



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Inconstitucionalidade da aplicação das medidas de segurança por prazo indeterminado

Isabela Moreira Martins

Rio de Janeiro
2013

ISABELA MOREIRA MARTINS

A Inconstitucionalidade da aplicação das medidas de segurança por prazo indeterminado.

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como Exigência para obtenção do título de Pós-Graduação

Orientadores:

Prof^a Néli Fetzner

Prof^a Mônica Areal

Prof. Nelson Tavares

A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA POR PRAZO INDETERMINADO.

Isabela Moreira Martins

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada associada do escritório de advocacia Rodrigues Alves Advogados Associados.

Resumo: Para ser configurada a prática de crime é necessário que o fato seja considerado como típico, antijurídico e culpável. Dentro deste último elemento, a culpabilidade, está incluída a imputabilidade penal, considerada como a capacidade do agente, ao tempo da ação ou omissão, de conceituar a natureza da sua ação. Aos agentes considerados como inimputáveis são aplicadas medidas de segurança, que, segundo a doutrina, visam readaptar o indivíduo para convivência harmoniosa e pacífica na sociedade, sem que, para tanto, haja um prazo de duração, como prevê o Código Penal para o cumprimento das penas. Até que ponto possui o Estado o poder de intervir na vida privada a fim de fazer cumprir normas cogentes. Até que ponto pode se impor o cumprimento de uma medida *ad eternum*.

Palavras – chaves: Inimputabilidade Penal. Medidas de Segurança. Prazo de Duração. Afronta aos Direitos e Garantias Constitucionais.

Sumário: Introdução. 1- Conceito de Inimputabilidade Penal. 2- As Medidas de Segurança. 3- Diferença doutrinária entre as penas e as medidas de segurança. 4- Afronta aos Direitos e Garantias Fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho, ora apresentado, visa a debater, em sede acadêmica, a constitucionalidade da aplicação das medidas de segurança, especialmente aos inimputáveis por doença mental, por tempo indeterminado, o que vem sendo

questionado há muito tempo por diversos jurisdicionalistas dentro do ordenamento jurídico.

A repulsa à prática de fato considerado como crime, ou como bem conceituado pela doutrina e legislação atualmente vigentes, fato típico antijurídico e culpável, pelo Estado, desde a organização dos seres humanos em sociedade, visa, acima de tudo, assegurar a convivência pacífica e harmônica entre todos.

Dessa forma, é outorgado ao Estado o poder de interferir na esfera privada, restringindo do indivíduo, praticante de conduta considerada como delituosa, um dos seus bens mais preciosos, a liberdade.

Mas como punir a prática de conduta típica e antijurídica por aqueles considerados como inimputáveis, ou seja, aqueles que no momento da prática não possuíam a capacidade mental de distinguir a sua ilicitude.

O Código Penal prevê aos inimputáveis, e aos semi imputáveis, a aplicação de medidas de segurança, que, obviamente, visam não somente assegurar o caráter punitivo – pedagógico da sanção, como também ressocializar o agente, visando a convivência em sociedade.

O Código Penal não fez previsão de forma taxativa sobre o prazo de duração das medidas, apenas assevera que estas persistirão enquanto não restar caracterizado, mediante perícia médica, que a periculosidade do agente cessou.

A conclusão lógica é de que o dispositivo certamente viola os direitos e garantias fundamentais do agente inimputável, pois além de lhe ser imputada verdadeira sanção, sem que haja previamente fixado o prazo de duração, fato que viola a ampla defesa, esta medida possui, mesmo que implicitamente, caráter perpétuo.

Inquestionável é que no Brasil não existe a imposição de penas com caráter perpétuo, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXVII, alínea b) da Constituição da República Federativa do Brasil, seguindo esse viés de raciocínio, seria Inconstitucional a possibilidade de se impor ao inimputável medida de segurança sem prazo de duração.

1- CONCEITO DE INIMPUTABILIDADE PENAL – CRITÉRIO ADOTADO PELO CÓDIGO PENAL E INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE NO PROCESSO PENAL

A partir da reforma penal de 1984 os condenados imputáveis não mais estão sujeitos a aplicação da medida de segurança, pois passaram a ser considerados como inimputáveis, ou isentos de pena, de acordo com o artigo 26 do Código Penal.

Os inimputáveis são os agentes que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado ao tempo da ação ou da omissão eram inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do ato ou, de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Três são os critérios que buscam definir a inimputabilidade:

- a) Critério biológico;
- b) Critério psicológico;
- c) Critério biopsicológico ou misto.

De acordo com o critério biológico, a inimputabilidade decorre da simples presença de causa mental deficiente. Não há qualquer indagação psicológica a respeito da capacidade de autodeterminação do agente. Estando presente uma das causas mentais deficientes (doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior), exclui-se a

imputabilidade penal, ainda que o agente tenha se mostrado lúcido no momento da prática do crime.

Conforme o critério psicológico, a inimputabilidade só ocorre quando o agente, ao tempo do crime, encontra-se privado de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento. Neste sistema, não há necessidade que a incapacidade de entender ou querer derive de uma causa mental preexistente.

Finalmente para o critério biopsicológico, ou misto, adotado pelo Código Penal, a inimputabilidade decorre da junção dos dois critérios anteriores. Sendo inimputável o sujeito que ao tempo do crime, apresenta uma causa mental deficiente.

Poderá, ainda, o exame ser ordenado na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente, segundo o disposto no art.149, § 1º, do CPP. Nota-se que em todos os casos é o juiz quem determina a instauração do incidente.

Se for determinada de ofício, o juiz despachará, nos autos principais, nomeando curador (que pode ser o próprio defensor) ao réu ou indiciado e, em seguida, baixará portaria, determinando o exame e nomeando dois peritos de sua confiança.

Para ser averiguada a inimputabilidade, dentro do processo penal, é necessária a abertura de incidente, consistente no exame médico legal do acusado pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado.

Cabe ainda dizer que, sendo deferido o exame, o juiz ordenará a suspensão da ação principal, embora devam ser realizadas diligências, que possam ficar prejudicadas pelo adiamento, como por exemplo, a oitiva de testemunhas enfermas.

Deve-se atentar para o fato de que, durante esta suspensão, o prazo prescricional flui normalmente.

Reconhecida a inimputabilidade penal do acusado, o juiz deverá proferir sentença absolutória, na forma do artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal.

Para parte da doutrina a sentença absolutória, aplicada ao inimputável por doença mental, é considerada como absolutória imprópria, pois lhe será aplicada a medida de segurança, nesse sentido é de suma importância destacar as palavras de Tourinho Filho¹ sobre o tema:

Imponiendole por ello una pena a uma medida de seguridad (cf. Derecho mexicano, p. 458). Entretanto, no nosso Código, ela se insere entre as absolutórias, mas a doutrina, sem perdoar o legislador, prefere denominá-la sentença absolutória imprópria, para distingui-la da genuína absolutória, pela qual se desacolhe a pretensão punitiva deduzida na peça acusatória, sem que possa o juiz, sequer, aplicar medida de segurança.

Desta forma, caracterizada está, pelo próprio sistema penal e processual penal, a similitude entre as penas propriamente ditas e as medidas de segurança, na medida em que ambas são aplicadas por intermédio da sentença, como será analisado em capítulo posterior.

¹TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Manual de Processo Penal*. 16 . ed, ver., atual. e ampl. São Paulo: 2013, p. 207.

2- AS MEDIDAS DE SEGURANÇA – PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO, ESPÉCIES E PREVISÃO LEGAL.

As medidas de segurança estão previstas no artigo 96 do Código Penal, são aplicadas, em regra, ao inimputável que houver praticado uma conduta típica e ilícita, porém, não culpável.

Há duas espécies de medidas de segurança em nosso ordenamento jurídico e são consistentes na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta desses, em outro estabelecimento adequado; e na sujeição a tratamento ambulatorial.

Os pressupostos, ou requisitos para aplicação são:

- A. A prática de fato punível, ou um ilícito típico. Para Cezar Roberto Bitencourt² “a presença e excludentes de criminalidade ou de culpabilidade e a ausência de prova impedem a aplicação de medida de segurança.”
- B. A periculosidade do agente, sendo essa definida como um estado subjetivo duradouro de antissociabilidade.
- C. A ausência de imputabilidade plena. Ao agente imputável somente será aplicada pena; ao semi-imputável, excepcionalmente, poderá ser aplicada medida de segurança, caso reste comprovado que necessita de tratamento curativo.

² BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 16 ed. São Paulo: 2011, p. 95.

Presentes os pressupostos, para que seja definida à qual espécie de medida de segurança será submetido o agente deverá ser analisada, ainda, a natureza da pena privativa de liberdade aplicada ao crime praticado.

Obviamente será necessário, ao magistrado, avaliar caso a caso, as condições pessoais do agente, a fim de que seja constatada a compatibilidade com a medida a ser adotada.

A medida de segurança, consistente em internação, denominada de detentiva, é considerada como regra, e será cumprida em Hospital de Custódia e tratamento psiquiátrico ou estabelecimento adequado.

Já a medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial, e denominada de restritiva, será realizado, de igual forma, em Hospital de custódia ou tratamento, mas, na sua falta, em local com dependência médica adequada, nos termos do artigo 101 da Lei de Execução Penal.

A partir da análise da legislação atualmente vigente se verifica que ao proferir a sentença que absolver o agente, aplicando-lhe, por via de consequência, a medida de segurança, o magistrado irá optar pela medida que mais seja adequada ao caso, de acordo com o artigo 97 do Código Penal.

Obviamente que nesses casos o livre convencimento do Magistrado estará muito mais restrito ao exame pericial elaborado, a fim de saber se o agente é inimputável e qual o grau de periculosidade.

É importante destacar que no passar dos anos os médicos tendem a optar pela não internação do agente inimputável, e que esta deve ser sempre a última medida a ser adotada, nos casos reputados mais graves, quando o convívio com os seus familiares ou com a própria sociedade torna-se perigoso para todos.

Esse posicionamento, certamente adotado pela corrente doutrinária Garantista, de fato visa a proteger o agente inimputável, pois é notório o fato de o Brasil não possuir sistema próprio e adequado para que seja fornecido tratamento àquele que

necessita, e tal fato, para parte da jurisprudência pode, até mesmo, caracterizar constrangimento ilegal.

Nesse sentido se posicionou o Tribunal de Justiça de São Paulo, durante o julgamento do HC distribuído sob o n. 0027806-30.2011.8.26.0000:

Compete ao Estado fornecer ao inimputável a assistência compatível com a medida de segurança aplicada, resguardando-lhe os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e à sua condição social, inclusive fornecendo-lhe a assistência à saúde para correção de disfunção de comportamento. Daí porque constitui constrangimento ilegal a manutenção do inimputável em Centro de Detenção Provisória por mais de três anos.³

Transitada em julgado a sentença que fixar a medida de segurança será determinada a expedição de guia para a execução pela autoridade judiciária à autoridade administrativa, incumbida da referida execução.

Isto porque o procedimento a ser adotado é previsto na Lei de Execução Penal, que determina a necessidade de expedição da guia para execução, pela autoridade judiciária, tendo em vista que ninguém poderá ser internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou ser submetido a tratamento ambulatorial sem a adoção do referido.

Ao término da duração da medida de segurança pode se falar em suspensão e extinção da medida, sendo que a suspensão estará sempre condicionada ao transcurso de um ano de liberação ou desinternação, sem a prática de fato que indique a persistência da periculosidade. Somente após o transcurso do referido prazo poderá se dizer que a medida estará completamente extinta ou revogada.

³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel.Juiz Willian Campos. Julgado em 03 maio 2011. Publicado no DJE em 06 maio 2011.

3- SIMILITUDE DOUTRINÁRIA ENTRE AS PENAS E AS MEDIDAS DE SEGURANÇA – ESPÉCIES DO GÊNERO SANÇÃO PENAL

Para que seja questionada a constitucionalidade da aplicação das medidas de segurança, sem prazo de duração, é necessário, previamente, estabelecer se de fato, como conceituado por parte da doutrina, estas são modalidade de sanção penal.

Existem em nosso ordenamento jurídico, de acordo com o Código Penal atualmente vigente, três espécies de pena: as penas privativas de liberdade, as restritivas de direito e as de multa.

As penas, corpóreas, podem se traduzir em privativas de liberdade ou restritivas de direitos, modalidade na qual, de fato, se enquadram as medidas de segurança.

Isto porque se for aplicada na modalidade de internação estará sendo privada a liberdade do agente inimputável; se for aplicada na modalidade de tratamento ambulatorial o que estará sendo restringido é o direito do agente de livremente se locomover, devendo, obviamente, neste caso, observar certas imposições legais.

A fim de corroborar a assertiva da similitude entre ambas, é de suma importância a análise dos critérios finalísticos, inerentes à aplicação da pena.

Para parte da doutrina, dentre eles Cezar Roberto Bitencourt⁴, as penas têm caráter retributivo – preventivo, e um dos fundamentos para sua aplicação é a culpabilidade, sendo aplicadas por prazo determinado aos imputáveis e semi – imputáveis, ao contrário das medidas de segurança.

⁴BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: 2011, p. 105.

As medidas de segurança, de fato, também denotam caráter retributivo – preventivo, na medida em que visam retribuir ao agente uma forma de penalidade pela prática do fato, bem como visam a prevenir que ele não mais cometa tal prática, seja porque se encontra sob custódia, seja porque ao término da internação deverá estar completamente reabilitado para o convívio na sociedade.

Mais uma similitude entre as penas e as medidas de segurança, que deverá ser ressaltada, é o momento da sua extinção. Após comprovada pericialmente a cessação da periculosidade do agente, o Juiz da execução determinará a revogação da medida, com a desinternação, ou liberação, em caráter provisório, aplicando as condições próprias do livramento condicional, na forma em que dispõe o artigo 178 da LEP.

Como bem mencionado, muitas são as similitudes entre as medidas de segurança e as penas, propriamente ditas. Sendo que, deve ser asseverado, ainda, que impor ao inimputável uma medida sem prazo de duração, a fim de que ele esteja completamente à mercê do Estado violará uma das finalidades básicas do Direito Penal, ao ser analisado como *última ratio*.

Seguindo esse posicionamento, Munoz Conde⁵:

A prisão perpétua se constitui, hoje, em muitos ordenamentos jurídicos, como a reação social punitiva mais grave que legalmente se pode impor ao autor de um delito. De fato, constitui uma morte em vida e pode produzir o mesmo ou um maior grau de afluência que a pena de morte. Seu principal inconveniente para o sistema penitenciário é que é incompatível com a ressocialização e, portanto, torna-se desnecessária qualquer intervenção ou tratamento do condenado, pois, em princípio, faça, faça este o que fizer, mostre ou não sinais de arrependimento pelo delito em virtude do qual fora condenado, modifique ou não sua conduta e seu sistema de valores, seguirá encerrado até que morra.

⁵CONDE, Francisco Mnoiz. *Teoria Geral do Delito*. 2 ed. São Paulo. Jurua: 2004, p. 320.

Há de ser asseverado, ainda, conforme será analisado no capítulo posterior, que o caráter retributivo da pena deverá sempre ser mitigado, em respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pela simples necessidade de reintegração social do apenado à sociedade.

Nesse sentido pode ser analisado o voto da Desembargadora Ramza Tartuce do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶, durante o julgamento do HC 26.552:

É certo, ainda, que o caráter retributivo da pena, como uma forma de exemplo social, não deve ser esquecido. Deve, entretanto, ser mitigado pela necessidade de reintegração social do condenado em respeito à dignidade da pessoa humana e, até porque, não há em nosso país, nos tempos de paz, penas perpétuas ou capitais, do que se infere a certeza do retorno do condenado ao seio social, situação para a qual deve ser preparado da melhor forma possível.

Dessa forma, conforme analisado, não há como negar a similitude existente entre as espécies de pena, propriamente ditas, e as medidas de segurança, com a finalidade de se asseverar que a aplicação dessas deverá observar estritamente todas as disposições inerentes ao condenado imputável.

4- PRAZO DE DURAÇÃO – VIOLAÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A partir de simples análise doutrinária e jurisprudencial é de se concluir que a aplicação das medidas de segurança, por prazo indeterminado viola os direitos e garantias fundamentais, inseridos na Constituição Federativa.

⁶BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Des. Ramza Tartuce. Julgado em 11 janeiro 2007. Publicado no DJE em 17 janeiro 2007.

Para se chegar à referida conclusão, além dos parâmetros anteriormente adotados, como o as espécies de pena e o conceito de crime a ser aplicado, para tanto, é de suma importância ressaltar a forma interpretativa Constitucional, já que não há vedação expressa sobre a impossibilidade de aplicação das medidas de segurança por prazo indeterminado.

Dentre os métodos modernos da interpretação Constitucional há que ser adotado, no caso tela, o método tópico – problemático desenvolvido por Theodor Viehweg.

O referido método é deduzido a partir do caráter prático da interpretação constitucional, pois procura resolver os problemas concretos, e do caráter aberto, fragmentário ou indeterminado das normas constitucionais, isto é, necessitam de concretização, na qual é conferida ao intérprete a liberdade para obtenção da solução mais adequada.

É de suma importância ressaltar que boa parte da doutrina não admite essa linha interpretativa, por simplesmente compreender que as medidas de segurança não são espécies de sanção penal, já que os inimputáveis não praticariam crime, diante da ausência de um dos elementos do crime, qual seja a culpabilidade.

Nesse ponto, o conceito de crime a ser adotado, e que melhor se enquadra na situação hipotética é o conceito bipartite analítico de crime, adotado por Damásio de Jesus, Júlio Mirabete e Celso Delmanto, que compreendem que o crime, sob o aspecto formal é um fato típico e antijurídico, e a culpabilidade seria apenas um pressuposto para aplicação da pena.

Dessa forma, de fato o inimputável pratica fato típico e antijurídico, porém, dada a inimputabilidade penal, consubstanciada na ausência de discernimento do sujeito no momento da prática da conduta da sua ilicitude, não lhe será aplicada a pena prevista no tipo penal, mas a medida de segurança adequada ao caso tela.

Contudo, apesar da divergência apontada, seguindo essa linha de raciocínio, caberá ao legislador infra-constitucional, a partir da análise do caso concreto, interpretar a norma imposta a fim de que seja encontrada a solução mais adequada ao caso tela.

Obviamente, a solução que se demonstra mais adequada é que seja considerada como inconstitucional a aplicação das medidas de segurança por prazo indeterminado, que se consubstanciam em internação ou tratamento ambulatorial, na forma do artigo 96 do Código Penal.

Há de ser asseverado, ainda, que a Lei de Introdução as normas do Direito Brasileiro, 12376/10, em seu artigo 4º, prevê que o Magistrado poderá, sendo esse um dever- poder, decidir conforme a analogia, quando houver lacuna na legislação.

Como conceituado por parte da doutrina, dentre eles Basileu Garcia, as medidas de segurança não se traduzem como castigo, são impostas como forma de prestar ao agente uma assistência reabilitadora e como meio de cura do indivíduo, para que possa se readaptar a coletividade.

Ocorre que o Código Penal prevê em seu artigo 97, parágrafo primeiro, que a internação, ou o tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, devendo perdurar enquanto não for averiguado, através de perícia médica que a periculosidade do agente tenha cessado e, por muitas vezes, é mantida até que o agente morra.

Há apenas previsão para duração do prazo mínimo de duração das medidas de segurança, que deverá ser de um a três anos e, após o decurso do referido prazo, deverá ser realizada nova perícia médica, que será renovada anualmente ou quando determinar o juiz da execução.

Nos casos em que se verificar que a internação não está solucionando o problema mental do inimputável poderá ele ser desinternado, passando-se para o tratamento ambulatorial.

A Constituição da República não recepcionou a previsão legal de aplicação da medida de segurança por prazo indeterminado, já que o artigo 97, parágrafo primeiro do Código Penal afronta diretamente o artigo 5º, inciso LXVII, alínea b) da Constituição da República Federativa do Brasil.

Isto porque se trata de garantia fundamental, aplicada através de um Princípio Constitucional, assegurado, ainda, como cláusula pétrea; o que traduz ser ele impassível de modificação através do Poder Constituinte Derivado, consubstanciado nas emendas à Constituição, que na República Federativa do Brasil não serão admissíveis a aplicação de penas com caráter perpétuo.

Os Princípios Constitucionais, extraídos de enunciados normativos, prevêm os valores que influenciam a ordem jurídica, com a finalidade de informar as atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das regras e, em caso de eventual colisão entre os princípios, obviamente, conforme já relatado anteriormente, deverá ser adotado o critério da ponderação, com a prevalência de algum princípio em detrimento de outro.

Para Guilherme Pena de Moraes⁷:

Os princípios fundamentais são sínteses de normas constitucionais, que a eles podem ser direta ou indiretamente reconduzidas, com o objetivo de organizar o Estado. É dizer, na clássica doutrina de Afonso Arinos de Melo Franco, “formam o trinômio de atributos essenciais do Estado Brasileiro: a democracia, a república e a federação”.

⁷MORAES. Guilherme Pena. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: 2013, p. 95.

Há ainda que ser ressaltada a violação ao Princípio da Reserva Legal, insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil, afinal, é direito de todo cidadão saber, antecipadamente, a natureza e a duração das sanções penais a que estará submetido caso viole a ordem jurídico – penal.

Nesse sentido a Jurisprudência:

HC 250717 / SP. HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. INIMPUTÁVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA (TRATAMENTO AMBULATORIAL), PELO PRAZO MÍNIMO DE 01 (UM) ANO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO AO MÁXIMO DA PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA, NA HIPÓTESE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 97, § 1.º, consonância com os princípios da isonomia e da proporcionalidade. Assim, o tempo de

cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente e cominada ao delito perpetrado, bem como ao máximo de 30 (trinta) anos. Precedentes.

2. Na hipótese, o Juízo de primeiro grau proferiu sentença absolutória imprópria, aplicando à Paciente medida segurança, consistente em tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 01 (um)

ano. Considerando que, nesse caso, a prescrição é regulada pelo máximo da pena abstratamente cominada ao delito, não se verifica a extinção da punibilidade estatal, a teor do art. 155, caput, c.c. o art. 109, inciso IV, ambos do Código Penal.

3. Ordem de habeas corpus denegada.

Por toda a exposição, caracterizado está que a ausência de previsão para o prazo máximo de duração das medidas de segurança viola os direitos e garantias fundamentais do inimputável, o que há de se afirmar que existe lacuna na lei ordinária, qual seja, o Código Penal.

E, apesar de ainda haver controvérsia, a maioria da doutrina e jurisprudência é uníssona no sentido de que aquela deverá perdurar pelo prazo máximo imposto à pena cominada para o crime praticado.

A problemática desenvolvida pode simplesmente ser resolvida através de nova reforma ao Código Penal, já que a limitação imposta pela Constituição da República, no tocante a alteração dos direitos e garantias fundamentais nela inseridas, já que são considerados tais direitos como cláusulas pétreas, isto significa, que não será possível que a Constituição seja emendada a fim de aboli-los, conforme dispõe o artigo 60, §4 da Carta Magna é, segundo entendimento jurisprudencial, apenas no tocante a que tais direitos não possam ser suprimidos.

As referidas limitações são denominadas materiais, pois inibem a reforma constitucional sobre determinadas materiais, sendo os direitos e garantias fundamentais, matérias explícitas no referido artigo.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso buscou questionar a inconstitucionalidade da aplicação das medidas de segurança por prazo indeterminado.

Antes de se adentrar ao debate central, diretamente, fora necessário realizar a conceituação de inimputável, que segundo o Código Penal, pelo critério adotado, o biopsicológico, ou misto, o qual decorre da junção de dois critérios: do biológico, sendo

que a inimputabilidade decorre da simples presença de causa mental deficiente e do psicológico, para o qual a inimputabilidade só ocorre quando o agente, ao tempo do crime, encontra-se privado de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento.

Posteriormente, fora necessária a análise de diversos requisitos, dentre os quais o enquadramento da medida de segurança, aplicada somente aos inimputáveis, como forma de sanção penal, na medida em que poderiam se traduzir em privativas de liberdade, caracterizando, desta forma, a internação, e em restritiva de liberdade, caracterizando o tratamento ambulatorial.

A comparação realizada, de natureza estritamente acadêmica, visou acima de tudo a criação da problemática de que a aplicação das medidas de segurança, por prazo indeterminado é inconstitucional, na medida em que é vedada a aplicação das penas por prazo indeterminado.

Fora necessário, ainda, ao contrário do que assevera parte da maioria da doutrina, aplicação do conceito bipartite de crime, a fim de que seja excluída a culpabilidade e sendo essa considerada como um pressuposto para aplicação da pena.

Isto porque, caso fosse utilizado o conceito tripartite de crime, a culpabilidade seria integrante de um dos seus elementos e, o inimputável de forma alguma praticaria crime, sendo, por via de consequência, sujeito as medidas de segurança que não estariam sujeitas às mesmas limitações legais das penas.

Após a referida construção, analisada sob o método tópico – problemático da Constituição, fora possível se chegar a conclusão de que a aplicação da medida de segurança, sob o enfoque especial, aos inimputáveis por doença mental, viola de forma direta os direitos e garantias fundamentais, inerentes a todo indivíduo.

Afinal, não há estipulação para o seu prazo de duração, sendo certo, que, impor ao inimputável por doença mental uma medida de segurança sem prévio prazo estabelecido equivalerá a uma prisão perpétua.

E, para dirimir o conflito existente, já que há verdadeira lacuna na lei ordinária, Código Penal, e apesar de haver controvérsia, ainda, sobre o tema, a doutrina

e a jurisprudência são majoritárias no sentido de que a medida de segurança não poderá ultrapassar o prazo máximo da pena estipulada para o crime praticado.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DE MORAES, Guilherme Pena. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Manual de Processo Penal*. 16. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.