurídicos tutelados pelo direito penal são violados ou expostos a determinados riscos, surge a necessidade de reprimir os agentes executores de tais condutas, aplicando-lhes sanções.

Diante de tal cenário, salta aos olhos o tema da presente pesquisa, qual seja, o instituto da medida de segurança. A legislação pátria concebe dentro do ordenamento jurídico duas modalidades de sanção que deverão ser aplicadas aos infratores dos tipos penais, isto é, a pena e a medida de segurança. Muito embora seja na maioria das vezes vislumbrada como uma espécie de pena ou mesmo como uma medida punitiva alternativa, a medida de segurança é consagrada pelo ordenamento pátrio como uma sanção autônoma e independente, dotada de condições especiais de aplicabilidade que serão abordadas no decorrer do desenvolvimento do presente estudo.

De início insta constatar que o instituto da medida de segurança é um dos tópicos mais polêmicos do direito penal pátrio, isso porque alguns aspectos relevantes acabam por expor e colocar em xeque a efetividade de tal sanção penal. Condições como estrutura física dos estabelecimentos, ausência de acompanhamento específico dos internos, capacitação dos profissionais ou mesmo questões jurídicas e morais como a abordada nesta pesquisa, isto é, a (in)constitucionalidade da aplicação da medida de segurança por prazo superior ao permitido pela lei penal quando o condenado não se demonstrar apto ao convívio social, trazem à tona a necessidade de uma reanálise do modelo da medida de segurança utilizado pelo Brasil, um país que tem o seu sistema penal e processual visto como um câncer social.

2.1 CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DA MEDIDA DE SEGURANÇA

A medida de segurança nada mais é do que uma sanção penal imposta ao delinquente inimputável, isto é, ao indivíduo cometedor de uma conduta típica e ilícita, porém não culpável, e de maneira excepcional ao semi-imputável. Tal sanção, caracterizada especialmente pelo seu caráter curativo, restringe a liberdade do delinquente, seja através da internação em hospital de custódia, ou mesmo a partir do tratamento ambulatorial.

Uma das principais diferenças entre a pena privativa de liberdade e a medida de segurança encontra substrato justamente no aspecto do fundamento da pena, isto porque, enquanto a pena justifica-se pelo crivo da culpabilidade, isto é, pelo juízo de reprovabilidade da conduta do agente, a medida de segurança por ser aplicada, em geral, ao agente portador de uma enfermidade, acaba por fundamentar-se na periculosidade do atuante. Nesse sentido, inclusive, explicita Bitencourt (2007, p. 690), ao dispor acerca da diferença entre a pena privativa de liberdade e a medida de segurança, veja-se:

- a) As penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança têm natureza eminentemente preventiva;
- b) O fundamento da aplicação da pena é a culpabilidade; a medida de segurança fundamenta-se exclusivamente na periculosidade;
- c) As penas são determinadas; as medidas de segurança são por tempo indeterminado. Só findam quando cessar a periculosidade do agente.
- d) As penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicáveis aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, quando estes necessitam de especial tratamento curativo.

Nesse sentido também, por oportuno, é a manifestação expressa do Código Penal na Exposição de Motivos da nova Parte Geral, veja-se:

Item 87 - A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade – pena; periculosidade – medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada de medida de segurança.

No que atine ao conceito do instituto sob análise, percebe-se que não existem maiores celeumas acerca desse aspecto, Silva (2008, p. 501), por exemplo, ao abordar o tema, define a medida de segurança nos seguintes termos:

No conceito em que é tida no Direito Penal, entende-se como o remédio legal aplicado para pôr a sociedade ao abrigo de um perigo abstrato. [...] Desta forma, a medida de segurança é determinada, em regra, em face da periculosidade que o agente traz a sociedade. E, assim, a periculosidade é avaliada não somente pelo fato já ocorrido como pela ameaça de perigo que se mostre iminente ou imediata.

Já Capez (2012, p. 256) conceitua o referido instituto como sendo:

Sanção penal imposta pelo Estado, na execução de uma sentença, cuja finalidade é exclusivamente preventiva, no sentido de evitar que o autor (inimputável ou semi-imputável) de uma infração penal que tenha demonstrado periculosidade volte a delinquir.

No mesmo sentido, ao abordar o tema esclarece Nucci (2007, 479):

Trata-se de uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado.

Diante dos conceitos expostos, pode-se inferir por medida de segurança o tratamento adequado ao delinquente considerado perigoso e acometido por uma doença mental, objetivando, em especial a prevenção e conseqüentemente a reincidência, bem como a promoção da cura nesses indivíduos e a habilitação para o convívio social.

Restado explicitado a análise conceitual da Medida de Segurança, a presente pesquisa encontra-se hábil a destacar os principais marcos históricos acerca da referida sanção penal.

De maneira inicial pode-se afirmar que a evolução histórica da medida de segurança se desenvolve baseada na evolução da própria humanidade. A primeira manifestação que se tem registro remonta-se à época da Roma Antiga. Veja-se os esclarecimentos de Costa (1999, p. 125):

De há muito se sentiu a necessidade de não só reprimir, mas de prevenir o delito. O direito romano, que considerava imputáveis os “*infans*” (infante,

menor de sete anos) e os “*amens*” ou “*furiosos*” (loucos), os submetia a medidas de prevenção, para a segurança do próximo.

Comungando do mesmo entendimento, Ribeiro (1998, p. 10), define:

Embora a Clínica médica já demonstrasse claro interesse no assunto, não é possível determinar com precisão o momento em que as medidas preventivas direcionadas a indivíduos portadores de transtornos mentais se manifestaram pela primeira vez na legislação. É possível determinar, contudo, que essa preocupação se torna evidente já no Direito Romano.

Já no período medieval, influenciado pelos ideais religiosos, os doentes mentais passaram por um longo período de perseguição. Pregava-se que as doenças de cunho mental estavam intimamente ligadas a possessões demoníacas, razão pela qual não deveriam ser tratados, mas sim extintos, como forma de evitar que estes demônios voltassem a acometer novas pessoas.

No entanto, foi ainda no final da Idade Média, mais precisamente após o movimento dos ideais iluministas, que as primeiras casas de internação de criminosos doentes mentais passam a surgir com o intuito preventivo. Muito embora ainda desprovidos de um tratamento especializado e individualizado objetivando a cura, as casas de internação ganharam destaque no contexto histórico por ser um movimento eminentemente burguês e de rompimento com os dogmas impostos pela Igreja. Retratando esse contexto histórico, Foucault (1987, p. 11) expõe de maneira clara esse período:

A preocupação em eliminá-los do convívio social e com isso aplacar o risco que esses indivíduos supostamente representavam à sociedade fazia com que eles fossem rotineiramente escorraçados de uma cidade para outra. Os loucos, portanto, ficavam internados em hospitais e prisões onde não havia nenhuma preocupação com o tratamento da doença mental em si, e, portanto, apenas se priorizava a segregação.

No mesmo sentido, indispensável ainda, as palavras de Costa (1999, p. 125), para quem, ao abordar a temática, estatui: “Foi, entretanto, o iluminismo que desenvolveu o problema da prevenção do crime. É conhecida a fórmula de Beccaria, “*in Dei Delitti e dele pena*” (“É melhor prevenir os delitos que reprimí-los”).

E é nesse contexto histórico que surgem as primeiras previsões acerca da Medida de Segurança nas legislações Alienígenas. Em 1810, o Código Penal Francês, estabelecia que os inimputáveis, menores de dezoito anos, que tivessem

agido sem o discernimento necessário, estariam livres de pena, devendo serem submetidos a tratamento através de medidas cautelares diversas.

Outra inovação legislativa que merece destaque, diz respeito ao Projeto do Código Penal da Suíça, que estabelecia aos indivíduos considerados inimputáveis ao tempo das ações típicas, que inexistindo culpabilidade, seria aplicado de maneira substitutiva a Medida de Segurança, assim compreendendo um conjunto de providências curativas e preventivas, que teriam o condão de tratar o indivíduo e torná-lo apto novamente ao convívio social (Costa, 1999).

No Brasil, Prado (2008) esclarece que no Período Imperial houve as primeiras manifestações para se impor uma sanção específica aos portadores de deficiências mentais e menores de quatorze anos. O referido autor explica que o art. 12 do diploma do Império estabelecia que os loucos que cometessem delitos seriam recolhidos a estabelecimentos específicos ou entregues às suas famílias de acordo com o que o juiz entendesse mais prudente, no caso concreto. Já os menores de quatorze anos, quando desprovidos de discernimento quando do cometimento de condutas tipificadas como crimes, o mencionado código mandava recolhe-los as denominadas casas de correção, pelo período estabelecido pelo juiz, desde que o recolhimento não ultrapassasse a idade de 16 (dezesesseis) anos.

Em 1890, o Decreto n. 847 estabeleceu o Código Penal da República Velha, denominado de Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, que disciplinava o tratamento dos “loucos-infratores” nos moldes ao já previsto no período Imperial, conservando a pena com um caráter de repressão social e meramente punitivo, no entanto, desprovido de qualquer fundamento social conforme estabelece Pierangelli (1980, 269): “O Código Penal de 1890, em seu art. 27 dispunha que: ‘Não são criminosos: (...) §3º - os que, por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação’”. E complementa o referido autor: “Os loucos serão entregues às suas famílias, ou recolhidos a hospitais de alienados, se o seu estado mental assim exigisse para segurança pública pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos” (PIERANGELLI, 1980, 270).

Nos anos seguintes, dois projetos de leis penais desenvolvidos no Brasil merecem destaque, no que atine a normatização da Medida de Segurança. Em 1913, influenciado pelo Código Penal Suíço, bem como por um movimento Europeu que defendia a criação de estabelecimentos específicos para os inimputáveis,

Galdino Siqueira elaborou um projeto de Código Penal que, no entanto, não chegou a ser deliberado por questões políticas. Nele restava definida uma sanção penal de medida de segurança autônoma em relação a pena, que deveria ser cumprida em estabelecimento especializado, bem como uma pena complementar ao reincidente que poderia durar por um período três vezes superior ao da pena (SIQUEIRA, 2003).

Já em 1927, fora desenvolvido pelo então Desembargador Virgílio de Sá Pereira, o projeto de Código Penal. Tal projeto se destacou por sistematizar a sanção de medida de segurança com base na periculosidade do agente, e numa abstrata periculosidade social da conduta. Ademais, inovou a legislação penal pátria ao considerar pela primeira vez, agentes com imputabilidade restrita, isto é, uma linha tênue entre a imputabilidade e inimputabilidade a qual deveria ser considerada quando da análise da culpabilidade (FERRARI, 2001).

Ressalte-se que tal projeto, muito embora, tenha sido alvo de diversas tentativas de revisões nos anos seguintes, acabou não sendo aprovado, restando a sistematização da medida de segurança ao Código Penal de 1940.

Percebe-se, desse modo, que a história da medida de segurança nos moldes do estabelecido hoje pela legislação penal, é uma narrativa recente, visto que apenas passou a ser regulado de maneira organizada na década de 40. Muito embora ainda cercado de celeumas, algumas delas, solucionadas com o passar do tempo, o Código Penal de 1940 adotava o modelo, amplamente criticado, do duplo binário, isto é, tratava-se da aplicação conjunta e seguida da pena e da medida de segurança ao indivíduo condenado imputável e semi-imputável.

Nas palavras de Bitencourt (2007, p. 689), o sistema do duplo binário foi uma das maiores injustiças já aplicadas no Direito Penal brasileiro, visto que, impunha ao indivíduo duas penas pelo mesmo fato típico, incorrendo assim numa violação latente do princípio *ne bis in idem*, veja-se:

A aplicação conjunta de pena e medida de segurança lesa o princípio do *ne bis in idem*, pois, por mais que se diga que o fundamento e fins de uma e outra são distintos, na realidade, é o mesmo indivíduo que suporta as duas consequências pelo mesmo fato praticado. [...] Na prática a medida de segurança não se diferenciava em nada da pena privativa de liberdade. A hipocrisia era tão grande que, quando o sentenciado concluía a pena, continuava, no mesmo local, cumprindo a medida de segurança, nas mesmas condições em que acabara de cumprir a pena.

Oportuno ainda os ensinamentos de Ferrari (2001, p. 37) acerca do antigo Código Penal:

A medida de segurança não era imposta para recuperar, até porque se o fosse, seria precedente à aflição e seu cunho segregatório. A sociedade temerosa com a periculosidade social do indivíduo e não obrigatoriamente do delinquente, preferiria escamotear a perpetuidade da sanção-pena, denominando-o de benéfico tratamento.

Diante disso torna-se possível asseverar que muito embora o Código Penal de 1940 tenha caracterizado um marco histórico, quando da sistematização da Medida de Segurança, resta inconteste que se tratou de um avanço bastante polêmico, isto porque, implementou uma pena segregatória e rigorosa ao portador de deficiências mentais que no momento da ação criminosa não possuía o discernimento necessário para a prática do ato.

Já na década de 60, coube a Nelson Hungria a elaboração de um Código Penal atualizado e condizente com os avanços sociais e ideológicos que se desenvolvia ao redor do mundo. O anteprojeto de Hungria foi apresentado em 1963, no entanto, basicamente manteve a estrutura do Código vigente, eliminando apenas os tópicos mais tormentosos como a extinção da sanção de medida de segurança ao imputável e a migração do sistema binário para o sistema vicariante em relação aos semi-imputáveis (Bitencourt, 2007).

Prado (2002, p. 599) esclarece ainda outro grande benefício desse novo diploma legal, a saber: “O diploma desenvolvido por Hungria mostrou-se inovador ao dar ênfase à figura do semi-imputável, cominando uma aplicação atenuada da pena ou a sua substituição por internação em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento prisional”.

No entanto, o período de instabilidade política acabou culminando em grave retrocesso. O referido Código elaborado por Hungria acabou sendo revogado na vigência da ditadura militar, tornando vigente o Código de 1940, que além de reestabelecer o sistema do duplo binário, dentre outras atrocidades, passou a estabelecer a pena de morte no Brasil.

Em 1984, a comunidade jurídica e científica, revoltada com o status arcaico do Código Penal brasileiro, passa a trabalhar na elaboração de um novo texto legal. Em um primeiro momento ocorreu a reforma da Parte Geral do Código Penal, como explicita Corrêa Júnior e Shecaira (2002, p. 46):

Esta reforma trazia consigo a abolição das penas acessórias e o sistema do duplo binário (responde com a pena criminal e medida de segurança), passando o nosso sistema a ser regido pelo sistema vicariante (responde com a pena criminal ou medida de segurança, ficando o último reservado apenas para os inimputáveis). A publicação da sentença, por seu caráter infamante, foi extinta e a perda da função pública tornou-se um efeito necessário da condenação criminal. O exílio local também foi extinto em virtude do caráter infamante.

Em seguida com a promulgação da Constituição Cidadã, o Código Penal passou a exigir inúmeras atualizações e reformas que se desenvolveram ao longo dos anos. No entanto, quanto ao instituto da Medida de Segurança, hoje se encontra sedimentado o sistema vicariante, atribuindo a esta sanção penal autonomia e aspectos independentes. Ademais, estabeleceu-se que a Medida de Segurança somente será aplicada ao indivíduo inimputável ou ao semi-imputável, a depender das condições do caso concreto. Por fim, dentre outras importantes inovações, destaca-se a simplificação e taxatividade ao estabelecer duas modalidades de medida de segurança, isto é, a internação em hospital especializado ou o tratamento ambulatorial.

Desse modo, percebeu-se que o instituto da Medida de Segurança, durante toda sua evolução histórica, sofreu as mais diversas influências externas, sendo um instrumento de constante mutação e que se amoldou aos mais diversos contextos históricos. Já no que atine ao Brasil, percebeu-se que se tratou de um movimento recente e que passou por um longo período de retrocesso e influência política, tendo sua estrutura atual sido estabelecida apenas durante meados da década de oitenta.

2.2 DOS PRESSUPOSTOS E ESPÉCIES DE MEDIDA DE SEGURANÇA ESTABELECIDOS PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O instituto da Medida de Segurança, como explicitado em tópico anterior, adquiriu com as constantes mutações no decorrer dos anos, status de uma sanção penal independente e autônoma da pena privativa de liberdade. Tal condição garante a essa espécie de sanção penal requisitos e pressupostos próprios para sua aplicação, inexistindo, portanto, qualquer relação de dependência com a pena privativa de liberdade.

De início, cumpre esclarecer que não há na doutrina e jurisprudência brasileira, grandes contradições e discussões acerca do tema, sendo praticamente pacífico o entendimento a respeito de suas condições de aplicabilidade.

Não obstante, é de fundamental importância esclarecer que a Medida de Segurança, assim como a pena privativa de liberdade, caracteriza-se como uma intervenção do Estado na vida e liberdade do indivíduo, sendo indubitavelmente, formas semelhantes de controle social, razão pela qual, a ausência de qualquer de um dos fundamentos e pressupostos inviabiliza a sua aplicação, conforme destaca Bitencourt (2007, p. 690):

A medida de segurança e a pena privativa de liberdade constituem duas formas semelhantes de controle social e, substancialmente, não apresentam diferenças dignas de nota. Consubstanciam formas de invasão da liberdade do indivíduo pelo Estado, e, por isso, todos os princípios fundamentais e constitucionais aplicáveis à pena, regem também as medidas de segurança.

Para que reste possível a incidência da Medida de Segurança nos moldes estabelecidos hoje pela legislação vigente, é imprescindível a existência de três requisitos, quais sejam, a prática de fato típico punível, a periculosidade do agente, e por fim, mas não menos importante, a ausência de imputabilidade plena.

No que atine ao primeiro requisito, isto é a prática de fato típico, calha transcrever os ensinamentos de Bitencourt (2007, p. 690):

É indispensável que o sujeito tenha praticado um ilícito típico. Assim deixará de existir esse primeiro requisito se houver, por exemplo, excludentes de criminalidade, excludentes de culpabilidade (como erro de proibição invencível, coação irresistível, obediência hierárquica, embriaguez completa fortuita ou por força maior) – com exceção da inimputabilidade –, ou ainda se não houver prova do crime ou da autoria etc.

Isto é, no que atine ao primeiro requisito exige-se, obviamente, a prática de uma conduta estabelecida como crime, ademais, a presença de quaisquer das excludentes expostas na parte geral do Código Penal, bem como, a ausência de prova da autoria e materialidade do delito, impedem a aplicação da medida de segurança, esse, inclusive também é o posicionamento de Ferrarri (2001, p. 135): “A medida de segurança prescinde da prática de um ilícito-típico, caso contrário, não constituir-se-á em espécie de sanção penal, mas em medida administrativa terapêutica. O delito é assim, um marco para a incidência da medida de segurança criminal.”

Já quanto ao outro fator elementar para a aplicação da Medida de Segurança, a periculosidade do agente, tal requisito analisa condições de ordem subjetiva, isto é, a análise da probabilidade desse agente voltar a delinquir.

Capez (2012, p. 257) analisa este segundo requisito estatuidando o seguinte:

Periculosidade: É a potencialidade para praticar ações lesivas. Revela-se pelo fato de o agente ser portador de doença mental. Na inimputabilidade, a periculosidade é presumida. Basta o laudo apontar a perturbação mental para que a medida de segurança seja obrigatoriamente imposta. Na semi-imputabilidade, precisa ser constatada pelo juiz. Mesmo o laudo apontando a falta de higidez mental deverá ainda ser investigado, no caso concreto, se é caso de pena ou de medida de segurança. No primeiro caso, tem-se a periculosidade presumida. No segundo, a periculosidade real.

Bitencourt (2007, p. 691), seguindo o trilha dos ensinamentos de Capez, acima expostos, acrescenta:

É indispensável que o sujeito que praticou o ilícito penal seja dotado de periculosidade. Periculosidade por ser definida como um estado subjetivo mais ou menos duradouro de anti-sociabilidade. É um juízo de probabilidade – tendo como base a conduta antissocial e a anomalia psíquica do agente – de que este voltará a delinquir.

Portanto, pode-se entender como periculosidade uma fórmula que busca atestar a probabilidade do agente voltar a delinquir, isso considerando aspectos relacionados ao cometimento do delito, circunstâncias sociais e psicológica do agente, bem como, outras circunstâncias que deverão ser apuradas através da perícia especializada.

Por fim, quanto ao último requisito apontado pela doutrina, isto é, a ausência de imputabilidade plena, ressalte-se inicialmente, que tal requisito não é assentado de maneira uníssona pelos experts, no entanto, considerando a relevância do tema, torna-se imperioso considerá-lo, como forma de fornecer o máximo de informações relevantes sobre a matéria.

A ausência de imputabilidade plena é estabelecida por Bitencourt (2007, p. 691) como requisito para aplicação da Medida de Segurança, visto que, segundo o referido autor:

O agente imputável não pode sofrer medida de segurança, somente pena. E o semi-imputável só excepcionalmente estará sujeito a medida de segurança, isto é, se necessitar de especial tratamento curativo, caso contrário, também ficará sujeito somente à pena: ou pena ou medida de

segurança, nunca as duas. Assim, a partir da proibição de aplicação da medida de segurança ao agente imputável, a ausência de imputabilidade plena passou a ser pressuposto ou requisito para aplicação da dita medida.

Diante disso, é possível asseverar que, segundo Bitencourt e da atual conjuntura teórica sobre o tema, diante da impossibilidade de ao imputável ser sancionada uma Medida de Segurança, por total inaplicabilidade, passou a ausência de imputabilidade plena ser requisito para aplicação da Medida de Segurança. Ressalte-se que, diga-se plena, visto a possibilidade da aplicação da Medida de Segurança ao indivíduo semi-imputável.

Já no que atine às espécies de Medida de Segurança estabelecidas pela atual legislação penal, insta ressaltar que tais modalidades encontram-se dispostas no art. 96 do Código Penal:

Art. 96. As medidas de segurança são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - sujeição a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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

Quanto a primeira espécie de Medida de Segurança conferida pelo atual Código Penal, qual seja, a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em outro estabelecimento adequado, a doutrina majoritária prega que trata-se da espécie detentiva de Medida de Segurança, visto que ocorre a internação do indivíduo. Veja-se o parecer de Capez (2012, p. 257) acerca do tema:

Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado: Conforme estabelecido na Exposição de Motivos, esse hospital-presídio, de caráter oficial, não exige cela individual, uma vez que se submete aos padrões de uma unidade hospitalar, atendendo às necessidades da moderna medicina psiquiátrica. No que couber, aplica-se a esse hospital o disposto no parágrafo único do art. 88 da LEP. Na falta de estabelecimento oficial, ou de sua existência em condições inadequadas, a lei prevê a prestação de serviços em outro local adequado, desde que este ofereça amplas possibilidades de recuperação ao condenado (CP, arts. 96, II e 99).

Essa também é a elucidação de Bitencourt (2007, p. 691), ao abordar a temática: “Essa espécie é chamada também de medida detentiva, que na falta de hospital de custódia e tratamento, pode ser cumprida em outro estabelecimento

adequado”. Importante ressaltar ainda, que “A classe médica há algum tempo vem se mobilizando no sentido de evitar a internação dos pacientes portadores de doenças mentais, somente procedendo a internação nos casos mais graves” (GRECO; 2009, p. 681), isto é, quando o convívio do doente seja com a família ou mesmo com a sociedade de um modo geral torna-se perigoso.

Já no que atine a segunda modalidade de Medida de Segurança, esta, estabelecida no art. 96, II, do Código Penal, diz respeito ao tratamento ambulatorial, que nada mais é do que, segundo Bitencourt (2007, p. 691): “a sujeição do indivíduo a cuidados médicos, mas sem a internação, que poderá, tornar-se necessária, para fins curativos, nos termos do § 4º do art. 97 do Código Penal”.

A exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal é clara ao explicitar as circunstâncias da aplicação do tratamento ambulatorial:

Item 90. O projeto consagra significativa inovação ao prever a medida de segurança restritiva, consistente na sujeição, do agente a tratamento ambulatorial, cumprindo-lhe comparecer ao hospital nos dias que lhe forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita.

Ou seja, a modalidade de tratamento ambulatorial consiste em tratamento diverso da internação. Tal fato claramente demonstra-se como sendo o mais apropriado quando as condições do caso concreto permitirem, visto que o convívio social deve ser sempre incentivado a fim de observar a capacidade do indivíduo acometido de uma doença mental de voltar ao seio das relações interpessoais.

Desse modo, resta evidenciado as peculiaridades de cada modalidade das Medidas de Segurança determinadas pela lei penal pátria, tornando-se claro que muito embora a lei penal deixe transparecer que a regra da medida a ser aplicada seja a internação, os médicos, responsáveis por atestarem a melhor forma de tratamento, são pacíficos no entendimento de que a modalidade de internação só deve ser utilizada em casos extremos, razão pela qual, o tratamento ambulatorial deve sempre ser incentivado no tratamento curativo do paciente.

2.3 DA NATUREZA EFINALIDADE DA MEDIDA DE SEGURANÇA

A compreensão da finalidade do instituto da Medida de Segurança é tarefa primordial na tentativa de abordar de maneira clara o cerne da presente pesquisa. O termo finalidade transmite a ideia de objetivo, desígnio, escopo, ou seja, a razão de existir do elemento. Desse modo, restaria insuficiente a abordagem da discussão acerca da constitucionalidade da limitação temporal da medida de segurança, antes de compreender detalhadamente as finalidades as quais a Medida de Segurança se presta.

No entanto, antes de adentrar no estudo das finalidades da medida de segurança, resta necessário abordar a natureza jurídica desse instituto. Analisar a natureza jurídica é compreender a classificação e o posicionamento do instituto dentro do universo jurídico, é como nas palavras de Diniz (2010, p. 410): “buscar compreender a afinidade que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação”. Desse modo, pode-se dizer que analisar a natureza jurídica e as finalidades de um instituto é um trabalho de complementação, visto que tais elementos se perfazem. Por isso, teve-se a devida cautela de analisá-los conjuntamente, como meio de fornecer à pesquisa um entendimento sistemático do tema.

De início cumpre esclarecer, no que atine a análise da natureza jurídica da Medida de Segurança, que se refere, destaque-se, a um tema alvo de inúmeras discussões no meio jurídico ao longo dos anos, onde de um lado, para alguns, a natureza jurídica da Medida de Segurança seria meramente administrativa, tendo em vista o fato de se basear essencialmente em um tratamento médico de fins curativos, já do outro lado, encontram-se aqueles que defendem que a natureza jurídica da Medida de Segurança é de uma sanção penal, por obedecer a um processo penal, e ser determinada por um juiz com competência penal, além de ser reflexo de toda uma conjuntura principiológica penal.

Dentre os defensores da primeira corrente, qual seja, aqueles que entendem ser a medida de segurança um fenômeno meramente administrativo, destaca-se a figura de Zaffaroni (1997, p. 859), para quem: “Não se pode considerar ‘penal’ um tratamento médico e nem mesmo a custódia psiquiátrica. Sua natureza nada tem a ver com a pena, que desta diferencia por seus objetivos e meios”. Seguindo o trilho do mesmo pensamento, Ferrajoli (2002, p. 626), atesta que:

As medidas de segurança pertencem ao amplo e vasto espectro das medidas administrativas de polícia, e não poderia ser diferente, visto que representam os dois principais caracteres próprios dos provimentos administrativos: a discricionariedade da sua aplicação [...] e a sucessiva revogabilidade ou modificabilidade.

Por outra banda, dentre os defensores atuais que prosperam o entendimento da natureza jurídica penal da medida de segurança, destaca-se Mirabete (2005, p. 363), que assinala:

A medida de segurança não deixa de ser uma sanção penal e, embora mantenha semelhança com a pena, diminuindo um bem jurídico, visa precipuamente à prevenção, no sentido de preservar a sociedade da ação de delinquentes temíveis e de recuperá-los com tratamento curativo.

Já Ferrari (2001), seguindo a esteira desse pensamento, sustenta que a medida de segurança possui natureza de uma sanção penal, em especial, por obedecer a critérios meramente jurídicos para sua imposição, além de ser uma atuação titularizada pelo Estado e condicionada ao poder jurisdicional. E complementa que se a medida de segurança fosse realmente um procedimento administrativo, não possuiria finalidades tão singulares de tratamento e ressocialização do delinquente doente.

Ribeiro (1998, p. 32), por sua vez, perfilhando do mesmo posicionamento acerca do tema, preleciona: “são verdadeiras sanções penais, pois participam da natureza da pena, tendo, porém, existência em função da perigosidade do agente”.

Dessa forma, com base nos ensinamentos acima expostos, pode-se afirmar que a Medida de Segurança possui natureza de sanção penal e assim como as penas constituem-se na interferência do Estado na liberdade do indivíduo, tendo como pré-requisito para sua existência, a ocorrência de um fato típico e ilícito, não tendo a ausência da culpabilidade o condão de descaracterizar a natureza de sanção penal da medida de segurança.

Sendo assim, restando devidamente explicitado a natureza jurídica da Medida de Segurança, a presente pesquisa encontra-se apta a analisar a finalidade da mencionada reprimenda penal.

Pois bem, de acordo com já exposto na análise da evolução histórica da Medida de Segurança, os moldes em que esta era aplicada no decorrer na história se moldou à realidade do contexto histórico vivenciado. Pode-se afirmar também que

a finalidade dessa sanção penal também passou por grandes transformações no decorrer dos séculos.

Como destaca Ferrari (2001), durante o período da Idade Média, mais conhecido como o período negro da sociedade, as sanções penais nos moldes da Medida de Segurança tinha o único fundamento de punir e proteger a sociedade do convívio daquele indivíduo acometido de uma doença mental que havia delinquido. Assim, o autor da conduta típica deveria ser afastado, não com uma perspectiva de tratamento, mas sim, de proteger a sociedade de uma possível reincidência desse indivíduo.

No entanto, em seguida, com o desenvolvimento dos ideais humanistas para o Direito Penal, passou-se a idealizar a necessidade de fornecer ao indivíduo inimputável um tratamento, passando a deixar de lado aquele ideal meramente segregador de outrora e passando a ver esse indivíduo como um ser dotado de direitos. Nesse sentido, torna-se prudente as considerações de Dias (2007, p. 98) acerca do tema:

O propósito socializador deve sempre que possível, prevalecer sobre a finalidade de segurança, como é imposto pelos princípios da socialidade e da humanidade que dominam a constituição político-criminal do Estado Democrático de Direito Contemporâneo; e, conseqüentemente, que a segurança só pode constituir finalidade autônoma da medida de segurança se e onde a socialização não figure possível.

A medida de segurança difere da pena privativa de liberdade em especial por esse caráter eminentemente preventivo e curativo, visto que a pena possui uma finalidade retributiva. Não se pode considerar um caráter punitivo da medida de segurança, visto que claramente será ineficaz para o doente mental que diferentemente do preso comum, não terá a capacidade de compreender a sanção penal como uma forma de punição e possibilidade de ressocialização. No caso dos portadores de doenças mentais, submetidos ao tratamento da medida de segurança, caberá ao Estado através dos diversos mecanismos, socializar aquele indivíduo, não através de um juízo de consciência, mas sim, através de um tratamento especializado e curativo.

Nesse sentido, destaca-se as palavras de Ferrari (2001, p. 61), para quem: “Quanto à prevenção geral negativa, inócua será sua função com referência aos

delinquentes doentes, já que não possuem capacidade de serem intimidados pela norma, nem discernimento quanto à sua compreensão.”.

Oportuno, inclusive, destacar o posicionamento da jurisprudência pátria, quando da análise de casos sob esse enfoque, veja-se:

STJ/HC 113016 / MS:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO PRIVILEGIADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUE NÃO FOI EXAMINADO PELO TRIBUNAL A QUO - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO QUE NÃO SE ADEQUA À NECESSIDADE SOCIAL NEM AO FIM CURATIVO ALMEJADO. CONDENAÇÃO QUE SE FOSSE EFETIVADA IMPLICARIA EM PENA DE DETENÇÃO. PACIENTE QUE SE ADEQUARIA MELHOR A TRATAMENTO REALIZADO EM MEIO LIVRE, COMO RECOMENDA HOJE A PSIQUIATRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESTA EXTENSÃO CONCEDIDA.

Não se pode conhecer de matéria que não foi submetida ao Tribunal a quo, sob pena de supressão de instância. Paciente inimputável que, se condenado, ficaria sujeito à pena de detenção, pois é primário, de bons antecedentes, e o objeto furtado é de pequeno valor.

A medida de segurança deve atender a dois interesses: a segurança social e principalmente ao interesse da obtenção da cura daquele a quem é imposta, ou a possibilidade de um tratamento que minimize os efeitos da doença mental, não implicando necessariamente em internação.

Por conseguinte, torna-se possível a conclusão de que a Medida de Segurança possui hoje uma finalidade curativa e preventiva, sendo desprovida de um caráter segregador e punitivo, fundamentando-se na possibilidade de tratar aquele indivíduo criminoso, que agiu em um momento em que encontrava-se desprovido de qualquer juízo de consciência.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO NO BRASIL

Na inovadora Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais foram elencados de forma especial, efetivamente consagrados para um novo Estado que se formava.

Ao tratar sobre essa gama de direitos, pressupõe-se que são essenciais para uma existência humana digna, extensível a todos, não havendo qualquer critério de raça, cor, religião, ou condição social. A inerente qualidade de ser humano reveste a todos dessas garantias.

No rol dos direitos e garantias fundamentais aplicáveis aos presos, a Constituição Federal assegura o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX da CF/88) e veda as penas cruéis (art. 5º, XLVII da CF/88). Esses e outros dispositivos serão retratados no capítulo, demonstrando também a vital aplicação do princípio da dignidade humana aos apenados.

Não obstante, a despeito das conquistas históricas dos direitos fundamentais, atualmente afirmadas na própria Carta Magna, quando se trata de presidiários, o preconceito e a ignorância da maior parte da sociedade contrapõem-se a esses direitos e ao respeito que lhes é devido. Esquecem, pois, que continuam sendo seres humanos e, portanto, merecedores de todos os direitos compatíveis com sua condição.

3.1 DOS DIREITOS DO PRESO NO BRASIL

O estudo dos principais direitos reconhecidos aos presos pelo ordenamento jurídico brasileiro deve ter como ponto inicial a análise das normas constitucionais, efetivamente no Art. 5º, em que estão elencados os direitos e garantias destinados a todos, de modo inclusivo aos apenados.

Na inovadora Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais foram abordados de forma especial, consagrados para um novo Estado que se formava. A Carta Magna, então criada, passou a ter supremacia sobre as demais normas do ordenamento jurídico, conforme explica Neves (1988. p. 63):

Na qualidade de subsistema nomoempírico prescritivo integrante do ordenamento jurídico estatal, a Constituição tem supremacia hierárquica sobre os demais subsistemas que compõem o ordenamento, funcionando como fundamento de pertinência e critério de validade dos subsistemas infraconstitucionais. Pode-se defini-la, conforme a terminologia tradicional, como o complexo normativo superior de determinado sistema jurídico estatal, sendo, portanto, o último fundamento e critério positivo vigente de pertinência e validade das demais normas integrantes deste sistema.

Essa supremacia do novo texto Constitucional foi fundamental para consolidação das liberdades e garantias individuais e coletivas, uma vez que se limitou o poder exercido pelo Estado através de seus governantes, defendendo a ideia que um Estado Democrático de Direito deve pautar-se sempre nos ditames constitucionalmente fundados. Nesse sentido defende Canotilho (1999. p. 24):

O Estado de direito é um Estado constitucional. Pressupõe a existência de uma Constituição que sirva – valendo e vigorando – de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A Constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do Estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da Constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o “primado do direito” do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.

A superioridade e o cumprimento das normas constitucionais são, portanto, condições necessárias e indispensáveis para a formação e efetivação de um Estado Democrático de Direito. Condutas antes praticadas em desrespeito aos direitos fundamentais dos indivíduos agora são combatidas pela Lei Maior.

No *caput* do artigo 5º, a Constituição Federal apresenta que os direitos e garantias são considerados a base do ordenamento jurídico. Ao afirmar no Art.5º que “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 [...]”, o legislador veda qualquer tipo de discriminação. Sendo, assim, tais direitos devem ser estendíveis àqueles que cumprem pena em estabelecimento prisional.

O fato de um indivíduo encontrar-se tolhido de sua liberdade, por cumprimento de uma pena, não lhe retira a característica de ser humano, possuindo inegavelmente todos os direitos para resguardar sua vida e integridade. Nada mais óbvio, então, que do que se aplicarem aos presos todos os direitos expostos pelo

texto constitucional acima, pois a redação assegura a todos, sem qualquer tipo de discriminação, a titularidade dos direitos fundamentais.

Como vem sendo exposto, o novo documento político criado no Brasil em 1988 buscou a redemocratização do país, deixando para trás os exemplos de tortura, crimes políticos, de opinião, entre outros vividos na ditadura. Hoje, expressamente o Art. 5º, III, aduz que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, considerando inclusive como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura diante de sua gravidade.

Ademais, o inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira também “assegura aos presos o respeito à integridade física e moral”, garantia esta que deve ser certificada pelo Estado, detentor do *jus puniendi*.

Entretanto, malgrado os esforços constitucionais, os atos de tortura resistem clandestinamente nos estabelecimentos prisionais brasileiros. O Sistema Penitenciário do país é cenário de desrespeito e ofensa aos direitos e garantias individuais dos apenados. O Estado, responsável primordial pela dignidade do preso, mantém-se omissivo nas suas obrigações, dispondo os apenados em celas com superlotação, em locais insalubres e expostos a situações degradantes, desrespeitando a condição humana dos mesmos.

Salla (2001, p. 18) elucida que:

As rebeliões por vezes desvelam práticas irregulares verificadas na rotina de um estabelecimento prisional: a superlotação, celas escuras e fétidas, a ausência de serviços médicos, a alimentação precária e práticas de tortura por parte da equipe de segurança. As rebeliões expressam, ainda, as arbitrariedades praticadas pelos custodiadores envolvendo desde extorsão, corrupção e tráfico de drogas e/ou informações até o aviltamento de familiares de presos.

Outro importante passo foram as garantias constitucionais de que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” e que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (Art. 5º, XLVIII, L, CF, respectivamente).

Para a doutrina, tais dispositivos representam grande avanço e inovação, pois as normas anteriores não previam tais garantias, conforme justificada a válida iniciativa do legislador por Bulos (2008, p. 276):

Em verdade, trata-se de um desdobramento do princípio de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do réu, ou seja, os filhos nada têm a ver com a conduta delituosa da sua genitora. Daí permitir-se às mães presidiárias aleitarem seus filhos, pois o leite materno é indispensável para a saúde da criança.

Ainda no rol do art. 5º, para rematar o estudo dos direitos do preso na órbita constitucional, fica determinado no inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, que no desenrolar da lição de Tourinho Filho (2003. p. 47.), fica evidenciado o dever do Estado em “aplicar o direito objetivo aos casos concretos, por meio do processo, e por um órgão desinteressado, imparcial e independente (...) inegavelmente, como impostergável necessidade jurídica à própria sobrevivência do Estado”, buscando-se, dessa forma, um julgamento que cumpra os demais ditames constitucionais.

A análise dos direitos dos presos no plano infraconstitucional encontra amparo na Lei de Execução Penal – LEP – instituída pela Lei nº 7.210/84, e que nasceu com o objetivo de “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” (Art. 1º da LEP).

Percebe-se, assim, que a intenção do legislador não era só de concretizar a aplicação da decisão criminal, mas também de dar condições de uma reinserção social, evitando que o preso voltasse ao mundo do crime ao sair, pois de forma isolada a pena não consegue reabilitar o criminoso.

Necessário mencionar que são assegurados aos presos todos os direitos não atingidos e incompatíveis com a sentença penal condenatória. Esta, portanto, deve ser estritamente observada, para não ocorrer violação das normas constitucionais.

Nesse sentido, assevera Mirabete (2002, p. 110):

O princípio inspirador do cumprimento das penas e medidas de segurança de privação de liberdade é a consideração de que o interno é sujeito de direito e não se acha excluído da sociedade, mas continua formando parte da mesma e, assim, nas relações jurídicas devem ser impostas ao condenado tão somente aquelas limitações que correspondam à pena e à medida de segurança que lhe foram impostas.

O rol de direitos elencados no Art. 41 da LEP tem texto objetivo, claro, mas não devem ser vistos como limitados a tal artigo, pois não se esgotam aí, na medida em que outros direitos são garantidos aos presidiários no restante da lei.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Ante tais previsões legais, verifica-se claramente que o Poder Público não consegue aplicar com totalidade todas as determinações da lei, violando o disposto em todas as normas já apresentadas, tornando insuficiente a assistência devida aos presos, à sua integridade, como também diminuindo as chances de reinserção do indivíduo na sociedade.

No tocante à assistência material, trata-se de meios essenciais à sobrevivência digna do apenado, e “consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas aos presos e internados. Um dos direitos do preso, aliás, é a alimentação suficiente e vestuário, que corre a cargo do Estado (art. 41, I, da LEP).” (MIRABETE, 2002, p.64).

Quanto à saúde, a Lei de Execuções Penais descreve em seu Art. 14 que “a assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico”, mas na prática atual tal assistência não é suficiente para suprir as necessidades dos apenados. Sobre o tema, Mirabete (2002, p. 68):

Para a prestação da assistência à saúde, é evidente indispensável que os estabelecimentos penitenciários estejam providos de convenientes instalações médico-sanitárias a fim de que os médicos e demais

profissionais executem seus serviços preventivos e curativos, vigiando ao cumprimento das normas sanitárias e de higiene nas prisões, bem como mantenham um corpo de pessoal adequado para o desenvolvimento dessas atividades.

A assistência religiosa afigura-se como instrumento importante na tentativa de ressocialização do preso, e é prestada de modo voluntário por diversas religiões, pois o Estado não oferece políticas próprias para tal. Neste sentido Mirabete (2002, p. 83):

A assistência religiosa dos presos e internados, conforme a regulamentação local pode estar a cargo de um corpo de capelães, de sacerdotes ou párocos das diversas religiões, e os internos devem ser atendidos pelos ministros da religião que professem. O serviço de assistência deve compreender todas as atividades que sejam necessárias para o adequado desenvolvimento religioso da pessoa, permitindo-se, portanto, a celebração de missas, a realização de cultos, a promoção de atividades piedosas, como a leitura da Bíblia ou de outros livros sagrados, os cânticos, as orações etc. Não basta, porém, que se permitam essas atividades religiosas, sendo preciso que o capelão esteja sempre presente para escutar os presos que o procuram e dizer-lhes a palavra de que necessitam, para guiá-los, aconselhá-los ou censurá-los.

Já a finalidade da Assistência Social é retratada no artigo 22 da LEP, qual seja: “amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.”. Incumbe ainda a Assistência Social, segundo artigo 23 da LEP, *in verbis*:

Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social:
 I - conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;
 II - relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;
 III - acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;
 IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;
 V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;
 VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho;
 VII - orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.

Quanto a esta opção de assistência, Marcão (2008, p. 23) registra:

Essa ressocialização, depois de longo afastamento e habituado a uma vida sem responsabilidade própria, traz ao indivíduo dificuldades psicológicas e materiais que impedem a sua rápida sintonização no meio social. Eis por que o motivo de se promover, sempre que possível, por etapas lentas, a sua aproximação com a liberdade definitiva.

A Assistência Jurídica também foi elaborada, cabendo sua redação ao artigo 15 da LEP, e é indicada: “aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.”. Esse amparo se baseia no princípio constitucional previsto no Artigo 5º, LXXIV, da CRFB/88, segundo o qual “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” Neste sentido, Mirabete (2002, p. 70):

A adequada assistência jurídica é de evidente importância para a população carcerária. Nos casos em que há ação penal em andamento, o advogado poderá interferir diretamente no andamento do processo e contribuir para uma sentença absolutória e, em havendo sentença condenatória, poderá propor e encaminhar devidamente a apelação. Na hipótese de sentença transitada em julgado, o advogado representa uma proteção importante na fase da execução das penas privativas de liberdade.

Verifica-se, portanto, que mesmo havendo regras constitucionais e leis infraconstitucionais tratando exclusivamente dos direitos dos presos no ordenamento jurídico, o estado do sistema prisional brasileiro é caótico e não cumpre os escopos básicos da pena, ou seja, punir e recuperar. É necessário que sejam aplicadas políticas públicas destinadas para o aparelhamento desse sistema e gerar uma melhor efetividade do texto constitucional e da Lei de Execução Penal.

3.2 INCOMPATIBILIDADE DA PENA PERPÉTUA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nos últimos anos, os direitos humanos tornaram-se o centro dos debates internacionais, visto as terríveis violações ocorridas em séculos anteriores, a exemplo da Segunda Guerra Mundial. Os países perceberam a necessidade de criar instrumentos que assegurassem o valor da pessoa humana e de evitar novas transgressões. A propósito, afirma Balera (2009, p. 127)

A reação à barbárie do nazismo e do fascismo em geral levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais.

Diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava.

A dignidade da pessoa humana surge, então, como uma conquista moral e legal da humanidade, conferida a todas as pessoas, sem distinção, como alvitre da reação dos povos contras as barbaridades praticadas pelo homem contra o próprio homem. As brutais experiências de um passado recente, que culminaram em verdadeiros atentados à pessoa humana, suscitaram a consciência de que se devia resguardar, defender, a dignidade da pessoa humana, a todo custo.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos Direitos Humanos foram efetivamente consagradas pela Carta Magna de 1988, no seu art. 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

A Constituição Federal, pois, ao tratar de forma vasta e incisiva dos direitos e garantias fundamentais, consagrou a valorização dos direitos humanos, tendência em conformidade com a evolução mundial sobre o tema. Assim aduz Sarmento (2002, p. 59-60):

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico (...) pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado.

Nessa linha, os atos de punição, de que o Estado é detentor, evoluíram no sentido de seguir as balizas fixadas pelo Estado Democrático de Direito, que já sinalizava a proteção da pessoa humana e a aplicação dos direitos e garantias fundamentais, independente de se estar diante de um criminoso.

De forma diversa do que outros países defendem, a exemplo dos Estados Unidos, o Brasil elegeu penas mais humanitárias, afastando de maneira peremptória do ordenamento jurídico brasileiro as penas de morte e as de prisão perpétua, com reserva da passagem do art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”. Eis o seu teor:

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:

XLVIII – não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados

d) de banimento;

e) cruéis; (grifei)

O referido texto constitucional surge para fundamentar a nova ordem constitucional brasileira, em que o princípio da dignidade da pessoa humana norteia a aplicação do Direito. Conforme explicado por Silva (2006, p. 201-202):

Ao direito à vida contrapõe-se a pena de morte. Uma Constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte. É da tradição do Direito Constitucional brasileiro vedá-la, admitida só no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, a), porque, aí, a Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento cruciante”.

No mesmo caminho explica Socorro (2004, p. 20):

A pena perpétua é uma pena de segurança. A sociedade defende-se, afastando definitivamente do seu seio o homem que gravemente delinuiu. Mas é uma pena cruel e injusta. Priva o condenado não só da liberdade mas da esperança da liberdade, que poderia encorajá-lo e tornar-lhe suportável a servidão penal. Torna impossível qualquer graduação segundo a natureza e circunstâncias do crime e condições do criminoso, e retira qualquer objetivo à função atribuída primordialmente à pena, que é, o reajustamento social do condenado.

No Brasil, houve o impedimento das penas perpétuas em outros textos constitucionais, a exemplo de 1934, 1937, 1946, 1967. Na atual Lei Maior, qualquer pena aplicada a um indivíduo deve ter caráter temporário, ou seja, não se admite que o autor de um delito permaneça em cárcere durante toda sua vida.

Na linha de redemocratização vivida no país, o rol de direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana foram expandidos com a adesão a importantes documentos internacionais de defesa dos direitos humanos. Vários países, com inclusão do Brasil, manifestaram a vontade de criar uma norma internacional, por meio de um tratado, que fosse independente e imparcial, buscasse a paz e

segurança em âmbito internacional, e fosse competente para julgar os crimes que vinham assombrando a humanidade, como os delitos de guerra e genocídio.

Nesse íterim nasce, em 1998, o Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional – TPI – aparecendo como a primeira instituição em âmbito mundial, competente para processar e julgar os delitos internacionais, tendo a defesa dos direitos humanos o norte orientador da sua elaboração.

Com o ingresso no ordenamento jurídico dessas normas internacionais que tratam sobre os direitos humanos, a temática ganha destaque, tendo tratamento diferenciado da legislação infraconstitucional.

Nessa acepção, Piovesan (2006, p.256) expõe que

[...] ao longo do processo de democratização, o Brasil passou a aderir a importantes instrumentos internacionais de direitos humanos, aceitando expressamente a legitimidade das preocupações internacionais e dispondo-se a um diálogo com as instâncias internacionais sobre o cumprimento conferido pelo País às obrigações internacionalmente assumidas. No processo de democratização, por outro lado, acentuou-se a participação e mobilização da sociedade civil e de organizações não governamentais no debate, sobre a proteção dos direitos humanos. [...] a reinserção do Brasil na sistemática da proteção internacional dos direitos humanos vem a redimensionar o próprio alcance do termo “cidadania”. Isto porque, além dos direitos constitucionalmente previstos no âmbito nacional, os indivíduos passam a ser titulares de direitos internacionais. Vale dizer, os indivíduos passam a ter direitos acionáveis e defensáveis no âmbito internacional. Assim, o universo de direitos fundamentais se expande e se completa, a partir da conjugação dos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos humanos.

No Brasil, no que diz respeito ao Direito Internacional, os tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos, em função de seu valor, terão no ordenamento jurídico o mesmo *status* e hierarquia de normas constitucionais, desde que atendidos os requisitos de aprovação de uma Emenda Constitucional.

Segundo Piovesan (2010, p. 67): “Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos - por força do art. 5º, § 2º - apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional”.

Assim, os tratados internacionais que tratem da proteção aos direitos humanos, desde que aprovados com quórum de Emenda Constitucional, têm natureza jurídica de norma constitucional devido ao valor especial que eles apresentam em face aos outros tratados internacionais, por sua inerente relação com o princípio da dignidade

da pessoa humana, que é intrínseco a todos os direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal.

Importante acrescentar que, segundo o STF, os tratados internacionais sobre direitos humanos que não forem aprovados com quórum de Emenda Constitucional, ingressarão no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma supra legal.

Conforme Marcelo Novelino (2010, p. 472), a partir da referida decisão do Pretório Excelso:

“os tratados internacionais passaram a ter três hierarquias distintas: Os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (CF, art. 5º, §, 3º); os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados pelo procedimento ordinário (CF, art. 47), terão status supralegal, situando-se abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária; os tratados e convenções internacionais que não versem sobre direitos humanos ingressarão no ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária”

Sobre a mesma linha da temática, Alexandre de Moraes (2010, p. 702). aponta:

“as normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo, inclusive, quando preveem normas sobre direito fundamentais (humanos), ingressam no ordenamento jurídico como atos normativos infraconstitucionais, salvo na hipótese do § 3º do art. 5º da CF, pelo qual a emenda nº. 45/04 estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O Estatuto de Roma, que regula o Tribunal Penal Internacional, possui natureza jurídica de um tratado de direitos humanos. Sobre isto, assevera Mazzuoli (2010, p. 45):

A partir de 8 de Dezembro de 2004, em virtude da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45, o Brasil passou a reconhecer formalmente a jurisdição do TPI, por meio do § 4º, acrescentado no art. 5º da Constituição, segundo o qual: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”

Uma das mais polêmicas questões envolvendo a pena perpétua diz respeito ao possível conflito da Constituição Federal de 1988 – em face da vedação do art. 5º,

XLVII, “b”, - já que ambas teriam o mesmo força normativa, com *status* constitucional. Dispõe o Art. 77 do Estatuto de Roma:

Artigo 77: Penas Aplicáveis

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

- a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou
- b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.

Essa previsão feita pelo Estatuto de Roma, à primeira vista, poderia implicar violação ao que é pregado pela Carta Magna. Ocorre que, o art. 80 do Estatuto de Roma institui que o teor do art. 77 do referido documento legal não interfere nas penas antevistas por cada Estado Parte, de maneira que a pena de prisão perpétua apenas se aplica àqueles submetidos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Artigo 80: Não Interferência no Regime de Aplicação de Penas Nacionais e nos Direitos Internos. Nada no presente Capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas neste capítulo. (Grifei)

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional, pois, é internacional. Não foi estabelecido que a pena perpétua deva ser aplicada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim assevera Silva (2002, P. 30):

O Estatuto de Roma foi elaborado somente cerca de dez anos depois da promulgação da Constituição atual. Não poderia desta forma o legislador ter previsto norma específica acerca de aceitação ou não do país a uma jurisdição como esta. Porém, como foi dito, o legislador não deixou de conferir incomensurável importância aos direitos humanos e fazer referência ao apoio que deve ser dado pelo Brasil diante de uma possível e futura criação de um tribunal como o Tribunal de Haia. A proibição da aplicação da pena de prisão perpétua declarada na Constituição diz respeito apenas e tão somente ao legislador interno, não atingindo os legisladores internacionais.

A Constituição Federal de 1988 claramente deu prioridade e garantias aos direitos humanos em face de qualquer outra norma. O Estatuto de Roma também surgiu com as mesmas pretensões.

Assim, o emprego de uma pena de caráter perpétuo, que é antes de tudo, utilizada em situações extremas e graves, com coerente possibilidade de revisão, não pode e não acha respaldo jurídico para efetivar-se em uma limitação à submissão do país à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Conclui-se que, os princípios sempre devem se sobrepôr às regras, e se a execução da pena de caráter perpétuo faz parte do ordenamento interno do Brasil, não incumbe ao país estabelecer este mesmo juízo a distintas jurisdições autônomas.

3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal instituiu, já em seu primeiro artigo, os princípios basilares da República Federativa do Brasil, que formam o alicerce da nova ordem constitucional. Entre eles está presente o princípio da dignidade da pessoa humana:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - dignidade da pessoa humana;

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

V - o pluralismo político (grifo nosso)

Em sua obra, Silva (2008, p. 92.) aponta o valor supremo que a Constituição buscou dar a esse princípio:

Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como *fundamento* da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é *fundamento* é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

Observe-se que, mesmo a Carta Magna elegendo outros fundamentos para a República, é o sob o princípio da dignidade humana que deve ser construído o ordenamento jurídico brasileiro, servindo como fonte para atuação do Estado e norteando a aplicação das demais normas e princípios.

A posição da doutrina em afirmar isso é explicada por Martins (2003, P. 425.):

Conceber a dignidade da pessoa humana como fundamento da República significa admitir que o estado brasileiro se constrói a partir da pessoa humana, e para servi-la. Implica, também, reconhecer que um dos fins do Estado brasileiro deve ser o de propiciar as condições materiais mínimas para que as pessoas tenham dignidade.

A República Brasileira, assim, firma seus alicerces sobre o preceito de efetivação da dignidade humana, que tem como ponto central a essência do ser humano. A valorização agora parte da premissa do simples fato de existir como pessoa, o que irá gerar todos os demais direitos.

Neste sentido, elucida Paulo e Alexandrino (2008, p. 86):

A dignidade da pessoa humana como fundamento da república Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre em regimes totalitários), mas sim na pessoa humana. Na feliz síntese de Alexandre de Moraes, “esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”. São vários os valores constitucionais que decorrem diretamente da ideia de dignidade humana, tais como, dentre outros, o direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem.

O valor universal e irrestrito deste princípio como fundamento do Estado Democrático de Direito e “valor supremo de toda a sociedade”, surge também para evitar tratamento degradante e desumano, como explica Cunha Júnior (2009, p. 527-528):

A dignidade da pessoa humana assume relevo como valor supremo de toda sociedade para o qual se reconduzem todos os direitos fundamentais da pessoa humana. É uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos

da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Essa dignidade intrínseca a todo ser humano, deve ser protegida mesmo em situações que haja limitação de outros direitos. É, pois, algo irrenunciável, intransferível, que não pode ser retirado e que deve ser protegido pelo Estado que o escolheu como fundamento. Neste sentido, Moraes (2008. p. 21-22).

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*; (destaque original)

De tal modo, ao entender que o princípio da dignidade da pessoa humana tem um poder de alcance a todos os indivíduos, sem ressalvas, não pode existir, logo, supressão para aqueles que transgrediram alguma norma do ordenamento jurídico, e que, por isso, cumprem restrições aos seus direitos, em especial à liberdade, pois não perdem a essência de pessoa humana.

Assim, diante de toda matéria conceitual apresentada, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana em tela, surge a problemática dos direitos dos presos. O texto constitucional, legal e a doutrina enfatizam tal princípio e outras normas como garantidoras dos presidiários. Entretanto, a sociedade resiste em conferi-los e o Estado, detentor exclusivo do poder de punir, não pode jamais eliminar o presidiário do rol de proteção concedido pelo ordenamento jurídico desde sua base.

Apesar de tantos preceitos, a realidade da execução criminal do país é manifestamente violadora da dignidade humana dos apenados. Como analisado por Greco (2011, p.103):

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetos, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos, etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois não existem programas governamentais para a sua reinserção social, além do fato de a sociedade,

hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal.

Ressalta-se que a grande gama de abusos ocorre por parte do próprio Estado. Este, que deveria fazer valer a dignidade humana, é quem acaba por violá-los. Isso se afigura em todas as áreas sociais, mas principalmente no campo do Direito Penal, quando o poder estatal utiliza-se das prisões sem qualquer respeito à vida, à integridade e moral dos presos, garantia dada pelos direitos fundamentais.

No Art. 5º da Constituição Federal, incisos XLVI e XLVII, alude-se que a pena conferida aos presos deve ser aplicada de forma individualizada, sem objetivar vingança, vedado tratamento degradante, respeitando sempre a dignidade humana do apenado:

Art. 5º [...] *Omissis*

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

[...]

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;

Desse modo, o Estado mesmo sendo detentor do *jus puniendi* não pode utilizá-lo de maneira arbitrária, pois sua atuação é delimitada pelos direitos fundamentais erguidos no ordenamento jurídico, e que o preso permanece com os demais direitos enquanto pessoa. Os efeitos da sentença penal condenatória são transitórios, visto que não há pena perpétua no país. Portanto, os direitos que o Estado pode restringir aplicam-se, prioritariamente, à liberdade de ir e vir do apenado. Os demais precisam ser garantidos, respeitando a qualidade de ser humano dos apenados.

Segundo Torres (2001, p. 78), “a realidade carcerária brasileira é o retrato fiel da questão social, numa sociedade desigual e de excluídos sociais”. Da mesma forma, narrando sobre esta problemática, Torres (2001, p. 77):

Há inúmeras ilegalidades e situações de violência a que está submetida a população carcerária, praticadas muitas vezes pelos próprios agentes do Estado (funcionários e policiais) como maus-tratos, humilhações, espancamentos, torturas, corrupção, tráfico de drogas e de privilégios; a problemática da impunidade desta realidade, que colabora na manutenção da ideologia do castigo e da vingança social por meio do controle e da perversidade do Estado e de seu aparato policial.

Faz-se necessário buscar a concepção de uma unidade prisional dentro das perspectivas da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, já estudados, velando pela integridade física do apenado, mas, principalmente, assegurar condições para que, finalizada a execução da pena, exista para esse indivíduo possibilidades e escolhas para viver e se reintegrar na sociedade, fato que se verifica incompatível com o sistema prisional que existe no país.

A vida dentro dos muros e celas de uma penitenciária é, na maioria das vezes, abarcada por atos violentos, com a justificativa de manutenção da ordem, fazendo o Estado o uso de meios imperiosos, impetuosos e desumanos.

A respeito das violações da dignidade dos presos, narra Wacqwant (2001, p.11):

[...] o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com campos de concentração para pobres, ou empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção. O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna de Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença dos políticos e do público: entupimento estorpecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação [...].

É importante compreender essa imensa dificuldade do Brasil em dar cumprimento à pena no contorno adequado à legislação vigente. Franco (2008, P. 1) esclarece:

Fazer valer a "vontade da constituição" [...] ensina Konrad Hesse, passa por uma interpretação que privilegia a "ótima concretização da norma", e requer que esteja presente, na consciência geral, a necessidade de respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que "sua observância revela-se incômoda". E todas as dificuldades por que passamos para fazer valer aquele conjunto primordial de postulados que constituem o coração das constituições, e com isso o cerne de todo o Direito, estende-se, sobremaneira, à execução da pena privativa de liberdade. A execução da pena talvez represente o limite do desrespeito aos direitos fundamentais. Nos cárceres, as constituições não entram. Tal desrespeito, além de

afrontar a própria existência do Estado Democrático e Social de Direito, acaba por brutalizar o ser humano que, ao deixar a prisão, reincide na prática criminosa.

É imperioso ressaltar que as garantias dadas aos presos não significam a anulação ou diminuição de sua responsabilidade pelo delito cometido, devendo o encargo do mesmo por haver transgredido o direito ser aplicada de forma incisiva pelo Estado, pois, senão, estar-se-ia diante da inutilidade do poder de punir e gerando danos irreparáveis à sociedade. O que o Direito busca é que o apenado seja tratado humanamente, e com o respeito que satisfaz por sua dignidade humana.

Eugenio Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 220) corroboram que:

O princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. [...] A república pode ter homens submetidos à pena, 'pagando suas culpas', mas não pode ter 'cidadãos de segunda', sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida.

Na prisão, o Estado pode regular o tempo do detento, sua alimentação, educação, trabalho, pois tem plena domínio do indivíduo aprisionado. Tudo isso poderia ser usado para cumprir os ditames da ordem jurídica a favor da sociedade e da própria ressocialização do preso.

No Brasil, entretanto, o Sistema Penal figura-se como meramente punitivo. O papel de ressocializador deixa de existir quando se tem a violação clara da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais dos presos, através da prática violenta e arbitrária deste sistema.

4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS PRORROGAÇÕES ILIMITADAS DA MS

O disposto no código penal acerca do limite máximo de duração das medidas de segurança no Brasil, possui algumas peculiaridades que, de pronto, geram certa desconfiança acerca de sua comunhão com os princípios e disposições constitucionais.

As condições de reabilitação dos inimputáveis sujeitos às medidas de segurança no Brasil não viabilizam a cura ou controle de sua enfermidade, o que acaba fazendo com que as medidas de segurança sejam reiteradas vezes prorrogadas implicando em uma sanção penal bem mais demorada do que se o indivíduo tivesse sido penalizado na condição de imputável.

Por tal motivo, o STJ e STF têm entendimentos firmados a respeito, no entanto, ainda não chegaram à uma interpretação uniforme, o que levará a decisões em teores diversos até que seja suprida a omissão legal.

4.1 AS PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS DA MEDIDA DE SEGURANÇA

O Código Penal brasileiro, aduz nos artigos 97 e 98 acerca dos limites temporais da medida de segurança, no entanto, quando o faz, limita apenas ao tempo mínimo, deixando expresso que a mesma durará por tempo indeterminado, de acordo com a comprovação, através de perícia, da cessação de periculosidade do indivíduo.

Ocorre que, não raras vezes a periculosidade do agente pode jamais cessar. Desta feita, tais artigos dão margem à pena *ad aeternum*, proibida no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XLVII. Observe-se o art. 97, § 1º, Código Penal:

Art. 97 - 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.

Prazo

§ 1º - 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.

Desta feita, percebe-se que tal artigo vai de encontro à disposição constitucional acerca da vedação de penas perpétuas, a seguir transcrita:

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; (sem grifos no original)

Porquanto, nas palavras de Ribeiro (1998, p. 48), o CP se caracteriza exatamente “pela determinação de prazos mínimos e indeterminação de prazos máximos de duração para as medidas de segurança, que deverão perdurar enquanto subsistir a perigosidade social do agente, a qual será avaliada, em regra, ao término daqueles e, a partir de então, periodicamente”

Conforme se extrai dos arts. 97, § 1º e 98 do Código Penal, ver-se que o tempo mínimo possível para o cumprimento da medida de segurança é de um a três anos. A ponderação do tempo entre um ou três anos variará conforme o grau de periculosidade do indivíduo, e não conforme a gravidade do crime, como se poderia deduzir em um primeiro momento. Isto porque, o agente submetido à medida de segurança é isento de culpabilidade, logo, não pode ser punido, sendo esta medida, voltada ao seu tratamento e, quiçá, recuperação do agente, não se enquadrando como uma pena.

Após o correr do prazo mínimo, inicia-se a perícia médica realizada anualmente, ou a qualquer tempo, se determinado pelo juiz, afim de constatar o andamento do estado clínico do agente, e avaliar uma possível recuperação do mesmo.

Porém, não é o prazo mínimo da medida de segurança que gera polêmica no meio jurídico, mas sim seu prazo máximo. Conforme Führer (2000, p. 155): “A medida de segurança seja internação ou tratamento ambulatorial, é fixada na sentença por prazo indeterminado, devendo perdurar enquanto a cessação da periculosidade não for constatada por perícia médica”.

Ou seja, após o término do prazo mínimo, anualmente, em regra, será realizada nova perícia para constatar o estado do agente, verificada a persistência de sua periculosidade, o mesmo permanecerá na medida de segurança, no ano seguinte será realizada uma outra perícia, continuando sendo considerado perigoso, o agente continua sob a medida de segurança e assim sucessivamente, até que, uma destas perícias anuais, ou uma perícia a qualquer tempo por determinação do juiz, constate a cessação do perigo, e possa, somente assim, dar ensejo ao término da MS.

Por isto, muito se discute na doutrina se tais prorrogações sucessivas não significaria uma verdadeira internação perpétua.

Opinam Prado (2002, p. 607) apud Zaffaroni, Pierangeli e Ferrari que como alternativa à indeterminação da medida de segurança, a imposição da mesma deveria ter como prazo máximo a pena abstratamente cominada ao delito, para os inimputáveis, e, para os semi-imputáveis, pela quantidade de pena que seria cumprida por ele, se não tivesse sido substituída pela MS.

Doutro lado, levanta-se ainda o argumento de que a Carta de 1988, no art. 5º, XLVII, aduz somente acerca das penas, o que não atingiria o instituto jurídico da Medida de Segurança. Porém, a MS, embora não seja considerada como uma pena, não deixa de ser uma maneira de controle social que limita a liberdade do agente a ela condenado. Por isso, os direitos e garantias conferidos aos presos, devem ser estendidos, no que couberem, a Medida de Segurança.

Neste sentido, aduz Gomes (1991, p. 261): O princípio da legalidade obriga a defender que, ninguém, nem a título de pena nem a título de medida, pode perder sua liberdade sem que se predetermine o tempo máximo que tenha que permanecer nessa situação.

No entanto, em entendimento diverso, Führer (2000, p.179) leciona que:

A medida de segurança não pode ter prazo determinado porque a duração do tratamento não se sujeita a qualquer padrão preestabelecido. Findo o prazo, a necessidade pode persistir. Se ocorrer cura antes do prazo a medida deve ser extinta *incontinenti*. Se sobrevier, melhora, a progressão deve ser imediata.

Assim, percebe-se o não consenso na doutrina. De um lado aqueles que entendem que no aspecto temporal, entre outros, como nos direitos e garantias

constitucionais, deve ser aplicada à MS, no que couber, as determinações sobre as penas. De outro lado, aqueles que entendem que, por não ser pena, a MS deve seguir os padrões particulares inerentes à medida, suportando, inclusive tais prorrogações ilimitadas, como visto.

Também há discursões acerca de uma suposta violação aos princípios da igualdade (GOMES, 1991), por aduzir que a medida trata desigualmente os inimputáveis e semi-imputáveis que precisam de tratamento daqueles que não precisam, visto que aos primeiros, a intervenção estatal possui limitação temporal, enquanto aos últimos, isto não acontece.

Porém, o que se deve extrair de todo o exposto é que, de fato, a Medida de Segurança possui natureza jurídica diversa da pena. Isto, no entanto, não justifica, a retirada das garantias constitucionais dos agentes a ela submetidos, quando, em sentido contrário, devem estes, em função da sua situação mais fragilizada, possuir tutela ainda maior do Estado.

O temor acerca da maior proporcionalidade de reincidência nos doentes mentais, em verdade, não merece prosperar, isto porque, nada indica que esta porcentagem pode ser maior do que em alguém com saúde mental completa, mas movido por má índole, que é o caso da maioria dos apenados no país.

Ainda, no tocante à violação ao princípio da igualdade, a respeito dos imputáveis e semi-imputáveis que necessitam de tratamento, possuir diferenciação daqueles que não precisam, ver também que tal princípio não resta prejudicado por isto. Hoje, vigora tal princípio sob a perspectiva da igualdade real ou material que só pode ser alcançada pelo tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais.

4.2 A REALIDADE DAS CONDIÇÕES DE REABILITAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Os estabelecimentos nos quais são aplicadas as medidas de segurança no Brasil, na realidade não comungam com o objetivo de fornecimento de tratamento psiquiátrico aos inimputáveis à elas sujeitos.

Embora a lei trate estes locais como “hospital de custódia e tratamento ou outro estabelecimento adequado”, geralmente eles muito se assemelham às prisões convencionais onde cumprem pena pessoas imputáveis.

Ocorre que, se para os presos comuns, estar recluso em um local como este já não lhes oferecem nenhuma condição de reabilitação, para um doente mental, isto retira-lhe a possibilidade de cessação da doença frente a falta de tratamento adequado.

A grande diferença entre o preso comum e o inimputável cumpridor da medida de segurança, é que, aquele, cumprindo o tempo culminado em sentença, independentemente de qualquer avaliação acerca da sua periculosidade, será solto. Porém, para este, a cessação da potencialidade de cometimento de outros crimes é condição legal para que o mesmo seja posto em liberdade, concluída a partir de perícia médica, realizada anualmente ou, a qualquer tempo, a pedido do juiz.

Desta feita, a ausência de tratamento adequado, o impede de progredir com a cura da sua doença, e ainda, protela o tempo de duração da medida de segurança a qual está sujeito.

O indivíduo sujeito à medida de segurança será internado em estabelecimento com características hospitalares, conforme o art. 99 do CP: “Art. 99. O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento”.

Não havendo vagas, a internação poderá dar-se em hospital comum ou até mesmo particular, mas jamais em cadeia pública, pois o art. 96 do Código Penal impõe que o tratamento deverá ser feito em hospital de custódia e tratamento, quando for necessária internação do paciente ou, não havendo necessidade de internação, o tratamento será ambulatorial, no qual o indivíduo se apresenta durante o dia em local próprio para o atendimento, afim de dá-lo assistência médica.

Na ausência de hospitais para tratamento em determinadas localidades, o Código diz que o tratamento deverá ser feito em outro estabelecimento adequado, sendo que Presídio não pode de maneira alguma ser considerado estabelecimento adequado para tratar doente mental, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela possibilidade de internação em hospital particular, nestes casos.

Dessa forma, compõe constrangimento ilegal a manutenção de réu destinado à medida de segurança em estabelecimento inadequado por inexistência de vaga em hospital.

Porém, o termo “estabelecimento adequado” por vezes pode até ser considerado figurativo, visto que, em regra, os estabelecimentos destinados ao recolhimento de inimputáveis, em nada melhoram a condição dos internados, em

virtude da ausência de qualificação técnica dos agentes responsáveis pela tutela dos internados e instalações físicas precárias.

O que tem-se hoje, é um sistema falho, sem as condições físicas e estruturais necessárias para se tratar um doente mental com potencialidade criminosa, comungado com a falta de profissionais preparados para isto, nem políticas voltadas à integração desta pessoa doente com a sociedade, afim de que o mesmo possa integra-la. Por este motivo, é grande o índice de prorrogação das medidas de segurança, vez que, sem tratamento, a periculosidade do doente mental, jamais cessará. E ainda, quando posto em liberdade, o devolve com grandes possibilidades de reincidência na prática de crimes.

4.2.1 DA PROBLEMÁTICA E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

De acordo com o que dispõe o art. 97, § 1º, Código Penal, a internação, ou tratamento ambulatorial, possui tempo indeterminado, durando enquanto não se constatar por perícia médica, a cessação de periculosidade.

Bastante inquietante é essa disposição que levanta a possibilidade de prorrogações sucessivas da medida de segurança enquanto não for sanada a periculosidade do agente.

Ocorre que deve-se considerar que o Brasil não possui estabelecimentos que tenham condições de tratar tais pacientes e promover sua recuperação ou possibilidade de reinserção na sociedade. O que acontece de fato é que, muitas vezes, a internação agrava a situação do paciente.

Porém, não se pode deixar de verificar a injustiça que reside no fato de que os imputáveis, possuem limite máximo de cumprimento de pena de trinta anos, sem verificação de persistência de sua periculosidade, enquanto aos inimputáveis, pessoas portadoras de doenças e/ou transtornos mentais, não há limitação temporal, condicionando a cessação da medida à inexistência de perigo social. Neste sentido, Barros (2008, p. 09):

Historicamente, apenas ao louco presume-se a periculosidade. Cotidianamente esses cidadãos foram condenados à prisão perpétua, não pelo crime cometido, mas pela lógica da cultura que os interpreta. Despachados ao cárcere, sem qualquer tratamento, e ao manicômio, por lá ficam, até que cesse o perigo que anunciam. Esquecidos e em sofrimento a morte tem sido a saída de muitos

Seria necessário que houvesse uma mudança nos métodos de tratamento desses indivíduos, afim de que a medida de segurança atingisse seu objetivo de verdadeira cura, ou, quando não possível, de reintegração social, sem que haja prejuízo para a sociedade na convivência com o doente mental.

Faz-se mister, criar e viabilizar a implementação e aplicação de projetos que, através da aplicação ideal da medida de segurança, promova a paz social e a observância dos direitos fundamentais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, bem como os princípios da proporcionalidade, não perpetuação da pena e igualdade, entre outros.

A doutrina de Ferrari (2001), traz uma proposta de solução para o problema das prorrogações sucessivas e do insucesso da medida de segurança como instrumento para sanar a periculosidade do preso.

O autor propõe a desinternação progressiva nas Medidas de Segurança, sob o argumento de que a mesma possui a finalidade de reintegração social. A progressão permitiria uma gradação entre o tratamento mais severo ao menos, possibilitando um retorno gradual ao convívio social.

Ferrari (2001, p. 168-169) cita estabelecimentos no Brasil que adotam o modelo sugerido pelo mesmo:

Dentre os estados que aplicam a progressividade da execução da medida de segurança, importante constitui a referência ao Instituto Psiquiátrico Forense de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, o Manicômio Judiciário de Recife-Pernambuco, seguindo os moldes de Porto Alegre, e do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Professor André Teixeira Lima, de Franco da Rocha. A progressividade, em Porto Alegre, denomina-se de alta progressiva, enquanto em Franco da Rocha, desinternação progressiva. As diferenças essenciais entre a alta e a desinternação progressiva estão relacionadas às formas de tratamento aplicáveis ao delinquente-doente. Enquanto na desinternação há um acompanhamento contínuo dos funcionários, analisando a evolução dos pacientes, a alta restringe-se a meras visitas experimentais dos pacientes às casas dos familiares, ressaltando haver também na desinternação uma série de atividades dentro da própria unidade, facultando ao inimputável ou ao semi-inimputável o trabalho externo durante o dia, com repouso noturno na instituição, configurando-se num paralelo ao regime semi-aberto aplicado aos imputáveis.

Aduz ainda Ferrari (2001, p.170):

A desinternação progressiva não figura como sinônimo da progressão da espécie da medida de segurança, porquanto representa apenas mudança de raio ou em certas regras, não alterando-se a espécie de medida de segurança fixada, havendo apenas maior ou menor contato exterior por parte do doente mental com acesso a laborterapia, não modificando-se, entretanto, a espécie da medida de segurança criminal executada. Já a progressão consiste em uma verdadeira transformação da espécie da medida de segurança inicialmente aplicada, passando da internação para o tratamento ambulatorial.

Desta feita, a desinternação progressiva é entendida como um método terapêutico, que além de tratar da doença em si, ainda, cuida de reintegrar o indivíduo na sociedade pelo contato gradual do doente e da sociedade.

Além do método proposto por Ferrari (2001), ainda pode-se citar outros itens que se mudados, podem auxiliar na eficácia das medidas de segurança, tais como o estabelecimento de limites mínimos e máximos à execução das Medidas de Segurança, o que hoje já vem sendo feito através da jurisprudência, como se verá a seguir, prescrição das MS e limitação ao tempo estabelecido para pena em abstrato.

A doutrina e a jurisprudência têm se mobilizado em torno do assunto levantando algumas hipóteses para amenizar o problema dos inimputáveis sujeitos a medidas de segurança, pela ausência de estipulação legal de limite máximo de cumprimento desta sanção penal.

Tendo em vista a omissão legal, os tribunais têm adotados posicionamentos que ajudam a evitar que a lei penal viole a vedação constitucional às penas perpétuas.

Porém, não obstante tal omissão legislativa tenha sido suprida pelos tribunais como se verá adiante, existe um ponto em que os mesmos não possuem competência para interferir, ao qual é necessário que se dê absoluta prioridade, qual seja, a melhoria do sistema carcerário ou penitenciário no geral.

Seriam necessários investimentos em infraestrutura, capacitação dos profissionais, direção, combate à corrupção, criação de atividades que promovam a ocupação do preso durante o cárcere e quiçá, qualificação profissional que lhe confira sair com perspectivas de começar a trabalhar e construir uma nova vida.

No tocante aos inimputáveis e às medidas de segurança, sem dúvidas, a estrutura física e qualidade profissional é essencial para se alcançar sucesso na proposta da medida. Ademais, seria necessário também, criar meios de inserir o

indivíduo aos poucos no meio social até que o mesmo consiga viver em sociedade mesmo que sua doença jamais tenha cura, que seja, ao menos controlada.

Porém, tais iniciativas não são legislativas ou jurídicas, mas tão somente, políticas. E, infelizmente, a dignidade dos apenados e dos submetidos às medidas de segurança não constam na lista de prioridades dos políticos. Ademais, tais medidas requerem, além de investimentos, bastante tempo para surtirem resultados, e a massa popular nem sempre apoia investimentos nesta área.

Engana-se quem pensa que investir em tal setor não traz benefícios para sociedade. Se obtivesse sucesso a tentativa de reduzir a reincidência criminal, e, principalmente, de que, ao estar de volta à sociedade, o ex-detento pudesse trabalhar e viver com dignidade, toda a sociedade seria beneficiada.

4.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MS EM VIRTUDE DA PERPETUIDADE DA MEDIDA E A SUPERAÇÃO DA CONTROVÉRSIA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante das decisões de constitucionalidade duvidosa que faziam com que os cumpridores de medidas de segurança permanecessem por períodos muito longos submetidos à mesma, cada vez mais gerou-se discussões no sentido de questionar se a ausência de limitação temporal máxima da medida estaria de acordo com os ditames constitucionais.

Os debates pairam sobre vários aspectos. Primeiramente, questiona-se uma possível violação ao princípio da igualdade, uma vez que a lei estabelece limite de tempo máximo para o cumprimento de pena por um imputável, porquanto, de outro lado, não o fazia para o inimputável, pessoa notadamente, por doença mental incapaz de entender seus atos, e portanto, mais frágil, devendo ser especialmente protegida pelo ordenamento jurídico.

Sobre este princípio, aduz Moraes (2008, p. 65): “a desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas”. Atualmente muito se fala acerca da busca pela igualdade real, e não somente a material. Neste sentido, se admite tratamento diferentes dados àqueles que, em razão de suas diferenças, encontram-se em

situação de desigualdade passível de ser sanada por medidas compensatórias aos mais desprivilegiados.

Ocorre que, neste caso, os desprivilegiados são exatamente aqueles que estão recebendo tratamento mais gravoso da lei, que mereciam ser por ela protegidos e não prejudicados.

Por isto, não se pode se falar em justiça diante da possibilidade de que um imputável, pessoa capaz de compreender a gravidade de seus atos, tenha atendido o seu direito de saber qual é sua pena e em quanto tempo este estará apto para tornar a ser uma pessoa livre, enquanto, o inimputável, que sequer compreende os atos que cometera, fique à mercê de renovações sucessivas e quiçá infinitas da medida de segurança que lhe foi cominada e que, na maioria das vezes, não lhe oferece condições para pausar ou regredir o quadro clínico do mesmo.

Também questiona-se acerca do princípio da legalidade, uma vez que dispões a Carta Magna, em seu art.5º., XXXIX, CF que: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Trata-se do imperativo da reserva legal. Tal disposição constitucional é de suma importância no Estado Democrático de Direito, visa a segurança jurídica dos administrados, uma vez que proíbe a criação de tribunais de exceção, e só permite que alguém responda por algum crime se este for previamente definido em lei, bem como sua pena. Acerca deste artigo, dispõe Bitencourt (2006, p. 467):

O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da ciência jurídica que obedece a exigências da justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado.

Sendo assim, no pensar deste autor, a reserva legal é conquista jurídica de tamanha relevância, que somente é negada pelos regimes totalitários.

Porém, no tocante à indeterminação do limite máximo da medida de segurança, o princípio da legalidade, para alguns autores está sendo maculado, ao exemplo de Cernichiaro e Costa Jr. (1995), enquanto para outros, como Prado (2008) tal medida é amparada por este princípio constitucional.

Compreender se o princípio da legalidade aplica-se ou não as medidas de segurança é por demais relevante, uma vez que somente assim se pode analisar se a indeterminação de sua duração máxima é constitucional ou não.

No entanto, respeitadas as posições contrárias, merece prosperar o entendimento de que as medidas de segurança devem respeitar o princípio da legalidade, bem como os dele decorrentes, como a reserva legal e a irretroatividade da lei penal mais grave. Isto porque a Constituição Federal é a lei maior, e não deve ser contrariada por nenhuma outra fonte legal que venha a ser criada sob sua vigência.

Logo, peca a disposição do código penal ao não limitar temporalmente a medida de segurança vez que todos os cidadãos possuem o direito de conhecer quais os bens jurídicos protegidos por lei e as consequências penais de sua violação, mesmo os inimputáveis. Desta feita, viola a Constituição Federal, as prorrogações sucessivas das medidas de segurança, fazendo com que os inimputáveis cumpram a pena, quiça, *ad infinintum*.

Porém, o argumento mais forte sobre a indeterminação temporal da medida de segurança diz respeito à vedação constitucional expressa à existência de penas perpétuas no Brasil pelo art. 5º, XLVII, *b*, *Constituição Federal*.

Neste sentido, aduz Cernichiaro e Costa Jr. (1995, p. 264):

Não faz sentido, em nossa quadra cultural, privar alguém do direito de liberdade para o resto da vida. Além de contrariar anseio de todo homem, abonado no mundo civilizado, nenhuma utilidade social é extraída. Ao contrário, apenas efeitos negativos, manutenção da ociosidade e transformação do ser humano em pária.

Em via contrária à disposição do art. 5º, XLVII, *b*, *CF*, o art. 97, § 1º, *CP*, aduz que a internação ou tratamento ambulatorial da medida de segurança terá tempo máximo indeterminado, o que significa que este tipo de medida penal no Brasil poderá ser perpétua.

Embora seja uma hipótese, vez que, em tese, conforme o Código Penal, anualmente, é feita perícia médica a fim de apurar se o inimputável cumpridor de medida de segurança pode ser liberto, as condições dos estabelecimentos e a falta de atendimento adequado, faz com que a situação do inimputável não seja amenizada, de maneira que, com grande frequência, a sua periculosidade jamais é cessada. Exemplo disto é a situação citada por GOMES (acesso em 2014):

Muitas pessoas hoje, por sinal, acham-se nessa situação. O caso mais famoso no Brasil foi, sem sombra de dúvida, de Índio Febrônio do Brasil, que ficou 57 anos num hospital de custódia no Rio de Janeiro. Entrou com 27 e morreu com 84 anos, dentro do hospital, cumprindo medida de segurança.

Casos como este são preocupantes, mesmo para quem alega que tal artigo não se aplica às medidas de segurança por esta não ser considerada tecnicamente pena, tal argumento não merece prosperar, pois, neste sentido, a MS deve sim ser equiparada a pena, e não o é, tecnicamente, somente pela sua característica de tratamento médico e da condição de inimputável dos condenados à MS.

Porém, por estes mesmos motivos, as pessoas sujeitas à medida de segurança devem ser tratados de maneira especial, por serem consideravelmente mais frágeis, e não, prejudicados por isto.

Neste sentido, Peluso (acesso em 2014):

(...) os mais apressados e simplistas, com base unicamente na antiga e ultrapassada interpretação literal, dirão imediatamente que tal artigo (art. 5º., XLVII, b, CF) não se aplica às medidas de segurança já que estas não são penas; entretanto, após uma análise mais aprofundada, tal conclusão não pode – e não deve – prevalecer.

Assim, tendo-se que a proibição de perpetuidade da pena deve ser estendida às demais sanções penais, como a medida de segurança, entende-se que é necessário que se limite o cumprimento máximo da mesma a fim de que não seja considerada inconstitucional.

Desta feita, hoje, tanto o Superior Tribunal de Justiça, quando o Supremo Tribunal Federal, já possuem, entendimentos no sentido de que deve ser estabelecida limitação temporal máxima para o cumprimento da medida de segurança. Porém, seus entendimentos, embora no mesmo sentido, são peculiares.

O STF, vem, desde aproximadamente o ano de 2005, tomando decisões que culminaram no entendimento de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos:

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 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.

§ 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. [sem grifos no original]

A interpretação do STF significa relevante evolução na interpretação dos dispositivos do Código Penal acerca da MS. Neste sentido, veja-se algumas relevantes decisões de diversos anos:

Medida De Segurança – Projeção No Tempo – Limite. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos. (STF – Primeira Turma – HC 84.219/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – j. em 16.08.05 – DJ de 23.09.05);

A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. (STF – Segunda Turma – HC 97621/RS – Rel. Min. Cezar Peluso – j. em 02.06.09 – DJe-118 de 25-06-2009);

Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. (STF – Primeira Turma – HC 107432/RS – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. em 24.05.11 – DJe-110 de 08-06-2011);

Por sua vez, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, compreende que, para evitar injustiças, o correto é limitar o cumprimento da medida de segurança à pena abstratamente culminada ao crime cometido, como se pode extrair das seguintes decisões:

HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITE DE DURAÇÃO. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal veda, em seu art. 5º, inciso XLII, alínea b, penas de caráter perpétuo e, sendo a medida de segurança espécie do gênero sanção penal, deve-se fixar um limite para a sua duração. 2. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, à luz dos princípios da

isonomia e da proporcionalidade. 3. Ordem concedida para declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor da paciente, em razão do seu integral cumprimento. (STJ - HC: 121877 RS 2008/0261757-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 29/06/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2009)

Nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 97, § 1.º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade. Assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado e não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (STJ – Quinta Turma – HC 208.336/SP – Rel. Mina. Laurita Vaz – j. em 20.03.12 – DJe de 29.03.12).

HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) SENTENÇA. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. IMPOSSIBILIDADE. (3) TRIBUNAL DE ORIGEM. REFORMA DA SENTENÇA. LIMITE DE DURAÇÃO. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE. ENTENDIMENTO COMPARTILHADO POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, à luz dos princípios da isonomia e da proporcionalidade. 3. Hipótese em que o Juiz fixou o tempo mínimo e o Tribunal a quo determinou o tempo máximo de cumprimento da medida de segurança, esta última de acordo com a pena máxima em abstrato cominada ao delito cometido. Acórdão vergastado de acordo com o entendimento deste Sodalício. 4. Writ não conhecido. (STJ - HC: 167136 DF 2010/0055136-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 02/05/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2013)

Desta feita, verifica-se que a posição do STJ é ainda mais coerente com a ordem constitucional brasileira, observando além da dignidade da pessoa humana, a legalidade, a proibição de perpetuidade da pena, e especialmente, os princípios da proporcionalidade e da igualdade.

Por fim, cabe ainda aduzir que em 2011, o Decreto 7.648/11 concedeu indulto aos indivíduos que sofreram aplicação de medida de segurança, nas modalidades de privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial, e que até o dia 25 de dezembro daquele ano já tivessem suportado a medida por prazo igual ou superior ao prazo máximo da pena, independentemente da cessação da periculosidade. O conteúdo deste decreto, coaduna, louvadamente, com o entendimento do STJ acerca do assunto.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve como escopo realizar um estudo aprofundado acerca da medida de segurança, notadamente no que diz respeito à inexistência legal de limite temporal para a mesma.

Para tanto, primeiramente, fez-se um estudo acerca da medida de segurança. Apontando conceito e finalidade, percebeu-se que a medida de segurança não configura pena no aspecto técnico-jurídico da palavra, mas sim, como o nome sugere, uma medida, sobretudo, clínica, voltada a doentes mentais que cometem ilícitos, que tem como objetivo principal cessar completamente, ou, ao menos, controlar a doença do paciente, a fim de que amenizando ou eliminando sua periculosidade, o mesmo possa voltar ao convívio social sem oferecer riscos.

Para compreender melhor este instituto, fez-se observações acerca dos seus aspectos históricos, de onde depreendeu-se que, ao longo do tempo, a medida de segurança passou por muitas transformações até chegar ao modelo conhecido hoje. E, passará ainda por tantas outras, afim de adequar-se ao arquétipo ideal para tratar os doentes mentais praticantes de ilícitos penais.

Também observou-se as hipóteses de cabimento da medida de segurança e ainda, as disposições legais acerca da mesma, sobretudo no tocante aos prazos mínimo e máximo. Identificando neste, a problemática referente ao tema, uma vez que a lei não estipula prazo máximo para a medida de segurança, permitindo prorrogações infinitas diante da hipótese de não recuperação do doente mental.

Diante do problema identificado, foi necessário, fazer explanações acerca dos direitos fundamentais do preso no Brasil. Verificando-se que, no Brasil, os presos são resguardados por vários direitos constitucionais que asseguram um tratamento que garanta o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, verificou-se que o ordenamento jurídico pátrio veda expressamente a existência de penas perpétuas no país. E ainda que a medida de segurança não enquadre-se, como dito, no conceito técnico de pena, a essa se assemelha para fins da vedação constitucional em comento. Pois tais direitos e garantias devem ser sempre ampliativos e não restritivos. Bem como, o paciente submetido à medida de segurança necessita de maior proteção legal, tendo em vista sua condição de fragilidade.

Por fim, no terceiro e último capítulo, objetivou-se demonstrar que a disposição legal que permite as prorrogações sucessivas e ilimitadas das medidas de segurança não comunga como a Constituição Federal.

Necessariamente, analisou-se o objetivo da lei em determinar as prorrogações até verificar-se evolução no quadro clínico capaz de considerar-se cessada a periculosidade do paciente. Viu-se que, queria a lei, primeiramente, permitir que o paciente fosse liberto assim que curado ou controlado, e, em segundo lugar, proteger a sociedade, diante da expectativa de reincidência do mesmo, caso liberto persistindo na enfermidade.

Porém, falhou a lei nestes dois sentidos. Primeiro porque, a estrutura física e clínica dos estabelecimentos nacionais onde as medidas de segurança são cumpridas, são desfavoráveis à promoção de cura do paciente doente mental. Desta maneira, diante da previsão legal e sem o tratamento adequado, não há evolução positiva no quadro médico e por conseguinte, o mesmo não recebe alta.

Em segundo lugar porque não há um estudo específico que leve à conclusão de que o nível de reincidência entre os doentes mentais seja superior aos criminosos imputáveis, de maneira que não há justificativa plausível que leve a aceitação do agravamento da condição temporal a ser cumprida pelos pacientes da medida de segurança em contraponto aos presos comuns.

Viu-se que a permissão legal das prorrogações sucessivas da medida de segurança fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e proporcionalidade. Ademais, viola frontalmente a vedação constitucional às penas perpétuas, constante na Carta Magna brasileira.

Diante da necessidade de impedir tamanha injustiça cometida contra estes indivíduos fragilizados, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, há tempos, consolidaram seus entendimentos sobre o tema. Embora não completamente semelhantes, seguem no sentido da necessidade de estabelecer o limite temporal máximo reivindicado no presente trabalho.

O Superior Tribunal de Justiça entende, para evitar injustiças, o correto é limitar o cumprimento da medida de segurança à pena abstratamente culminada ao crime cometido. Pensamento este que entendeu-se mais coerente com a ordem constitucional brasileira, observando além da dignidade da pessoa humana, a legalidade, a proibição de perpetuidade da pena, e especialmente, os princípios da proporcionalidade e da igualdade.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal entende que a medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, porém, ao período máximo de trinta anos.

Viu-se ainda que seguindo o entendimento do STJ acerca do assunto, em 2011, o Decreto 7.648/11 concedeu indulto aos indivíduos que sofreram aplicação de medida de segurança, nas modalidades de privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial, e que até o dia 25 de dezembro daquele ano já tivessem suportado a medida por prazo igual ou superior ao prazo máximo da pena, independentemente da cessação da periculosidade.

Desta feita, conclui-se que, os dispositivos legais que tratam da medida de segurança, criaram lacuna no tocante à limitação temporal máxima para a mesma, tornando, neste sentido, o instituto incompatível com a Constituição Federal. Tal irregularidade, tem sido amenizada pelos entendimentos consolidados do STF e STJ sobre o assunto, trazendo limitações ao prazo máximo da MS. No entanto, conclui-se pela necessidade de regulamentação, uma vez que estes Tribunais possuem posições diversas que somente podem ser superadas com disposição expressa na lei, de maneira a evitar decisões diversas em casos semelhantes. Por fim, entendeu-se que o posicionamento do STJ é o que melhor comunga com a Constituição Federal brasileira.

REFERENCIAS

AZEVÊDO, Pedro Pontes de. Normas constitucionais inconstitucionais oriundas do poder constituinte originário - Página 4/4. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 200, 22 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4724>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. In: IRANDA, Jorge; SILVA, M. A. Marques da (Coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BARROS, Fernanda Otoni de. **Um Programa de Atenção ao Louco Infrator**. Disponível em: <<http://www.carceraria.org.br/pub/publicacoes/4e8330439b0d639375735e5aef645e6c.doc>>. Acesso em: 19 de abr. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Vol 1, 10. Ed, São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Carlos Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. Voll, 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES SOBRINHO, Olívia Coêlho Bastos. A individualização das celas no sistema penitenciário brasileiro: Uma questão com base Constitucional. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11282&revista_caderno=3>. Acesso em jul 2014.

BRASIL. Código Penal (1890). Decreto 847 - Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 28 de jun. de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 de jun. de 2014.

BRASIL. Decreto nº 7.648, de 21 de dezembro de 2011. **Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7648.htm Acesso em 23 de mai. 2014;

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.html Acesso em 22 de mai. 2014;

BRASIL. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Decreto nº 4.388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em 30 de jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União. 13 jul 1984.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC: 113016 MS 2008/0174630-2**, Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Data de Julgamento: 18/11/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/12/2008). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4305760/habeas-corpus-hc-83163-sp>>. Acesso em: 01 de jun. de 2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC: 121877 RS 2008/0261757-2**, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 29/06/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6060291/habeas-corpus-hc-121877-rs-2008-0261757-2/inteiro-teor-12192513>> Acesso em 30 de jul. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HC: 167136 DF 2010/0055136-5**, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 02/05/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23171698/habeas-corpus-hc-167136-df-2010-0055136-5-stj>> Acesso em: 12 de jul. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ – Quinta Turma – **HC 208.336/SP** – Rel. Mina. Laurita Vaz – j. em 20.03.12 – DJe de 29.03.12. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21607563/habeas-corpus-hc-208336-sp-2011-0125054-5-stj/inteiro-teor-21607564>> Acesso em 01 de jul. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal .STF – Segunda Turma – **HC 97621/RS** – Rel. Min. Cezar Peluso – j. em 02.06.09 – DJe-118 de 25-06-2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4344434/habeas-corpus-hc-97621-rs>> Acesso em 21 de jun. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF – Primeira Turma – **HC 107432/RS** – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. em 24.05.11 – DJe-110 de 08-06-2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19730295/habeas-corpus-hc-107432-rs>> Acesso em: 27 de jul. de 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF – Primeira Turma – **HC 84.219/SP** – Rel. Min. Marco Aurélio – j. em 16.08.05 – DJ de 23.09.05. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3AHC+84.219>> Acesso em: 27 de jul. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007 – São Paulo: Saraiva, 2008.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 241.
- CAPEZ, Fernando; PRADO Stela. **Código penal comentado**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012
- CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 3ª. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995
- COSTA, Paulo José da. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.
- CUNHA Júnior, Dirley da. **Curso de direito constitucional**: 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais: A Doutrina Geral dos Crimes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010. Fabris. Editor, 1998;
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente; MESQUITA, Yasnaya Polyanna Victor Oliveira de; TEIXEIRA, Renan Pinto; ROSA, Lúcia Cristina dos Santos. A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301>. Acesso em 16 jul 2014.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FRANCO, José Henrique Kaster. **Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização. Utopia?**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2009, 31 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12153>>. Acesso em: 20 jul. 2014.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2000;
- GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. A jurisdição e seus princípios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 287, 20 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4995>>. Acesso em: 17 jul. 2014.
- GOMES E SILVA, Karina. **O tribunal penal internacional e sua compatibilidade com a constituição brasileira quanto a aplicação da pena de prisão perpétua**

pela corte. 2002, Monografia de conclusão de curso. (Graduação em Direito). . Universidade Católica De Goiás. Departamento De Ciências Jurídicas. Goiânia.

GOMES, Carolinna Bridi. O "jus puniendi" e a dignidade humana do preso: o desrespeito à Lei de Execução Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2988, 6 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19930>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **O louco deve cumprir medida de segurança perpetuamente?**. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BB1EB1120-5CB9-4E75-95C7-B82AE42055DC%7d_1.pdf Acesso em 26/06/2014;

GOMES, Luiz Flávio. **Duração das medidas de segurança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 6 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental.** Curitiba. Juruá, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacionail Público:** 5 ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal.**10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** São Paulo: Atlas, v. 6 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 23. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis.** São Paulo: Saraiva, 1988. p. 63.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 7. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PACHECO, Vanderley Doin. O princípio da dignidade da pessoa humana e a ineficácia da execução da pena devido à ociosidade do condenado. *Jus Navigandi*,

Teresina, ano 17, n. 3204, 9 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21456>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. **A medida de segurança de internamento para inimputáveis e seu prazo máximo de execução**. Disponível em: http://www.editorajuspodivm.com.br/iff/%7B1D000601-34CD-453A-A7CD-F866160363D4%7D_amedida.pdf Acesso em 26/06/2014;

PEREIRA, Ângela Miranda. Os direitos do preso à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13682>. Acesso em 10 jul 2014.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980.

PIOVESAN, **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 7ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 7. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Medidas de segurança**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998

SALLA, Fernando. **Rebeliões nas Prisões Brasileiras**. Revista Serviço Social e Sociedade: São Paulo. n. 67, p. 18 – 37, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**; atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SOCORRO, Maria Leal, **A Pena Perpétua**, Faculdade de Direito de Lisboa, 2004.

TORRES, Andréa Almeida. **Direitos Humanos e Sistema Penitenciário brasileiro: desafio ético e político do Serviço Social**. In: Revista Serviço Social & Sociedade nº67. Rio de Janeiro. Ed Cortez, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal. Vol 1**. São Paulo: Saraiva, 25ª ed., 2003. p. 47.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução: André Telle. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.