

MEDIDAS DE SEGURANÇA E SEUS LIMITES

LUIZ FLÁVIO GOMES

Juiz de Direito em São Paulo e Mestre em Direito Penal pela USP

1. Da prescrição — 2. Duração máxima — 3. Limites das medidas de segurança: 3.1 Medidas de segurança e Estado de Direito; 3.2 Princípio da legalidade; 3.3 Princípio da proporcionalidade; 3.4 Princípio da igualdade; 3.5 Princípio da intervenção mínima; 3.6 Princípio de humanidade — 4. Fundamentos da indeterminação e suas críticas — 5. Limites temporais das medidas de segurança: 5.1 Semi-imputável; 5.2 Inimputável.

As medidas de segurança, como são aflitivas tanto quanto as penas, têm que ser limitadas. O Estado não pode exercer seu *ius puniendi* eternamente, perpetuamente, sobre nenhuma pessoa. Em outro trabalho ("Duração das medidas de segurança", publicado na RT 663/257 e ss.), tive oportunidade de enfatizar que "A pena, tradicionalmente, independentemente da discussão que existe em torno de sua finalidade de seu sentido — retributiva e/ou preventiva — sempre foi vista como um *mal*, previsto pelo Direito Penal para o caso de cometimento de um fato punível; a medida de segurança, por sua vez, não é vista normalmente como um mal, sim, como *tratamento* destinado a evitar que o criminoso perigoso volte a delinquir. Ocorre que nenhum tratamento é possível sem a privação ou restrição de direitos da pessoa que será tratada; desse modo, não há como negar o caráter aflitivo das medidas, não há como negar que elas também constituem um mal necessário (necessário para a cura, necessário para a sociedade, mas inevitavelmente um mal). As medidas de segurança, em suma, tal como a pena, implicam na privação ou restrição de direitos fundamentais da pessoa. Como se vê, fazendo-se abstração do sentido ou

finalidade das penas e das medidas, elas se identificam, dentre outros, neste ponto: possuem ambas caráter aflitivo, é dizer, é da essência delas a privação ou restrição de direitos fundamentais. E o grave (nem sempre posto em destaque) é que as medidas, do modo como estão disciplinadas no Código Penal brasileiro, podem ser muito mais graves que a pena, pois elas são (injustamente) indeterminadas. Em verdade, penas e medidas são diferentes mais na aparência que na essência; constituem, ambas, "medidas de defesa social"; não passam de duas formas de controle social, por isso que a jurisprudência alemã já tende a não ver diferenças entre elas. Exatamente por que ambas constituem formas de controle social, devem obviamente ser limitadas, regulamentadas. E por que substancialmente configuram formas de invasão do poder estatal na liberdade do Homem, todas as garantias que cercam as penas valem automaticamente para as medidas de segurança".

Raciocinando em termos práticos, o tema dos limites das medidas de segurança está coligado com dois outros: prescrição e duração máxima das medidas de segurança.

1. Da prescrição

No que concerne ao primeiro, a questão é esta: a medida de segurança está sujeita à prescrição?

A resposta é, evidentemente, positiva, considerando o disposto no parágrafo único do art. 96 do CP que diz: "Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta". Tanto é possível a prescrição da pretensão punitiva (antes do trânsito em julgado da sentença, transcorrido o prazo prescricional, "não se impõe medida de segurança") como da pretensão executória (após o trânsito em julgado da sentença, decorrido o lapso prescricional, "não subsiste a medida de segurança que tenha sido imposta").

Qual seria o prazo prescricional?

Tanto antes do trânsito em julgado como depois, o prazo prescricional é o disciplinado nos arts. 109 e 110 do CP. Para o efeito de contagem (cálculo) do prazo prescricional, cabe distinguir o semi-imputável do inimputável bem como a prescrição da pretensão punitiva da prescrição da pretensão executória.

No que diz respeito à prescrição da pretensão punitiva (antes do trânsito em julgado), nas duas hipóteses (semi-imputável ou inimputável), temos na jurisprudência várias correntes: 1ª deve-se levar em conta o prazo mínimo da medida de segurança judicialmente fixada; 2ª deve-se levar em conta a pena mínima cominada abstratamente ao delito cometido; 3ª deve-se levar em conta a pena máxima cominada abstratamente ao delito cometido.

Contra a primeira e em favor da segunda corrente há, dentre outros, o acórdão relatado por Cid Vieira e publicado na RT 641/330, cuja ementa é a seguinte:

"Medida de Segurança — Prescrição — Reconhecimento pretendido com base no prazo mínimo judicialmente fixado

para seu cumprimento — Inadmissibilidade — Inexistência de previsão legal — Lapso que pode ser prorrogado até que se verifique a cessação da periculosidade — Hipótese em que se há de ter em conta para fins prescricionais a pena mínima abstratamente cominada para o delito no caso de existir condenação ou, tratando-se de medida de segurança substitutiva, a reprimenda cominada na sentença e substituída.

Inexiste na legislação pátria disposição que regule a prescrição da medida de segurança, até porque o prazo, apesar de fixado no mínimo, pode ser prorrogado até que se verifique a cessação da periculosidade. Assim, não pode a medida de segurança pelo prazo mínimo judicialmente fixado servir de parâmetro ao cálculo prescricional. Para tanto há de se ter em conta a pena mínima abstratamente cominada para o delito no caso de inexistir condenação ou, tratando-se de medida de segurança substitutiva, a reprimenda cominada na sentença e substituída".

Mas a corrente que prevalece e a que se ajusta ao direito pátrio é a terceira. Ainda recentemente o STF enfrentou a questão e sua decisão foi a seguinte:

"*Habeas corpus* — Absolvição por inimputabilidade — Aplicação de medida de segurança — Prescrição: alegação de que deve pautar-se pela pena mínima cominada ao delito.

Se à data da absolvição por inimputabilidade não tinha ocorrido a prescrição da ação, é legítima a aplicação da medida de segurança.

Em tais casos, a prescrição da ação é regulada pelo art. 109 do CP (HC 69.904-9 — j. em 11.12.92 — Rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 12.2.93, p. 1.453. No mesmo sentido: RT 680/355.

Quanto à prescrição retroativa e à intercorrente, tratando-se de inimputável, sempre se leva em conta a pena máxima abstrata; se semi-imputável, o

que orienta o prazo prescricional é a pena concretizada e substituída.

Neste sentido é o teor da ementa publicada na RT 613/348, nestes termos:

“Pena — Medida de segurança substitutiva da privativa de liberdade — Extinção da punibilidade pela prescrição — Insubsistência da medida aplicada — Recurso provido — Aplicação do art. 96, parágrafo único do CP.

A substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança quando se trate de réu semi-imputável que necessite de especial tratamento curativo não deve impedir o reconhecimento da prescrição pela pena concretizada substituída. Extinta a punibilidade pela prescrição, não subsiste a medida de segurança imposta (art. 96, parágrafo único, do CP) — Ap. 431.375-6 — Rel. Dante Busana”.

V. ainda Janora Rocha Rosseti e Rui Carlos Machado Alvim, *Jurisprudência Sobre Medidas de Segurança*, no prelo.

No tocante à prescrição da pretensão executória (após o trânsito em julgado) temos que distinguir: quando se trata de inimputável, como não existe sentença condenatória, o prazo prescricional deve ser regulado pelo máximo da pena abstratamente cominada. Tratando-se, de outro lado, de semi-imputável, a solução deve ser outra: conta-se o prazo prescricional levando em conta a pena fixada na sentença e substituída nos termos do art. 98 do CP.

2. Duração máxima

Nos termos do Código Penal vigente (art. 97, § 1º), a medida de segurança tem prazo indeterminado e perdura até que se verifique a cessação da periculosidade. A jurisprudência brasileira é firme neste sentido:

“Medida de Segurança — Inimputabilidade total da paciente pericialmente

comprovada e reconhecida pelo Tribunal do Júri — Tempo de duração relativamente indeterminado — Ordem denegada (HC 35.474-3 — Rel. Marino Falcão — *RJTJESP* 95/506)”.

Não se distingue a medida de segurança para o semi-imputável ou para o inimputável: ela é sempre indeterminada quanto ao máximo e “pode” (conforme a lei, a doutrina e a jurisprudência) ser perpétua. É exatamente neste ponto que a lei (CP) conflita com a Constituição brasileira, havendo fundadas razões para se declarar sua inconstitucionalidade. Os fundamentos desta posição foram externados no trabalho acima mencionado (“Duração das medidas de segurança” cit.), *in verbis*.

3. Limites das medidas de segurança

Seguindo o pensamento de Muñoz Conde, urge enfatizar que a finalidade preventiva conferida às medidas tem que ser limitada de algum modo, “se não se quer fazer do enfermo mental delinquente um sujeito de pior condição que o mentalmente são que comete o mesmo delito”. Este limite vem representado pelo princípio da intervenção mínima, pelo princípio da proporcionalidade, pelo da legalidade e da judicialidade. E, ainda, pode-se acrescentar o princípio da igualdade, o de humanidade e, sobretudo, os decorrentes do Estado de Direito, como veremos em continuação.

3.1 Medidas de segurança e Estado de Direito

As garantias do Estado Social e Democrático de Direito são irrenunciáveis e entre elas destaca-se a segurança jurídica, que exige que todo castigo deve ter sua duração predeterminada. É princípio elementar do Estado de Direito

(e a nossa CF no seu art. 1º diz que o Brasil constitui um Estado Democrático e de Direito) que toda intervenção estatal na liberdade do Homem tem que ser rigorosamente regradada e limitada (sobretudo na duração). As medidas de segurança, diz o Prof. Paulo José da Costa Júnior, não podem atentar contra o Estado de Direito. Como se percebe, está em jogo aqui, uma vez mais, o antigo conflito entre a pessoa ou o cidadão e o Estado, este com o poder-dever de punir, de sancionar, e aquela com o direito de ver privada ou restringida sua liberdade somente nos casos e na forma estabelecidos, com todas as garantias inerentes ao Estado de Direito. Duas observações, destarte, parecem oportunas: 1ª. a idéia de asseguração ou inocuição não pode ficar acima da idéia de reeducação e das garantias constitucionais; 2ª. não se pode considerar o inimputável com menos direitos que os condenados imputáveis. A pena, como vimos, acerca-se cada vez mais das medidas e vice-versa, por isso, não há razão para que estas não sejam rodeadas das garantias daquelas. A Constituição Federal, aparentemente, só garante os direitos fundamentais dos condenados à pena, até porque não se refere expressamente às medidas de segurança. Mas, como ambas são medidas aflitivas, como têm finalidades iguais, como constituem “formas de controle social” com privação ou restrição de direitos fundamentais, não se pode fazer nenhuma distinção: todos os direitos (sobretudo os fundamentais) do condenado, valem *ipsis litteris* ao que está sujeito às medidas de segurança e, obviamente, devem ser respeitados. A conclusão inevitável, portanto, é esta: “as garantias jurídico-materiais e processuais que regem na aplicação das penas, devem ser, também, tidas em conta na aplicação das medidas... devem ser respeitadas as garantias do Direito Penal tradicional e a execução, de uma

ou de outra, deve se estruturar do modo mais humano e digno possível”. Por tudo isso é que o art. 8.1 do CP espanhol, que cuida das medidas de segurança para o inimputável, vem sendo criticado; ao não determinar o tempo de duração das medidas aplicáveis, entrou em contraste com as exigências fundamentais que a segurança jurídica há de comportar; esta, proclama Doval Pais, “é um princípio que a Constituição garante a todos os cidadãos, sejam ou não delinquentes, sejam mentalmente normais ou anormais, e que não pode ceder — dizem Quintero Olivares y Muñoz Conde — em nome de idéias defensistas que façam do louco ou incapaz um ser com menos direitos que os demais”. Essas críticas, endereçadas ao Código Penal espanhol, valem para o Código Penal brasileiro, que incorreu no mesmo equívoco.

3.2 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade no que diz respeito ao crime e à pena está previsto tanto na Constituição Federal (art. 5º, XXXIX) como no Código Penal (art. 1º). Conforme referido princípio (também denominado de reserva legal), não há crime nem pena sem lei; esta lei tem que estar em vigência antes do cometimento do fato punível (princípio da anterioridade). Ambos os princípios, da legalidade e de anterioridade, valem também para as medidas de segurança. O juiz, portanto, só pode aplicar medida de segurança cominada previamente na lei; e quando se fala em cominação prévia isso significa que a lei não só deve referir-se à medida aplicável como também e, sobretudo, à sua duração. Todas as pessoas têm o direito de saber, previamente, a exata natureza e a duração das sanções penais. Todos têm o direito de saber, antecipadamente, até que limite o Estado pode invadir em seu sagrado direito de liberdade. Qualquer

medida penal, seja a pena ou seja a medida de segurança, salientam Quintero Olivares y Muñoz Conde, "participa da dupla necessidade de ter um "fim ou propósito" e uma "duração máxima". 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". Em suma, as medidas de segurança indeterminadas violam o princípio da legalidade (portanto, viola a Constituição Federal), a garantia da segurança jurídica e o Estado de Direito e, ademais, encerram grave perigo para o cidadão.

3.3 Princípio da proporcionalidade

Se trata de uma exigência, diz Mir Puig, "que não nasceu, sem embargo, para as penas, senão para as medidas de segurança. Ao não encontrar estas o limite do princípio da culpabilidade, se fez evidente a necessidade de acudir à idéia de proporcionalidade, para evitar que as medidas pudessem resultar um meio desproporcionalmente grave em comparação com sua utilidade preventiva — assim, quando para evitar que o pequeno ladrão siga delinquindo fosse necessário encarcerar-lhe durante toda a vida. A doutrina costuma empregar o princípio de proporcionalidade neste sentido de limite das medidas de segurança e como contrapartida do princípio da culpabilidade, que limita as penas". Cuida-se de princípio já introduzido no Código Penal alemão (§ 62) para evitar qualquer tipo de excesso na aplicação das medidas de segurança. Ainda não consta referido princípio do Código Penal espanhol, mas o Projeto de Código Penal de 1983, já lhe faz referência. Resta saber sobre quais bases se mantém tal princípio: com frequência destaca-se que a proporcionalidade das medidas deve ter por base a periculosidade do

autor do fato punível assim como a gravidade deste fato; também se fala na gravidade dos fatos que provavelmente o criminoso perigoso possa cometer, que constitui um dado, creio, quase que insustentável em virtude da impossibilidade de se antever o futuro das pessoas; o juízo de periculosidade, como já ficou salientado, é também extremamente aleatório; em conclusão, a base mais concreta e factível do princípio da proporcionalidade é a gravidade do fato punível cometido. A consequência mais importante que se extrai de tudo quanto foi dito é a seguinte: o marco penal abstrato do fato cometido impede que a duração da medida seja superior à pena que, caso fosse o sujeito culpável, houvesse podido ser imposta; trata-se de um limite máximo que não pode ser ultrapassado em nenhum caso, ainda que a medida durante o tempo em que foi executada não tenha logrado recuperar e curar o criminoso. O juízo de periculosidade, tal como o juízo de cessação da periculosidade não são precisos, obviamente. É muito mais aconselhável, assim, limitar a duração máxima das medidas com base na gravidade do fato punível cometido (que é um limite certo que atende às exigências da segurança jurídica e do Estado de Direito, bem como do princípio da proporcionalidade ora enfocado) que num exame de cessação da periculosidade pouco seguro. Do modo como o Código Penal brasileiro disciplina o assunto é muito fácil a violação do princípio da proporcionalidade na medida em que o autor de um furto ou de lesões corporais, p. ex., pode ficar privado de sua liberdade (ou ter sua liberdade restringida) por tempo igual ou superior ao autor de um homicídio, de um roubo ou de um estupro. Em síntese: a proporcionalidade das medidas de segurança devem ter por fundamento a gravidade do fato punível, tal qual a proporcionalidade da pena.

3.4 Princípio da igualdade

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Nisto consiste o princípio da igualdade contemplado no art. 5º da CF. A indeterminação das medidas de segurança também ofende este fundamental princípio constitucional na medida em que confere um tratamento desigual ao imputável ou semi-imputável que necessita de tratamento, comparados com o imputável ou semi-imputável que não necessita de tratamento. É que quanto a estes últimos, toda intervenção estatal em sua liberdade é limitada ao tempo mas a mesma regra não ocorre em relação aos primeiros. Imaginemos duas pessoas autoras de um delito de furto, com a diferença de que uma delas é imputável e a outra imputável. A primeira sabe o tempo máximo do seu castigo, já o imputável ficará privado de sua liberdade até que “cesse sua periculosidade”. Fatos idênticos tratados discriminatoriamente. Para o imputável, absurdamente, a privação poderia ser até perpétua, em flagrante desrespeito ao princípio constitucional que proíbe a pena (e também a medida) perpétua no Brasil (CF, art. 5º, XLVII, *b*). Como já vimos, no entanto, pena e medidas devem estar cercadas das mesmas garantias, sobretudo das constitucionais. A proibição de pena perpétua vale também para a medida de segurança; a limitação do cumprimento máximo da pena prevista no art. 75 do CP vale também para as medidas de segurança. Tudo porque não pode haver tratamento discriminatório entre imputável e imputável.

3.5 Princípio da intervenção mínima

Sustentar, como estamos fazendo aqui, que as medidas de segurança indeterminadas quanto ao máximo de seu cumprimento violam a Constituição Federal, porque violam o Estado de Direito, o

princípio da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade, não significa, no entanto, que a medida em execução deva ser integralmente cumprida, até o limite máximo. É possível que antes desse marco, por perícia médica, se constate a cessação da periculosidade. Nesta hipótese, nos termos do art. 97, § 1º, do CP, cessa a medida e então impõe-se a desinternação ou liberação do agente. O que está contemplado neste preceito penal é o princípio da intervenção mínima, é dizer, “a duração da medida deverá ser a indispensável para eliminar a periculosidade criminal do condenado”. Em outras palavras, se advém a cura do internado ou do que está cumprindo tratamento ambulatorial antes do limite máximo de cumprimento da medida deve cessar a intervenção estatal na liberdade da pessoa. Toda atividade punitiva do Estado, aliás, deve ser guiada pelo referido princípio da intervenção mínima. Uma vez atingida a finalidade da sanção, deve cessar imediatamente o poder punitivo do Estado. Em conclusão: estabelecer um limite máximo para as medidas não implica exigir o seu cumprimento total até atingir tal limite. Isso já ocorre com a pena privativa de liberdade cuja execução admite suspensão (*sursis*) ou interrupção antes do final (livramento condicional).

3.6 Princípio de humanidade

Conforme o princípio de humanidade todas as sanções estatais devem ser executadas com o máximo respeito à dignidade da pessoa, isto é, devem ser humanas (*nulla poena sine humanitate*), devem respeitar ao máximo os direitos elementares da pessoa humana. Não importa se se trata de pena ou de medida de segurança: ambas devem ser executadas respeitando-se a dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da CF.

4. Fundamentos da indeterminação e suas críticas

Os que sustentam que as medidas de segurança devem ser indeterminadas no que respeita ao seu tempo máximo argumentam, em primeiro lugar, que o enfermo mental é diferente dos condenados imputáveis, por isso, tem que ser tratado de modo diferente. Este argumento, *data venia*, parte do pressuposto de que o enfermo mental é criminoso de pior qualidade que os demais criminosos. Cuida-se de tratamento discriminatório: tanto os imputáveis quanto os inimputáveis devem gozar dos mesmos direitos, como já ficou enfatizado. O enfermo mental, sobretudo em razão de sua incapacidade, deve merecer toda consideração e proteção e de modo nenhum justifica-se retirar-lhe o usufruto de todas as garantias do Estado de Direito. A preocupação de individualização (baseada em sua condição de inimputável) não pode sobrepassar o princípio da igualdade, da proporcionalidade e tantos outros decorrentes do sistema constitucional brasileiro. Argumenta-se, ademais, que a indeterminação se justifica porque há grande possibilidade de reincidência do enfermo mental, que é pessoa perigosa para a sociedade. Perigosos para a sociedade todos os criminosos são, sobretudo os violentos. O risco de reincidência existe tanto em relação ao imputável quanto ao inimputável. E não é maior o risco de liberação do inimputável (louco) comparado com o imputável: primeiro porque o inimputável recebe de fato tratamento curativo durante o cumprimento da medida; este tratamento de modo algum ocorre em relação ao imputável que cumpre sua pena em presídios que mais ensinam e estimulam que evitam a reincidência; em segundo lugar, do ponto de vista empírico, a reincidência parece ser inerente muito mais ao imputável que ao inimputável e, em ter-

ceiro lugar, terminado o prazo máximo de cumprimento da medida, caso ainda persista a enfermidade mental, nada impede que se dê por cessada a execução penal e se transfira imediatamente o enfermo para estabelecimento administrativo, continuando-se, assim, o tratamento, já, agora, sem falar em execução penal, sim, em providência puramente administrativa; quanto ao imputável como sabemos, concluída a pena ele tem que ser imediatamente liberado, ainda que perigoso seja. Em síntese, como diz Muñoz Conde, "o risco que a sociedade deve assumir em relação à reincidência dos inimputáveis é o mesmo que ela assume diariamente em relação aos que, havendo cumprido sua condenação no cárcere, saem em liberdade". Por último, consoante Bettiol, "estaria em contraste com o escopo das medidas mesmas fixar um termo máximo com antecedência, porque não é dado saber quanto poderá durar a periculosidade criminal". Em verdade, tudo que diz respeito ao juízo de periculosidade é extremamente inseguro: seja sua formulação, seja sua duração, seja sua cessação. Todos esses juízos são baseados em expectativas, suspeitas, crenças etc. Ora, se esses juízos não são confiáveis, exige o princípio da segurança jurídica, que é base do Estado de Direito, a fixação de um marco máximo seguro que limite a intervenção estatal na liberdade do homem. O correto, em suma, é acabar com a indeterminação máxima das medidas de segurança. Não é compatível com o Estado de Direito, declarado no art. 1º da CF, essa situação. O Código Penal, em conclusão, neste ponto, viola a Constituição Federal, contraria seus princípios fundamentais. A solução está em reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos penais que cuidam da indeterminação das medidas de segurança. Em consequência cabe a pergunta: Qual seria o limite temporal das medidas? Vejamos, a seguir.

5. Limites temporais das medidas de segurança

Conforme Quintero Olivares existem duas possibilidades de limitação das medidas de segurança: a) respeitar os limites mínimo e máximo da pena cominada; b) estabelecer um limite máximo, independentemente da pena cominada. A segunda hipótese é criticável, pois, normalmente, o limite máximo é superior à pena cominada e isso implica em “castigo maior” para a pessoa que está sujeita à medida, em flagrante desrespeito ao princípio da proporcionalidade. A primeira hipótese foi acolhida pela Proposta de Anteprojeto de Novo Código Penal espanhol de 1983 mas não se adapta ao Direito Positivo brasileiro, que estabeleceu um limite mínimo de um a três anos para as medidas (CP, art. 97, § 1º). No Brasil, assim, o mínimo de duração das medidas não observa o *quantum* cominado em cada fato punível, sim, o período do art. 97, § 1º. Qual a solução? No que respeita ao *mínimo*, de *lege data*, o período é o que acaba de ser citado (de um a três anos, que o juiz deve fixar tendo por base, sobretudo, a gravidade de fato e a periculosidade do agente). No que pertine ao *máximo* de duração da medida, temos que distinguir o semi-imputável do inimputável.

5.1 Semi-imputável

Em se tratando de *semi-imputável* o que se deve ter presente é que ele sempre sofre uma condenação, é dizer, pelo sistema do Código Penal (art. 98), primeiro o juiz lhe aplica pena, desde que provada sua culpabilidade, baseando-se nela; depois, caso o condenado necessite de especial tratamento curativo, “pode” (eu penso que deve) a pena ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial (art. 98). Com base na culpabilidade, o juiz estabelece a pena justa para o caso, conforme o necessário

para a reprovação e prevenção do crime (CP, art. 59). O *quantum* de pena fixada deve constituir o limite da intervenção estatal, seja a título de pena, seja a título de medida. Substituída a pena por medida de segurança, esta durará no máximo o tempo da condenação, não indeterminadamente como estabelece (injusta e inconstitucionalmente) nosso Código Penal. Cabe, assim, ao juiz, no momento de fixar a pena ao semi-imputável, atentar bem para os critérios de fixação da pena (art. 59) e, sobretudo, cabe-lhe ter consciência de que essa pena, caso seja substituída por medida, constituirá o limite máximo da intervenção estatal na liberdade do condenado. Essa é a solução que foi sugerida no Anteprojeto do Código Penal espanhol de 1983 e que, hoje, já é lei vigente, pois, em reforma posterior à publicação de tal anteprojeto, acolheu-a o legislador no art. 9º, n. 1. Admitir que a medida nesta hipótese seja indeterminada significa um clamoroso paradoxo: primeiro se fixa a pena limitada pela culpabilidade e se firma que na fase de execução esta pena tem por finalidade promover a reinserção ou integração social do condenado e, depois, se diz que, para alcançar essa finalidade, pela medida, é preciso que sua duração seja muito superior em gravidade e extensão. Até que ponto, indaga Muñoz Conde, isso não constitui uma burla às garantias jurídico-políticas e aos princípios limitadores de um Direito Penal liberal, no sentido de barreira infranqueável de que falava Liszt? Em que medida não estamos jogando com palavras, deixando o condenado indefeso? Em suma, não pode a medida de segurança para o semi-imputável durar mais tempo que a condenação imposta. Com isso, acaba-se com a “incerteza do tempo de duração da medida”, conforme expressão de Alberto Z. Toron, e uma vez que se comprove pericialmente que o semi-imputável necessita de tratamento não há outra alternativa senão subs-

tituir a pena pela medida (isso nada mais significa que o cumprimento do princípio da individualização, de origem constitucional — CF, art. 5º, XLVI). Uma vez admitindo que a medida de segurança para o semi-imputável está limitada à pena fixada (e substituída), nenhum receio deve ter a defesa de invocar a debilidade mental do acusado. Liquida-se, assim, de uma vez por todas, com a estratégia de alguns defensores que não invocam (nem sequer fazem questão de ventilar) a enfermidade mental do acusado, com receio de que a medida (sendo indeterminada) venha em prejuízo dele. O correto, creio, é admitir que a medida está limitada pelo tempo da sentença e esperar que a defesa não tenha receio de invocar a possível enfermidade mental do acusado, pois, assim, a reação penal será a adequada, em benefício do próprio condenado (somente assim, aliás, cumpre-se o princípio da individualização da pena ou medida).

5.2 *Inimputável*

No que respeita aos inimputáveis a questão é mais complexa porque eles não são condenados, pelo contrário, absolvidos, e com isso não se pronuncia uma sentença que precise a duração da privação da liberdade. Impõe-se, assim, a adoção de outro critério para o estabe-

lecimento do limite máximo da medida que lhe será aplicada. E o que surge como o mais adequado é "o marco máximo da pena imponible (não da pena imposta que não existe) ao delito cometido". Isso, aliás, é o que foi sugerido na Proposta de Anteprojeto de Novo Código Penal espanhol. Em suma, para o inimputável, a medida não pode ultrapassar a pena máxima cominada ao delito. Justifica-se essa exigência em razão da segurança jurídica que é um direito de todos num Estado de Direito, em razão do princípio da legalidade (o autor do fato punível tem o direito de saber, antecipadamente, qual o limite máximo da privação de sua liberdade) e em razão do princípio da igualdade (não se pode fazer do inimputável uma pessoa de pior condição que as demais). E se transcorrido o lapso temporal máximo o agente não foi curado, é dizer, e se ainda persiste a periculosidade? De qualquer modo a execução penal tem que ter um fim, pois o contrário seria admitir a privação perpétua da liberdade, que é proibida pela Constituição Federal. Toda execução penal tem que ter um limite; todo poder-dever de punir do Estado tem que ter um fim. O que se pode fazer nesta hipótese é transferir o inimputável perigoso de estabelecimento, passando sua internação a ter caráter administrativo, já não a natureza penal.