

Cumprimento de medida de segurança antes do trânsito em julgado: inadmissibilidade

Paulo Eduardo de Almeida Sorci
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

A recente decisão no HC 126.292/SP, do Supremo Tribunal Federal, finalmente alterou a interpretação firmada por maioria (sete votos a quatro) no HC 84.078/MG (2009) quanto ao descabimento da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, pese embora praticamente todos os Entes da Federação, na prática, há muito admitissem o processo de execução provisória da pena.

A despeito das acaloradas críticas que se sucederam ao “novo posicionamento” da Corte Suprema, também sobrevieram notas de louvor pela nova efetividade dada à Justiça Penal nacional, agora nivelada ao primeiro mundo, que bem sabe distinguir e equilibrar presunção de não culpabilidade e efetividade da jurisdição penal.

Certo e mais importante que toda essa discussão é dizer o óbvio: pouquíssimos condenados provisórios *miseráveis* virão a ser presos exclusivamente em razão da nova interpretação do Pretório Excelso, afinal, a grande maioria deles já cumpria pena provisoriamente, porque simplesmente não lhes foi facultado recurso em liberdade, circunstância que, per si, sempre constituiu o sumo fundamento para o início da execução da pena em todo o território nacional.

Assim, é bem de ver, o Supremo apenas harmonizou uma situação fática preexistente, para a qual não podia mais fechar os olhos! É dizer, oficializou a execução provisória para aquele condenado que não pode, nunca pode, de forma alguma, recorrer em liberdade, tamanha a presença dos requisitos legais justificadores da prisão.

Na suma, o Pretório Excelso oficializou aquilo que já vinha admitindo desde 2003, ano em que editadas as Súmulas 716 (“*Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória*”) e 717 (“*Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial*”), ambas no sentido de pressupor hipóteses de execução provisória de sentenças penais condenatórias.

Entretanto, essa mudança de orientação não engloba, *s.m.j.*, a medida de segurança, que é o tratamento aplicado aos inimputáveis que cometem um delito penal e que, sabidamente, não é pena, porquanto não pressupõe culpabilidade, mas, periculosidade.

Em 9 de março de 2010, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça aprovou e instituiu, no âmbito do Poder Judiciário, o Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal e também aprovou o Manual Prático de Rotinas para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal, traçando as diretrizes no campo da execução das medidas de segurança.

De logo, é perceptível, a execução provisória revela-se inviável diante do que foi estatuído pelo Plano de Gestão para o Funcionamento das Varas Criminais e de Execução

Penal, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu em seu item 4.1.1., *in verbis*:

Tratando-se de medida de segurança, a guia de internação (ou internamento) será expedida após o trânsito em julgado definitivo da sentença ou acórdão, observados os requisitos do artigo 173 da lei de Execução Penal, não se concebendo internação de pacientes provisórios em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. (grifo nosso)

Conflita, ainda, em idêntico grau, com a elucidação contida no item 2.2.1.1. do Manual de Rotinas para o Funcionamento das Varas Criminais e de Execução Penal, do Conselho Nacional de Justiça, que assim textualizou:

No caso de medida de segurança consistente em internação, a guia de internação será expedida após o trânsito em julgado da sentença absolutória imprópria ou acórdão, se houver, e após a inclusão do paciente em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. (grifo nosso)

Portanto, não sem razão, o Conselho Nacional de Justiça desaconselhou expressamente a adoção da execução provisória da medida de segurança de internação, e tal orientação parece estar perfeitamente ajustada com a ordem legal vigente sobre execução de medida de segurança e, por outro lado, mais consentânea com a realidade de superlotação existente nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do país.

Em primeiro lugar, no pertinente ao aspecto legal, é forçoso rememorar o forte entendimento jurisdicional de que não há suporte legal para a aplicação provisória de medida de segurança e conseqüente recolhimento *precário* de paciente em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, visto que a Lei nº 7.209/84, que modificou o Código Penal, não repetiu a regra do art. 80 do Código de 1940. Com essa abolição também ficaram revogados os artigos 378 e 380 do Código de Processo Penal. Esse fundamento, por si só, revela temerária a admissão da hipótese de execução provisória de medida de segurança.

Afora mais, o estado constitucional de inocência para o portador de transtorno mental, que está sujeito a sentença penal absolutória imprópria, é obrigatoriamente distinto daquele inerente à pessoa acusada de um delito, afinal, os portadores de transtorno mental não estão sujeitos à prova da culpabilidade.

Em outras palavras, a superveniência de absolvição imprópria não perfaz efetivo juízo de culpabilidade, portanto, não fundamenta o início da execução da medida de segurança, devendo assegurar-se ao paciente o pleno direito de acesso, em liberdade, ao Tribunal de Apelação, salvo medida cautelar decretada ante excepcional perigo a terceiros ou ao próprio paciente.

Portanto, para a execução de medida de segurança há que se exigir a ocorrência de coisa julgada, isto é, sentença firme e delimitada, possível apenas com o esgotamento do direito de defesa em sua plenitude.

Ainda no campo legal, não há como se olvidar do cânon inscrito no artigo 171 da Lei no 7.210/84, que condiciona a expedição da guia de internação (ou internamento) ao trânsito em julgado da sentença.

A razão maior, mais do que jurídica, é fática: a admissão da execução provisória de medida de segurança de internação arruinará ainda mais o deficiente serviço de saúde prestado em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do Estado de São Paulo, problemática, aliás, brasileira, e não só paulista.

Ora, são incomparáveis pena privativa de liberdade e medida de segurança, afinal, nesta última não se contempla a expiação de castigo, já que por ela é visada exclusivamente a recuperação do doente mental infrator.

E aqui um outro fator determinante para a não adoção da execução provisória para a hipótese de internação: a estrutura do sistema prisional difere brutalmente da estrutura “manicomial”; enquanto a prisional não encontra limitação legal para sua ampliação, justamente por isso é que se possibilitou a implantação da execução provisória das penas privativas de liberdade, a manicomial está orientada pelas diretrizes da Lei nº 10.216/01 (Lei *Antimanicomial*), que reformulou o modelo de atenção à saúde mental, antes com foco no tratamento prestado exclusivamente em instituição hospitalar manicomial, doravante com enfoque para uma rede de atenção psicossocial, a ponto de impedir a construção de novos “manicômios judiciários”.

Como há tempo se entendeu:

Já não mais estabelece o art. 96 do CP, com a redação da Lei nº 7.210/84, que a internação do inimputável seja obrigatoriamente realizada em manicômio judiciário. Foi esta humanizada em consonância com os próprios objetivos a que visa, no sentido de que a Justiça Penal há de procurar recuperar o inimputável, e não simplesmente aplicar-lhe um castigo (STF – HC – Rel. Min. Aldir Passarinho – RT 616/387).

Em verdade, hodiernamente, ante as disposições da Lei nº 10.216/01, a rigor, sequer se poderia contemplar o recolhimento de agentes infratores portadores de transtorno mental não julgados definitivamente em estabelecimentos prisionais, notadamente em “depósitos de loucos”. Deveriam, como pacientes que são, sujeitar-se a tratamento terapêutico dispensado por profissional habilitado a oferecer esta ou aquela terapia, e isto através da rede pública ou conveniada ao SUS.

E nada obsta que a imposição do tratamento terapêutico ocorra independentemente da expedição de guia provisória, mediante conversão da “prisão cautelar”, fundada unicamente na periculosidade do agente, em internamento cautelar, o que se faria com fundamento no Art. 4º da Lei nº 10.216/01, afinal, é do texto legal que o juiz, em casos tais, dará preferência ao tratamento ambulatorial, somente determinando a internação “quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (Art. 4º, *caput*).

Como se infere, a solução depende da implementação de políticas públicas que visem mecanismos de atenção integral à saúde mental como, por exemplo, a criação de unidade hospitalar para tratamento aos doentes mentais “provisórios”.

Em sendo assim, ousa-se afirmar, não se aplica o julgado recente do Supremo Tribunal Federal às medidas de segurança, ao menos até que inteiramente garantido – ao paciente – o duplo grau de jurisdição. Do contrário, estar-se-á admitindo a execução provisória da medida de segurança de internação, e a tendência natural, nesta hipótese, é de brutal agravamento da situação de falta de vagas para o alienado mental recolhido cautelar ou processualmente.

O problema, inegavelmente existente, deve encontrar solução outra, a exemplo da criação de Juízo de Direito Privativo e Especializado no processamento de autos de medida de segurança, que, em São Paulo, reexaminando grande parte dos casos sob sua competência, obteve a diminuição do número de pacientes que aguardavam “presos” a obtenção de vaga para inclusão em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, entre maio de 2009 e fevereiro de 2010, de 350 para 159 pacientes.

Por outro argumento, não se compreende o fazer tábula rasa às claras disposições da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, também conhecida como “Lei da Reforma Psiquiátrica”, cuja *mens legis* é inteiramente fundada no caráter excepcional do tratamento compulsório a ser prestado ao portador de transtorno mental, quanto mais no caso de “paciente provisório”, ou seja, aquele sem a sentença firme, como aquele que recorre da sentença absolutória imprópria e pode vir a ser absolvido pelo Tribunal.

Ademais, sob igual prisma, não se justificaria a admissão de execução provisória das medidas de segurança indistintamente, sem qualquer diferenciação para as hipóteses de crime punível com mera detenção, em que o agente estará sujeito ao tratamento ambulatorial (art. 97 do CP).

Nesse campo, tudo deve operar com proporcionalidade constitucional, daí porque nunca se concebeu, por exemplo, a execução provisória da pena substitutiva a que alude o artigo 44 do Código Penal.

Decerto, vale repisar, a rica experiência deste Estado de São Paulo com a admissão da execução provisória das “penas privativas de liberdade” pelas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, disseminada que foi para tantos outros Tribunais, não pode ser simplesmente transportada para o campo das medidas de segurança.

Os institutos e seus sujeitos são diversos e as consequências absolutamente distintas.

O imputável que cumpre pena privativa de liberdade provisoriamente e depois vem a ser absolvido pelo Tribunal não é equiparável ao agente tido equivocadamente por doente mental.

E a experiência revela que não são raros os casos de pessoas avaliadas de forma imprecisa na fase de cognição, quando são afirmadas inimputáveis e, posteriormente, em fase de execução, são dadas “inexplicavelmente” por imputáveis.

Disso decorre que, em se admitindo uma internação provisória em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de pessoa não portadora de doença mental, estar-se-á submetendo tal agente ao risco irreversível de passar a portar forçosamente um transtorno mental, proveniente da medicação compulsória invariavelmente aplicada aos seus frequentadores.

Não é possível a aplicação provisória de medida de segurança, cabendo substituí-la, quando os recursos extra-hospitalares comuns se mostrarem insuficientes, pela custódia preventiva de internação, com a remoção do agente para estabelecimento adequado que, em conformidade com o § 2º do Art. 4º da Lei nº 10.216/01, deverá oferecer assistência integral ao portador de transtorno mental que aguarda o julgamento de seu recurso, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológica, ocupacional e de lazer.

Cabe ao Poder Judiciário exigir ações concretas à implantação de unidade própria para o correto recolhimento dos infratores portadores de transtorno mental.