

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA MEDIDA DE SEGURANÇA: UMA VIA DE MÃO ÚNICA

Humberto Fernandes de Moura*

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a substituição do cumprimento de pena por medida de segurança prevista no artigo 66, inciso V alínea “d” da Lei n.º 7210/84 – A Lei de Execução Penal (LEP). A definição do limite máximo de cumprimento da medida de segurança e também de seu limite mínimo em razão da substituição da pena são os pontos centrais do debate. Isso porque as regras de cumprimento da medida de segurança e da pena são diferentes e será analisado se tal substituição pode vir a prejudicar a situação jurídica do condenado.

Palavras-chave: Pena. Medida de segurança. Substituição. limites máximo e mínimo.

Não é demais lembrar que, após a reforma de 1984, o direito penal brasileiro adotou o sistema vicariante, consistente no fato de que, reconhecendo o juiz que um imputável cometeu um fato típico ilícito e culpável, deve impor pena, mas, caso reconheça a mesma situação jurídica cometida por um inimputável, deve o juiz “prescrever” medida de segurança.¹

*Procurador Federal, Pós Graduado em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor do Centro Universitário de Brasília.

¹ [...] não é exato dizer que, quanto aos inimputáveis, o juízo de culpabilidade é substituído pelo juízo de periculosidade. Sim, porque em favor do inimputável

Apesar de o STF entender que medida de segurança é espécie de sanção penal² e de que doutrina abalizada nega qualquer diferença ontológica entre medida de segurança e pena³, o fato é que as regras de cumprimento da pena se diferem das regras de cumprimento da medida de segurança. Por outro lado, certas situações devem ser analisadas com cuidado, a exemplo da previsão constante do artigo 66, inciso V, alínea “d” da Lei de Execução Penal (LEP), que atribui ao juiz da execução a competência para “a aplicação da medida de segurança, bem como a **substituição da pena por medida de segurança;**” (grifo do autor)

A aplicação do mencionado artigo restringe-se ao caso de superveniência da doença mental no curso da execução da pena, dado que ao juiz da execução não é possível reconhecer a inimputabilidade do condenado ao tempo do crime. Assim, sobrevivendo a doença mental no curso da execução, o juiz terá diante de si duas possibilidades: ou transfere o condenado para o hospital psiquiátrico nos termos no artigo 108 da Lei de Execução penal e artigo 41 do Código Penal, para que, lá, cumpra a pena, ou

militam também, além das excludentes de tipicidade e ilicitude, todas as causas de exclusão de culpabilidade, bem como causas extintivas de punibilidade (prescrição, decadência), conforme prevê o art. 96, parágrafo único, do Código. Ora, se isso é certo, segue-se que a só periculosidade não é bastante, evidentemente, para ensejar a aplicação de medida de segurança, pois hão de concorrer, para tanto, todos os pressupostos da punibilidade, já que são inadmissíveis medidas pré-delituais. Se, no entanto, os inimputáveis ficam sujeitos, não à pena, mas à medida de segurança, é porque assim recomenda o princípio da proporcionalidade (adequação), pois sentido algum faria enclausurá-los numa penitenciária (...) Conclusivamente, distinção ontológica alguma há entre penas e medidas de segurança, pois ambas perseguem, essencialmente, os mesmos fins e supõem o concurso de idênticos pressupostos de punibilidade: fato típico, ilícito, culpável e punível. A distinção reside, portanto, unicamente nas conseqüências: os imputáveis estão sujeitos à pena e os inimputáveis, à medida de segurança, atendendo-se a critério de pura conveniência político-criminal ou de adequação. QUEIROZ, Paulo de Souza. Penas e medidas de segurança se distinguem realmente? *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.12, n.147, p. 15-16, fev. 2005.

² RHC 86888, rel. Eros Grau, dj. 02.02.2005

³ QUEIROZ, Paulo de Souza. Penas e medidas de segurança se distinguem realmente? *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.12, n.147, p. 15-16, fev. 2005.

substitui a pena por medida de segurança nos termos do artigo 66, inciso V, alínea “d”, e do artigo 183 da LEP.

A diferença entre a mera transferência para hospital psiquiátrico e a efetiva substituição da pena por medida de segurança está no fato de que, substituída a pena por medida de segurança, tal substituição é definitiva⁴, ou seja, nos termos do autor “a conversão é irreversível, ao contrário do que ocorre com a simples transferência”.

Talvez, por essa dura consequência é que recomenda o autor: “a conversão somente se justifica quando se trata de doença mental ou perturbação mental sérias. Na hipótese de ser transitória a doença ou a perturbação, recomendável é a simples transferência para, somente depois, de posse do resultado dos exames, determinar a conversão⁵”.

Questiona-se na doutrina se, convertida a pena nos termos do artigo 66, inciso V, alínea “d” da LEP, haveria algum limite temporal para a medida de segurança ou a sua imposição duraria até que se cessasse a periculosidade, mesmo que ultrapassando a pena anteriormente imposta? Ou seja, se a sentença fixou a pena de 6 anos, mas sobreveio doença mental e a pena fora convertida em medida de segurança no segundo ano, o condenado poderia ficar submetido à medida de segurança por tempo superior ao tempo originariamente imposto pela condenação?

O STF já decidiu que, mesmo quando a medida de segurança é imposta pelo juiz sentenciante, não poderá durar além dos 30 anos, dando aplicação analógica ao artigo 75 do Código Penal. Todavia, no caso em que a imposição da medida de segurança for fruto de substituição da pena privativa de liberdade, a doutrina caminha no sentido de que a medida de segurança

⁴ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal*. 11. ed, São Paulo: Atlas, 2003.

⁵ *Ibidem*.

não pode ter duração superior ao tempo restante da pena, uma vez que não se pode impor situação mais gravosa ao condenado⁶.

Daí vem a seguinte questão: e se sobrevier substituição da pena por medida de segurança, mas, antes de alcançar-se o tempo originariamente imposto a título de pena, cesse a periculosidade do agente, o que fazer? Volta-se a cumprir pena ou aplicam-se as disposições relativas à medida de segurança?

No caso, lembrando os ensinamentos de Mirabete, já citados, se, ao invés de substituir a pena por medida de segurança, o juiz da execução resolvesse transferir o condenado para hospital psiquiátrico, a cessação da periculosidade autorizaria o cômputo do tempo de internação no total da pena originariamente imposta, e o condenado cumpriria o restante da pena.

Ocorre que a substituição da pena por medida de segurança tem caráter definitivo, ou seja, substituída a pena por medida de segurança no curso da execução, mas cessada a periculosidade antes do período a que fora condenado originariamente, não há mais que se falar no retorno para

⁶ Se, no curso da execução da pena, houver a substituição por medida de segurança, a duração está limitada à pena imposta da sentença condenatória transitada em julgado, em respeito à coisa julgada, descontando-se o período de resgate da pena. Nesse sentido, se lhe foi imposta uma pena de 06 (seis) anos, estando o sentenciado em cumprimento de pena, tendo já resgatado dois anos da referida sanção, somente poderá ser submetido a uma medida de segurança pelo prazo de 04 (quatro) anos. SOUZA, Lara Gomides de. *O caráter perpétuo das medidas de segurança*.

Disponível em:

<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060809115009620&mode=print>.

No mesmo sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 297 assevera: “(...) se o réu foi condenado por ter sido considerado imputável à época, recebendo reprimenda cabível, por tempo determinado, não pode ficar o resto dos seus dias submetido a uma medida de segurança. Assim, terminada a sua pena, estando ele em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, deve ser colocado a disposição do Juízo civil, tal como acontece com qualquer pessoa acometida de uma enfermidade mental incurável”.

cumprimento do restante da pena, uma vez que o condenado terá direito à liberdade, aplicando-se a regra do artigo 97§3º do Código Penal⁷.

Nota-se, todavia, que a presente conclusão não é a mesma de Nucci, o qual entende que “o caminho natural para evitar qualquer subterfúgio é converter a pena em medida de segurança, mas melhorando o condenado, torna a cumprir sua pena, havendo, portanto, reconversão. Outra solução implicaria abuso. (...) o Direito espanhol disciplinou tal situação expressamente, prevendo a possibilidade de haver a reconversão (art. 60, Código Penal)”

Data maxima venia, entende-se que, por mais que a situação possa aparentar um abuso, o fato é que a questão não mereceu, no Direito brasileiro, o tratamento a que se reporta Nucci. Muito pelo contrário, pela análise feita, há, na verdade, a completa omissão legislativa sobre o tema, pois, quando a LEP trata no seu artigo 66, V, alínea “f”, da competência do juiz da execução para a desinternação e o restabelecimento da situação anterior, o restabelecimento a que se reporta a Lei diz respeito, única e exclusivamente, à hipótese de que o desinternado venha praticar fato indicativo de persistência de sua periculosidade, o que autorizaria o restabelecimento da medida de segurança (Art. 97§3º do Código Penal). Assim, não trata a lei do restabelecimento da pena originariamente imposta, não trata a lei da possibilidade de reconversão da medida de segurança em pena. Com isso, constatada a omissão legislativa sobre o tema ora em debate, o caso deve ser resolvido sempre em favor do condenado, pelo princípio do *favor rei*.

Além disso, registre-se que a única hipótese de substituição entre pena e medida de segurança é via de mão única, qual seja, a

⁷ § 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

substituição da pena por medida de segurança, e não o contrário. Não cabe ao intérprete recorrer à analogia, salvo para beneficiar o condenado. Por isso mesmo que, substituída a pena por medida de segurança no curso da execução, apesar da substituição ter caráter definitivo, o prazo máximo para a medida de segurança (porque poderia acarretar prejuízo ao condenado) é a pena originariamente imposta; todavia, na definição do prazo mínimo, dada a omissão legislativa pertinente à possibilidade de reconversão, aplicam-se, totalmente, os dispositivos da medida de segurança: a uma, porque a substituição da pena por medida de segurança é definitiva; a duas, porque os dispositivos aplicáveis à medida de segurança, nesse caso, são mais benéficos para o condenado.

Assim, no caso em que o condenado teve sua pena substituída por medida de segurança, mas teve cessada a periculosidade antes do prazo da pena originariamente imposta, deve obter a liberdade, aplicando-se a hipótese o artigo 97§3º do CP. A possibilidade de reconversão da medida de segurança para cumprir o resto da pena é hipótese de analogia inviável no presente caso, uma vez que prejudicial ao condenado.

ON THE SUBSTITUTION OF FREEDOM-CURTAILING SENTENCES BY SECURITY MEASURES: A ONE WAY PATH

Abstract

The present article has the objective of analyzing the substitution of freedom-curtailling sentences by security measures established by the 66th article, incise V, item “d” of the Brazilian Law of Penal Execution – bill number 7210/84. The debate centers on the definition of the

maximum and minimum limits for compliance with security measures, which are imposed in substitution of freedom-curtailling sentences. Emphasizing how security measures and freedom-curtailling sentences are governed by different sets of rules, the paper argues that the substitution of this sentences with compliance to security measures may actually hinder the legal status of the condemned.

Keywords: Sentencing. Security measures. Substitution. Maximum and minimum limits.

Referências

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Penas e medidas de segurança se distinguem realmente? **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.12, n.147, p. 15-16, fev. 2005.

RHC 86888, rel. Eros Grau, dj. 02.02.2005

SOUZA, Lara Gomides de. **O caráter perpétuo das medidas de segurança**. Disponível em:
<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060809115009620&mode=print>.