

RAFAEL DE SOUZA MIRANDA

Manual de

EXECUÇÃO PENAL

Teoria e prática

7ª edição

Revista, Atualizada e Ampliada

2024



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

(Provisório)

4

DOS ESTABELECIMENTOS PENAIIS

4.1 DISPOSIÇÕES GERAIS

Segundo a Lei de Execução Penal, estabelecimentos prisionais são o gênero do qual são espécies os estabelecimentos destinados ao recolhimento: dos condenados; dos submetidos à medida de segurança; dos presos provisórios e dos egressos.

Em respeito à individualização da pena e para garantir a dignidade da pessoa, “a **mulher** e o **maior de sessenta anos** deverão ser recolhidos **separadamente** em estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”. Trata-se de corolário do mandamento constitucional segundo o qual “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (CR, art. 5º, inc. XLVIII).

A própria Lei de Execução Penal esclarece que “o mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados”. Isso significa que, é possível que em um complexo penitenciário existam várias unidades prisionais para recolher homens, mulheres e pessoas idosas, desde que essas três categorias de presos não tenham contato entre si.

O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. Também deverá garantir instalação destinada a estágio de estudantes universitários e salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante.

Em se tratando de estabelecimentos penais destinados às mulheres, deverão ser dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

O direito ao aleitamento materno é não só um direito da genitora que está presa, como também da criança lactante, garantido constitucionalmente (CR, art. 5º, inc. L). Por isso, cabe ao poder público propiciar condições adequadas ao aleitamento materno aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade (ECA, art. 9º).

Os estabelecimentos penais femininos deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas. Essa regra vai

ao encontro das Regras de Mandela, segundo as quais “em uma unidade prisional para homens e mulheres, a parte da unidade destinada a mulheres deve estar sob supervisão de uma oficial feminina responsável que tenha a custódia das chaves de toda aquela parte da unidade. Nenhum funcionário do sexo masculino deve entrar na parte feminina da unidade prisional a menos que esteja acompanhado de uma agente. E as presas devem ser atendidas e supervisionadas somente por agentes femininas. Entretanto, isso não impede que membros homens da equipe, especialmente médicos e professores, desempenhem suas atividades profissionais em unidades prisionais ou nas áreas destinadas a mulheres” (Regra 81).

Os estabelecimentos prisionais deverão reservar instalação destinada à Defensoria Pública. Essa imposição legal decorre da necessidade de garantir o mínimo de estrutura para que a Defensoria Pública exerça sua missão constitucional de prestação da assistência jurídica aos necessitados.

4.2 TERCEIRIZAÇÃO DAS ATIVIDADES

A Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de terceirização da execução indireta de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares desenvolvidas em estabelecimentos penais, notadamente as atividades relacionadas aos serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos. Também é possível a terceirização de serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso.

Os serviços terceirizados poderão compreender o fornecimento de materiais, equipamentos, máquinas e profissionais.

Embora terceirizada a atividade, a execução deve ser realizada sob supervisão e fiscalização do poder público.

De outro lado a própria Lei proíbe a terceirização das funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia, e notadamente relacionados à: I – classificação de condenados; II – aplicação de sanções disciplinares; III – controle de rebeliões; IV – transporte de presos para órgãos do Poder Judiciário, hospitais e outros locais externos aos estabelecimentos penais.

Desse modo, uma lei estadual que venha dispor sobre Direito Penitenciário, delegando ao particular o exercício de atividades inerentes ao poder de polícia de uma unidade prisional será inconstitucional, pois a competência legislativa sobre a matéria é concorrente, cabendo à União estabelecer as normas gerais (no caso, a Lei de Execução Penal já traçou os parâmetros gerais, como dito acima) e aos Estados as normais locais (CR, art. 24, inciso I e §§ 1º a 4º).

Importante lembrar que a Regra 74 de Mandela estabelece padrões mínimos de trabalho aos funcionários das unidades prisionais, sendo que uma das garantias é a condição de servidor público, com estabilidade no emprego, sujeito apenas à boa conduta, eficiência e aptidão física.

Regra 74

1. A administração prisional deve promover seleção cuidadosa de funcionários de todos os níveis, uma vez que a administração adequada da unidade prisional depende da integridade, humanidade, capacidade profissional e adequação para o trabalho de seus funcionários.

2. A administração prisional deve, constantemente, suscitar e manter no espírito dos funcionários e da opinião pública a convicção de que este trabalho é um serviço social de grande importância, e para atingir seu objetivo deve utilizar todos os meios apropriados para informar o público.

3. Para garantir os fins anteriormente citados, os funcionários devem ser indicados para trabalho em período integral como agentes prisionais profissionais e a condição de servidor público, com estabilidade no emprego, sujeito apenas à boa conduta, eficiência e aptidão física. O salário deve ser suficiente para atrair e reter homens e mulheres compatíveis com o cargo; os benefícios e condições de emprego devem ser condizentes com a natureza exigente do trabalho.

4.3 SEPARAÇÃO DOS PRESOS

Conforme discorrido anteriormente, os presos homens, mulheres e pessoas idosas deverão ser separados. Mas dentro de cada uma dessas categorias deverá haver novas separações, a depender da situação processual, natureza do crime e segurança pessoal do preso.

A separação dos presos é consequência natural da **individualização da pena** e, para tanto, é necessário um sistema flexível de classificação em grupos.

Deve-se, portanto, distribuir tais grupos em unidades prisionais separadas adequadas ao tratamento de cada um (Regras de Mandela, Regra 89).

Assim, os presos provisórios deverão ser separados dos presos condenados com sentença penal transitada em julgado.

Dentre os presos provisórios deverá haver nova separação, de acordo com os seguintes critérios:

- Acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;
- Acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;
- Acusados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas acima.

Dentre os presos condenados com sentença penal condenatória transitada em julgado, deverá haver nova separação, de acordo com os seguintes critérios:

- Condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;
- Reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;
- Primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;
- Demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas acima.

Além disso, o preso que, ao tempo do fato era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada. Do mesmo modo, o preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará separado em local próprio. Infelizmente a realidade do sistema carcerário brasileiro é outra. Os sentenciados são acolhidos em unidades prisionais completamente superlotadas e não há qualquer possibilidade de se realizar a pretendida separação dos presos.

4.3.1 A questão da orientação sexual e identidade de gênero no sistema prisional – Princípios de Yogyakarta

A separação dos presos é tema que ganha relevância no sistema prisional, na medida em que a nossa legislação não está preparada para enfrentar a evolução da sociedade quanto à questão da orientação sexual e identidade de gênero das pessoas submetidas à privação de liberdade.

A Lei de Execução Penal foi editada sob uma divisão binária, que leva em consideração apenas os gêneros homem e mulher. Mas hoje encontramos, por exemplo, lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexuais, assexuais, polisexuais e travestis cumprindo pena em estabelecimentos prisionais inadequados ao gênero ou orientação sexual das pessoas.

Salta aos olhos a situação de violência psíquica, moral, física e sexual a que essas pessoas são submetidas quando inseridas em uma unidade prisional separadas apenas pelos gêneros homem e mulher, em manifesta violação à dignidade da pessoa humana.

Por isso, a Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, em nome de uma coalizão de organizações de direitos humanos, realizou um projeto com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero, objetivando dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados.

Um grupo de especialistas preparou um documento preliminar, desenvolveu, discutiu e refinou esses princípios. Depois de uma reunião de especialistas, realizada na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006, 29 eminentes especialistas de 25 países, com experiências diversas e conhecimento relevante das questões da legislação de direitos humanos, adotaram por unanimidade os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

De acordo com os princípios de Yogyakarta, toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa. Assim, os Estados deverão:

- Garantir que a detenção evite uma maior marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais;

- Fornecer acesso adequado à atenção médica e ao aconselhamento apropriado às necessidades das pessoas sob custódia, reconhecendo qualquer necessidade especial relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive no que se refere à saúde reprodutiva, acesso à informação e terapia de HIV/Aids e acesso à terapia hormonal ou outro tipo de terapia, assim como a tratamentos de reassignação de sexo/gênero, quando desejado;
- Assegurar, na medida do possível, que todos os detentos e detentas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero;
- Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral;
- Assegurar que as visitas conjugais, onde são permitidas, sejam concedidas na base de igualdade a todas as pessoas aprisionadas ou detidas, independente do gênero de sua parceira ou parceiro;
- Proporcionar o monitoramento independente das instalações de detenção por parte do Estado e também por organizações não governamentais, inclusive organizações que trabalhem nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero;
- Implantar programas de treinamento e conscientização, para o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão envolvidas com as instalações prisionais, sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Atentos a essas novas questões, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editaram a Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, visando estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) em privação de liberdade no Brasil.

De acordo com a Resolução, às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos. Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico fica condicionada à sua expressa manifestação de vontade. As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, editou a Resolução nº 348 de 13 de outubro de 2020, que estabeleceu diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada,

ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

Destacamos os principais pontos da resolução:

Art. 4º O reconhecimento da pessoa como parte da população LGBTI será feito **exclusivamente por meio de autodeclaração**, que deverá ser colhida pelo magistrado em audiência, em qualquer fase do procedimento penal, incluindo a audiência de custódia, até a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena, garantidos os direitos à privacidade e à integridade da pessoa declarante.

Parágrafo único. Nos casos em que o magistrado, por qualquer meio, for informado de que a pessoa em juízo pertence à população LGBTI, deverá cientificá-la acerca da possibilidade da autodeclaração e informá-la, em linguagem acessível, os direitos e garantias que lhe assistem, nos termos da presente Resolução.

(...)

Art. 6º Pessoas autodeclaradas parte da população LGBTI submetidas à persecução penal têm o **direito de ser tratadas pelo nome social**, de acordo com sua identidade de gênero, mesmo que distinto do nome que conste de seu registro civil, como previsto na Resolução CNJ nº 270/2018.

Parágrafo único. Caberá ao magistrado, quando solicitado pela pessoa autodeclarada parte da população LGBTI ou pela defesa, com autorização expressa da pessoa interessada, diligenciar pela emissão de documentos, nos termos do artigo 6º da Resolução CNJ nº 306/2019, ou pela retificação da documentação civil da pessoa.

Art. 7º Em caso de prisão da pessoa autodeclarada parte da população LGBTI, o local de privação de liberdade será determinado pelo magistrado em decisão fundamentada **após consulta à pessoa acerca de sua escolha**, que poderá se dar a qualquer momento do processo penal ou execução da pena, devendo ser assegurada, ainda, a possibilidade de alteração do local, em atenção aos objetivos previstos no art. 2º da presente Resolução.

§ 1º A possibilidade de escolha do local de privação de liberdade e de sua alteração deverá ser informada expressamente à pessoa parte da população LGBTI no momento da autodeclaração.

§ 2º Para os fins do *caput*, a autodeclaração da pessoa como parte da população LGBTI poderá ensejar a **retificação e emissão dos seus documentos** quando solicitado ao magistrado, nos termos do art. 6º da Resolução CNJ nº 306/2019.

§ 3º A alocação da pessoa autodeclarada parte da população LGBTI em estabelecimento prisional, determinada pela autoridade judicial após escuta à pessoa interessada, não poderá resultar na perda de quaisquer direitos relacionados à execução penal em relação às demais pessoas custodiadas no mesmo estabelecimento, especialmente quanto ao acesso a trabalho, estudo, atenção à saúde, alimentação, assistência material, assistência social, assistência religiosa, condições da cela, banho de sol, visitação e outras rotinas existentes na unidade.

(...)

Art. 9º Em caso de violência ou grave ameaça à pessoa autodeclarada parte da população LGBTI privada de liberdade, o magistrado deverá dar preferência à análise de pedidos de transferência para outro estabelecimento, condicionado a prévio requerimento pela pessoa interessada.

(...)

Art. 11. Nos estabelecimentos prisionais onde houver pessoas autodeclaradas parte da população LGBTI privadas de liberdade, o juiz da execução penal, no exercício de sua competência de fiscalização, zelará para que seja garantida assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, sem qualquer forma de discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero, devendo levarem consideração, especialmente:

I – quanto à assistência à saúde:

- a) a observância aos parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de LGBTI e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP);
- b) a garantia à pessoa autodeclarada como parte da população LGBTI privada de liberdade ou em cumprimento de alternativas penais e monitoração eletrônica do direito ao tratamento hormonal e sua manutenção, bem como o acompanhamento de saúde específico, principalmente à pessoa convivendo com HIV/TB e coinfeções, além de outras doenças crônicas e infecciosas e deficiências, ou demandas decorrentes das necessidades do processo transexualizador;
- c) a garantia de testagem da pessoa privada de liberdade ou em cumprimento de alternativas penais e monitoração eletrônica em relação a doenças infectocontagiosas como HIV/TB e coinfeções, bem como outras doenças crônicas e infecciosas e deficiências;
- d) a garantia de atendimento psicológico e psiquiátrico, considerando o agravamento da saúde mental dessa população, especialmente voltado à prevenção do suicídio, bem como tratamento ginecológico, urológico e endocrinológico especializado para pessoas transexuais, travestis e intersexo durante todo o período de privação de liberdade;
- e) a garantia, com isonomia de tratamento, à distribuição de preservativos; e
- f) a garantia do sigilo das informações e diagnósticos constantes dos prontuários médicos, principalmente nos casos de informações sorológicas e outras infecções sexualmente transmissíveis, resguardando-se o direito constitucional à intimidade;

II – quanto à assistência religiosa:

- a) a garantia à pessoa autodeclarada como parte da população LGBTI do direito à assistência religiosa, condicionada à sua expressa anuência, nos termos da Lei nº 9.982/2000, e demais normas que regulamentem tal direito;
- b) a garantia, em iguais condições, da liberdade religiosa e de culto e o respeito à objeção da pessoa autodeclarada parte da população LGBTI presa em receber visita de qualquer representante religioso ou sacerdote, ou de participar de celebrações religiosas;

III – quanto ao trabalho, educação e demais políticas ofertadas nos estabelecimentos prisionais:

- a) a garantia de não discriminação e oferecimento de oportunidades em iguais condições em todas as iniciativas realizadas dentro do estabelecimento prisional, não podendo eventual isolamento ou alocação em espaços de convivência específicos representar impedimento ao oferecimento de vagas e oportunidades;
- b) a garantia à pessoa autodeclarada parte da população LGBTI, em igualdade de condições, de acesso e continuidade à sua formação educacional e profissional sob a responsabilidade do Estado; e

c) a vedação ao trabalho humilhante em virtude da identidade de gênero e/ou orientação sexual;

IV – quanto à autodeterminação e dignidade:

a) a garantia aos homens transexuais do direito de utilizar vestimentas socialmente lidas como masculinas e acessórios para a compressão de mamas como instrumento de manutenção da sua identidade de gênero;

b) a garantia às mulheres transexuais e travestis do direito de utilizar vestimentas lidas socialmente como femininas, manter os cabelos compridos, inclusive extensão capilar fixa e o acesso controlado a pinças para extração de pelos e a produtos de maquiagem, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero; e

c) a garantia às pessoas intersexo do direito de utilizar vestimentas e o acesso controlado a utensílios que preservem sua identidade de gênero autorreconhecida;

V – quanto ao direito às visitas:

a) a garantia de que a visita social deve ser realizada em espaço apropriado, respeitando a integridade e privacidade, devendo-se evitar que as visitas sejam realizadas nos pavilhões ou celas;

b) a ausência de discriminação de visitas de pessoas pertencentes à população LGBTI, considerando as relações socioafetivas declaradas, não limitadas às oficialmente declaradas e incluindo amigos;

c) a garantia de exercício do direito à visita íntima em igualdade de condições, nos termos da Portaria nº 1.190/2008, do Ministério da Justiça, e da Resolução nº 4/2011, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, inclusive em relação aos cônjuges ou companheiros que estejam custodiados no mesmo estabelecimento prisional;

VI – quanto ao local de detenção:

a) a garantia de que os espaços de vivência específicos para as pessoas autodeclaradas parte da população LGBTI privadas de liberdade não sejam utilizados para aplicação de medida disciplinar ou qualquer método coercitivo para elas ou para outros detentos, assegurando-se, inclusive, procedimentos de movimentação interna que garantam seu acesso aos ambientes onde são ofertadas as assistências à saúde, educacional, social, religiosa, material e ao trabalho;

VII – quanto a procedimentos gerais:

a) a garantia de vedação da transferência compulsória entre ambientes como forma de sanção, punição ou castigo em razão da condição de pessoa autodeclarada parte da população LGBTI;

b) a garantia do direito ao atendimento psicossocial, consistente em ações contínuas dirigidas também aos visitantes, para garantia do respeito aos princípios de igualdade e não discriminação e do direito ao autorreconhecimento, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero; e

c) garantia de gratuidade na emissão e retificação dos documentos civis da população LGBTI.

O Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, concedeu medida cautelar na ADPF nº 527, deferindo aos transexuais e travestis o direito de optarem pelo cumprimento de pena em unidades prisionais femininas ou masculinas, no último caso, em alas específicas que lhes garanta a segurança.

1. Direito das transexuais femininas e travestis ao cumprimento de pena em condições compatíveis com a sua identidade de gênero. Incidência do direito à dignidade humana, à autonomia, à liberdade, à igualdade, à saúde, vedação à tortura e ao tratamento degradante e desumano (CF/1988, art. 1º, III; e art. 5º, caput, III). Normas internacionais e Princípios de Yogyakarta. Precedentes: ADI 4275, red. p/acórdão Min. Edson Fachin; RE 670.422, rel. Min. Dias Toffoli. 2. Amadurecimento da matéria alcançado por meio de diálogo institucional estabelecido entre Poder Executivo, Poder Judiciário e entidades representativas da sociedade civil. Relatório do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e Nota Técnica do Ministério da Justiça e da Segurança Pública sinalizando uma notável evolução do entendimento do Poder Executivo quanto ao tratamento a ser conferido a transexuais e travestis identificados com o gênero feminino, no âmbito do sistema carcerário. 3. Ambos os documentos recomendam a transferência, mediante consulta individual da pessoa trans ou da travesti, para estabelecimento prisional feminino ou masculino, no último caso, para ala separada, que lhes garanta a segurança. Necessidade de acomodar: (i) questões de identidade de gênero com (ii) relações de afeto e/ou estratégias de sobrevivência eventualmente estabelecidas, que minimizam o sofrimento de um grupo profundamente vulnerável e estigmatizado. 4. Cautelar ajustada quanto às transexuais e estendida às travestis (STF, ADPF 527 MC/DF, Min. Rel. Luís Roberto Barroso, j. 18.03.2021).

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que é dever do Judiciário indagar à pessoa autodeclarada parte da população transexual acerca da preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO. LIBERDADE SEXUAL E DE GÊNERO. DIVERSIDADE DE GÊNERO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL. PRESIDIO FEMININO COM ESTRUTURA PARA RECEBER MULHER TRANSGÊNERO. ESCOLHA DA PESSOA PRESA. 1. A determinação do local do cumprimento da pena da pessoa transgênero não é um exercício de livre discricionariedade da julgadora ou do julgador, mas sim uma análise substancial das circunstâncias que tem por objeto resguardar a liberdade sexual e de gênero, a integridade física e a vida das pessoas transgênero presas, haja vista que o art. 7º da Resolução CNJ n. 348/2020 determina que a referida decisão "será proferida após questionamento da preferência da pessoa presa". Assim, o órgão estatal judicial responsável pelo acompanhamento da execução da pena não deve ter por objeto resguardar supostos constrangimentos das agentes carcerárias, pois, para isso, o Estado tem outros órgãos e outros instrumentos, que, inclusive, utilizam a força e a violência; e, por isso, é objetivo do Judiciário resguardar a vida e a integridade físicas das pessoas presas, respeitando a diversidade de gênero e a liberdade sexual. 2. O Supremo Tribunal Federal (STF), em 2019, em razão da diversidade de gênero e da igualdade material, havia concedido medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 527, para que pessoas presas transexuais e travestis com identidade de gênero feminino possam escolher cumprir a pena em estabelecimentos prisionais femininos ou masculinos. Assim também determina o art. 8º da Resolução CNJ n. 348/2020. 3. É dever do Judiciário indagar à pessoa autodeclarada parte da população transexual acerca da preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas.

4. Habeas corpus concedido para, restabelecendo a primeira decisão do órgão judicial de primeira instância, determinar que seja expedido o alvará de soltura, e que seja mantida a prisão domiciliar da paciente (STJ, HC n. 861.817/SC, relator Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 15/2/2024 – sem grifo no original).

Como se verifica, embora não exista uma legislação voltada ao enfrentamento da questão, temos princípios internacionais de direitos humanos e normativas do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária dando parâmetros mínimos a serem adotados no sistema penitenciário.

De fato, a questão é extremamente complexa, pois ainda que se construam unidades prisionais com vistas à orientação sexual e identidade de gênero das pessoas, não será possível atender às multiplicidades de existentes. Também há o óbice orçamentário. Mais, ainda há o problema de que eventuais unidades prisionais específicas acabarão afastando a pessoa de seus familiares, pois certamente não será possível construir uma unidade prisional próxima a todos os municípios.

De todo modo, essas questões não podem servir como desculpas para relegar o tema a segundo plano. Esperamos que o problema seja seriamente estudado e enfrentado, para que se desenvolvam propostas concretas que ao menos minimizem os efeitos deletérios do cárcere a essas pessoas, que, infelizmente, a máxima da experiência nos mostra que são duplamente punidas (pelo crime a que foram condenadas e pela orientação sexual ou identidade de gênero).

4.4 CAPACIDADE MÁXIMA

Cada unidade prisional deverá ter estabelecida sua capacidade máxima de lotação, atendendo à sua natureza, peculiaridades e compatibilidade à sua estrutura e finalidade. A fixação desse número cabe ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

4.5 EXECUÇÃO EM OUTRA UNIDADE FEDERATIVA

As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma unidade federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União. Essa possibilidade deve ser conjugada com o direito do sentenciado de receber visitas de seus familiares, cônjuge, companheira e amigos.

Destarte, a possibilidade de cumprimento da pena em outra unidade da federação deve viabilizar a proximidade do sentenciado daquelas pessoas que o visitarão na unidade prisional.

A jurisprudência tem encetado no sentido de que o direito do preso de cumprir pena próximo aos visitantes não é absoluto, podendo ser relativizado por razões de segurança pública. Sob esse argumento, realiza-se a transferência do sentenciado a outro estabelecimento prisional para, por exemplo, desarticular uma facção criminosa ou para impedir uma provável fuga.

Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa, definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos.

6

DA EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

6.1 DISPOSIÇÕES GERAIS

Ao final do processo criminal de conhecimento, o juiz poderá na sentença proferir uma das seguintes decisões de mérito em relação ao réu: a) condená-lo; b) absolvê-lo; c) absolvê-lo impropriamente. Neste último caso, como consequência deverá o juiz aplicar uma medida de segurança.

A absolvição imprópria é adotada quando se verifica que o réu, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

6.2 SISTEMAS DE APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Existem dois sistemas de aplicação da medida de segurança: a) **duplo binário**, segundo o qual o juiz pode aplicar uma pena “e” uma medida de segurança ao sentenciado; b) **vicariante**, pelo qual o juiz somente pode aplicar pena “ou” medida de segurança. Este último sistema foi adotado no ordenamento brasileiro.

O sistema duplo binário implica na ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, pois mesmo que se argumente que os fundamentos da pena e da medida de segurança são distintos, não há como negar que o agente acaba sofrendo duas consequências pelo mesmo fato praticado.

Frente a esse panorama, o legislador brasileiro aboliu, com a Reforma Penal de 1984, o sistema do duplo binário e passou a adotar unicamente o sistema vicariante.

Nada obstante o Código Penal ter adotado o sistema vicariante, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que é possível a coexistência de pena e medida de segurança contra o mesmo sentenciado, desde que estas tenham sido impostas em condenações distintas. Entendeu-se que o sistema vicariante proíbe a fixação, na mesma sentença, de pena e medida de segurança para o mesmo fato, em respeito ao princípio do *ne bis in idem*, mas quando as duas sanções penais são impostas em processos distintos, por fatos distintos, não há dupla punição.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos espe-

cial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. O sistema vicariante afastou a imposição cumulativa ou sucessiva de pena e medida de segurança, uma vez que a aplicação conjunta ofenderia o princípio do *ne bis in idem*, já que o mesmo indivíduo suportaria duas consequências em razão do mesmo fato. 3. Tratando-se o reconhecimento da incapacidade de decisão incidental no processo penal, não há obstáculo jurídico à imposição de medida de segurança em um feito e penas privativas de liberdade em outros processos. 4. *Habeas Corpus* não conhecido (STJ, HC n. 275.635/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe de 15/3/2016 – sem grifo no original).

Criticável o precedente acima transcrito, pois desconsidera completamente que o fato de as sanções penais (pena e medida de segurança) terem sido aplicadas em processos distintos não afasta a incompatibilidade de coexistência no mesmo processo executivo. Isso porque a medida de segurança tem caráter curativo, aplicável ao sentenciado enquanto perdurar sua inimputabilidade, enquanto a pena se aplica somente aos penalmente imputáveis.

Nesse contexto, cria-se uma situação esdrúxula: para fins de medida de segurança, o sentenciado continua inimputável, mas para fins de cumprimento de pena, imputável.

Note que são situações extremamente contraditórias e não há terceira alternativa. Ou o sentenciado está “curado da enfermidade” e não deve mais estar sujeito à medida de segurança, ou ainda está enfermo e a pena deve ser reconvertida em medida de segurança. O que não se admite é que esteja “curado” para uma sanção e “doente” para outra.

Em tais situações o sensato é determinar a submissão do sentenciado a exame de cessação de periculosidade para saber se a enfermidade permanece ou não. Em caso positivo, a pena deve ser convertida em medida de segurança, em caso negativo, a medida de segurança deve ser declarada extinta.

Como se nota, as sanções são excludentes e não é possível conciliá-las no plano fático.

6.3 REGRAMENTO APLICÁVEL

A execução da medida de segurança deve obedecer aos ditames do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei de Execução Penal e da Lei nº 10.216/01 (que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental).

De acordo com a Lei nº 10.216/01, nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos seguintes direitos: I – ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II – ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III – ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV – ter garantia de sigilo nas

informações prestadas; V – ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI – ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; VII – receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII – ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX – ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Conforme entendimento prevalente, a Lei nº 10.216/01 não revogou o Código Penal no ponto em que versa sobre medida de segurança, mas o complementou.

Nada obstante o entendimento dominante na doutrina e jurisprudência, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo tem defendido que a Lei nº 10.216/01 derogou a Parte Geral do Código Penal e a Lei das Execuções Penais no ponto que versam sobre medida de segurança.

Segundo tese defendida pela Defensoria Paulista, para que haja a internação manicomial de alguém não basta que se prove o fato típico, a ausência de excludentes de ilicitude e a inimputabilidade do agente, é preciso demonstrar a necessidade concreta da internação. Somente há necessidade da internação quando, mediante laudo médico circunstanciado ficar demonstrado que qualquer outra alternativa terapêutica será completamente inócua.

Portanto, a internação é medida subsidiária aos outros métodos terapêuticos menos agressivos. Além do mais, a internação compulsória só persistirá enquanto houver indicação médica nesse sentido.

A internação compulsória não poderá ser determinada ao livre talante do juiz. Constatada a inimputabilidade, somente um laudo médico circunstanciado poderá indicar a internação compulsória como medida mais adequada.

Já a desinternação sequer deverá ser submetida ao crivo do juiz. Realizada a desinternação por indicação médica, o magistrado ao ser comunicado, deverá, necessariamente, declarar extinta a medida de segurança. Como já dito, os critérios são exclusivamente clínicos, não havendo que se falar em quaisquer outros senão esses.

Tese 10 DPESP: A Lei nº 10.216/01, marco da reforma psiquiátrica no Brasil, derogou a parte geral do Código Penal e da Lei de Execuções Penais no que diz respeito à medida de segurança.

6.4 ESPÉCIES DE MEDIDA DE SEGURANÇA

A doutrina classifica a medida de segurança em duas espécies: a) **detentiva**, na qual o sentenciado é internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; b) **restritiva**, na qual o sentenciado é encaminhado a tratamento ambulatorial.

De acordo com o artigo 97 do Código Penal: “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”. Pela interpretação literal do dispositivo, sempre que ao crime for prevista pena de reclusão, deverá ser imposta medida de segurança detentiva, e se detenção, poderá ser imposta medida de segurança restritiva.

Essa redação sempre foi alvo de críticas, pois a aplicação da medida de segurança detentiva não deve levar em consideração a pena abstrata do delito, mas sim o melhor tratamento aplicável ao sentenciado no caso concreto, em respeito aos princípios da adequação, razoabilidade, proporcionalidade e individualização da sanção penal. Deste modo, mesmo que o agente tenha praticado um fato típico e antijurídico, cuja pena abstrata preveja punição com reclusão, poderá receber medida de segurança restritiva, se no caso concreto for a melhor sanção penal ao sentenciado.

1. Não se desconhece entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que, tratando-se de crime punível com reclusão, não é cabível a substituição da internação em hospital de custódia por tratamento ambulatorial. Precedentes. 2. Ocorre que, **para uma melhor exegese do art. 97 do CP, à luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas, sim, a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável.** Assim, na fixação da medida de segurança, por não se vincular à gravidade do delito perpetrado, mas à periculosidade do agente, é cabível ao magistrado a opção por tratamento mais apropriado ao inimputável, independentemente de o fato ser punível com reclusão ou detenção, em homenagem aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade (HC 230.842/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/6/2016, DJe 27/6/2016). 3. No presente caso, a Corte de origem concluiu que o tratamento ambulatorial é indicado e suficiente ao envolvido, tendo o laudo constatado pela sua inofensividade à sociedade enquanto medicado. Rever tais fundamentos, para entender pela necessidade da internação, como requer a parte recorrente, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula n. 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp nº 1.891.989/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. 06.10.2020 – sem grifo no original).

6.5 GUIA DE EXECUÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, deverá o juiz do processo de conhecimento ordenar a expedição de guia de execução. Ninguém pode ser internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ou submetido a tratamento ambulatorial, para cumprimento de medida de segurança, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

A guia de internação ou de tratamento ambulatorial, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a subscreverá com o juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução (é a direção do hospital ou gestor do ambulatório de saúde mental) e conterá:

- A qualificação do agente e o número do registro geral do órgão oficial de identificação;
- O inteiro teor da denúncia e da sentença que tiver aplicado a medida de segurança, bem como a certidão do trânsito em julgado;
- A data em que terminará o prazo mínimo de internação, ou do tratamento ambulatorial;

- Outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento ou internamento.

A Lei de Execução Penal determina que ao Ministério Público será dada ciência da guia de recolhimento e de sujeição a tratamento, mas em respeito à ampla defesa e ao contraditório, a defesa também deverá ser cientificada.

A guia deve ser retificada sempre que sobrevier modificações quanto ao prazo de execução.

6.6 EXAME CRIMINOLÓGICO

Assim como o apenado, o sentenciado à medida de segurança deve ser submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários à adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

É por meio do exame criminológico que se verifica qual a enfermidade do paciente e o respectivo tratamento a ser ministrado visando sua recuperação.

A comissão designada para a realização do exame criminológico, para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá: entrevistar pessoas; requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do sentenciado; realizar outras diligências e exames necessários.

6.7 MÚLTIPLAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Sendo o sentenciado sancionado em mais de um processo criminal de conhecimento com mais de uma medida de segurança, as execuções deverão ser unificadas e executadas em um único processo de execução.

O raciocínio é simples, como a medida de segurança tem caráter de tratamento, não há lógica em realizar “soma” de tratamentos com aplicações sucessivas. Há uma doença que precisa ser tratada. Cessando a periculosidade do agente, a desinternação ou liberação deve ser determinada.

Decorre da premissa básica de que na execução da medida de segurança não se deve mais ter olhar voltado ao passado do sentenciado (juízo de diagnose), repisando a gravidade do fato típico e antijurídico cometido, mas sim para seu futuro (juízo de prognose), com enfoque na cura da enfermidade mental para que haja a harmônica integração social do sentenciado.

6.8 DETRAÇÃO E EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Detração penal é o cômputo na pena privativa de liberdade e na **medida de segurança**, do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado (CP, art. 42).

Diferentemente do que ocorre na detração penal, em que o tempo da prisão provisória é descontado do tempo de pena remanescente, na medida de segurança

o desconto incide sobre o prazo mínimo de internação ou tratamento ambulatorial (1 a 3 anos), e não sobre o tempo total de aplicação da medida de segurança.

Prevalece o entendimento de que não é possível falar-se em execução provisória da medida de segurança. Afinal, a conjugação dos artigos 171 e 172, da Lei de Execução Penal conduz a essa inarredável conclusão. Isso porque o primeiro dispositivo reza que somente com o trânsito em julgado da sentença que aplicar medida de segurança é que será ordenada a expedição de guia para a execução, enquanto o segundo diz que ninguém será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ou submetido a tratamento ambulatorial, para cumprimento de medida de segurança, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

É preciso compreender melhor os dispositivos legais e realizar uma filtragem constitucional.

A regra de que não se admite a execução provisória só se aplica aos sentenciados que estiverem em liberdade. Mas quando se tratar de pessoa presa em estabelecimento prisional comum, ainda que não tenha decisão aplicando a medida de segurança com trânsito em julgado, há que se realizar a transferência dessa pessoa ao hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, retirando-a da situação de extremo risco, que é o convívio com presos comuns. Neste caso, não há como negar a possibilidade da execução provisória da medida de segurança.

Nesse sentido, é a recomendação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Res. CNPCP n° 12/09):

Art. 4° Recomendar que a execução provisória da medida de segurança, estando o réu preso, seja realizada para garantir, antes do trânsito em julgado da sentença, a retirada do indivíduo submetido à medida de segurança do ambiente carcerário ordinário, assegurando-lhe acesso ao devido tratamento psiquiátrico, sempre apropriado à sua condição.

6.9 EXTINÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

A medida de segurança poderá ser declarada extinta quando houver a cessação da periculosidade ou a presença de uma ou mais causas extintivas da punibilidade.

Conforme se verá adiante, o reconhecimento da cessação da periculosidade implicará na liberação ou desinternação do sentenciado, que será sempre condicional, devendo ser restabelecida se o agente, antes do decurso de um ano, praticar fato indicativo de persistência de periculosidade.

As causas extintivas da punibilidade também geram a extinção da medida de segurança, pois “extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta” (CP, art. 96, parágrafo único). Assim, por exemplo, aplica-se o regramento da prescrição às medidas de segurança.

1. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o instituto da prescrição é aplicável na medida de segurança, estipulando que esta “é espécie do gênero sanção penal e se sujeita, por isso mesmo, à regra contida no artigo 109 do Código Penal” (RHC n. 86.888/SP, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ de 2/12/2005). 2. Sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento no sentido de que a prescrição nos casos de sentença absolutória imprópria

é regulada pela pena máxima abstratamente prevista para o delito. Precedentes. 3. Na hipótese, não se verifica o transcurso do prazo prescricional aplicável entre os marcos interruptivos. 4. Recurso improvido (STJ, RHC 39.920/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJE 12/02/2014 – sem grifo no original).

6.9.1 Da cessação da periculosidade

Ao longo da execução da medida de segurança o sentenciado deve ser periodicamente submetido a exame para constatar a cessação da periculosidade. Este exame deve ser realizado no **prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos**, a ser fixado na própria sentença (CP, art. 97, 1º).

Todavia, a qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade.

A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente.

Questão: qual o prazo mínimo do exame de cessação de periculosidade quando o sentenciado receber duas medidas de segurança em diferentes processos, sendo que cada um estabelece prazo mínimo diferente?

A lei é omissa. Com a fixação de duas medidas de segurança, ambas são unificadas e tratadas como um único processo de execução. O exame deverá ser feito no menor prazo estipulado em sentença, ou seja, se uma sentença fixou o prazo de um ano e outra de dois anos, a primeira deve ser respeitada. E se constatada a cessação da periculosidade no primeiro exame, a liberação ou desinternação compulsória deverá ser aplicada.

Independentemente disso, como acabamos de expor, a qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração, poderá o juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade.

Questão: qual a utilidade de existir prazo mínimo para realização do exame de cessação de periculosidade se o juiz da execução poderá determiná-lo a qualquer momento?

A grande utilidade, principalmente para o sentenciado, é a de não depender da discricionariedade do juiz da execução para ser submetido ao exame de cessação de periculosidade.

Questão: e se a sentença não estabelecer prazo para a realização do exame de cessação de periculosidade?

Em caso de omissão, aplica-se o prazo mínimo previsto em lei, qual seja, um ano.

É preciso ressaltar que o juiz só poderá fixar prazo para a realização do exame de cessação de periculosidade acima do mínimo legal se houver fundamentação concreta adequada, que deverá levar em consideração a gravidade e a duração da enfermidade recomendada no laudo pericial psiquiátrico circunstanciado.

A autoridade administrativa responsável pelo acompanhamento do sentenciado, até **1 (um) mês antes** de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida. O relatório será instruído com o **laudo psiquiátrico**.

Juntado aos autos o relatório ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no **prazo de 3 (três) dias** para cada um.

Se o sentenciado não possuir advogado constituído nos autos, o juiz da execução deverá remeter os autos à Defensoria Pública para que assuma a defesa técnica.

O juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança.

Ouvidas as partes ou realizadas as diligências, o juiz proferirá a sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias.

As possíveis decisões do juiz dependerão da situação em que o sentenciado se encontrar.

Estando o **sentenciado internado**, se o juiz entender que a periculosidade persiste, determinará a *manutenção da medida de segurança* e a continuidade da internação; se o juiz entender que a periculosidade ainda persiste, mas em grau reduzido, poderá *converter a internação em tratamento ambulatorial*; se entender que a periculosidade cessou, determinará a *desinternação condicional* e, se no prazo de um ano o sentenciado praticar fato indicativo de persistência de sua periculosidade, restabelecerá a medida de segurança.

Estando o **sentenciado em tratamento ambulatorial**, se o juiz entender que a periculosidade persiste, determinará a *manutenção da medida de segurança* e a continuidade do tratamento ambulatorial; se entender que a periculosidade cessou, determinará a *liberação condicional* e, se no prazo de um ano o sentenciado praticar fato indicativo de persistência de sua periculosidade, restabelecerá a medida de segurança.

Se ficar decidida a manutenção da medida de segurança pela presença da periculosidade do sentenciado, na própria decisão o juiz fixará prazo para o próximo exame para aferir a cessação da periculosidade, que obedecerá ao mesmo procedimento.

O sentenciado desinternado ou liberado ficará sujeito às condições obrigatórias previstas ao livramento condicional, ou seja, obtenção de ocupação lícita se for apto para o trabalho; obrigação de comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; proibição de mudar de comarca sem prévia autorização judicial. Assim como poderão ser impostas condições facultativas, como a proibição mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; obrigação de se recolher à habitação em hora fixada; e proibição de frequentar determinados lugares.

Transcorrido um ano sem que o sentenciado tenha praticado fato indicativo de persistência de periculosidade, a medida de segurança deverá ser declarada extinta.

Este prazo é improrrogável e, decorrido o prazo de um ano, ainda que o sentenciado venha a praticar fato indicativo de periculosidade, a medida de segurança deverá ser declarada extinta. A sentença de extinção da medida de segurança é declaratória e, portanto, apenas reconhece fato já consumado.

A lei fala em fato indicativo de periculosidade, mas não define o que vem a ser. Trata-se de algo extremamente abrangente, ferindo o princípio da taxatividade do Direito Penal. A redação legal é infeliz, pois mais adequado seria falar em “prática de fato definido como crime”. A amplitude do que vem a ser fato indicativo de periculosidade dá margens a arbitrariedades por parte do julgador.

Questão: O sentenciado é desinternado condicionalmente e, passados um ano e dois meses, pratica fato indicativo de periculosidade sem que o juiz da execução tenha declarado a extinção da medida de segurança. A medida de segurança poderá ser restabelecida?

A resposta é negativa, pois o prazo da desinternação condicional se escoou integralmente e a sentença que declara a extinção da medida de segurança é declaratória de direito. Se o fato indicativo de periculosidade for típico e antijurídico, a Justiça Pública, se assim o entender, poderá promover novo processo criminal de conhecimento para apurar a responsabilização do agente, com eventual aplicação de nova medida de segurança.

Questão: E se o agente praticou fato indicativo de periculosidade dentro do período da desinternação condicional, mas só se descobriu após o decurso de um ano?

Mesmo neste caso deverá a medida de segurança ser declarada extinta. O direito não acolhe aos que dormem. Se a Justiça Pública não impulsionou o processo para responsabilizar o sentenciado tempestivamente, não poderá o fazer após a consumação do direito do sentenciado à extinção da medida de segurança.

Se for permitido ao liberado residir fora da comarca do juízo da execução, remeter-se-á cópia da sentença do livramento ao juízo do lugar para onde ele se houver transferido e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção.

6.9.2 Prazo máximo da medida de segurança

Diferentemente do que ocorre na sentença penal condenatória, na sentença absolutória imprópria não há fixação de prazo para a medida de segurança. Isso porque se trata de medida com caráter de tratamento curativo e não punitivo. Afinal, a ideia é manter o tratamento enquanto a doença persistir.

Sob esse argumento muitas pessoas passaram a vida inteira internadas em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico sem qualquer perspectiva de melhora ou retorno ao convívio social.

Como a lei é omissa, há o entendimento de que a medida de segurança deve perdurar enquanto o sentenciado estiver doente, ainda que passe internado sua vida inteira. Segundo esse entendimento, não há ofensa à proibição de penas perpétuas (CR, art. 5º XLVII), muito menos ao limite máximo de 40 (quarenta) anos para o cumprimento de pena privativa de liberdade (CP, art. 75), uma vez que medida de segurança não é pena.

Não podemos concordar com tal posicionamento, pois flagrantemente inconstitucional. Ainda que não seja declaradamente uma pena, a medida de segurança tem caráter nitidamente segregador e punitivo, devendo ser submetida a limite temporal. Não é demais lembrar que a medida de segurança é uma espécie do gênero sanção penal. Assim, com supedâneo no princípio da legalidade, da proporcionalidade, da igualdade, da intervenção mínima e da humanidade, temos que a ausência de limite temporal à medida de segurança é inconstitucional.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda na redação anterior do artigo 75 do Código Penal, é possível encontrar precedentes no sentido de que a medida de segurança não pode suplantiar o limite de trinta anos (com a Lei nº 13.964/17 o prazo passou para quarenta anos).

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, HC nº 84219, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T, j. 16.08.2005).

Mas mesmo esse entendimento que limita a medida de segurança ao prazo do artigo 75 do Código Penal causa injustiças. Imagine-se, por exemplo, um sentenciado que foi processado pela prática do crime de furto simples, cuja pena abstrata varia de 1 a 4 anos de reclusão, que foi absolvido impropriamente com a fixação de medida de segurança detentiva. Não seria nem um pouco proporcional ou razoável deixar esta pessoa internada em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico por quarenta anos. Diante disso, a jurisprudência evoluiu para o entendimento de que a medida de segurança deve ter como limite o tempo equivalente à pena máxima abstratamente cominada ao tipo penal.

1. Paciente preso em flagrante no dia 20/10/2010, por crime de lesão corporal cometido contra sua tia, sendo o flagrante homologado e convertido em prisão preventiva. 2. Prolatada sentença de absolvição imprópria, submetendo o réu ao cumprimento de medida de segurança por prazo indeterminado, foi interposta apelação, parcialmente provida, apenas para limitar o tempo máximo de cumprimento da medida de segurança ao máximo de 30 anos, nos termos do art. 75 do Código Penal. 3. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que o limite máximo da duração da medida de segurança é o mesmo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, com base nos princípios da isonomia e da proporcionalidade. 4. *Habeas corpus* não conhecido. Writ concedido, de ofício, para, fixando o prazo máximo de 3 anos para a medida de segurança, declarar o término do seu cumprimento (STJ, HC nº 269.377/AL, Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 02.10.2014).

Este entendimento está sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Súmula 527 do STJ: O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

Sem dúvida alguma, esse entendimento é o mais adequado, proporcional e justo. Não se pode fazer da medida de segurança um mecanismo de controle estatal eterno sobre o sentenciado.

Questão: Qual o prazo máximo da medida de segurança quando há mais de uma sentença absolutória imprópria?

Havendo mais de uma sentença impondo medida de segurança, entendemos que o prazo máximo da medida de segurança deverá corresponder ao do crime cuja pena abstrata seja maior. Discordamos do entendimento de que as penas máximas devam ser somadas, pois medida de segurança não é pena e, portanto, não se aplica aqui analogia ao concurso material de crimes.

Após o início da execução das medidas de segurança, todas são consideradas como uma única execução. Mas ainda que se admitisse a soma das penas (com o que não concordamos), estas não poderiam suplantar o limite dos quarenta anos.

Por fim, vale advertir que essa nova limitação temporal de 40 (quarenta) anos foi implementada pela Lei nº 13.964/19. A redação anterior do artigo 75 do Código Penal previa o limite de 30 (trinta) anos. Portanto, o novo limite só se aplica àqueles que foram absolvidos impropriamente por ilícitos praticados após a vigência da nova lei, já que a *novatio legis in pejus* é irretroativa.