



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

ROBERTA CERQUEIRA LIMA DA SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA POR TEMPO
INDETERMINADO**

Salvador
2017

ROBERTA CERQUEIRA LIMA DA SILVA

A INCONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA POR TEMPO INDETERMINADO

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de
Direito como requisito parcial para obtenção de grau
de Especialista em Ciências Criminais.

Salvador
2017

ROBERTA CERQUEIRA LIMA DA SILVA

A INCONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA POR TEMPO INDETERMINADO

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito para obtenção do grau de Especialista em Ciências Criminais.

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017.

Agradeço a Deus, porque Dele, por Ele e para Ele são todas as coisas.

A SILVA, Roberta Cerqueira Lima. **A inconstitucionalidade das medidas de segurança por tempo indeterminado**. Monografia (Pós-graduação em Ciências Criminais) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

RESUMO

O estudo analisa a constitucionalidade do §1º do artigo 97 do Código Penal que condiciona a liberação do agente inimputável submetido à medida de segurança à perícia médica, em face do art. 5º, inciso XLVII, alínea b da Constituição Federal que veda a prisão perpétua. Inicia-se com uma abordagem, sob uma perspectiva criminológica, acerca do tratamento jurídico dado à loucura, bem como realiza-se uma análise histórica do instituto da medida de segurança. Em seguida relatam-se as características e os pressupostos legais exigidos para a aplicação da sanção ao inimputável. A pesquisa aponta que a medida de segurança, em especial a internação, em nada ressocializa ou faz cessar uma pretensa periculosidade em relação ao agente. Do mesmo modo, evidencia-se a inconstitucionalidade da sanção com caráter eterno. Caso contrário, os inimputáveis, que sofrem medida de segurança ao cometerem crimes, teriam tratamento mais severo do que as pessoas penalmente responsáveis. Propõe-se que a limitação temporal da medida de segurança seja determinada pelo máximo da pena abstratamente cominada. O trabalho não tem a pretensão de por fim a questão, mas tem o objetivo de provocar o debate e apresentar um posicionamento em concordância com o Superior Tribunal de Justiça e os princípios constitucionais.

Palavras-Chave: Medidas de segurança. Vedação à prisão perpétua. Princípios e garantias. Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	DOENÇA MENTAL E DIREITO	10
2.1	SINOPSE HISTÓRICA DA LOUCURA.....	10
2.2	ORIGEM HISTÓRICA DA MEDIDA DE SEGURANÇA	15
2.3	A SAÚDE MENTAL NO BRASIL	20
2.4	PRINCÍPIOS DO DIREITO SANITÁRIO.....	22
2.5	O ADVENTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO BRASIL	24
2.5.1	As Ordenações do Reino	24
2.5.2	Código do Império	25
2.5.3	Código Republicano	26
2.5.4	Consolidação das Leis Penais (1932)	28
2.5.5	Código Penal de 1940 e a Reforma de 1984	29
2.6	A CUSTÓDIA E O TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO NO BRASIL	34
3	APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	42
3.1	CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	42
3.2	FINALIDADES	45
3.2.1	Retributivismo	45
3.2.2	Prevencionismo	47
3.2.2.1	<i>Prevenção Geral</i>	47
3.2.2.2	<i>Prevenção Especial</i>	49
3.3	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	51
3.4	PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	53
3.4.1	Periculosidade	56
3.5	ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	62
3.5.1	Internação	63
3.5.2	Tratamento Ambulatorial	65
3.6	PRAZO DE DURAÇÃO	68
3.7	EXECUÇÃO.....	70
3.7.1	Substituição da Pena por Medida de Segurança	71
3.7.2	Desinternação e Liberação	73
3.7.3	Extinção da Punibilidade	75

3.8	PENAS <i>VERSUS</i> MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	77
4	INCONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA POR	
	TEMPO INDETERMINADO.....	80
4.1	VEDAÇÃO À PRISÃO PÉRPETUA.....	80
4.2	DA INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	83
4.2.1	Princípio da Igualdade	85
4.2.2	Da Dignidade da Pessoa Humana e da Humanidade das Penas.....	87
4.2.3	Da Proporcionalidade.....	89
4.2.4	Da Ampla Defesa e do Contraditório	91
4.3	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	92
4.4	POSSÍVEIS SOLUÇÕES.....	97
5	CONCLUSÃO.....	101
	REFERÊNCIAS.....	105

1 INTRODUÇÃO

Criada para suprir a necessidade de uma nova modalidade de sanção, sob a influência da Escola Positivista, a medida de segurança veio garantir uma punição diferenciada às pessoas que praticam infrações penais e não possuem consciência acerca dos atos praticados ou não conseguem se portar em conformidade com a norma. O fundamento da medida de segurança mais reside no perigo do doente no convívio social do que efetivamente na necessidade do castigo, em razão de ser temido socialmente.

O precípua escopo deste trabalho é analisar o instituto da medida de segurança, previsto no artigo 97 e parágrafos do Código Penal, aplicável aos inimputáveis, à luz dos princípios constitucionais, tais como, ampla defesa, contraditório, proibição das penas perpétuas (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLVII, alínea b e inciso LV), dentre outros. O estudo aqui proposto levará em consideração que o parágrafo 1º do artigo 97 Código Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal, tendo em vista que prevê medida que restringe a liberdade do cidadão (internação) com prazo indeterminado e condiciona a liberação do internado à perícia médica, cujo laudo resultante deverá constatar a cessação da periculosidade.

Primeiramente, sem ter a pretensão de fazer vastas incursões no campo da psiquiatria, mas sim sob uma perspectiva criminológica, se fará uma abordagem acerca da história da loucura e do seu tratamento jurídico, desmascarando o discurso ideológico que a transformou numa ameaça social.

Serão traçadas premissas doutrinárias acerca da medida de segurança, momento em que o trabalho se ocupará basicamente de uma delimitação dogmático-legislativa de tal instituto, bem como de uma distinção entre penas e medidas de segurança, atrelada a uma acurada análise dos pressupostos legais exigidos para a aplicação das mesmas, quais sejam, a prática de um ilícito penal por um agente que é inimputável em razão da patologia mental, o qual é considerado, por conta disso, um indivíduo criminalmente perigoso.

Ademais, proceder-se-á a uma análise crítica sobre a noção de periculosidade, enquanto argumento que sustenta e legitima a aplicação das hodiernas medidas de segurança. Neste trabalho monográfico, intenta-se a compreensão de questões como: no que consiste a periculosidade? Existe algum critério (objetivo) para delimitar quem

é perigoso? Se sim, a quem competirá identificá-los?

De outro lado, será examinado como funciona o tratamento punitivo e segregatório conferido ao indivíduo portador de transtornos psíquicos, bem como o grau de sua ineficiência em oferecer um atendimento individualizado de acordo com as necessidades ambulatoriais específicas. O indivíduo submetido ao “tratamento” proposto por tal medida penal, ficará privado de sua liberdade de maneira arbitrária e por tempo indefinido, pois não lhe é oferecido um tratamento capaz de alterar o seu quadro psíquico a ponto de provocar a cessação da periculosidade do agente. Ou seja, o inimputável torna-se uma vítima do sistema gerando uma incômoda situação, de toda inconcebível num Estado Democrático, que nos servirá de objeto do presente estudo: a de direitos que são negados a determinados indivíduos pela simples condição de serem portadores de uma patologia (psíquica) que interfere na capacidade de entender o caráter ilícito de seu ato ou portar-se de certa maneira diante dele.

Sob tais perspectivas, o discurso garantista será trazido à tona, e será abordada a questão da dignidade da pessoa humana no que diz respeito ao insano. Levando-se em consideração que a tradição e a prática jurídica fundamentam-se no pressuposto de que os indivíduos inimputáveis são perigosos, a ausência de fixação de tempo máximo para cumprimento das medidas de segurança implicaria na supressão da condição de seres humanos dignos das pessoas portadoras de deficiência mental ou com desenvolvimento mental incompleto, ao deixá-las *ad eternum* em manicômios judiciais.

Este trabalho visa demonstrar que a limitação ao cumprimento das medidas de segurança erige-se em importante instrumento de observância e implementação dos direitos e garantias fundamentais dos inimputáveis, assegurando-lhes a qualidade de seres humanos dignos. Do exposto, a justificativa do presente projeto consiste em sua relevância social. Isso porque, é no mínimo alarmante o fato de que um indivíduo ao cometer um delito imbuído por uma doença psíquica possa vir a passar grande parte de sua vida dentro de um Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, que nem sempre possui condições favoráveis à sua recuperação.

Portanto, a importância do trabalho está em demonstrar que os danos causados pelas medidas de segurança ao portador de transtorno mental que está em conflito com a lei penal são demasiado elevados e inúteis. E mais, verifica-se que a atual postura encampada pelo ordenamento penal não supre suas necessidades

especiais. Afinal de contas, o tratamento usualmente conferido nos diversos manicômios judiciários não se presta a efetivamente trazer melhorias ao infrator patológico e a propagada intenção de ulterior inclusão, em verdade, só o exclui mais.

2 DOENÇA MENTAL E DIREITO

2.1 SINOPSE HISTÓRICA DA LOUCURA

Na tentativa de construir o conceito de loucura encontramos um obstáculo de ordem temporal, pois tal construção exige a análise do contexto ideológico em que o desajuste de personalidade se manifesta. Paulo Vasconcelos Jacobina (2008, p. 29) chama atenção para o fato de que:

O conceito de loucura não é unívoco. E, apesar de tanta tinta que já foi gasta para provar o contrário, tampouco se pode admitir que existe um conceito de loucura vagando pelo mundo platônico das idéias, paulatinamente desvendado pelo progresso da ciência. A loucura sempre foi, em todas as sociedades, uma questão de como a pessoa se relaciona consigo mesma, como se relaciona com os outros e, principalmente, como vê o mundo e por este é vista.

A noção de loucura, portanto, só pode ser compreendida quando levados em consideração os condicionamentos sociais e culturais da sociedade. Há de se notar que nem sempre as pessoas consideradas hoje como portadoras de problemas mentais foram interpretadas como enfermas ou mesmo como detentoras de qualquer espécie de anormalidade psíquica. Para os povos primitivos o louco era visto como um indivíduo com dons sagrados e atitudes divinas, digna de respeito e credibilidade. A loucura era atribuída à ação de forças externas advindas dos deuses, ou seja, comportamentos hoje tidos como relevadores da loucura, em outra época funcionavam como indicadores da relação do homem com o sobrenatural. Segundo Augusto Cesar de Farias Costa (2003, p. 136):

A história da relação do ser humano com a loucura é, desde os primórdios da civilização, a história da tolerância para com a diferença entre as pessoas. Dessa maneira, as sociedades ditas mais primitivas consideravam os indivíduos que apresentavam transtornos mentais como emissários da divindade e assim portadores de poderes sobrenaturais. A inserção da sua diferença numa perspectiva religiosa proporcionava ao louco um lugar contextualizado dentro da comunidade, fazendo com que a sua singularidade, ao invés de ser excluída, fosse assimilada como uma contribuição e não como uma subtração ao bem-estar comum. Assim, já na antiga Mesopotâmia, no Egito antigo, entre os hebreus e os persas e até no extremo Oriente, a loucura era entendida como uma condição especial que conferia ao indivíduo que a apresentasse uma feição próxima ao divino.

Na antiga Grécia, os registros de pessoas com anormalidades psíquicas e que apresentavam diferença comportamental em relação aos demais, pode ser constatado, sob uma perspectiva mitológico-religiosa, na obra dos clássicos como

Homero, Eurípides, Ésquilo¹. Durante esse período, os transtornos mentais eram atribuídos a entidades desconhecidas ou mesmo caprichos divinos. Diante da intervenção sobrenatural, a ideia sobre culpa daqueles acometidos de momentos de insensatez e responsabilidade diante do cometimento de crimes, não havia sido estruturada, tendo em vista que o homem era um ser fragmentado e contraditório, submetido aos deuses.

Tal característica, entretanto, não impediu a adoção de medidas contra os loucos, em que pese tenhamos raros registros históricos. Rui Carlos Machado Alvim (1997, p. 27) ao tratar das providências preventivas afirma que muitos dos castigos penais aplicados podem ser precursores, direta ou indiretamente, das medidas de segurança, por se mostrarem meios de preservação da sociedade na busca pela proteção social.

Recomendava-se a guarda dos loucos com parentes, enquanto que se reservava o encarceramento diante da impossibilidade de controle daqueles de difícil relacionamento. Aos doentes mentais considerados criminosos impunha-se uma guarda mais rígida, em que se previa até mesmo a contenção por correntes.

Imperioso se faz destacar que na Grécia e na Roma clássica, os conceitos sobre insanidade se mostravam em demasiado extravagantes e abstratos, pois a Igreja que detinha a função de se dedicar ao estudo das enfermidades mentais, resultando em construções teóricas precárias e restritas aos ditames religiosos. Embora não houvesse um conceito próprio de periculosidade e de medidas de segurança, a segregação dos indivíduos concebidos como inimigos e perigosos já tomava suas primeiras feições. Os conhecimentos sobre o tema eram diminutos e a exclusão dos doentes mentais infratores se tornou uma alternativa de silenciá-los.

Nesse contexto, Hipócrates, considerado pai da medicina, contrariamente ao modelo mitológico-religioso vigente, estruturou uma nova prática médica e passou a entender a loucura como desarranjo da natureza orgânica e corporal do homem. A partir desta classificação orgânica da loucura, esta passara a ser tratada como doença tendo prescritos tratamentos através de uma alimentação adequada e mudança de hábitos, para equilibrar os humores que poderiam ser estimulados ou diminuídos através destes cuidados. A tradição organicista foi propagada por pensadores como

¹ Homero, Ésquilo e Eurípides viveram em torno do século V a.C., e escreveram tragédias gregas como Medéia, Fedra, Orestes e As Bacantes. Os personagens citados em tais peças são todos acometidos de loucura, alguns apenas por determinado período e outros que são levados até a morte, mas sempre por influência divina.

Platão, Aristóteles e Galeno. Uma das grandes dificuldades encontradas por Hipócrates foi a de desmistificar os tratamentos trazendo-os exclusivamente para a área da medicina, pois, estes eram aplicados como ritos sacros.

A relação de intolerância com os loucos, entretanto, não melhorou com a propagação da visão organicista, sequer com o advento da Idade Média, pelo contrário, o tratamento desumanizador conferido ao doente mental infrator teve neste período seu marco referencial. Os comportamentos anormais passaram a ser identificados como possessões diabólicas, numa construção demoníaca do fenômeno.

Primeiro, esse modelo de pensamento reedita e corrompe o modelo mitológico da Grécia antiga. Reedita, porque após a visão organicista popularizada pelo galenismo, a loucura (na maioria dos casos) passa a ser, de novo, efeito de maquinações de entidades extra-naturais. Corrompe, porque agora a loucura é apenas negativa, patológica, estigma de imperfeição e de culpa. Os deuses causavam a loucura mas a cancelavam. Agora o louco é um campo de batalha entre forças do mal e forças do bem. A loucura era uma questão de relação do homem, na sua autoconsciência, com um ou mais deuses. Agora a relação que se estabelece exclui ou desqualifica a autoconsciência. O homem é passivo. Passivo frente ao demônio, passivo diante do poder salvador do exorcista. (PESSOTI, 1994, p. 100)

A demonologia da loucura tem sua origem no fortalecimento do cristianismo e na tentativa da Igreja de reprimir as heresias e crenças agnósticas, de modo que o culto a deuses pagãos era visto como obra do demônio e aquele que o cultuava era considerado seu instrumento. As obras literárias da época pretendiam facilitar a identificação daqueles que agiam sob o mando do demônio, contra a salvação cristã das almas. Santo Agostinho e Tomás de Aquino foram os expoentes desta reformulação da Igreja. Tomás de Aquino reconhece expressamente a existência de demônios em sua *Summa Theologica* e sua influência pode ser sentida em outras obras, a exemplo de *Malleus Maleficarum*, de Sprenger e Heinrich Kramer, datado de 1484. Traduzido como "Martelo das Feiticeiras", serve como uma cartilha de caça e punição às bruxas e loucos.

Pode-se afirmar que com a Idade Média as perspectivas de avanço nos estudos científicos sobre o fenômeno da loucura foram frustradas. Ao demonizar a doença o médico foi posto em segundo plano para dar notoriedade aos exorcistas e teólogos. A perseguição aos indivíduos perigosos se viu, então, legitimada pela demonização. O crime, neste período, representava a lesão aos direitos e vontade do monarca, de modo que os castigos físicos, ameaças e o tratamento severo eram medidas comuns traduzidas em um mecanismo punitivo de legitimação de poder. Foucault (2009, p.

41), ao tratar das infrações na era clássica, afirma que:

O crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como vontade do soberano, ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe. [...] A intervenção do soberano não é portanto uma arbitragem entre dois adversários; é mesmo muito mais que uma ação para fazer respeitar os direitos de cada um; é uma réplica direta àquele que a ofendeu.

O fato histórico mais simbólico dessa época é a Nau dos Loucos, conhecida como “estranho barco que desliza ao longo dos calmos rios da Renânia e dos canais flamengos.” (FOUCAULT, 2010, p. 9), uma embarcação literária, inspirada em acontecimento real. A Nau dos loucos é um barco que vaga pela Europa transportando uma tripulação funesta, contendo toda escória da sociedade, levando os moradores indesejados das cidades. Segundo Foucault este é o espaço destinado ao louco, condenado a não ter pátria, em síntese “confiar o louco aos marinheiros é com certeza evitar que ele ficasse vagando indefinidamente entre os muros da cidade, é ter a certeza de que ele irá para longe, é torná-lo prisioneiro de sua própria partida” (FOUCAULT, 2010, p. 11-12).

No século XVII o entendimento quanto ao tratamento destinado aos loucos muda radicalmente, começa o período das internações compulsórias em larga escala de toda aquela população que antes viajava na Nau. Os loucos, assim como os pobres, vagabundos, presidiários, ou seja, outras espécies de pessoas excluídas da sociedade que simbolizavam ameaça à lei e à ordem social, são enviados para os chamados Hospitais Gerais. O louco, custodiado entre tantos, não tem características próprias, de modo que o olhar sobre a loucura não é diferenciador das outras categorias de marginais.

Trata-se de recolher, alojar, alimentar aqueles que se apresentam de espontânea vontade, ou aqueles que para lá são encaminhados pela autoridade real ou judiciária. É preciso também zelar pela subsistência, pela boa conduta e pela ordem geral daqueles que não puderam encontrar seu lugar ali, mas que poderiam ou mereciam ali estar. Essa tarefa é confiada a diretores nomeados por toda a vida, e que exercem seus poderes não apenas nos prédios do Hospital como também em toda a cidade de Paris sobre todos aqueles que dependem de sua jurisdição. (FOUCAULT, 2010, p. 49).

Os Hospitais Gerais eram dotados de natureza administrativa, refletindo a mera custódia dos loucos. Não ocorria qualquer tipo de tratamento médico ao portador de transtornos mentais. Pelo contrário, a loucura assume o status de desrazão, sendo louco aquele que transgride ou ignora a moral racional. Neste contexto, surge a associação da conduta do alienado com a periculosidade, visto que, ele representa a ameaça e o perigo, bem como equivale a um ser inferior, incompetente e desadaptado

para o trabalho. Segundo Foucault (2010, p. 78):

A internação é uma criação institucional própria ao século XVII. Ela assumiu, desde o início, uma amplitude que não lhe permite uma comparação com a prisão tal como esta era praticada na Idade Média. Como medida econômica e precaução social, ela tem valor de invenção. Mas na história do desatino, ela designa um evento decisivo: o momento em que a loucura é percebida no horizonte social da pobreza, da incapacidade para o trabalho, da impossibilidade de integrar-se no grupo; o momento em que começa a inserir-se no texto dos problemas da cidade. As novas significações atribuídas à pobreza, a importância dada à obrigação do trabalho e todos os valores éticos a ele ligados determinam a experiência que se faz da loucura e modificam-lhe o sentido.

Assim, com o surgimento dos hospitais gerais, também chamados de casa de correção ou casas de trabalho, a loucura passou a ser um estigma que acompanhava os internados por toda a vida, impossibilitando a recuperação da sua plena autonomia. Mesmo depois de sua desinternação os loucos seriam sempre reconhecidos como incapazes pela sociedade que os excluiu. Com o desaparecimento da lepra e posteriormente com a cura das doenças venéreas, o volume das internações acentuou-se ainda mais, pois a loucura passou a herdar a estrutura física dos leprosários distribuídos por toda a Europa.

Neste período, entretanto, destacam-se as primeiras construções teóricas de cunho médico acerca da alienação mental, em que se sustenta que somente o médico pode atestar a insanidade e determinar o internamento, tratam-se das classificações de Zachias e de Félix Plater. Imbuídos na tentativa de aprofundar os estudos acerca do processo causal da alienação mental, os médicos e pesquisadores da época formularam modelos teóricos, que acabaram por se dispersar em uma pluralidade de linhas de pensamento. Tais pesquisas científicas, por sua vez, não conseguiram alterar a realidade fática, as internações continuaram a ocorrer sem acompanhamento de médicos.

Somente com a obra de Philippe Pinel, intitulada “Tratado Médico-filosófico sobre a Alienação Mental”, publicada em 1801, pode-se dizer que surge a psiquiatria como especialidade médica. O tratado de Pinel classifica a loucura em termos científicos e preconiza um tratamento moral para os alienados, aplicando técnicas revolucionárias como a abolição das correntes.

Não vamos discutir se o gesto de Pinel foi real ou mítico nem se inaugurou ou não a psiquiatria. É um gesto carregado de simbolismo e de significado e provocou consequências grandes demais no mundo contemporâneo para ser ignorado. Se a idade clássica criou os pressupostos para a concepção hodierna de loucura, foi Pinel quem transformou a loucura em um assunto estritamente médico, por um lado, e seu tratamento em um assunto basicamente moral, por outro. (JACOBINA, 2008, p. 47)

A liberdade concedida, no entanto, ocorre no interior dos próprios hospícios, “É entre os muros do internamento que Pinel e a psiquiatria do século XIX encontrarão os loucos; é lá – não nos esqueçamos – que eles os deixarão, não sem antes se vangloriarem por terem-nos ‘libertado’” (FOUCAULT, 2010, p. 48). Os loucos foram mantidos enclausurados, sob constante observação a fim de viabilizar as novas descobertas na área da medicina. Trata-se da chamada liberdade intramuros, em que o alienado é privado da liberdade para ser tratado. O método pineliano acreditava que a autoridade moral do médico orientaria o louco à sua sanidade mental, por isso aplicava processos disciplinares em seus pacientes, visando reeducá-los. É neste contexto que o médico se torna um agente da ordem social.

Com o tratamento científico da loucura, classificada agora como uma patologia, e o advento da antropologia criminal, os mecanismos de punição legal passaram a se justificar não apenas nas infrações, mas nos indivíduos. Outras modalidades de avaliação e julgamento foram inseridas na persecução penal e o Judiciário além de identificar a materialidade e a autoria do delito, tratou de desenvolver um procedimento na busca das causas do crime, mais precisamente na lucidez do seu autor.

Eis, porém, que durante o julgamento penal encontramos inserida agora uma questão bem diferente de verdade. Não mais simplesmente: ‘O fato está comprovado, é delituoso?’ Mas também: ‘O que é realmente esse fato, o que significa essa violência ou esse crime? Em que nível ou em que campo da realidade deve ser colocado? Fantasma, reação psicótica, episódio de delírio, perversidade?’ Não mais simplesmente: ‘Quem é o autor’ Mas: ‘Como citar o processo causal que o produziu? Onde estará, no próprio autor, a origem do crime? Instinto, inconsciente, meio ambiente, hereditariedade?’ Não mais simplesmente: ‘Que lei sanciona essa infração?’ Mas: ‘Que medida tomar que seja apropriada? Como prever a evolução do sujeito? De que modo será ele mais seguramente corrigido?’ (FOUCAULT, 2009, p. 23).

2.2 ORIGEM HISTÓRICA DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Antes de alcançar a estrutura que apresenta hoje, as medidas de segurança foram alvo de diversas elaborações teóricas e legislativas. Sua origem, de acordo com Ferrari (2001, p. 16) remonta aos romanos, que visando segregar os doentes mentais denominados *furiosi*, aplicaram medidas de internação em casas de custódia afastando-os da sociedade e excluindo-os da incidência do direito penal. Não se exigia a prática de nenhum fato delituoso para a aplicação das medidas de defesa social, punia-se pelo perigo ou pelo mau exemplo que representavam para a sociedade.

O Direito Penal Clássico desenvolveu-se a partir de fórmulas abstratas recebidas dos romanos, em que a realidade era o crime, o ente jurídico. Na análise de Aníbal Bruno (1940, p. 11), “Tomando o delito como simples infração de uma norma jurídica, os juristas clássicos ignoraram a realidade humana.”

Apenas no final do século XIX, em decorrência da Escola Positiva Italiana formada com base nas ideias dos positivistas Ferri, Garófalo e Lombroso², surge uma nova modalidade de tratamento com o intuito de promover a correção dos sujeitos considerados perigosos. Segundo Aníbal Bruno (1940, p. 12-13):

E, enquanto os criminalistas clássicos teciam os seus silogismos sutis em torno das duas entidades fundamentais do seu sistema – delito e pena –; as ciências experimentais iam aos poucos tirando dos mistérios os fundamentos e as razões do comportamento humano e impondo a consideração do direito penal a pessoa do homem [...] O direito penal não poderia permanecer alheio a esse vigoroso florescer das ciências biológicas [...] Sob o influxo dessas ideias a corrente sociológico – naturalista, nascida de Lombroso e envolvida através de árdua e progressiva elaboração experimental e doutrinária voltou-se á obra de aplicação desses dados bio-psicológicos e sociológicos á interpretação do fenómeno do delito e á orientação da reação social na luta contra a criminalidade.

As ideias advindas da Escola Positiva eram carregadas de embasamento científico no estudo do crime e do criminoso, fundando-se a punição no conceito de “periculosidade” do sujeito, em um contexto em que junto ao crime praticado deveriam ser verificadas as características físicas e psíquicas do agente. Pela lógica do positivismo italiano, a partir do momento em que se fizesse a identificação do indivíduo perigoso não seria necessário aguardar a prática do delito para a posterior aplicação da medida de segurança, pois seria cientificamente comprovável que o crime iria acontecer, tendo em vista a tendência inata a esta prática. O delinquente deveria então ser afastado do seio da sociedade por meio de uma medida de defesa social, que consistia na privação do indivíduo do convívio em sociedade.

Ao lado do princípio da defesa social, a Escola Positiva adotou a ideologia determinista considerando o delinquente um sujeito desprovido de livre arbítrio. Dessa forma, a finalidade da medida de proteção social não poderia ser o mero castigo, haja vista o delinquente não ter alternativas, mas sim a inocuização ou correção do mesmo

² Juntamente com Raffaele Garofalo (1852- 1934), Enrico Ferri (1856- 1929) e outros, Cesare Lombroso (1835 – 1909) pretendeu construir uma abordagem científica a respeito do crime e do criminoso. Ao partir do pressuposto de que os comportamentos são biologicamente determinados, e ao basear suas afirmações em grande quantidade de dados antropométricos, Lombroso construiu uma teoria evolucionista, na qual os criminosos aparecem como tipos atávicos, ou seja, como indivíduos que reproduzem física e mentalmente características primitivas do homem. Sendo o atavismo tanto físico quanto mental, poder-se-ia identificar, valendo-se de sinais anatômicos, quais os indivíduos que estariam hereditariamente destinados ao crime.

por motivos relacionados a sua periculosidade, responsabilidade e temibilidade social. “A temibilidade era a justificativa para a imposição do tratamento. Unificava os fins de proteção social e tratamento, alcançando a eficácia com a obstrução de novos delitos.” (FERRARI, 2001, p. 23).

Verifica-se que os positivistas italianos, na busca pela elevação do fim preventivo, elegeram diversos fundamentos para negar o fim retributivo da pena, ganhando destaque o papel do utilitarismo. De acordo com Ferrari (2001, p. 24) melhor do que retribuir, seria prevenir a reiteração do delito, representando a medida preventiva o instrumento de eficácia e utilidade.

Conclui-se dessa feita que a Escola Positiva foi responsável pelo desenvolvimento embrionário das medidas de segurança. Nesse contexto, a pena com o seu caráter unicamente retributivo perdeu eficácia e a prevenção especial, mecanismo em que se procurava evitar que novos crimes ocorressem, só seria válida com a recuperação e reintegração do delinquente ao corpo comunitário.

O grande feito do positivismo criminal foi haver imposto á consideração do direito penal a realidade humana; foi haver feito do delito um ato do homem, sujeito ás leis do seu comportamento; foi, por fim, haver lançado, como fundamento de fenômeno do delito, um estado de desajustamento social de causas antro-po-sociológicas. (BRUNO, 1940, p. 14).

Perigosidade criminal e defesa social tornaram-se os polos de desenvolvimento do direito penal. No século XX, o movimento da Defesa Social representou o propulsor das ideias preventistas e das medidas de segurança, consequência indireta dos ideais positivistas (FERRARI, 2001, p. 24). Anibal Bruno (1940, p. 16) leciona que foi o pensador clássico Rogmanosi (1761-1835)³ quem lançou decisivamente como fundamento do direito penal, o critério da defesa social, de forma que o direito penal seria unicamente o direito de defesa atual contra uma ameaça permanente, nascida de uma injusta intemperança. Entretanto, os pensadores clássicos operavam sobre um conceito exclusivamente jurídico ou ético-jurídico do ato delituoso, “Faltava-lhe o conceito natural de delito, como fenômeno antro-po-sociológico, único que poderia permitir uma compreensão integral do problema da defesa social.” (BRUNO, 1940, p. 16).

O movimento da Defesa Social, de acordo com Ferrari (2001, p. 24-28) pode

³ Sobre Rogmanosi, Anibal Bruno (1959, p. 100) afirma: “Sendo assim o direito punitivo, o fim exclusivo da pena é a defesa da sociedade contra o crime. A pena tem o seu ponto de apoio no passado, no fato delituoso praticado pelo agente, que para Rogmanosi, é a “ocasião de exercício” do Direito punitivo, mas a sua razão de ser está no futuro – na necessidade social de evitar novos crimes.”

ser dividido em três direções evolutivas: a Concepção Extrema ou Gênova, pela qual a sanção penal seria aplicável a todos os indivíduos que apresentassem anti-sociabilidade, devendo existir uma medida para cada pessoa e não uma pena para cada delito; a Direção Moderada ou de Paris, que surgiu como uma resposta aos perigos que a Corrente Extrema causava às garantias individuais, transformando a Escola da Defesa Social numa vertente mais garantista, preocupando-se em buscar as razões que desencadeassem a dinâmica do delito e em ressocializar o indivíduo através de um sistema que integrasse pena e medida de segurança; e por fim, a Direção Conservadora, que propunha a unificação das duas espécies de sanção, sendo que a pena era calcada no princípio da legalidade, enquanto que a aplicação de medida de segurança não exigia prática de crime anterior.

Após a análise das escolas de defesa social e do positivismo italiano, imprescindível se faz destacar os ideais de Franz Von Liszt que inspirado por uma concepção intitulada preventiva da sanção desenvolveu uma teoria denominada de pena-fim. O fundamento da teoria de pena finalística de Von Liszt seria a necessidade para a manutenção da ordem jurídica, de modo que a sanção penal deveria estar voltada à consecução dos fins do próprio direito, que tem por escopo a proteção dos interesses da vida humana. “A punição justificava-se ora por retribuição pelo mal praticado, ora por prevenção, diante do perigo da reiteração da conduta, legitimando a medida de tratamento com fulcro na recuperação, na intimidação ou na inocuização.” (FERRARI, 2001, p. 29).

Nesse contexto, o direito penal exigia a sistematização de uma resposta aos delinquentes perigosos que afrontavam a sociedade, de forma condizente com o aglomerado de ideais proclamados pelas escolas de defesa social e pela escola positiva italiana. Segundo Alvim (1997, p. 115):

A falibilidade inerente ao sistema penitenciário e a busca de uma alternativa eficaz, as restrições à punição impostas pela principiologia jurídico-penal herdadas do liberalismo e a escalada da escola penal positivista, a aglomeração dos desajustados e o recrudescimento da criminalidade nos grandes centros urbanos, a manutenção da ordem e a higienização pública, o desemprego e a miséria, o êxodo rural e a explosão demográfica das metrópoles, o banditismo profissional e a delinquência habitual imunes à apanação – causas já expostas nos capítulos I e II-, estes eventos todos, que se entroncam e atingem o seu apogeu na segunda metade do século XIX, comporão o cenário a exigir a criação de um mecanismo mais apto à proteção contra o crime do que a velha e multiforme pena.

Assim, a partir das novas concepções, Karl Stooss codificou de forma sistêmica o instituto das medidas de segurança no seu Anteprojeto de Código Penal Suíço de

1893. Segundo Ferrari (2001), enquanto Von Liszt se constituiu no idealizador da medida de segurança, Stooss a positivou juridicamente. Influenciado sobre a teoria de pena-fim da Von Liszt e pela sanção preventiva de Ferri, Stooss entendeu a necessidade de se criar por lei, uma medida imposta aos infratores perigosos.

No Anteprojeto a medida de segurança aparece ao lado das penas, e de acordo com Ferrari (2001) contava com as seguintes características: eram atribuídas prioritariamente pelo juiz; seriam pronunciadas sob a forma de sentença relativamente indeterminada, com duração condicionada à cessação da periculosidade; estariam baseadas na periculosidade do agente; deveriam ser executadas em estabelecimentos especializados e adequados ao tratamento do perigoso; poderiam ser constituídas em medida complementar, por vezes substitutivas à pena, aplicando-se àqueles “delinquentes incorrigíveis” cuja execução da pena seria ineficaz.

A grande preocupação do Anteprojeto se direcionava aos reincidentes, aos alcoólatras habituais, aos corrompidos perigosos e aos delinquentes juvenis. De acordo com o sistema proposto por Karl Stooss, a medida de segurança teria sua aplicação dirigida aos casos em que não fosse eficaz a imposição de uma pena, isto é, ineficaz para a proteção da sociedade.

Após a sistematização das medidas de segurança com o Anteprojeto do Código Penal Suíço em 1893, o instituto passaria a incorporar diversos projetos, códigos e leis criminais, dentre eles: o Código penal norueguês (1902); o Código penal alemão (1909); o Projeto austríaco de Código penal (1910); o Código argentino (1921); o Projeto chileno (1929); a Lei belga (1930); o Código dinamarquês (1930); o Projeto francês (1930) e também o Código penal espanhol (1928).

Cabe verificar que tais concepções influenciaram o Código Penal brasileiro de 1940, merecendo destaque a influência do Código Penal Italiano de 1930, chamado também de Código de Rocco. A principal característica desse Código era o sistema do duplo-binário, resultado das ideias de Stooss, segundo o qual é permitida a aplicação da medida de segurança de forma cumulativa com a pena, ou seja, aplica-se a pena privativa de liberdade e a medida de segurança. O delinquente recebe a pena com base na sua culpabilidade, porém, em se demonstrando perigoso para a convivência em sociedade, também é merecedor de medida de segurança. O Código Penal de 1940 no Brasil deixou evidente, em seus institutos, a adoção deste sistema, conforme será demonstrado em tópico específico.

2.3 A SAÚDE MENTAL NO BRASIL

O processo de assistência à saúde mental no Brasil, assim como no panorama mundial, passou por diversos momentos históricos para se alcançar a medicalização dos espaços destinados aos portadores de transtornos psíquicos. No Brasil Colônia temos o marco da aplicação das práticas interventivas destinadas aos doentes mentais. Com a necessidade de reordenamento das cidades, os excluídos, doentes, loucos e desempregados eram recolhidos nos hospitais e casas de misericórdia. As instituições pertenciam à Igreja Católica e prestavam uma assistência de forma leiga e não científica. Os doentes mentais padeciam de todos os tipos de maus-tratos e castigos corporais nos espaços asilares, eles ficavam presos a correntes, passavam fome e frio em alas insalubres, o que demonstra o modelo arcaico de segregação da época, sem preocupações humanistas.

O louco representava para a sociedade uma ameaça à segurança pública e à ordem social, justificando o seu recolhimento nos asilos. Com o intuito de proteger a sociedade a solução encontrada foi a reclusão dos alienados. Ocorre que o isolamento não estava vinculado a qualquer espécie de tratamento médico. Nesse contexto, “a luta pela melhoria do tratamento aos loucos era, da mesma forma, uma luta pela psiquiatrização dos espaços asilares” (JACOBINA, 2008, p. 63).

Apenas a partir da segunda metade do século XIX é que se dá início à assistência psiquiátrica no Brasil, através das primeiras intervenções no campo da saúde mental. O marco histórico referencial que dá conotação científica à nova administração do espaço asilar é a criação do Hospício Pedro II, inaugurado em 1852 no Rio de Janeiro. Foi neste processo de medicalização dos espaços asilares que tivemos a criação da primeira cadeira de Clínica Psiquiátrica da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro em 1881, cujo professor titular foi João Carlos Teixeira Brandão. Posteriormente, com a proclamação da República em 1889, houve a separação entre Igreja e Estado e a responsabilidade pela administração dos hospícios passou a ser dos médicos. Assim, gradativamente, em decorrência dos diversos questionamentos sobre o trato com a loucura, o modelo assistencial sofreu um processo de transformação no território nacional. Assim se manifesta Paulo Jacobina (2008, p. 65) sobre o assunto:

Os grandes debates novecentistas estabeleceram-se, portanto, em torno do louco criminoso e da medicalização do espaço hospitalar. Quanto ao louco criminoso, foi longa a luta para que ele fosse retirado dos hospícios regulares

e colocado em manicômios judiciais. A própria noção de irrecuperabilidade – estivesse ela lastreada em uma concepção moreliana de degeneração ou na concepção lombrosiana de atavismo – levava o louco criminoso a ser um cão sem dono, em uma terra de ninguém [...]

Surge então, em 1921, o primeiro manicômio judiciário do Brasil destinado às pessoas com transtornos mentais que cometeram crime. Tratava-se do lugar social específico para o encontro entre o crime e a loucura, em que se sustentava que o indivíduo, ainda que portador de transtornos mentais deve ser responsável pela sua conduta em face da sociedade. O manicômio revela assim sua estrutura ambígua e contraditória, pois ao mesmo tempo em que se apresenta como instituição prisional a fim de solucionar o interesse da sociedade que se sentira ameaçada pelo delito da pessoa com transtorno mental, tem caráter, predominantemente, custodial na medida das intervenções psiquiátricas.

Historicamente, o doente mental foi acorrentado, agredido e isolado, poucas vezes considerado como uma pessoa humana digna de tratamento com respeito. A assistência psiquiátrica prestada pelo Estado no manicômio judiciário impossibilita a integração dessa pessoa à sociedade e o respeito aos seus direitos individuais previstos na Constituição Brasileira. Essa situação acarretou em um processo mais conhecido como Movimento da Reforma Sanitária, cujo objetivo era a abertura e livre acesso da população à assistência e à saúde. A partir dos anos 80, observa-se o movimento de estruturação de uma rede pública de atenção à saúde mental. Em 1987, acontece a 1ª Conferência Nacional de Saúde Mental e o 2º Encontro de Trabalhadores em Saúde Mental, um período de grandes críticas que teve como principal objetivo a discussão do tema lançado pelos próprios trabalhadores da área de saúde: “Por uma Sociedade sem Manicômios”. O movimento nomeado de Luta Antimanicomial busca a desconstrução da lógica manicomial como sinônimo de exclusão e violência institucional, bem como a criação de um novo lugar social para a loucura, dando ao portador de transtorno psíquico a possibilidade do exercício de sua cidadania.

O Movimento de reforma sanitária culminou na inclusão na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 196, da noção de saúde enquanto direito de todos e dever do Estado e, em 1990, na aprovação da Lei 8.080, também chamada de Lei Orgânica da Saúde, a qual institui o Sistema Único de Saúde. O SUS é uma rede pública de serviços de saúde criada com o escopo de oferecer atenção integral à população nos níveis de prevenção, promoção e reabilitação. Na

compreensão do Sistema Único de Saúde foram desenvolvidos os seus princípios e diretrizes que fazem parte de sua base conceitual-legal constitucionalmente firmada e que merecem especial destaque no tópico seguinte.

A lei 10.216, sancionada em 06 de abril de 2001, ficou conhecida como “Lei da Reforma Psiquiátrica”. O objetivo foi regular os direitos e garantias dos doentes mentais em seus tratamentos, em um processo crescente de humanização através de políticas públicas que fossem contrárias à internação em manicômios. Entre os direitos garantidos pela lei aos doentes mentais, convém mencionar os seguintes: tratamento de saúde adequado à necessidade individual do sujeito atrelado ao respeito e à dignidade do doente com vistas à reinserção social deste paciente por intermédio da família, garantias quanto à liberdade de comunicação e de informação sobre a doença acometida e principalmente de ser tratado em local adequado.

2.4 PRINCÍPIOS DO DIREITO SANITÁRIO

As orientações do SUS, suas diretrizes e os princípios específicos previstos na lei de reforma psiquiátrica demonstram a contradição entre a medida de segurança penal e o discurso ideológico que a lastreia considerando-a de natureza sanitária. De acordo com o artigo 99 do Código Penal, os estabelecimentos onde se cumprem as medidas de segurança devem ser dotados de características hospitalares. Ocorre que, tais estabelecimentos hospitalares públicos, não integram o Sistema Único de Saúde, mas o sistema penitenciário. É exatamente neste ponto que reside a contradição mencionada, pois pertencer ao sistema penitenciário significa dizer que os estabelecimentos, referidos pelo código penal, não são regidos pelos princípios do SUS insertos nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal, Leis n. 8.080/1990⁴ e 8.142/1990⁵, mas sim pelos princípios da execução penal. Sobre o assunto Paulo Jacobina (2008, p. 100) afirma que:

[...] hospital público e instituição penitenciária são instituições regidas por princípios absurdamente diversos e incongruentes entre si. Portanto, não há como defender que a medida de segurança tem natureza sanitária e não-punitiva, sem evidenciar a contradição de um hospital submetido ao sistema penitenciário e não ao Sistema Único de Saúde.

⁴ Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

⁵ Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

Para a melhor compreensão dos princípios do SUS e da própria saúde pública no Brasil utilizaremos a sistematização realizada por Augusto César de Farias Costa em seu trabalho “Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica”. Os princípios do direito sanitário são por ele classificados da seguinte forma: universalidade, equidade, integralidade, saúde como direito, resolutividade, intersectorialidade, humanização do atendimento e participação.

Ao tratar da saúde como direito Costa (2003, p. 145) ressalta que:

A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, por meio de políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva.

O direito à saúde, por sua vez, deverá ser dotado de universalidade, ou seja, não requer nenhum requisito para sua fruição, devendo ser igualitário o acesso às ações e serviços de saúde, em todos os níveis de assistência. Pelo princípio da integralidade, deve ser garantido ao indivíduo um tratamento articulado e contínuo, buscando sempre a relação entre as várias formas de conhecimento associadas à saúde no desenvolvimento de ações integradas entre os serviços de saúde e outros órgãos públicos. A Constituição garantiu também o direito de participação da comunidade na gestão do sistema de saúde, através do controle social conferindo, assim, visibilidade ao cidadão. Por fim, temos o princípio da humanização do atendimento que passa por “garantir que o valor da vida é o grande orientador das ações de saúde” (COSTA, 2003, p. 147).

Além dos princípios, Augusto Costa passa a discorrer acerca do que ele categoriza como sendo as diretrizes do SUS, mais precisamente: a descentralização (que se consubstancia na redefinição das atribuições das políticas de saúde nas três esferas de governo, com um nítido reforço do poder municipal), hierarquização, regionalização (as unidades de saúde devem estar bem distribuídas geograficamente para garantir o acesso da população a todos os tipos de serviços), financiamento (os recursos do SUS são provenientes da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios) e controle social.

Como se vê, os princípios e diretrizes do Sistema Nacional de Saúde em nada coadunam com a realidade dos estabelecimentos destinados aos loucos infratores. Enquanto que dispositivos do sistema penal fixam a periculosidade do portador de transtorno mental e o seu tratamento adequado em função do delito cometido, as

normas sanitárias, em sentido contrário, determinam que o tratamento terá como objetivo a reinserção social do indivíduo, bem como que o internamento será medida excepcional. Ou seja, tratam-se de sistemas incompatíveis do modo como se apresentam hoje. É certo que a reforma psiquiátrica vem se consolidando no âmbito do direito sanitário, mas as mudanças paradigmáticas ainda não alcançaram as searas penais e processuais penais.

Há uma incongruência entre a medida de segurança no âmbito do direito penal e medida de segurança como terapia para o paciente com transtornos mentais, haja vista que o caráter coativo, repressivo e unidisciplinar da medida nos impede de reconhecê-la como clinicamente eficaz. Paulo Jacobina (2008, p. 134) ressalta que:

Portanto, o jurista que estiver utilizando a medida de segurança lastreado na convicção de que está utilizando uma medida terapêutica de cunho sanitário está se enganando. Em tempos de movimento antimanicomial, só um louco defenderia a internação compulsória como terapia bastante e suficiente para a reintegração do inimputável. Não há como ocultar que essa medida não se dá em benefício do portador de transtornos mentais, mas que se dá tão-somente em benefício da sociedade que se considera agredida e ameaçada pelo inimputável que cometeu um fato descrito pela lei como típico.

2.5 O ADVENTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO BRASIL

O surgimento das medidas de segurança como sanção penal, para infratores portadores de doença mental, se fez necessário devido às particularidades de tratamento desses indivíduos, haja vista que em decorrência do seu transtorno psíquico não poderiam sofrer a mesma punição de um agente comum. Com o desenvolvimento da psiquiatria, os especialistas em conjunto com o Poder Judiciário se imbuíram da tarefa de implementar a melhor resposta penal do Estado em face da infração cometida.

Em reconhecimento à importância das regulamentações que precederam o surgimento das medidas de segurança, faz-se imperioso o estudo do desenvolvimento gradativo da legislação penal brasileira e processual penal que dizem respeito ao doente mental.

2.5.1 As Ordenações do Reino

Durante o Brasil Colonial as Ordenações do Reino foram as primeiras leis vigentes, marcando a evolução da história criminal no país. As ordenações chamadas

de Afonsinas, Manuelinas e Filipinas visavam regulamentar as relações humanas durante todo o período colonial e, tendo em vista que advinham do direito romano e do direito canônico, possuíam a sua fundamentação nos preceitos religiosos. Elas continham a mesma estrutura, eram organizadas em cinco livros principais, sendo que a matéria criminal era tratada no Livro Quinto, temido por suas penas cruéis e desumanas e pela pena de morte que nesse período era utilizada em larga escala.

As ordenações Filipinas ao revogar as ordenações Manuelinas não passaram a regular sanções para os doentes mentais, mas segundo Flávio D'Urso (1999, p. 135) tratou da inimputabilidade da seguinte forma: mencionava o desenvolvimento mental incompleto no capítulo da responsabilidade penal, aplicando a pena integralmente aos maiores de 20 anos, deixando ao critério do julgador a redução do castigo quando se tratasse de infrator com idade entre 17 e 20 anos, tendo este que ponderar no caso concreto, as circunstâncias e as maneiras com que o crime fora cometido, bem como avaliar as características pessoais do sujeito, sendo vedada a pena de morte e abrindo-se espaço para substituição da pena.

2.5.2 Código do Império

O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 foi o primeiro código penal nacional, sancionado pelo então imperador Dom Pedro I. Foi também o primeiro a abordar explicitamente a figura do louco em conflito com a lei. O Código Criminal do Império não fazia menção às medidas de segurança, contudo, trazia pequenos fragmentos acerca de como seria tratado penalmente o sujeito que praticasse um injusto típico e possuísse enfermidade mental. A partir desses dispositivos, podemos fazer uma análise, ainda que perfunctória, acerca da consequência jurídica imposta a quem era denominado, à época, de louco.

No artigo 10º o código determina a maioria penal de 14 anos e em seu §2º considera como inimputável o portador de doença mental. A autoria dos crimes, entretanto, era atribuída normalmente quando este era praticado por loucos em intervalos lúcidos. Tudo indica que temos, nesta fase, um embrião do conceito de inimputabilidade, pois o legislador criou uma fórmula geral onde se enquadravam as hipóteses em que o sujeito não viria a ser considerado criminoso, em razão de sua loucura. *In verbis*, “Art. 10- Também não se julgarão criminosos: [...] § 2º Os loucos de todo gênero, salvo se tiverem lúcidos intervallos nelles cometerem o crime [sic].”

(BRASIL, 1830).

O artigo 12º, por sua vez, dizia que: “Art. 12 Os loucos que tiverem commettido [sic] crimes, serão recolhidos ás casas para eles destinadas, ou entregues ás suas familias, como ao Juiz parecer mais conveniente.” (BRASIL, 1830).

Assim, de acordo com o artigo 12º os loucos que cometiam crime deveriam ser entregues a sua família ou internados em locais destinados ao tratamento, sendo que a escolha por uma dessas medidas era tarefa do juiz, que a realizava de acordo com sua convicção pessoal, com certa discricionariedade, não se utilizando de qualquer auxílio médico para sua decisão (REALE JUNIOR, 1985).

Esse dispositivo parece ser um antecedente remoto da medida de segurança, afinal prevê a possibilidade de recolhimento coercitivo às casas destinadas aos loucos, o que, a toda evidência, assemelha-se à medida de segurança de internação. Por outro lado, a entrega dos portadores de doença mental às suas famílias indica que o legislador, à época, pretendia que a família passasse a se responsabilizar pelos inimputáveis.

2.5.3 Código Republicano

Com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, realizada através do golpe militar comandado pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, João Batista Pereira foi incumbido de elaborar e organizar um novo projeto de código criminal, o qual foi aprovado e publicado em 1890. Nascia então o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Este código penal republicano manteve o mesmo tratamento aos loucos infratores de seu antecessor, como pode-se observar da leitura do artigo 27:

Art. 27 Não são criminosos:

[...]

§ 3º Os que, por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação;

§ 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no acto de commeter [sic] o crime [...]. (BRASIL, 1890).

Ocorre que, uma importante mudança no tocante ao procedimento se fez presente no novo código. A decisão do magistrado na escolha pela internação ou entrega a família do paciente, deveria ser acompanhada de uma fundamentação legal, restringindo a internação aos alienados que colocassem em risco a segurança e ordem públicas como delimitado no artigo 29. Ou seja, a internação deveria ser

fundamentada com base na doença mental, na periculosidade do agente e na garantia da ordem pública. *In verbis*: “Art. 29. Os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de *affecção* [sic] mental serão entregues às suas famílias, ou recolhidos a hospitaes [sic], de alienados, se o seu estado mental assim exigir para a segurança do público.” (BRASIL, 1890).

O Código Penal de 1890 também não faz menção expressa às medidas de segurança. Contudo, conforme demonstrado acima, existem alguns preceitos que, de certa maneira, assemelham-se às atuais medidas de segurança. Ferrari (2001, p. 33) afirma que diversas legislações brasileiras, antes do Código Penal Suíço de 1893, já previam medidas de tratamento, porém denominadas de pena.

Neste período, o Decreto nº 1.132, de 22 de Dezembro de 1903, que ficou conhecido como a Lei dos Alienados, tratou especificamente da alienação mental e trouxe como grande progresso a necessidade do estabelecimento de regras e normas no tocante às internações dos doentes mentais, sob a justificativa da garantia da segurança coletiva e com a intenção de se estabelecer uma política nacional de tratamento aos alienados. Sobre a evolução das medidas de segurança na legislação brasileira Ferrari (2001, p. 33) afirma que:

Disciplinada pela primeira vez pelo Decreto 1.132 de 22 de Dezembro de 1903, a medida de tratamento consistia no recolhimento, em institutos para alienados, indivíduos portadores de moléstia mental, congênita ou adquirida, que comprometessem a ordem pública ou a segurança.

Esta legislação foi resultado dos esforços de alienistas brasileiros que buscavam o reconhecimento científico e político da ciência psiquiátrica, e conseguiram seu objetivo ao demonstrar que a ausência de razão no louco o tornava um indivíduo perigoso para sociedade.

Em 1913, com o Projeto de Código penal desenvolvido por Galdino Siqueira, a concepção de uma nova sanção penal – autônoma em relação a pena – começaria a aparecer no cenário jurídico nacional. Muito influenciado por Stoos e pelas teorias de Von Liszt, o então ministro incorporou em seu projeto uma pena complementar, a qual seria imposta ao reincidente perigoso, com duração de um período três vezes superior ao da pena, não ultrapassando, em qualquer caso, quinze anos. Todavia, o projeto acabou não saindo do papel.

Posteriormente, em 1927, outro projeto de código foi formulado por Virgílio de Sá Pereira. Influenciado pelos Código Suíço e pelo Código Rocco a idéia de periculosidade criminal foi tratada de maneira limitada, incluindo em sua proposta

temas como a habitualidade criminosa e as medidas pós-delitivas. De acordo com Ferrari (2001, p. 33) exigia-se apenas uma abstrata perigosidade social para a aplicação destas medidas, e, com isso, originou-se uma nova categoria de delinquentes: a dos que não tinham a capacidade plena, o que conformaria a imputabilidade restrita.

2.5.4 Consolidação das Leis Penais (1932)

A Consolidação das Leis Penais de 1932 de autoria do Desembargador Vicente Piragibe, conseguiu reunir os códigos anteriores e todas as leis criminais à época, obtendo grande êxito na confecção do mesmo. Getúlio Vargas, Chefe do Governo Provisório, oficializou a consolidação de Piragibe através do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Sobre o assunto Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 43) afirma que:

Os equívocos e deficiências do Código Republicano acabaram transformando-o em uma colcha de retalhos, tamanha a quantidade de leis extravagantes que, finalmente, se concentraram na conhecida Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, promulgada em 1932.

Convém ressaltar que a Consolidação de Piragibe tinha uma orientação extremamente fascista e positivista, que procurava coibir a vagabundagem, a mendicância, os capoeiras e desordeiros, sob o fundamento de serem perigosos. Em sua obra, Vicente Piragibe tratou da despenalização do louco infrator em seu artigo 27:

Art. 27. Não são criminosos:

§ 1º os menores de 14 annos [sic];

§ 2º os surdos mudos de nascimento, que não tiverem recebido educação nem instrucção [sic], salvo provando-se que obraram com discernimento;

§ 3º os que, por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação;

§ 4º os que se acharem em estado de completa perturbação de sentimentos e deinteligência no acto de commetter [sic] o crime. (BRASIL, 1932).

Importante se faz observar que a exceção aos intervalos de lucidez para penalização dos loucos infratores feita pelas legislações anteriores, foi suprimida pelo Código de Piragibe. Já quanto ao tratamento dispensado ao louco infrator o artigo 29 define que em caso de necessidade de internação para garantia da segurança pública a medida deve ser aplicada ainda que na falta de “manicômios criminaes”.

Art. 29. Os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas famílias, ou recolhidos a hospitaes de

alienados, si o seu estado mental assim o exigir para a segurança do público. Enquanto não possuírem os Estados manicômios criminaes, os alienados delinquentes e os condemnados alienados somente poderão permanecer em asylos públicos, nos pavilhões que espacialmente se lhes reservem [sic]. (BRASIL, 1932).

2.5.5 Código Penal de 1940 e a Reforma de 1984

A partir do Código Penal de 1940, institui-se na legislação brasileira, definitivamente a sistematização das medidas de segurança, de forma autônoma em relação à pena, para os infratores portadores de doenças mentais. O novo Código foi assinado pelo presidente Getúlio Vargas no dia 07 de dezembro (Decreto-lei n.º 2848) e consagrou o instituto entre os artigos 75 a 101, prevendo uma série de disposições gerais, espécies de medidas, bem como os modos de execução. As medidas de segurança surgiram como um meio de reação jurídica contra o delito, pressupondo sempre um suposto estado perigoso. O objetivo era tratar e prevenir novas infrações penais de sujeitos com algum grau de periculosidade.

O Código de 1940, conforme dito anteriormente, influenciado pelo Código Penal Italiano de 1930, adotou o sistema duplo binário, “vindo a medida de segurança a ser normatizada ao lado da pena, tendo ora o fim de complementá-la, quando relacionada aos responsáveis, ora o objetivo de substituí-la, quando da aplicação aos irresponsáveis” (FERRARI, 2001, p. 34). É o que se verifica no artigo 82 do diploma: “Art. 82: “Executam-se as medidas de segurança: I – depois de cumprida a pena privativa de liberdade; [...] § 1º – a execução da medida de segurança é suspensa, quando o indivíduo tem de cumprir pena privativa de liberdade.” (BRASIL, 1940).

Em outras palavras, significa dizer que a medida de segurança poderia ser aplicada cumulativamente à pena. A adoção do sistema binário foi alvo de diversas críticas na comunidade jurídica, como defende Dotti (2004, p. 284):

O Código Penal de 1940, tendo eleito a dupla via, incorreu em manifesto erro, porquanto primeiro para os imputáveis e semi-imputáveis, nas palavras de Antolisei, impõe a uma pessoa necessitada de cura e de educação, as constrangedoras condições do cárcere, que só agravam a periculosidade que, depois, piorada, se buscará cancelar, tudo para conciliar ou superar oposição entre culpabilidade e periculosidade.

A medida de segurança tinha como condição de aplicabilidade determinados requisitos, quais sejam: a prática de fato previsto como crime e a periculosidade do agente, conforme expostos no artigo 76.

Art. 76. A aplicação da medida de segurança pressupõe:
I – a prática de fato previsto como crime;

II – a periculosidade do agente.

Parágrafo único. A medida de segurança é também aplicável nos casos dos arts. 14 e 27, se ocorre a condição do n. II. (BRASIL, 1940).

Contudo, embora o *caput* previsse a prática de um fato tido como crime, o parágrafo único do mesmo artigo possibilitava a aplicação da medida de segurança em casos como o de tentativa impossível (artigo 14 do CP) ou de ajuste, determinação, instigação ou auxílio em relação a crime que não chegou a ser tentado (artigo 27 do CP). Nesses casos, a aplicação da medida de segurança dar-se-ia exclusivamente com base na periculosidade do agente, o que tornava a legislação bastante incoerente: ora exigindo a prática de um crime, ora a dispensando. Nesse contexto, o artigo 80 permitia a aplicação provisória da sanção, em nítido descaso à presunção de inocência do indivíduo, e relativizando, por consequência, o princípio da legalidade.

No artigo 78 do Código Penal eram arroladas situações em que, de modo absoluto, se presumia a perigosidade do agente. Nestes casos, a lei verdadeiramente substituía-se ao juiz no reconhecimento da periculosidade, sem a necessidade de uma análise do indivíduo, revelando o descaso à presunção de inocência. “Legalmente, o agente era presumido como perigoso (art.78) enumerando a norma situações em que obrigatória constituía a aplicação da medida de tratamento, pouco importando se presente a prévia prática delituosa” (FERRARI, 2001, p. 35).

Art.78. Presumem-se perigosos:

I – aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena;

II – os referidos no parágrafo único do art. 22;

III – os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez;

IV – os reincidentes em crime doloso;

V – os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores. (BRASIL, 1940).

Importa firmar que a periculosidade surgia e se firmava, enfim, como o elemento justificador para a imposição das medidas. Aliás, desde o advento da Escola Positiva, o fundamento central da imposição das medidas de segurança sempre foi o reconhecimento de que um indivíduo era perigoso. E esse juízo de periculosidade, de acordo com o Código Penal de 1940, poderia ser atestado no caso concreto, quando se verificasse que o sujeito poderia voltar a praticar novos injustos penais, ou ser, presumido, conforme previa o artigo 77.

Art. 77. Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir. (BRASIL, 1940).

O término do cumprimento das medidas de segurança era previsto no artigo 81, o que se dava com a verificação da cessação da periculosidade, constatada através de exame. O inciso I do referido artigo determinava a elaboração do exame após o término do lapso temporal mínimo fixado pela lei para a medida de segurança. Ocorre que, caso a periculosidade cesse antecipadamente, não existe motivo para o prosseguimento da execução do *jus puniendi*. Sobre o tema Ferrari (2001, p. 35) afirma que:

Segundo o Código Penal de 1940, a medida de segurança só cessaria quando o indivíduo estivesse totalmente curado, fixando, por outro lado, absurdo lapso temporal mínimo obrigatório em sua execução, pouco se importando com a cessação prévia do estado de periculosidade (art. 81).

In verbis:

Art. 81. Não se revoga a medida de segurança pessoal, enquanto não se verifica, mediante exame do indivíduo, que este deixou de ser perigoso.

Parágrafo 1o . Procede-se ao exame:

I – ao fim do prazo mínimo fixado pela lei para a medida de segurança;

II – anualmente, após a exploração do prazo mínimo, quando não cessou a execução da medida de segurança;

III – em qualquer tempo, desde que o determine a superior instância.

Parágrafo 2o. Se inferior a um ano o prazo mínimo de duração da medida de segurança, os exames sucessivos realizam-se ao fim de cada período igual àquele prazo. (BRASIL, 1940).

A justificativa para a previsão de lapso temporal mínimo para o cumprimento da medida de segurança era inviabilizar o retorno antecipado do indivíduo à sociedade, tendo em vista que se tratava de medida de defesa social. Nos casos em que o exame, realizado ao término do prazo mínimo fixado, não concluísse pela ausência de periculosidade, aplicava-se o inciso II do mesmo dispositivo, o qual impunha que o exame fosse renovado a cada ano. Por outro lado, o inciso III do artigo 81 previa que o exame de cessação de periculosidade poderia ser efetuado a qualquer tempo, desde que determinado pela instância superior. O Código era expresso ao dispor que somente o Tribunal, com seu julgamento colegiado, poderia determinar a elaboração do exame antecipado, sendo defeso ao juízo monocrático, de primeiro grau de jurisdição.

Não havia previsão de prazo máximo para a execução das medidas de segurança, tendo em vista que as mesmas somente deveriam cessar quando efetivamente a periculosidade estivesse finda. Nesse passo, seria, em tese, admissível a execução de uma sanção penal de forma perpétua. Além disso, o artigo 88 previa a possibilidade de imposição de medidas de segurança pessoais (detentivas e não detentivas) e patrimoniais (interdição de estabelecimento ou de sede de

sociedade ou associação e confisco). Em resumo, o Código Penal de 1940 adotando os postulados das teorias em voga à época, buscou prever de forma minuciosa o novo instituto das medidas de segurança, em especial os critérios de aplicação, de cessação e suas espécies.

Em 1963, o anteprojeto de reforma do ordenamento penal, de autoria de Nelson Hungria, trouxe a inadmissibilidade da privação do agente por meio de pena para posteriormente submetê-lo também a medida de internamento, em outras palavras, eliminou a cumulatividade de sanções detentivas. Previa ainda ao semi-imputável outras variantes na execução admitindo sua internação em estabelecimentos psiquiátricos anexos ao manicômio judiciário, com o intuito de separá-lo dos inimputáveis.

Estaria adotado, portanto, o sistema vicariante, encerrando o duplo-binário no Brasil. Porém, o que deveria ser o novo Código Penal de 1969, moderno e inovador, sofreu várias procrastinações em sua data de vigência e nunca veio a entrar em vigor. Segundo Ferrari (2001, p. 39): “Com a permanência do duplo binário, da presunção de periculosidade, bem como das espécies pessoais e patrimoniais as medidas de segurança exigiam uma reflexão científica e acadêmica que as enquadrasse em um sistema penal moderno”.

Propostas foram surgindo no sentido de simplificar o instituto da medida de segurança, o que culminou nas alterações trazidas pela reforma da parte geral do código penal em 1984 pela Lei nº 7.209/84. Adotou-se o sistema vicariante, de forma que a medida de segurança somente se aplicaria aos inimputáveis e semi-imputáveis⁶, devendo ser cumprida na forma de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou tratamento ambulatorial, conforme o artigo 96⁷.

⁶ O sistema trazido pela nova parte geral do Código Penal de 1984 conceitua, em seu artigo 26, os inimputáveis e os semi-imputáveis. Nesse passo, adotou-se, de acordo com a doutrina, o critério bio-psicológico.

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁷ Art. 96. As medidas de segurança são:

I – internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II – sujeição a tratamento ambulatorial.

De igual forma, não mais se justificava a manutenção da criticada presunção de periculosidade, fazendo-se necessário a demonstração da mesma no caso concreto para admitir-se a imposição da medida de segurança. Esse progresso marcou a revitalização do princípio da legalidade, haja vista a exigência simultânea de perigosidade criminal e da prática de um crime.

Consciente da iniquidade e da disfuncionalidade do chamado sistema “duplo-binário”, a Reforma Penal de 1984 adotou, em toda a sua extensão, o sistema vicariante, eliminando definitivamente a aplicação dupla de pena e medida de segurança, para os imputáveis e semi-imputáveis. A aplicação conjunta de pena e medida de segurança lesa o princípio do *ne bis in idem*, pois, por mais que se diga que o fundamento e os fins de uma a outra são distintos, na realidade, é o mesmo indivíduo que suporta as duas consequências pelo mesmo fato praticado. [...] Na prática a medida de segurança não se diferenciava em nada da pena privativa de liberdade. A hipocrisia era tão grande que, quando o sentenciado concluía a pena, continuava, no mesmo local, cumprindo a medida de segurança, nas mesmas condições em que acabara de cumprir a pena. Era a maior violência que o cidadão sofria em seu direito de liberdade, pois, primeiro, cumpria uma pena certa e determinada, depois cumpria outra “pena”, esta indeterminada, que ironicamente denominavam de medida de segurança. (BITENCOURT, 2011, p. 781).

Em 13 de Janeiro de 1985 entrou em vigor a Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal, que dispôs sobre a operacionalização das medidas de segurança criminais no Brasil, e sobre ela cabe tecer alguns comentários em minguada análise. A lei de Execução Penal eliminou a possibilidade de execução provisória da medida de segurança, tornando-se revogados os artigos 378 e 380 do Código de Processo Penal. Em conformidade com os artigos 171, 172 e 173⁸ da Lei assegurou-se que o delinquente doente mental somente será internado em hospital de custódia ou submetido a tratamento ambulatorial após a expedição de guia por parte da autoridade judiciária, exigindo o trânsito em julgado da sentença.

⁸ Art. 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

Art. 172. 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.

Art. 173. A guia de internamento 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 e conterá:

I - a qualificação do agente e o número do registro geral do órgão oficial de identificação;

II - o inteiro teor da denúncia e da sentença que tiver aplicado a medida de segurança, bem como a certidão do trânsito em julgado;

III - a data em que terminará o prazo mínimo de internação, ou do tratamento ambulatorial;

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

§ 1º Ao Ministério Público será dada ciência da guia de recolhimento e de sujeição a tratamento.

§ 2º A guia será retificada sempre que sobrevier modificações quanto ao prazo de execução.

Relativamente à cessação de periculosidade o artigo 175⁹ afirma que a sua averiguação deve ocorrer no fim dos prazos mínimos de duração das medidas de segurança, não podendo o exame ser feito antes de completado o primeiro ano. Admite-se, entretanto, excepcionalmente a antecipação de tal exame quando estiverem presentes elementos indicativos da cessação da periculosidade, conforme artigo 176¹⁰. Quanto ao prazo máximo da medida de segurança criminal, novamente a legislação foi omissa, permanecendo adstrita à perigosidade do agente.

Por todo o exposto, vê-se que a reforma de 1984, bem como a Lei de Execução Penal enunciaram importantes normas que serão tratadas pormenorizadamente em momento oportuno.

2.6 A CUSTÓDIA E O TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO NO BRASIL

Primeiramente, ao tratar do atual panorama dos estabelecimentos de custódia no Brasil, é preciso elucidar as diretrizes trazidas pela legislação e jurisprudência acerca de como devem ser os ECTPs – Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Da leitura dos artigos 96, inc. I e 99¹¹ do Código Penal infere-se que a possibilidade de se cumprir a medida de segurança em estabelecimento prisional comum, constitui afronta a direito do louco infrator. A lei é clara ao determinar que o indivíduo portador de transtornos psíquicos que comete um fato típico deve ser conduzido a hospital de custódia e tratamento ou, à falta, em outro estabelecimento

⁹ Art. 175. A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o seguinte:
I - a autoridade administrativa, 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;
II - o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico;
III - 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;
IV - o Juiz nomeará curador ou defensor para o agente que não o tiver;
V - 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;
VI - ouvidas as partes ou realizadas as diligências a que se refere o inciso anterior, o Juiz proferirá a sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias.

¹⁰ Art. 176. Em 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, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

¹¹ Art. 99 - O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.

adequado dotado de características hospitalares.

No mesmo sentido preceitua o artigo 108¹² da Lei de Execuções Penais nº 7.210/84. Dessa forma, a manutenção do paciente em estabelecimentos inadequados, mesmo que por inexistência de vagas para tal, constitui constrangimento ilegal. De fato, o indivíduo não pode, em nenhuma hipótese, ser responsabilizado pela falta de manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento da medida de segurança de internação. Caso não exista vaga em estabelecimento hospitalar de custódia para a internação, esta deverá ser substituída pelo tratamento ambulatorial, ou tratamento em hospitais comuns públicos ou particulares.

Em 02/04/2013, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem no Habeas Corpus nº 200972 / SP, cujo Ministra Relatora foi Maria Thereza de Assis Moura, para determinar a aplicação da medida de segurança em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em outro estabelecimento adequado, sendo que, na falta de vagas, o indivíduo deverá ser sujeito a regime de tratamento ambulatorial.

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PACIENTE SUBMETIDO A MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. PERMANÊNCIA EM PRESÍDIO COMUM. ALEGADA FALTA DE VAGAS EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. (3) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. CONFIRMADA A MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. É ilegal a prisão de inimputável sujeito a medidas de segurança de internação, mesmo quando a razão da manutenção da custódia seja a ausência de vagas em estabelecimentos hospitalares adequados à realização do tratamento. 3. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmada a medida liminar deferida, para determinar a imediata transferência do paciente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, sendo que, na falta de vagas, deve ser o mesmo submetido a regime de tratamento ambulatorial até que surja referida vaga. (BRASIL, 2013b).

O modelo de atenção psicossocial sofreu uma alteração de paradigma com a edição da Lei da Reforma Psiquiátrica nº 10.216 de 2001. De acordo com a lei o atendimento prestado aos sujeitos portadores de deficiência mental deve ser estruturado de forma a oferecer assistência integral, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais. Os defensores da luta antimanicomial

¹² Art. 108. O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.

entendem que a Lei 10.216/01, revogou parcialmente o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais no que diz respeito às medidas de segurança, incorrendo em novas interpretações quanto ao louco infrator. Paulo Jacobina (2008, p. 109) defende a revogação nos seguintes termos:

É certo que a Lei Federal n. 10.216/2001 não foi expressa quanto à derrogação da Lei de Execução Penal. De fato, ela não traz nenhum artigo – nem em fórmula genérica que determine que *revogam-se as disposições em contrário*. [...] Assim, o fato de a Lei da Reforma Psiquiátrica não expressar a revogação dos dispositivos incompatíveis no Código Penal e na Lei de Execução Penal não significa que esses dispositivos não tenham sido revogados. Citem-se, como exemplos, os §§ 1º e 2º do art. 97, com seus prazos mínimos obrigatórios para a realização e repetição de regimes (com seus correlatos arts. 175 a 179 da Lei de Execução Penal), incompatíveis com o princípio da utilidade terapêutica do internamento, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei da Reforma Psiquiátrica, ou com o princípio da desinternação progressiva dos pacientes crônicos (art. 5º da Lei da Reforma Psiquiátrica). Além disso, os direitos mínimos garantidos na Lei de Execução Penal àquele que cumpre medida de segurança (art. 99, parágrafo único, da Lei de Execução Penal) confrontam-se com aqueles, *muito mais amplos*, assegurados no art. 2º da Lei da Reforma Psiquiátrica, e a classificação do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico como estabelecimento penal (Título IV, Capítulo VI, da Lei de Execução Penal) está em desacordo com os princípios do SUS, constitucionais e infraconstitucionais.

Dentre os principais conflitos, trazidos por Paulo Jacobina, que emergiram das inovações da Lei da Reforma Psiquiátrica destaca-se a incompatibilidade da presunção de periculosidade do inimputável e o seu tratamento em razão do tipo de delito, aplicando-se prazos fixos e rígidos na sua execução, com as normas sanitárias que determinam que o tratamento visa à reinserção social do paciente conforme o artigo 4º da Lei 10.216/2001: “A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (BRASIL, 2001).

As diretrizes traçadas pela Reforma Psiquiátrica levam-nos a questionar se a execução penal das medidas de segurança, da forma como realizada hoje no Brasil, respeita as garantias constitucionais de individualização da pena, proibição de pena perpétua, enfim, respeito aos direitos fundamentais das pessoas em sofrimento mental no país.

Dado relevante sobre a não incorporação das diretrizes da Lei 10.216/2001 na execução das medidas de segurança foi obtido pelo estudo, publicado em 2011, “*Loucura e direito penal: uma análise crítica das medidas de segurança*” (DINIZ;

PENALVA, 2011)¹³.

A pesquisa constatou que dos 228 dossiês analisados dos Estados da Bahia e Minas Gerais, 55% tiveram a sentença proferida após a promulgação da lei 10.216/2001, entretanto, apenas 11 faziam referência explícita à lei como diretriz capaz de orientar a aplicação da respectiva medida de internação. Em apenas dois casos, dos 11 encontrados era o juiz que mencionava a lei da Reforma Psiquiátrica e nos outros 9 casos, a Lei 10.216 aparece por menções da defensoria pública com a finalidade de defender a inclusão do paciente em medida de segurança nos serviços substitutivos de assistência em saúde à população em sofrimento mental. Ou seja, tais dados levam a concluir que o grande desafio à efetivação da lei antimanicomial é estender seus princípios para a aplicação das medidas de segurança e inclusive fundamentar as decisões de desinternação e extinção das sentenças de medidas de segurança.

Em 2010, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) já havia publicado a Resolução n.º 4¹⁴ ampliando a incorporação das diretrizes e princípios da Lei 10.216/2001 para orientar a aplicação das medidas de segurança em todo o país. De acordo com a Resolução na execução das medidas de segurança deve se observar o modelo assistencial e antimanicomial de tratamento.

Entretanto, apesar de todo o mencionado aparato legislativo e jurisprudencial voltado para a proteção dos direitos fundamentais do sujeito portador de transtornos psíquicos em medida de internação, a realidade é completamente dissonante do modelo protetivo proposto por tais diretrizes. O grande obstáculo no debate político sobre a justiça das medidas de segurança sempre foi a ausência de dados confiáveis,

¹³ Marivaldo de Castro Pereira, secretário de assuntos legislativos do Ministério da Justiça, ao se referir à pesquisa em sua carta de apresentação, afirma que: "A cada lançamento de novas pesquisas, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) renova sua aposta no sucesso do projeto Pensando o Direito, lançado em 2007 com o objetivo de qualificar e democratizar o processo de elaboração legislativa. Com essa iniciativa, a SAL inovou sua política legislativa ao abrir espaços para a sociedade participar do processo de discussão e aprimoramento do ordenamento normativo do país. Isso tem sido feito pelo fortalecimento do diálogo, principalmente, com a academia jurídica, a partir da formação de grupos multidisciplinares que desenvolvem pesquisas de escopo empírico." (DINIZ; PENALVA, 2011).

¹⁴ Art. 1º O CNPCP, como órgão responsável pelo aprimoramento da política criminal, recomenda a adoção da política antimanicomial no que tange à atenção aos pacientes judiciários e à execução da medida de segurança.

§ 1º Devem ser observados na execução da medida de segurança os princípios estabelecidos pela Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial de tratamento e cuidado em saúde mental que deve acontecer de modo antimanicomial, em serviços substitutivos em meio aberto.

em âmbito nacional, sobre a realidade da aplicação das leis, normas, políticas e práticas que regem os HCTPs no país, bem como o perfil social dos indivíduos internados.

Em 2011, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) em parceria com a Anis (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero)¹⁵ realizou um estudo censitário da população que vivia em todos os Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs) com o objetivo de traçar o perfil socioeconômico, das infrações, diagnósticos, trajetórias penais e itinerários jurídicos das pessoas que cumpriam medida de segurança no Brasil. Trata-se de um estudo inédito feito após quase um século da fundação do primeiro hospital de custódia e tratamento psiquiátrico brasileiro. Jamais havia se realizado a contagem nacional desses indivíduos, bem como quais as razões para a internação e o tempo de permanência nos hospitais, desconhecimento este que configurava um obstáculo para o planejamento e aperfeiçoamento das políticas penitenciárias e de assistência à saúde mental.

O Censo dos ECTPs foi um estudo quantitativo e qualitativo de uma população invisível para a sociedade, mais precisamente 3.989 pessoas internadas, 92% (3.684) homens e 7% (291) mulheres, sobre as quais foram levantadas informações acerca de dados demográficos (sexo, idade, cor, escolaridade e profissão), dados sobre o itinerário jurídico (infração penal, motivo da internação, execução penal, permanências, desinternações e recidivas) e dados sobre saúde mental (diagnósticos psiquiátricos, tipo de responsabilidade penal, exames de cessação de periculosidade, laudos médico-periciais e prazos).

Para a melhor compreensão das informações coletadas a população internada foi dividida em três grupos: primeiro o grupo dos indivíduos em situação de internação temporária (aqueles que se encontravam aguardando laudo de sanidade mental ou com laudo de sanidade mental aguardando decisão judicial ou, ainda, indivíduo transferido de presídio ou penitenciária para realizar tratamento psiquiátrico por doença superveniente), o segundo grupo foi composto pelos indivíduos em medida de segurança e o terceiro grupo por indivíduos em medida de segurança resultante da conversão de uma sentença comum de restrição de liberdade.

¹⁵ A pesquisa foi realizada pela Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, presidida pela médica Cássia de Castro. A coordenadora geral da pesquisa foi a antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e pesquisadora da Anis. A entidade co-executora foi a Universidade de Brasília.

Segundo o estudo, em 2011 o Brasil era formado por 23 Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs) e 3 Alas de Tratamento Psiquiátrico (ATPs), localizados em complexos penitenciários, organizados da seguinte forma: as 3 ATPs estavam localizadas no Distrito Federal, no Mato Grosso e em Rondônia; os estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo possuíam 3 unidades de HCTPs; nos estados do Acre, Amapá, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Roraima e Tocantins não havia ECTPs e os demais 14 estados possuíam uma única unidade cada um.

Dentre os principais resultados encontrados convém ressaltar a constatação que a coordenadora da pesquisa, Débora Diniz (2013, p. 15) considerou como a mais importante: não há periculosidade inerente aos diagnósticos psiquiátricos, indivíduos com diferentes pareceres médicos cometem de modo semelhante as mesmas infrações penais, de forma que não foi possível identificar a razão para o cometimento das infrações. A pesquisa supõe que os fatores desencadeantes do ato infracional são a ausência de tratamento de saúde, o abandono das redes sociais de cuidado e proteção e a carência de políticas sociais eficazes.

Na esfera social a pesquisa revela que o perfil da população internada em medida de segurança representa a desigualdade do país. Conforme se depreende das tabelas demonstrativas dos dados coletados pelo Censo, estamos tratando de indivíduos, em sua maioria, negros e pardos, com baixa escolaridade, periférica inserção no mundo do trabalho com predominância de profissões que não exigem qualificação técnica e profissional e sem vínculos familiares.

Figura 1 – Cor da população dos ECTPs

Tabela 6 Cor da população dos ECTPs

Cor	População total		População em MS		População em MS por conversão de pena		População temporária	
Amarela	9	0,2%	6	0,2%	0	-	3	0,3%
Branca	1.535	38%	1.262	44%	55	47%	218	21%
Indígena	7	0,2%	2	0,1%	0	-	5	0,5%
Parda	1.254	31%	815	29%	38	32%	401	39%
Preta	528	13%	405	14%	13	11%	110	11%
Outra	35	0,9%	26	0,9%	3	3%	6	0,6%
Sem informação	621	16%	323	11%	8	7%	290	28%
Total	3.989	100%	2.839	100%	117	100%	1.033	100%

Fonte: DINIZ, 2013, p. 40.

Figura 2 – Escolaridade da população dos ECTPs

Tabela 8 Escolaridade da população dos ECTPs

Escolaridade	População total		População em MS		População em MS por conversão de pena		População temporária	
	População total	População em MS	População em MS	População em MS	População em MS por conversão de pena	População em MS por conversão de pena	População temporária	População temporária
Analfabeto	933	23%	695	24%	30	26%	208	20%
Fundamental incompleto	1.713	43%	1.278	45%	55	47%	380	37%
Fundamental completo	534	13%	387	14%	18	15%	129	12%
Médio	226	6%	154	5%	8	7%	64	6%
Superior	33	0,8%	21	0,7%	0	-	12	1%
Pós-graduação	1	0,03%	1	0,04%	0	-	0	-
Sem informação	549	14%	303	11%	6	5%	240	23%
Total	3.989	100%	2.839	100%	117	100%	1.033	100%

Fonte: DINIZ, 2013, p. 41.

Figura 3 – Profissão da população dos ECTPs

Tabela 9 Profissão da população dos ECTPs

Profissão	População total		População em MS		População em MS por conversão de pena		População temporária	
	População total	População em MS	População em MS	População em MS	População em MS por conversão de pena	População em MS por conversão de pena	População temporária	População temporária
Forças armadas, policiais e bombeiros militares	33	0,8%	13	0,5%	3	3%	17	2%
Profissionais das ciências e das artes	48	1%	34	1%	1	0,9%	13	1%
Técnicos de nível médio	21	0,5%	15	0,5%	0	-	6	0,6%
Trabalhadores de serviços administrativos	22	0,6%	15	0,5%	2	2%	5	0,5%
Trabalhadores dos serviços, vendedores do comércio em lojas e mercados	519	13%	395	14%	14	12%	110	11%
Trabalhadores agropecuários, florestais e da pesca	687	17%	505	18%	20	17%	162	16%
Trabalhadores da produção de bens e serviços industriais	875	22%	691	24%	35	30%	149	14%
Trabalhadores em serviços de reparação e manutenção	93	2%	70	2%	5	4%	18	2%
Profissão não listada	186	5%	135	5%	9	8%	42	4%
Aposentados	159	4%	111	4%	0	-	48	5%
Sem profissão	687	17%	460	16%	16	14%	211	20%
Autônomos	78	2%	52	2%	1	0,9%	25	2%
Sem informação	581	15%	343	12%	11	9%	227	22%
Total	3.989	100%	2.839	100%	117	100%	1.033	100%

Fonte: DINIZ, 2013, p. 41

Ao tratar das determinações legais de permanência, laudos e decisões judiciais, Débora Diniz (2013, p. 18) afirma que:

Tão significativos quanto a desconstrução do estigma de que a loucura seria violenta por uma expressão essencial do indivíduo são os dados que mostram a estrutura inercial do modelo penal-psiquiátrico do asilamento. Pelo menos 741 indivíduos não deveriam estar em restrição de liberdade, seja porque o laudo atesta a cessação de periculosidade, seja porque a sentença judicial determina a desinternação, porque estão internados sem processo judicial ou porque a medida de segurança está extinta. Isso significa que um em cada quatro indivíduos internados não deveria estar nos estabelecimentos de custódia. [...] Esse número é um cenário conservador para efeitos de um retrato nacional da situação desses indivíduos, pois não avaliamos a qualidade dos laudos médico periciais ou os argumentos das sentenças judiciais. E, se considerarmos os indivíduos internados com laudos psiquiátricos ou exames de cessação de periculosidade em atraso, são 1.194 pessoas em situação temporária ou em medida de segurança que não sabemos se deveriam estar internadas. As razões da permanência são desconhecidas para nós, mas podem ser especuladas como parte de um extenso descaso com a combinação entre pobreza e sofrimento mental no Brasil.

A média de atraso para exames de cessação de periculosidade era de 32 meses, sendo que o Código penal em seu artigo 97, §2º determina que “A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução”. Além disso, dentre os 1.931 indivíduos que já tinham se submetido ao referido exame, o total de 537 já haviam atestado a cessação da periculosidade, porém, continuavam internados.

Figura 4 – Cumprimento dos prazos de realização do exame de cessação de periculosidade das MS por sexo dos ECTPs

Tabela 22 Cumprimento dos prazos de realização do exame de cessação de periculosidade das MS por sexo dos ECTPs

Exame de cessação de periculosidade em atraso	População em MS		População masculina em MS		População feminina em MS	
	População em MS		População masculina em MS		População feminina em MS	
Atrasado	1.153	41%	1.076	41%	74	34%
Em dia	1.447	51%	1.325	51%	118	55%
Sem informação	239	8%	215	8%	24	11%
Total	2.839	100%	2.616	100%	216	100%

Fonte: DINIZ, 2013, p. 50.

Figura 5 – Periculosidade cessada das MS por sexo dos ECTPs

Tabela 23 Periculosidade cessada das MS por sexo dos ECTPs

Foi cessada a periculosidade?	População em MS		População masculina em MS		População feminina em MS	
	População em MS		População masculina em MS		População feminina em MS	
Sim	537	28%	501	28%	36	24%
Não	1.394	72%	1.278	72%	113	76%
Total	1.931	100%	1.779	100%	149	100%

Fonte: DINIZ, 2013, p. 51.

Os dados demonstram que a reforma psiquiátrica não atingiu os HCTPs, de forma que a loucura ainda é mantida sob encarceramento para a proteção social. Entre os problemas enfrentados dentro dos HCTPs, o mais frequente é a falta de estrutura e de um tratamento efetivo, com resultados na recuperação do doente mental em conflito com a lei. Isto porque os estabelecimentos de custódia são hoje um misto entre prisão e hospital, entre tratamento e custódia. As políticas sociais voltadas para essa parcela da população são periféricas. Nesse contexto, os indivíduos internados são submetidos ao regime de abandono perpétuo, em uma flagrante violação ao direito de estar no mundo.

3 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

3.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A finalidade do direito penal é a proteção de bens e valores jurídicos fundamentais, buscando resguardar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à honra, ao patrimônio etc. Para a proteção dos bens jurídicos foram criados tipos penais, que estabelecem modelos de condutas sujeitas à imposição de sanções. As sanções penais objetivam proteger a tranquilidade do convívio social e evitar a prática de infrações penais, defendendo, dessa forma, a sociedade contra as agressões. Assim, imbuído de tal função o direito penal responde às infrações de que cuida por meio de penas e de medidas de segurança.

As penas estão destinadas aos imputáveis, isto é, as pessoas com capacidade de discernimento e autodeterminação. Já nas condutas violadoras da norma penal, praticadas por um agente inimputável ou semi-imputável, estado este decorrente de anomalia mental, tem-se a aplicação da medida de segurança.

A medida de segurança consiste em uma sanção penal imposta pelo Estado aos indivíduos inimputáveis ou semi-imputáveis, ou seja, aos incapazes de responder de maneira satisfatória por seus atos por serem portadores de doença mental¹⁶ ou desenvolvimento mental incompleto¹⁷, e que cometeram conduta típica e ilícita. O critério empregado pelo Código para auferir a inimputabilidade, foi o biopsicológico, resultante da anomalia mental e da incapacidade de entendimento, conforme indica o artigo 26, *caput* do CP. Sobre o critério biopsicológico se manifesta Antônio Carlos da Ponte (2001, p. 33):

Por ele, em primeiro lugar, deve-se verificar se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento incompleto ou retardado. Em caso negativo, não é inimputável. Na hipótese afirmativa, averigua-se se era ele capaz de entender o caráter ilícito do fato. Será inimputável se não tiver essa capacidade. Todavia, caso fique demonstrado que o agente tinha essa capacidade de

¹⁶ O termo “doença mental” abrange todas as alterações da saúde mental, capazes de produzir profundas inibições na inteligência ou na vontade, no momento da ação ou da omissão, tais como a esquizofrenia, paranoia, psicose maníaco-depressiva, transtornos psicossomáticos, etc. Há que se pontuar que o conceito psiquiátrico de doença mental, embora sirva de base para a formulação do conceito jurídico, nem sempre coincide com esse.

¹⁷ “Enquanto a doença mental abrange todas as manifestações mórbidas do funcionamento psíquico, impedindo o indivíduo de adaptar-se às normas reguladoras da vida em sociedade, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado dirige-se àqueles que não alcançaram um estágio de maturidade psicológica razoável, ou que, por causas patogênicas ou do meio ambiente em que vivem, tiveram retardado o desenvolvimento das faculdades mentais.” (PONTE, 2001, p. 40).

entendimento, verifica-se se ele era capaz de determinar-se de acordo com essa consciência. Inexistente a capacidade de determinação, o agente também é considerado inimputável.

Ou seja, se verificada por meio de perícia¹⁸ a existência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto, que haja afetado a possibilidade de compreensão do ilícito, estará autorizada a figuração da inimputabilidade ao sujeito¹⁹.

Nelson Hungria (1949, p. 485) afirma que:

[...] o método biopsicológico exige a averiguação da efetiva existência de um nexos de causalidade entre o anômalo estado mental e o crime praticado, isto é, que esse estado contemporâneo à conduta tenha privado completamente o agente de qualquer das capacidades psicológicas (quer a intelectual, quer a volitiva).

Importa frisar que esses estados patológicos devem necessariamente ser auferidos por meio do exame médico-pericial. A legislação confere à psicopatologia forense a missão de determinar, no caso concreto, se a anomalia produziu a incapacidade do agente, e se a inimputabilidade já se manifestava ao tempo da ação ou omissão criminosa. Conclui Ponte (2001, p. 41) que:

A inimputabilidade para ser reconhecida exige a presença dos requisitos causal (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto), cronológico (tempo da ação ou da omissão) e consequencial (inteira incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento).

Dessa forma, o inimputável não poderá ser penalizado. Nestes casos, aplica-se a medida de segurança através da restrição de liberdade mediante a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou sujeição a tratamento ambulatorial, realizando assim, não só providência de proteção social, mas também educativa e terapêutica.

¹⁸ Quando existem dúvidas acerca da integridade mental do acusado ou indiciado de um crime, instaura-se o incidente de insanidade mental, tanto durante a ação penal, quanto no inquérito policial, podendo realizá-lo o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado. A determinação para a instauração deste incidente só será feita diante dúvida séria e fundada sobre as condições mentais do acusado ou indiciado. O incidente de insanidade mental visa perquirir se o indivíduo, no momento da ação ou omissão, tinha capacidade de entender a ilicitude do fato e agir de acordo com este entendimento. Antônio Carlos da Ponte (2001, p. 49-51) afirma que o laudo médico não vinculará o juiz, apenas fornecerá elementos adicionais para o desfecho regular do processo. Entretanto, "Para não acolher um laudo que conclui pela ausência total ou parcial da higidez mental do acusado, o juiz de direito necessita de base científica sólida, segura e convincente [...] o juiz não pode afastar o laudo como se esse não existisse, ou colocar-se em oposição a ele, e tirar conclusões em matéria eminentemente técnica".

¹⁹ Antônio Carlos da Ponte (2001 p. 76) ressalta que o laudo de exame pericial que conclui pela doença mental ou desenvolvimento mental incompleto na esfera cível não tem o condão de ser considerado prova em um feito criminal, haja vista que desconsiderou o estado do agente no momento da prática do delito. Assim, como o fato do agente ter sido considerado inimputável no campo penal, não significa que ele seja completamente incapaz na esfera civil.

Ao lado das penas, as medidas de segurança constituem espécie de sanção de natureza penal, dotada de jurisdicionalidade. Trata-se de medida predeterminada e organizada por meio de lei, obedecendo ao princípio da legalidade e reserva legal que são basilares para a elaboração e formação das leis de natureza penal. Desta forma Julio Fabrinni Mirabete (2004, p. 363) também entende a medida de segurança como uma sanção penal:

A medida de segurança não deixa de ser uma sanção penal e, embora mantenha semelhança com a pena, diminuindo um bem jurídico, visa precipuamente à prevenção, no sentido de preservar a sociedade da ação de delinqüentes temíveis e de recuperá-los com tratamento curativo.

A temática acerca da natureza das medidas de segurança, por diversas vezes, foi ponto de discordância entre os doutrinadores. Corrente minoritária defende o caráter administrativo das medidas de segurança por existirem registros da ingerência na aplicação das mesmas pela autoridade administrativa. Segundo Miguel Reale Junior e outros (1985, p. 285):

A natureza jurídica das medidas de segurança suscita, de longa data, controvérsias doutrinárias ainda não pacificadas, podendo se estimar, contudo, face às normas do Código de 1985, que dizem elas respeito à atividade de cunho prevalentemente, administrativo. Não é sem razão que Zaffaroni as coloca baixo da denominação de coação formalmente penais, ou medidas não penais de reclusão. [...] Em síntese, na expressão dos antigos a medida de segurança resume-se a um atuar, prioritariamente, administrativo, voltado para aqueles que se denominavam de loucos de todo gênero, fórmula simbólica e tradutora de um status, presidido pela alienação, face ao próprio eu, mais a realidade circunjacente.

Ainda sobre seu caráter administrativo, importante citar o posicionamento de Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 731),

A natureza das chamadas 'medidas de segurança', ou simplesmente 'medidas', não é propriamente penal, por não possuírem um conteúdo punitivo, mas o são formalmente penais, e, em razão disso, são elas impostas e controladas pelos juízes penais.

Para os referidos autores, não podemos considerar como penal um tratamento médico e a custódia psiquiátrica. Entretanto, como as leis penais impõem um controle e limitam a possibilidade de liberdade da pessoa, a execução das medidas deve ser submetida aos juízes penais.

Para Miguel Reale Junior e outros (1985, p. 287), ainda que se considere de natureza administrativa, as medidas de segurança não estarão destuteladas das garantias do direito penal, não se excluindo a judicialização da execução e, menos ainda do princípio da reserva legal.

Em que pese tais considerações, é assente o caráter de sanção penal das medidas de segurança. Nesse sentido, já se manifestava Anibal Bruno (1940, p. 87):

O seu carácter primitivamente administrativo não lhes tolhe a penetração no campo do direito penal, uma vez sistematizadas em instituto orgânico assente em princípio que hoje informa todo o direito penal. Stoss, que, ao traçar o primeiro quadro sistemático das medidas de segurança, no seu projeto de código suíço, sentia no espírito o aguilhão do problema e lhe pressentia a solução, indagava: “Esta medida de segurança, que propriamente deriva do direito administrativo, não sofre uma fundamental modificação jurídica no momento em que é transportada para o direito penal?”.

A intervenção provocada pela medida de segurança é, se não mais danosa, semelhante à própria pena, de modo que não é possível conceber que este poder pertença à autoridade administrativa em um Estado Democrático de Direito. Conclui Ferrari (2011, p. 76) que:

Partindo-se da premissa de que o Estado Democrático deve proteger não apenas os indivíduos, mas também o próprio Estado, acreditamos constituir a medida de segurança uma providência estatal, condicionada aos limites do exercício jurisdicional. Ao nosso ver, não há razão válida para insistir na ideia equivocada de considerar a medida de segurança criminal como um instrumento meramente administrativo, mesmo porque as prevenções administrativas não possuem finalidades particulares de tratamento e de readaptação do criminoso-doente, mas dos perigosos sociais.

Jorge Figueiredo Dias (1999, p. 149) ao tratar da legitimação das medidas de segurança afirma que é extremamente perigoso considerá-las dentro categoria das medidas puramente administrativas, haja vista que elas seriam lançadas para fora do direito penal e da política criminal, bem como dos instrumentos sancionatórios essenciais para a consecução das finalidades das medidas. Nas palavras de Anibal Bruno (1940, p. 87) “as medidas de segurança oferecem-nos precisamente o exemplo da evolução de um instituto, da configuração administrativa para a configuração jurídico-penal”.

3.2 FINALIDADES

Neste momento, é importante analisar os motivos e fins justificadores à aplicação da medida de segurança. Tal reflexão exige um breve estudo acerca dos fins das penas, para, posteriormente, efetuar a análise da medida de segurança à luz dessas teorias. No tocante às penas, os fins podem ser classificados em retributivismo e prevencionismo.

3.2.1 Retributivismo

A retribuição, enquanto finalidade e justificativa das penas, surge

primeiramente como sinônimo de expiação, era uma reação àqueles que atentavam contra as ordens de Deus. Na época, associava-se a ideia de que o poder do Estado Soberano era concedido por Deus e, assim sendo, quem praticava um ilícito penal atentava contra o divino.

Pois bem, passada essa fase de conteúdo teocrático surge a concepção moralista de Kant, na qual a pena adquiriu o conteúdo de justiça, consistindo numa retribuição ao mal injusto. Nas palavras de Ferrari (2001, p. 48) “O fim essencial da pena não era a praticidade ou resultado, pouco importando a eficácia. Não se impunha para evitar novos crimes, mas para retribuir ao mal anteriormente praticado”.

Pregava-se que a pena seria imposta como consectário da justiça, como uma necessidade ética. Com isso, ao se negar, através da imposição da pena, a prática do crime, estar-se-ia afirmando os valores trazidos pelas normas jurídicas e que foram violados pela conduta criminosa. Assim, quem cometesse um delito teria a sua justa retribuição, possuindo a pena, por conseguinte, nítidos caracteres éticos e morais. O objetivo principal era que o delinquente pagasse pela feitoria delitativa, de sorte que não existia uma preocupação com a recuperação do indivíduo.

Dentre os defensores das teorias absolutistas, conhecidas assim em razão do conceito de justiça que as mesmas encerravam, dois dos seus maiores expoentes foram Kant e Hegel. Este último alterou os fundamentos de retribuição e passou a fundar a pena numa visão jurídica, em que a mesma seria aplicada como forma de reafirmar a existência e validade do ordenamento jurídico. Caberia ao Estado impor a pena ao cidadão com vistas a demonstrar que o desrespeito ao direito seria punido. Para Hegel a pena é a reafirmação da vontade geral e serve para restaurar a razão do direito, anulando a força do delito.

No tocante à finalidade de retribuição, convém ressaltar sua absoluta incongruência com as medidas de segurança. A medida de segurança foi concebida justamente com um caráter preventivo, direcionado aos “perigosos”, como forma de readaptá-los à sociedade. Por isso, não faz sentido falar em finalidade retributiva. Analisa Gamil Föppel El Hireche (2004, p. 102):

Já se assinalou que a teoria retributiva é imprestável em relação às penas, mais ainda no que diz respeito à medida de segurança. De fato, é uma monstruosidade lógica crer-se que a medida de segurança deriva da retribuição de um mal causado por uma pessoa que sequer sabia o que fazia.

Incumbe, então, analisar as teorias relativas, com suas finalidades preventivas.

3.2.2 Prevençionismo

Com perspectiva utilitarista, as teorias relativas, também chamadas de preventistas, veem a pena como instrumento para se atingir um determinado fim. O fim preconizado, por estas teorias, quando da aplicação da medida de segurança é a necessidade de ressocialização do agente. Dito isto, propõe-se a análise das modalidades de prevenção.

3.2.2.1 *Prevenção Geral*

De acordo com a prevenção geral, as penas teriam finalidade e justificativa diversa da retribuição e seu ideal de justiça. A sua imposição teria um fim pedagógico visando evitar a prática de novos delitos. Enxergava-se nas penas não uma necessidade absoluta e imperativa de justiça, mas sim um instrumento para a defesa da sociedade, pois o que se buscava era o efeito inibitório da prática de novos delitos, atuando genericamente em relação a todo o corpo social. A prevenção é geral, pois é dirigida para toda a sociedade indistintamente, de modo que todo indivíduo possa sentir-se ameaçado pela norma e, com isso, ser desencorajado de praticar um ilícito penal.

A prevenção geral se subdivide, ainda, em negativa e positiva. A prevenção diz-se negativa, pois visa a impedir os sujeitos de atuarem de determinada forma devido ao caráter intimidatório da pena. Ou seja, tem o condão de dissuadi-los da prática dos injustos penais, através da coação psicológica.

Quanto à prevenção geral negativa, que tem por base a ameaça com imposição de penas, não há que se falar de sua incidência no campo das medidas de segurança. Levando-se em consideração que o inimputável por doença mental é incapaz de entender o caráter ilícito de seu ato, não faria sentido esperar dele um juízo de valor, não há como sentir-se intimidado com a ameaça da sanção penal. E, mesmo quando o inimputável detém tal capacidade, ele não consegue se orientar, sendo, portanto, insuscetível de reprovabilidade pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, Ferrari (2001, p. 61) "Quanto à prevenção geral negativa, inócua será sua função com referência aos delinqüentes doentes, já que não possuem capacidade de serem intimidados pela norma, nem discernimento quanto à sua compreensão".

Com outras palavras se posiciona Gamil Föppel El Hireche (2004, p. 104):

De fato, pessoas “normais” não teriam seus comportamentos motivados em conformidade com a norma penal pelo fato de se aplicar aos inimputáveis uma medida de segurança, até porque o “homem normal não tende a tomar como exemplo o comportamento do inimputável. Ou seja, em resumo, não se pode atribuir à medida de segurança a finalidade de prevenção geral negativa.

Por outro lado a prevenção geral positiva verifica a pena como uma forma de reafirmação dos valores sociais e criação de um sentimento de respeito, por parte dos indivíduos, nas normas jurídicas. A sanção passa a constituir a afirmação simbólica das normas, de modo que favorece o processo de restabelecimento da confiança institucional afrontada pela conduta ilícita. Daí porque se denomina essa função de “integração”.

A prevenção geral positiva deve ser observada no campo das medidas de segurança a partir do momento em que a prática de um ato típico e ilícito constitui pressuposto obrigatório para a sua aplicação, conforme ressaltado por Ferrari (2001, p. 62):

Na medida de segurança criminal, inquestionável a presença da expectativa comunitária ou da revalidação do ordenamento jurídico. A gravidade da natureza do ilícito-típico constitui um dos parâmetros para a aplicação da medida terapêutico-penal. (...) O abalo social propagado pelo inimputável à comunidade exige uma estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada, representando-se como um dos motivos para a aplicação de uma medida privativa e não restritiva de tratamento.

Como se vê, para comprovar a existência da finalidade geral positiva, o autor refere-se à ligação entre a gravidade do delito e a espécie de medida de segurança a ser aplicada, bem como justifica o prazo mínimo de duração imposto pelo legislador como uma forma de apaziguamento comunitário.

Apesar do agente inimputável não entender as consequências de seu ato, sua ação fere bens jurídicos, o que deve ser restaurado com a reafirmação da norma, ou seja, a sociedade espera que o Estado apresente uma resposta ao ato praticado pelo delinquente doente mental, uma vez que se o inimputável praticasse um injusto típico e não houvesse aplicação de sanção penal, haveria uma sensação de frustração do corpo social. Os valores sociais viriam a ser postergados, pois uma lesão a um bem jurídico de suma importância ficaria sem resposta penal.

Vale dizer que, por diversas vezes as normas de conduta são violadas, de forma que as sanções penais, seja a pena para o imputável, seja a medida de segurança para o inimputável, servem para mostrar ao infrator que sua conduta violadora não impede que a norma continue a existir.

Paulo Queiroz (2013, p. 553), por sua vez, se posiciona em sentido contrário

ao afirmar que a medida de segurança não persegue a finalidade geral, tanto negativa quando positiva, pois

como assinala Roxin, os inimputáveis quando infringem a lei não defraudam nenhuma expectativa, a consciência social não se comove ninguém resulta motivado a imitá-lo, porque a vigência da norma aos olhos da opinião pública não é alterada com tais fatos.

3.2.2.2 *Prevenção Especial*

Paralelamente à concepção prevencionista geral, surge a prevenção especial das sanções. A prevenção especial, enquanto finalidade e justificativa da pena, surgiu com a Escola positiva, pois se enxergava na conduta delituosa uma expressão da periculosidade. A pena deveria constituir um tratamento ao indivíduo “perigoso”, promovendo a correção individual do desajustamento gerador do crime.

O tratamento pode dirigir-se ao retorno do indivíduo à sociedade, quando a inadaptação à vida social for relativa, ou pode ser direcionado à neutralização dos sujeitos, quando os mesmos demonstrarem uma absoluta inadaptação à vida social. Em razão dessa distinção, deu-se origem ao que se denomina de prevenção especial positiva e negativa.

Pela prevenção especial positiva, a pena tem a finalidade de assegurar a reinserção social do apenado. Já pela prevenção especial negativa se a pena não pode recuperar o indivíduo, deve, ao menos, afastá-lo por completo do convívio social, de forma a defender a sociedade daquele sujeito nocivo. Sobre o assunto Ferrari (2001, p. 51) “A prevenção especial, assim, privilegiava a emenda como fim primeiro a ser objetivado na pena imposta ao delinquente, admitindo-se excepcionalmente, a segregação, motivada pela função da tutela social, presente nos incorrigíveis.”.

É certo que, no âmbito das medidas de segurança criminais o propósito socializador deve sobrepor-se junto aos princípios da sociabilidade e da humanidade. Vale dizer que, para a legitimação da aplicação da medida de segurança, dentro da concepção humanitária de respeito à dignidade da pessoa que se alicerça um Estado Democrático de direito, a finalidade preventiva especial positiva, deve prevalecer sobre a finalidade preventiva especial negativa. Entende-se que será justamente a finalidade de prevenção especial positiva que será atendida pelas medidas de segurança. Reale Ferrari (2001, p. 65) salienta:

No Brasil, embora tímido o labor doutrinário e legislativo relacionado à medida de segurança, pode-se constatar que, quer no internamento, quer no

tratamento ambulatorial, há uma disfarçada primazia pela ressocialização, todavia, desvirtuada e enquadrada como justificativa para a segregação. (...) A ressocialização constitui, assim, o fim preliminar do instituto, exercendo a prevenção por integração, papel secundário quando da escolha judicial da modalidade de tratamento.

Em outras palavras, a finalidade precípua da medida de segurança na prevenção especial positiva é o tratamento do indivíduo doente para posterior ressocialização do mesmo. Tal entendimento foi adotado por Jorge Figueiredo Dias (1999, p. 143):

[...]o propósito socializador deve, sempre que possível, prevalecer sobre a intenção de segurança, como é imposto pelos princípios da sociabilidade e da humanidade que dominam a constituição político-criminal do Estado de Direito contemporâneo; e, se conseqüentemente, que a segurança só pode constituir finalidade autônoma da medida de segurança se e onde a socialização não se afigure possível.

Com o desenvolvimento das ideias humanitárias e o espírito de recuperação dos inimputáveis, a política é a de não adotar sanções penais com caracteres de prevenção especial negativa, isto é, com a simples finalidade de afastar da sociedade o doente mental. Contudo, lamentavelmente, é possível perceber essa finalidade, ainda que oculta, na aplicação das medidas de segurança. Isto porque, na prática, a medida de segurança é dirigida não só aos inimputáveis que apresentarem o juízo de periculosidade e possam ser posteriormente reintegrados à sociedade, mas também em relação aos denominados incorrigíveis. Aliás, caso a prevenção especial negativa não fosse uma finalidade oculta das medidas de segurança, esta consequência jurídica não poderia ser imposta, ou deveria ser cessada, quando o sujeito não apresentasse nenhuma condição de se reintegrar à sociedade.

Basta verificarmos a quantidade de inimputáveis internados em Hospitais de Custódia que apresentam nítidos sinais de cronificação da doença mental. Nesses casos, é forçoso reconhecer que a medida de segurança possui caráter de prevenção especial negativa, pois, do contrário, diante da ineficácia da ressocialização, não mais seria possível a execução das medidas de segurança.

Por fim, em sentido contrário às teorias preventistas expostas, se manifesta Gamil Föppel El Hireche (2004, p. 103), pelo que é válido mencionar, na íntegra:

Com efeito, conquanto seja a única que, hipoteticamente, pode ser aplicada às medidas de segurança, vê-se que não passa de uma ficção, haja vista que a aplicação da medida de segurança para que o inimputável não cometa outros delitos, é, francamente inaceitável, pois, não sendo capaz de autodeterminar-se, o pretense objetivo estatal é inócuo, ineficaz. Não se pode dirigir uma sanção (essência verdadeira da medida de segurança) com este pretense objetivo porque inatingível. A rigor, trata-se, como dito, de uma busca desenfreada para legitimar o ilegítimo: o tratamento penal a casos de inimputabilidade. Demais disso, soa francamente arbitrário o argumento

da socialização. Como impor a determinado agente que se socialize? É uma socialização compulsória, forçada? Outro aspecto importante é que a socialização, fundada na periculosidade do agente, não encontra limites, podendo durar eternamente, o que, seguramente não é compatível com o modelo de penas adotado no Brasil. Não se pode concordar com uma justificativa pelo fato de inexistir outra melhor: não se pode, conclusivamente, pretender justificar o injustificável.

Como se vê, para o autor supracitado, as teorias dos fins das penas não poderiam se estender para as medidas de segurança, visto que o direito penal não é legitimado para dispensar tratamento às ações não criminosas. De acordo com Föppel, a solução passa por uma mudança de concepção e reconhecimento de que a medida de segurança não faz parte do direito penal.

3.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Constituição Federal ao deixar expresso o princípio da legalidade²⁰ em seu artigo 5º, XXXIX – "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (BRASIL, 1988) –, bem como no art. 1º²¹ do Código Penal Brasileiro, impôs ao legislador ordinário o respeito amplo a este direito fundamental, para alcançar toda e qualquer medida constritiva de liberdade, notadamente as medidas de segurança. De acordo com Bitencourt (2011, p. 782) as medidas de segurança e a pena privativa de liberdade consubstanciam-se em formas de invasão da liberdade do indivíduo pelo Estado, e, por isso, os princípios aplicáveis à pena regem também as medidas de segurança, numa interpretação ampla e irrestrita do comando constitucional.

Pelo princípio da legalidade, tanto o crime quanto sua sanção somente existirão para o mundo normativo se forem estabelecidos em lei em seu sentido amplo. A lei formal e tão somente ela é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes

²⁰ Tradicionalmente expresso na regra *nullum crime, nulla poena sine lege*, o princípio da legalidade tem raízes na Magna Carta da Inglaterra (1215) e nas *Petitions of rights*, norte-americanas, apenas sendo formulado em termos precisos na Declaração dos Direitos do Homem da Revolução Francesa. Consoante Anibal Bruno (1959, p. 208): "No decurso da evolução, a partir da Magna Carta, dos documentos norte-americanos e da Revolução Francesa, o princípio da legalidade foi dissociando do seu contexto as várias funções de garantia que hoje apresenta: não há crime nem pena sem lei anterior, e então o princípio se opõe à retroatividade da norma penal incriminadora, trazendo a necessária precisão e segurança ao Direito; não há crime nem pena sem lei escrita, o que importa em negar ao Direito costumeiro função criadora ou agravante de tipos ou sanções penais; não há crime nem pena sem lei estrita, com o que se impõe uma limitação à aplicação da lei e se torna defeso, do domínio das normas incriminadoras, o emprego da analogia."

²¹ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo. Deveras, conforme ensinou Nelson Hungria (1949, p. 9):

A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos “princípios gerais do direito” ou pelo costume. [...] Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprobção pública, francamente lesivo do minimum de moral prática que o direito penal tem por função de assegurar, com duas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, a parte objecti e a parte subjecti a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas in abstracto pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídico-penal.

Assim, todo cidadão tem o direito de saber antecipadamente a natureza e duração das sanções penais a que estará sujeito se violar a ordem jurídico-penal. É a garantia de predeterminação normativa de ilícitos penais e de sanções, bem como a demarcação de limites do *jus puniendi* do Estado.

Nelson Hungria (1949, p. 11) leciona que a supressão da legalidade subverteria a própria noção de culpabilidade, haja vista que a culpa não se sustenta sem a consciência da violação ao dever jurídico ou mesmo a possibilidade dessa consciência. E, mais, a eliminação do *nullum crimen, nulla pena sine lege*, afastaria o próprio fim político da pena, qual seja a prevenção, pois se a norma penal é uma norma de conduta não há como exigir que os indivíduos se ajustem a fatos ainda não definidos como crime.

Tal como as penas, as medidas de segurança possuem um caráter aflitivo, isto é, a potencialidade de privar e restringir a liberdade física do sentenciado ou internado. Logo, todas as garantias inerentes às penas devem ter aplicação na medida de segurança. A ingerência do Estado na esfera de direitos do indivíduo deve ser limitada e determinada, função esta conferida ao princípio da legalidade. Portanto, a garantia constitucional da legalidade, bem como os princípios nos quais se desdobra – a reserva legal, taxatividade e anterioridade – tem incidência integral nas medidas de segurança criminais. Consoante Ferrari (2001, p. 93):

O princípio da legalidade consiste numa rígida limitação ao jus puniendi estatal, configurando-se exigência da lei formal uma garantia indispensável à conservação dos valores do Estado Democrático de Direito. Espécie de sanção, a medida de segurança priva ou restringe bens jurídicos individuais, constituindo imperiosa obediência ao princípio da legalidade, evitando que o juiz por seu arbítrio imponha medidas não expressamente previstas em lei.

É inadmissível falar em Estado Democrático de Direito voltado para a construção da cidadania, para a prevalência dos direitos humanos e dignidade da

pessoa humana, fundamentos estes tão ressaltados na Constituição de 1988, sem ter a legalidade como alicerce. O princípio da legalidade na medida de segurança criminal deve ser plenamente obedecido para se evitar reflexos de desigualdade entre o criminoso imputável e o inimputável.

Como consequência do princípio da legalidade deve o legislador ser claro ao impor a medida de segurança, enunciando elementos precisos e descritivos. Dito isto, encontramos uma grave violação ao princípio da legalidade com a falta de previsão do prazo máximo de duração da medida de segurança. Ferrari (2001, p. 95) afirma que:

A precisão, clareza e determinação dos pressupostos das medidas de segurança constituem elementos imprescindíveis para qualquer futura punição. Há uma necessária taxatividade ou determinação no instante da descrição legislativa da infração, não podendo inexistirem limites máximos temporais à medida de segurança criminal, sob pena de trazer insegurança para o delinquente-doente. [...] Ao nosso ver, inconstitucional configura-se a ausência de limites máximos de duração às medidas de segurança criminais, afrontando a certeza jurídica e o Estado de Direito, em plena violação ao art. 5º, inc. XLVII, letra b, combinado com a cláusula pétreia enunciada no art. 60, § 4º, da Carta Magna.

Impõe-se a obrigação ao julgador de limitar no tempo o máximo de privação da liberdade do internado por meio de medida de segurança. É grave a inconstitucionalidade que vem sendo praticada no Brasil com a indeterminação dos limites temporais da medida, ponto este que será debatido posteriormente.

3.4 PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A medida de segurança exige para sua incidência a presença de dois requisitos indispensáveis, quais sejam: a prática de um fato ilícito-típico penal e a periculosidade do agente. Não obstante o incontestado reconhecimento desses pressupostos a legislação foi omissa, não há menção expressa à realização do tipo injusto e da periculosidade, tratam-se de requisitos deduzidos do artigo 97²², especificadamente o

²² Art. 97 - 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.

caput e §1º, do Código Penal.

Ora, conforme já exposto anteriormente, o Direito Penal destina-se à proteção dos bens jurídicos e possui nítido caráter sancionador para as condutas que forem ofensivas a estes bens de especial importância. Quando não há lesão ou quando a lesão não atinge bens fundamentais, outros ramos do direito deverão ser acionados. Em contrapartida, diante de uma conduta que tenha acarretado lesão pela prática do injusto penal, as consequências jurídicas penais, quais sejam, as penas e medidas de segurança, devem ser impostas. Logo, em relação aos imputáveis e aos inimputáveis, exige-se a prática de um fato tipificado em lei como crime e a contrariedade ao ordenamento jurídico.

As penas são impostas como consequência da prática do injusto penal e da incidência de um juízo de reprovação, em razão de o sujeito ter cometido uma conduta contrária ao ordenamento jurídico quando possuía condições de agir conforme o direito. Por outro lado, as medidas de segurança são impostas, atualmente, apenas aos inimputáveis. Sendo assim, a prática de fato punível pela legislação é pressuposto essencial para aplicação das medidas de segurança, ficando as demais situações submetidas à incidência de providências administrativas. A exigência do delito é um marco divisor entre as medidas de segurança criminais e as administrativas.

Como observamos, deve-se obedecer ao princípio da legalidade, de modo que apenas serão aplicáveis as medidas de segurança se previstas em lei penal, anteriormente à prática do fato ilícito típico. Afinal de contas, se a medida de segurança é considerada uma modalidade de sanção penal, não basta a hipotética possibilidade de causar um dano a bem jurídico protegido para auferir a possibilidade de sua aplicação, é necessária a efetiva prática de um fato tido como crime. Ao inimputável que praticar um fato atípico não poderá ser aplicada a medida de segurança, pois se exige prova cabal da tipicidade e antijuridicidade da conduta, ainda que o enfermo mental apresente um juízo de periculosidade, havendo clara

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução

§ 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.

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

prevalência do princípio da inocência.

Imperioso destacar que a medida de segurança será cabível desde que não esteja presente nenhuma das causas excludentes de ilicitude, pois neste caso, se o agente que praticar fato ilícito típico estiver abrigado por uma das causas de exclusão de ilicitude, ainda que perigoso, não será submetido a medida de segurança.

Nesse diapasão, Bitencourt (2011, p. 782):

É indispensável que o sujeito tenha praticado um ilícito típico. Assim, deixará de existir esse primeiro requisito se houver, por exemplo, excludentes de criminalidade, excludentes de culpabilidade (como erro de proibição invencível, coação irresistível e obediência hierárquica, embriaguez completa fortuita ou por força maior) – com exceção da inimputabilidade –, ou ainda se não houver prova do crime ou da autoria. Resumindo, a presença de excludentes de criminalidade ou de culpabilidade e a ausência de prova impedem a aplicação de medida de segurança.

Também sobre o assunto Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 364) afirma que: “Não se aplica medida de segurança nestes casos: se não há provas que confirmem a imputação; se o fato não constitui ilícito penal; e se o agente foi absolvido por ter praticado o fato ao abrigo de um excludente de antijuridicidade.”

Por conseguinte, todos os pressupostos jurídico-penais exigidos para imposição da pena, a exceção, naturalmente, da imputabilidade, aplicam-se também às medidas de segurança, pois caso contrário estar-se-ia conferindo ao inimputável um tratamento injusto, desigual e ofensivo. É o que nos ensina Paulo Queiroz (2013, p. 547):

Em homenagem aos princípios e garantias constitucionais, em especial o princípio da igualdade, em nenhuma hipótese será cabível a medida se na mesma situação não couber a aplicação da pena por qualquer motivo. Assim, por exemplo, se o fato for atípico (v.g., ausência de nexo causal ou de culpa) ou lícito (v.g., cometido sob coação moral irresistível, erro de proibição inevitável, embriaguez involuntária completa) ou se tiver sido atingido por causa de extinção da punibilidade (prescrição, decadência, etc).

No mesmo sentido Ferrari (2001, p. 146) leciona que as causas de exclusão de ilicitude se aplicam tanto aos imputáveis quanto aos infratores patológicos, pois é injusta a punição aos doentes mentais que agirem legitimados por causas dirimentes. Neste contexto, a exigência de um injusto procura também resguardar o princípio da ofensividade ou lesividade. Segundo o princípio da ofensividade o Direito penal somente deve intervir se houver efetiva lesão ao bem jurídico protegido, de modo a afrontar a comunidade social de maneira irreparável. Ocorre que, na prática, esta garantia, assim como tantas outras, não é observada em sua totalidade. Não são raros os casos em que o infrator doente mental é submetido à medida mesmo estando protegido por uma causa excludente da ilicitude ou diante de uma hipótese de

insignificância.

Ademais, não basta a prática de um ato descrito na norma como crime; é necessário que, conjuntamente, haja a periculosidade do autor. Nesse sentido, é reconhecida também a personalidade do agente, a sua vida, aliadas aos motivos e circunstâncias do fato, mostrando a probabilidade que o mesmo possui de delinquir.

Em acordo com Damásio de Jesus (2011, p. 589) “A periculosidade é “a potência, a capacidade, a aptidão ou a idoneidade que um homem tem para converter-se em causa de ações danosas.” Trata-se de um estado de desajustamento social do homem que se manifesta em uma criminalidade latente à espera da circunstância externa propícia ao cometimento do ilícito penal.

A verificação da periculosidade criminal se faz por intermédio de um juízo de probabilidade efetiva da realização de novos atos criminosos, tendo por base a conduta antissocial e a anomalia psíquica do agente. O termo probabilidade é distinto da mera possibilidade, pois algo provável de acontecer demonstra certeza de sua realização, sendo mais palpável e concreto. Elementos reveladores da personalidade do indivíduo e os sintomas de periculosidade, quais sejam, os antecedentes criminais, civis, administrativos atuam transformando o agente num ser com probabilidade de delinquir.

Cumprido ressaltar que, a periculosidade é tão importante na aplicação da medida de segurança quanto na sua extinção, tendo em vista que é necessário provar-se a cessação da periculosidade para que o sujeito se livre dessa sanção penal que lhe foi imposta, como oportunamente veremos. No tocante à periculosidade, imperiosa é a análise mais aprofundada acerca do instituto para melhor compreensão do tema.

3.4.1 Periculosidade

A periculosidade criminal ou grau de perigosidade do autor pode ser conceituada como a potencialidade do agente em praticar novas infrações penais. É o estado ou qualidade de perigoso, que se manifesta em um conjunto de circunstâncias indicadoras da probabilidade de delinquir. As condições circunstanciais do autor causam temibilidade ao corpo social. Acerca da perigosidade dispõe Anibal Bruno (1940, p. 27):

A sua origem pode encontrar-se na fórmula da temibilidade de Garofalo, que o definia como ‘a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade de mal previsto que se deve temer por parte do mesmo

delinquente, ou ainda, mais remotamente, no conceito incompleto mas justo de Feuerbach, que o tinha como aquela qualidade da pessoa que serve de fundamento á probabilidade de que ela violará efetivamente o direito.'

Juntamente com o ato típico e antijurídico, a periculosidade criminal é pressuposto essencial para que o julgador possa aplicar a medida de segurança ao delinqüente doente mental. Reale Ferrari (2001, p. 156) ressalta a necessidade do pressuposto da periculosidade quando da aplicação da medida:

Em um Estado Democrático de Direito não há sanção-medida de segurança sem perigosidade criminal, devendo existir sempre uma correlação entre a perigosidade e o fato ilícito-típico praticado. A perigosidade e o ilícito-típico são vigas mestras a serem analisadas para a imposição da medida de segurança criminal.

Convém, entretanto, diferenciar a perigosidade pré-delitual e a pós-delitual, chamada por Ferri (2006, p. 126-127) de perigosidade social e a perigosidade criminal, respectivamente.

A periculosidade social leva consigo o perigo do crime: a periculosidade criminal, o perigo da reincidência. São dadas, portanto, uma avaliação preventiva e outra repressiva da periculosidade. Na polícia de segurança, as medidas de defesa preventiva são 'medidas de polícia', não devendo ser confundidas com as 'medidas de segurança' *post delictum* da defesa repressiva.

Segundo Ferrari (2001, p. 154) a periculosidade social é a mera possibilidade de o indivíduo vir a cometer fatos socialmente prejudiciais à coletividade, colocando em risco a tranquilidade, a paz e a ordem pública. A má repercussão da conduta do agente, tido como perigoso perante a sociedade devido às circunstâncias ambientais e familiares em que estava inserido, justificava a punição do indivíduo pela mera potencialidade em cometer ações danosas ou prejudiciais à sociedade. Dentre os sujeitos considerados perigosos socialmente estavam os vadios, mendigos, leprosos, prostitutas, ébrios, toxicômanos, homossexuais e, é claro, os enfermos mentais, que sempre tiveram lugar cativo no rol dos excluídos. Ainda segundo Ferrari (2001, p. 155):

A periculosidade social constitui-se numa válvula de escape à restrição da liberdade dos cidadãos considerados socialmente inconvenientes ao Estado, presumindo ou dispensando a própria prática de uma precedente infração penal. Possui, como pressuposto a mera infração danosa social, legitimando-se pelo simples comportamento desajustado comunitariamente, muito aplicável pelos Estados totalitários, em especial, contra os denominados inimigos políticos da nação.

Fundando-se em um temerário conceito de danosidade, que ignora a abstração que lhe é intrínseca, a periculosidade social, sob o argumento de ser uma medida de defesa social, autorizou a arbitrária restrição da liberdade de certos grupos indesejáveis. A função de determinar o estado de periculosidade do agente portador de doença mental pertencia ao juiz, através da análise de elementos trazidos pelo

artigo 78 do Código Penal de 1940, tais como: a personalidade do indivíduo, seus antecedentes, os motivos e circunstâncias do crime praticado. Por outro lado, havia situações em que a própria legislação presumia de maneira absoluta a periculosidade social do agente, substituindo o magistrado.

Com a Reforma Penal de 1984 e a reafirmação do Estado Democrático de Direito, afastou-se o critério da periculosidade social, configurando-se como pressuposto de aplicação da medida de segurança a periculosidade criminal do agente. Assim, adquirindo a medida de segurança o caráter de instituto de natureza jurídico-penal, não pode ela preceder da prática de um injusto. A partir de então, somente ao homem criminalmente perigoso se imporia a medida de segurança. Dito isso, resta então questionar: afinal, no que consiste este critério da periculosidade criminal?

A periculosidade criminal funda-se na ideia de que a probabilidade dos doentes mentais praticarem novos atos infracionais é elevada, movidos pelo o que Ferrari (2001, p. 157) chama de “certos apetites e impulsos”. Tendo em vista que o agente não possui a capacidade plena, em virtude da anomalia psíquica, de se sentir inibido para a prática de determinados atos criminais, a probabilidade de reiteração criminal é muito maior.

O homem não se ajustou às normas da vida em comum. E, se esse desajustamento tende para o delito, denuncia-se o que podemos chamar uma personalidade criminógena. O homem está em estado perigoso para com a sociedade. É a perigosidade criminal. Este conceito natural, bio-sociológico, do fenômeno da perigosidade é o fundamento do seu conceito jurídico, e nele há de inspirar-se a ação do Estado frente ao delito. (BRUNO, 1940, p. 32).

Daí então, a medida de segurança penal configura-se no instrumento de resposta sancionatória do Estado para tratar o doente mental delinquente. Assim, a potencialidade para a prática de novas infrações penais deve ser efetivamente comprovada, ao contrário da mera presunção da periculosidade que se verificava no Estatuto Penal de 1940. Por isso, correta a observação de Ferrari (2001, p. 158):

Não será qualquer possibilidade de repetição do ilícito-típico que legitimará a submissão de um doente mental à medida de segurança criminal, vez que perigosidade criminal não é sinônimo de necessidade social, a corroborar que também, nas medidas de segurança, incidem os princípios da lesividade, ofensividade e interferência mínima.

A imposição da medida de segurança é uma atividade judicial que por força do dispositivo constitucional previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal deverá ser fundamentada, cabendo ao magistrado, pronunciar-se acerca da presença da periculosidade. Decerto, para tal conclusão o juiz pode se valer de auxiliares da

justiça, tais como; psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais, terapeutas ocupacionais etc. Ou seja, a periculosidade deve ser fundamentada e decidida pelo juiz, podendo este se valer de peritos e, até mesmo, de seu juízo de valor diante do caso concreto. Considerando que o ordenamento jurídico exige um juízo de certeza da periculosidade, o que nos parece ser inalcançável, deve-se buscar, ao máximo, a fundamentação das decisões judiciais.

Constata-se que a sociedade e os operadores do Direito não demonstram uma preocupação especial com a possibilidade de que sujeitos condenados por crimes bárbaros, após o cumprimento da pena, voltem a delinquir. Dito isto, questiona-se: Qual o fundamento para se temer mais o portador de transtornos mentais? Existiria algum dado objetivo para considerar maior a periculosidade do doente mental? Ora, o fato de ser portador de transtorno mental não constitui crime, afinal, existe uma infinidade de pessoas portadoras de patologia penal que não estão submetidas ao sistema penal. Ninguém pode ter absoluta certeza de que não irá cometer ilícitos-típicos, haja vista que em todo homem há um criminoso em potencial. Sobre o tema confira-se o que afirma Thales Henrique Ulhoa (2008, p. 341):

Assim sendo, cabe indagar: qual a probabilidade de um indivíduo imputável delinquir? Ou, melhor: a taxa de reincidência para os inimputáveis é maior do que a observada entre os imputáveis? A resposta é negativa! Habitualmente, é repetitiva a argumentação no sentido de que a reincidência, específica ou genérica, seria maior entre os criminosos portadores de sofrimento mental. Admitida essa falsa premissa, estar-se-ia a concluir que os agentes submetidos à medida de segurança seriam criminosos de pior estirpe do que os demais criminosos. Até o presente, contudo, tal nunca se comprovou, a se considerar as estatísticas disponíveis.

Ao contrário do que acredita o senso comum, os ilícitos penais são mais frequentes entre os indivíduos que não apresentam qualquer anomalia mental, de modo que o risco que a sociedade assume em relação à reiteração dos inimputáveis é o mesmo que assume, diariamente, em relação aos imputáveis que, após cumprirem a pena, saem em liberdade, na maioria das vezes, mais corrompidos pelo sistema carcerário.

Vitória Beltrão Bandeira (2012, p. 166) ressalta que as pesquisas científicas²³ não relacionam o delito como resultado da doença mental, de forma que como poderia a sociedade se proteger do perigo? E quando esse perigo resultar da ineficiência da saúde pública, nos casos em que o indivíduo que se encontra numa situação de completa exclusão social? Assim, reconhecendo que a periculosidade está intrinsicamente relacionada ao contexto sócio histórico no qual está inserido o sujeito, a autora questiona se é legítimo transferir a responsabilidade de prestar assistência mental para o âmbito da Justiça Penal, oportunidade em que destacou as conclusões do Censo Clínico Psicossocial acerca da população de pacientes internados no Hospital de Custódia e Tratamento do Estado da Bahia:

Quase a metade dos internos do HCT/BA não recebia tratamento psiquiátrico antes do internamento atual, mostrando a necessidade de expansão da rede de serviços de atendimento extra-hospitalar ou comunitário de saúde mental, principalmente, considerando que a maioria dos pacientes possui transtorno mental que demanda cuidados continuados (Esquizofrenia/Transtornos delirantes), enfatizando a necessidade do acompanhamento psiquiátrico de longa duração. Um relatório da Universidade de Harvard, realizado a pedido da Organização Panamericana da Saúde, chamou a atenção para o fato de que os pacientes psiquiátricos de classe social mais baixa, de países poucos desenvolvidos, são internados com maior frequência por não terem acesso a tratamento ambulatorial satisfatório. por 45% das razões de internamento. (CENSO CLÍNICO E PSICOSSOCIAL DO HCT, 2004, p. 88 apud BANDEIRA, 2012, p. 167)

Aliado a essas incertezas, convém mencionar que os critérios de avaliação da periculosidade são questionáveis, devido ao grau de subjetividade em que estão imersos. Sem contar que não há uma metodologia adequada para a avaliação. Ferri (2006, p. 138) afirma que para avaliar a periculosidade do criminoso é preciso levar em consideração o seu grau, sua duração e sua tendência, valendo-se ainda de três critérios de caráter geral que são, a gravidade do delito, os seus motivos determinantes e a personalidade do agente.

Anibal Bruno (1940, p. 38), por sua vez, leciona que um dos mais árduos problemas do diagnóstico da perigosidade gira em torno de determinar as causas que

²³ “Desde a década de 80, diversos estudos epidemiológicos passaram a abordar a questão de quais indivíduos, quais tipos de doença mental e que fatores outros estariam envolvidos com a periculosidade. Em estudo realizado por Hafner e Bocker na Alemanha, foi encontrada uma proporção de 2,97% de indivíduos com transtornos mentais em uma população de criminosos, sendo que a probabilidade calculada nesta pesquisa de um doente mental tornar-se um criminoso violento é extremamente pequena, cerca de 0,05% entre esquizofrênicos e de 0,006% entre os portadores de transtorno de humor. Logo, a despeito do senso comum que entende o doente mental como uma pessoa perigosa, a maioria das pesquisas não encontrou uma associação entre doente mental e o risco de cometer crimes violentos, mostrando que este conceito é de uma ideia preconceituosa e não científica.” (CENSO CLÍNICO PSICOSSOCIAL DO HCT, 2004, P. 5-6 apud BANDEIRA, 2012, p. 166).

a produziram. Não é a toa que o autor passa a elencar elementos investigativos apropriados para o juízo de periculosidade, dentre eles: as condições físicas e psíquicas da personalidade do agente que possam explicar tendências anti-sociais, o fato delituoso, os motivos que determinaram o fato e as circunstâncias que o cercaram, a vida antecedente do autor, as condições do meio familiar e social do perigoso e etc.

A comprovação da periculosidade, bem como o exame de verificação de sua cessação é submetida ao crivo do perito médico. A dificuldade de emitir pareceres sobre a periculosidade do réu inimputável é vivida pelos psiquiatras e psicólogos, mesmo porque, é comum que o perito formule seu parecer lastreado por apenas um único encontro com o avaliado. Ou seja, é com base nesta percepção isolada, aliada às informações obtidas com os agentes de segurança que trabalham no estabelecimento manicomial e aos elementos contidos no processo criminal que se funda o parecer.

Nesse contexto, a prática demonstra um alto grau de equivocidade dos psiquiatras no prognóstico da periculosidade, pois estes se utilizam, preponderantemente, das informações sobre o crime cometido e dos antecedentes criminais do indivíduo, em detrimento das informações clínicas. Assim, o inimputável permanece estigmatizado por um estudo que não afere a sua capacidade de reabilitação em um ambiente que é agressivo pela sua própria característica de instituição que recebe pessoas consideradas como perigosas.

Além disso, são raras as vezes em que os técnicos responsáveis pela emissão do parecer acerca do grau da anomalia mental e probabilidade da reiteração delituosa entram em contato com o juiz com vistas a realizar uma avaliação conjunta, tornando ainda mais incerto e inseguro o juízo de prognose. É o que acentua Ferrari (2001, p. 163):

Embora a lei de Execução Penal, em seu artigo 175, discipline que para a análise da cessação da periculosidade obrigatório constitui um minucioso relatório da autoridade administrativa, com encaminhamento inclusive de laudo psiquiátrico, inexistente constitui a menção a qualquer equipe interdisciplinar, ficando o juiz com todo o poder em suas mãos, utilizando-se de termo periculosidade ora para negar um benefício, ora para concedê-lo.

Figueiredo Dias (1999, p. 278) destaca que para análise da inimputabilidade é relevante a formação de equipes multidisciplinares e interdisciplinares na realização das perícias, sempre com o intuito de dar concretude aos fins das medidas de segurança criminais.

A periculosidade pode ser, classificada em real ou em periculosidade presumida. Fala-se em periculosidade real, quando se refere ao delinquente semi-imputável, haja vista a necessidade de constatação objetiva por parte do juiz de que ao tempo da ação ou omissão, o indivíduo não possuía o total entendimento para discernir sobre a ilicitude de sua conduta, cabendo ao magistrado substituir a pena privativa de liberdade por medida de segurança, em obediência ao artigo 98 do Código Penal. Já a periculosidade presumida refere-se ao agente inimputável, situação em que sendo constatada a falta de higidez mental do agente, o juiz o absolverá de forma imprópria e, obrigatoriamente, aplicará a medida de segurança.

Diante dos princípios da fragmentariedade do direito penal e da interferência mínima, com respaldo e respeito na dignidade da pessoa humana, não há como se sustentar a aplicação de uma periculosidade criminal meramente presumida, afinal trata-se de uma sanção penal de cunho aflagrante e que tem o condão de privar a liberdade do agente. Qualquer presunção de perigosidade é sempre reprovável dentro de um Estado Democrático de Direito. Neste sentido Miguel Reale Junior e outros (1985, p. 288):

A periculosidade, qual pressupostos, dessume-se das mesmas regras legais indicadas, emergindo a presumida para o inimputável e a real, para o semi-imputável em regime de substituição à pena. Duas formas, conseqüentemente, para definição da periculosidade. A primeira delas, a presumida, contém o defeito das suposições com que se contaminam as ficções jurídicas todas, estipulando nova realidade, como numa dogmática platônica. A segunda também não se liberta das sombras, aparenta-se como real, mas assim e só por antinomia, já que fundadas em simples juízo político, como mera previsão indemonstrável de que, no futuro, novo crime poderá ser praticado, provavelmente, pelo mesmo agente.

Do exposto, se depreende que a periculosidade consiste em um pressuposto, fundada em crenças, medos, expectativas, suspeitas, ou seja, insuscetível de comprovação científica. Trata-se de solução simplista, divorciada da realidade tão claramente exposta.

3.5 ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

O Código Penal de 1940 comportava duas modalidades de medidas de segurança, as pessoais e as patrimoniais. As medidas pessoais incidiam sobre o delinquente mental limitando sua liberdade individual, podendo ser subdivididas em medidas pessoais detentivas e não-detentivas. As detentivas caracterizavam-se por ser uma medida aflagrante em que o indivíduo era retirado da sociedade e internado em

estabelecimento específico, como por exemplo, manicômio judiciário, em casa de custódia e tratamento, em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissionalizante. Por sua vez, as medidas não detentivas, também chamadas de restritivas, impunham vigilâncias ao direito de liberdade do agente, é o que acontecia com a liberdade vigiada, exílio, proibição de frequentar determinados locais.

Já as medidas patrimoniais consideravam que determinados objetos e estabelecimentos poderiam causar danos a bens jurídicos e para evitar a periculosidade que esses instrumentos conferiam ao cidadão legitimava-se o confisco do objeto e a interdição do estabelecimento. A medida de segurança patrimonial incidia sobre o local do comércio, da associação ou da indústria independentemente da figura do proprietário, e tinha como finalidade prevenir a criminalidade através da remoção de ambientes propícios à prática de delitos.

Com a Reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida em 1984, modificou-se a sistemática das medidas de segurança na legislação brasileira, resistindo apenas espécies de conotação pessoal, que incidem diretamente sobre o delinquente. O artigo 96²⁴ do Código Penal atual prevê duas modalidades de medidas: a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ambulatorial. Nas palavras de Miguel Reale Junior e outros (1985, p. 290):

A legislação nova prevê, com simplicidade, só duas espécies de medidas de segurança, que são a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e a sujeição a tratamento ambulatorial (art. 96 do CP). A primeira modalidade, constituída pela clássica configuração de cunho institucional, supõe o recolhimento ao convencional manicômio (art. 99 da LEP). Já a segunda imagina a submissão a regime terapêutico em liberdade, ambas sob controle médico, porque visando a fins curativos exclusivamente.

3.5.1 Internação

A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico representa a fusão de medidas previstas no Código Penal de 1940: internação em manicômio judiciário e internação em casa de custódia e tratamento. Constitui medida pessoal

²⁴ Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

detentiva, ou privativa, que atua diretamente no direito de ir e vir do delinquente doente mental, retirando-o do convívio social e impondo um tratamento mediante seu recolhimento em estabelecimento específico, constituindo-se a internação em um meio eficaz para o tratamento, segurança e inibição do infrator.

A internação ocorre nos Hospitais de custódia ou, na sua falta, em outro estabelecimento adequado. A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal é clara ao preconizar que a estrutura do estabelecimento deve obedecer aos padrões especializados da medicina com condições mínimas de salubridade. Além disso, o artigo 99²⁵ do Código Penal estabelece as características do estabelecimento onde os inimputáveis deverão ficar internados, demonstrando que não apresenta uma configuração de penitenciária, embora não possamos afastar seu caráter aflitivo.

Segundo Ferrari (2001, p. 83), por se tratar de medida detentiva, a internação deve se orientar pelos princípios do Estado Democrático de Direito, bem como está condicionada a pressupostos obrigatórios e irrenunciáveis, quais sejam: a incapacidade do indivíduo de entender o caráter ilícito do fato e que o ilícito seja tão grave a ponto de ser punido com reclusão.

A internação destina-se obrigatoriamente aos inimputáveis que tenham cometido crime punível com pena de reclusão e facultativamente aos que tenham praticado delito cuja natureza da pena abstratamente cominada é a detenção. Caso o semi-imputável comprove necessitar de especial tratamento curativo, sua pena privativa de liberdade poderá ser substituída por medida de segurança, inclusive na modalidade de internação, conforme artigo 98²⁶ do Código Penal. Essa imposição legal, de internação obrigatória nos casos em que o crime for punível com reclusão, acaba por retirar do Poder Judiciário a possibilidade de analisar o caso concreto, o que vai de encontro com o já mencionado artigo 4º da Lei 10.216/2001.

Justamente por objetivar o tratamento do delinquente, é que deve estar presente todo um aparato de equipes terapêuticas que potencializem e busquem a readaptação do agente ao convívio social. O internado deve ser submetido aos

²⁵ Art. 99 - O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.

²⁶ Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

exames psiquiátrico, criminológico e de personalidade, de acordo com o artigo 100²⁷ combinado com os artigos 8º e 9º²⁸, todos da Lei de Execuções Penais.

A internação como modalidade da medida detentiva será imposta por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, por perícia médica, a cessação da periculosidade do agente. Para Luiz Regis Prado (2010, p. 647), o fundamento das medidas de segurança é a periculosidade criminal do autor, por isso sua duração deve ser estipulada em razão dessa periculosidade, ao contrário das penas que são arbitradas proporcionalmente à gravidade dos delitos.

3.5.2 Tratamento Ambulatorial

No vigente Código Penal apenas o tratamento ambulatorial, previsto no artigo 96, inciso II, configura a medida não detentiva, eis que impõe restrições ao inimputável, sem privar a liberdade através da internação. O indivíduo será submetido à tutela penal, através do tratamento médico de forma externa, ou seja, medida menos gravosa do que a internação. O delinquente fica obrigado a comparecer ao médico perito oficial nos dias determinados para aplicação da terapia. Não há, aqui, uma total exclusão do indivíduo do meio social, e sim, uma submissão do delinquente doente mental a um regime terapêutico, cujo objetivo é afastar o delinquente das circunstâncias que instigam a prática delitiva. Do exame dos artigos 174 c/c artigos 8º e 9º da Lei de Execução Penal, infere-se que o exame criminológico nos casos de tratamento ambulatorial é facultativo, a depender da natureza do fato e das condições do agente.

O tratamento ambulatorial aplica-se aos inimputáveis e semi-imputáveis que

²⁷ Art. 100. O exame psiquiátrico e os demais exames necessários ao tratamento são obrigatórios para todos os internados.

²⁸ Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.

Art. 9º A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá:

I - entrevistar pessoas;

II - requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado;

III - realizar outras diligências e exames necessários.

cometerem crimes cuja pena seja de detenção. Saliente-se que impedir que se aplique a internação para aqueles casos em que se cometeu um crime punível com detenção, configura um exemplo de norma que garante proporcionalidade e impede a execução de medida extremamente gravosa em relação ao fato praticado.

Acerca da imposição legal que vincula a espécie de medida de segurança a ser aplicada de acordo com o delito cometido, seja ele punível com detenção ou reclusão, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que o artigo 97 do Código Penal não deve ser aplicado de forma isolada, devendo se analisar também qual é a medida de segurança que melhor se ajusta à natureza do tratamento de que necessita o inimputável. Diz a lei que a internação do inimputável que pratica fatos típicos e antijurídicos punidos com reclusão é obrigatória. Entretanto, a vinculação absoluta a essa regra já se mostrou ineficaz no tratamento de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas.

Ainda que o crime seja punível com pena de reclusão, deverá ser considerado o efeito social da medida, deve-se afirmar a natureza relativa da presunção de necessidade do regime de internação para o tratamento do inimputável.

O artigo 97, §4º prevê a possibilidade de internação do delincente submetido a tratamento ambulatorial. Isto é, em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a regressão, com a internação do agente, se essa providência for extremamente necessária para fins curativos ou se o agente revelar incompatibilidade com a medida, conforme artigo 184²⁹ da Lei de Execução Penal. É uma hipótese de regressão de medida consubstanciada no exame de periculosidade que irá indicar a melhor medida a ser adotada. O legislador, em contrapartida, não previu a possibilidade inversa, ou seja, de conversão da internação em tratamento ambulatorial quando as condições do agente não forem condizentes com a medida de internação inicialmente indicada. A legislação desconsidera, mais uma vez, o efeito social da medida.

O artigo 101³⁰ da Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de cumprimento do tratamento ambulatorial no próprio Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico

²⁹ Art. 184. O tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida.

Parágrafo único. Nesta hipótese, o prazo mínimo de internação será de 1 (um) ano.

³⁰ Art. 101. O tratamento ambulatorial, previsto no artigo 97, segunda parte, do Código Penal, será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada.

ou em qualquer outro local, desde que possua dependência médica adequada. Critica-se esse dispositivo, pois ele permite a execução dessa medida no Hospital onde estariam os inimputáveis sujeitos à internação. Já quanto à possibilidade de execução da medida de segurança de tratamento ambulatorial, bem como da internação, dar-se em estabelecimento privado a doutrina diverge.

Na defesa da possibilidade da medida ser executada em estabelecimento privado afirma-se que é notório que o sistema público de saúde não dispõe de condições satisfatórias adequadas e até mesmo humanas para o tratamento daqueles que necessitam de cuidados especiais. Assim, numa tentativa de humanizar o tratamento preza-se pela interpretação teleológica do artigo 96, inciso I do Código Penal, quando se tratar de medida de internação, e do artigo 101 da Lei de Execução Penal, no caso do tratamento ambulatorial. Defende-se que o legislador, ciente da insuficiência do sistema de saúde nacional, assegurou que, não havendo estabelecimento público adequado para o cumprimento de medida de segurança, o tratamento seja feito em uma instituição adequada, sem restringir que, a internação ocorra em um hospital particular.

Por outro lado, há que se considerar o posicionamento contrário no sentido de que a medida de segurança é uma consequência jurídica decorrente do *jus puniendi* estatal, devendo-se, por conseguinte, ser pelo Estado executada. Acredita-se que a transferência da execução da medida de segurança ao particular seria perniciosa. A exoneração desta obrigação configuraria inadmissível desvio de finalidades estatais e poderia gerar uma lamentável discriminação entre os inimputáveis a depender da renda, uma vez que uma grande parcela dos doentes mentais não teriam condições financeiras de custear o cumprimento da consequência jurídica penal em um estabelecimento privado.

Por fim, cabe destacar que é garantido, pelo artigo 43³¹ da Lei de Execução Penal, aos familiares ou dependentes a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou submetido a tratamento ambulatorial, para orientar e acompanhar o tratamento, sendo que eventuais divergências entre o médico oficial e o médico particular serão dirimidas pelo juiz.

³¹ Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução.

3.6 PRAZO DE DURAÇÃO

O prazo de duração da medida de segurança, tanto a internação como a ambulatorial, regula-se pelo § 1º do artigo 97 do Código Penal. O prazo mínimo de cumprimento fixado por lei é de 01 a 03 anos, sendo que para estabelecer este prazo mínimo, o juiz deve considerar única e exclusivamente os aspectos que se relacionam à doença mental, a periculosidade demonstrada e ao tratamento previsto. Critérios estes que se mostram irrazoáveis por ser extremamente complexo o curso evolutivo das enfermidades mentais, não havendo como determinar se o processo patológico que acomete o agente é passível de reversão dada a subjetividade da psiquiatria.

Por outro lado, como o inimputável é internado não para ser punido, mas sim para ser tratado, também não se justifica a fixação do prazo mínimo com base na pena prevista para o crime ou em sua culpabilidade, como ocorria da legislação pretérita. Segundo Miguel Reale Junior e outros (1985, p. 292), o estabelecimento de um prazo mínimo evidencia que as medidas de segurança não se desvincularam das penas, permanecendo a ideia de castigo proporcional ao bem jurídico lesado.

Estabelece o Código Penal em seu artigo 97, §2º que findo o prazo mínimo de duração da medida de segurança deverá ser realizada perícia médica para verificação da cessação da periculosidade, repetindo-se o referido exame de ano em ano ou a qualquer tempo, se assim o determinar o juiz da execução. O juiz poderá determinar *ex officio* a repetição do exame a qualquer tempo, desde que decorrido o prazo mínimo.

Dito isto, indaga-se: O que fazer se antes do transcorrer do prazo mínimo, restar clara a desnecessidade da medida de segurança em virtude da cessação da perigosidade do agente? Nestes casos, Paulo Queiroz (2013, p. 554) afirma que a medida de segurança perde sua razão de ser, sendo imperativo o fim da sua execução em confronto com os princípios da humanidade das penas e da proporcionalidade. Assim, o artigo 176³² da Lei de Execução Penal, permite que antes de escoado o prazo mínimo, realize-se o exame mediante provocação do Ministério Público, do interessado, seu procurador ou defensor. O exame deve ser remetido ao juiz em forma

³² Art. 176. Em 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, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

de minucioso relatório instruído com laudo psiquiátrico, haja vista ser o diagnóstico tarefa difícil e imprecisa.

Ainda que a legislação permita ao juiz a determinação do exame destinado à averiguação da periculosidade antes do prazo mínimo, sobrejuz a carência de efetividade do dispositivo, por duas razões: primeiro por estar condicionado a provocação do Ministério Público, seu interessado, seu procurador ou defensor, ou seja, hipóteses de difícil concreção dado o perfil dos destinatários das medidas de segurança, e segundo devido à morosidade na conclusão dos laudos psiquiátricos.

Quanto à duração máxima, o Código dispõe que a internação e o tratamento ambulatorial serão por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for verificada, através de perícia médica, a cessação da periculosidade. Esse é um ponto bastante controvertido no instituto da medida de segurança, posto que, a indeterminação do prazo é francamente abusiva, visto que ofende os princípios da proporcionalidade, de não perpetuação da pena, igualdade, ou seja, uma afronta à Constituição no entender de Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 733):

De acordo com as regras legais expressas, as medidas de segurança teriam limite máximo, ou seja, poderiam, por hipótese, perdurar durante toda a vida da pessoa a elas submetidas, sempre que não advenha uma perícia indicativa da cessação da periculosidade do submetido. [...] Se a Constituição Federal dispõe que não há penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b), muito menos se pode aceitar a existência de perdas perpétuas de direitos formalmente penais. [...] Não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal.

A perpetuidade das medidas de segurança surge como um dos temas mais polêmicos e discutidos atualmente, sobre isso Bittencourt (2011, p. 786) diz:

No entanto, não se pode ignorar que a Constituição de 1988 consagra, como uma de suas cláusulas pétreas, a proibição de prisão perpétua; e, como pena e medida de segurança não se distinguem ontologicamente, é lícito sustentar que essa previsão legal – vigência por prazo indeterminado da medida de segurança – não foi recepcionada pelo atual texto constitucional.

Ao adotar a periculosidade como fundamento da medida de segurança permite-se a sua duração enquanto o referido estado não cessar, o que significa que a medida poderá ser eterna. Trata-se de dispositivo absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito que adotou expressamente o princípio da não perpetuação das penas. As discussões sobre o prazo de duração das medidas são alimentadas pela ausência de um critério legal limitativo, ao contrário do que ocorre com as penas privativas de liberdade submetidas ao limite máximo de 30 (trinta) anos previsto no

§1º do artigo 75³³ do Código Penal. A indeterminação dá azo, portanto, às várias posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema que serão tratadas neste trabalho.

3.7 EXECUÇÃO

Para a execução da medida de segurança é indispensável o cumprimento dos requisitos dispostos no artigo 171³⁴ da Lei de Execução Penal, quais sejam: o trânsito em julgado da sentença que a aplicou e expedição da guia de internamento ou de tratamento ambulatorial. Reafirma-se assim a garantia individual da liberdade que deve existir para todas as pessoas. Não é possível que réu julgado inimputável cumpra medida de segurança imposta a ele antes do trânsito em julgado da sentença. O entendimento é da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, pronunciado em 19 de Abril de 2012 no Habeas Corpus nº 226.014 – SP (2011/0281200-4), cuja relatora foi a Ministra Laurita Vaz e que se traduz na ementa a seguir:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. MANDADO DE CAPTURA CUJA EXPEDIÇÃO FOI DETERMINADA INCONTINENTI NO JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ATO DESPROVIDO DE QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO NO PONTO. MEDIDA QUE SÓ PODE SER APLICADA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. ART. 171 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Na hipótese, a Corte a quo, ao julgar recurso em sentido estrito interposto contra a sentença que impronunciou o Paciente, determinou incontinenti, sem qualquer fundamentação no ponto, a expedição de mandado para captura do Paciente, inimputável, para imediata aplicação de medida de segurança de internação.

2. A medida de segurança se insere no gênero sanção penal, do qual figura como espécie, ao lado da pena. Se assim o é, não é cabível no ordenamento jurídico a execução provisória da medida de segurança, à semelhança do que ocorre com a pena aplicada aos imputáveis, conforme definiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU.

3. Rememore-se, ainda, que há regra específica sobre a hipótese, prevista no art. 171, da Lei de Execuções Penais, segundo a qual a execução iniciar-se-á após a expedição da competente guia, o que só se mostra possível depois de “transitada em julgado a sentença que aplicar a medida de

³³ Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

³⁴ Art. 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

segurança”. Precedente do Supremo Tribunal Federal.
4. Ordem de habeas corpus concedida. (BRASIL, 2012c).

Ademais, os doutrinadores debatem a natureza da sentença que impõe a medida de segurança: se absolutória ou condenatória. A doutrina majoritária segue a redação do § único, inciso III, do artigo 386³⁵ do Código de Processo Penal e entende que é absolutória imprópria, pois não se rejeita o *jus puniendi* do Estado. A doutrina minoritária, em contrapartida, entende que, constituindo-se a medida de segurança uma sanção penal, a sentença que a impõe é condenatória. Ferrari (2001, p. 213) adota a corrente minoritária:

A medida de segurança, enquanto efetiva sanção penal de caráter aflagante, exigirá, pois, o reconhecimento da natureza condenatória da sentença judicial que determinar a submissão do agente ao tratamento, propondo-se, de um lado, a revogação do parágrafo único, inc. III, do art. 386 do CPP, e, de outro, a enunciação de novo inciso ao art. 387, contendo a seguinte redação ‘O juiz, ao proferir sentença condenatória aos inimputáveis, ou semi-imputáveis, imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível’.

3.7.1 Substituição da Pena por Medida de Segurança

Em duas hipóteses a pena aplicada pode ser substituída por medida de segurança, quais sejam: na semi-imputabilidade ou na superveniência de doença mental. De acordo com o artigo 98 do Código Penal no caso de semi-imputabilidade poderá ser aplicada a medida de segurança em substituição à pena quando restar provado que o condenado necessita de especial tratamento. O juiz deve sempre condenar o semi-imputável a uma pena legalmente determinada, para posteriormente decidir entre a redução da pena ou a substituição pela medida de segurança.

Já quando ocorrer a superveniência de doença mental, o artigo 41³⁶ do Código

³⁵ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1o do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII - não existir prova suficiente para a condenação.

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

- I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;
- II - ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;
- III - aplicará medida de segurança, se cabível.

³⁶ Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

Penal determina que o condenado deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, em não havendo, a outro estabelecimento adequado. Isto não quer dizer que a doença ou perturbação da saúde mental posterior à condenação transitada em julgado suprime a imputabilidade presente no momento da prática do ilícito que legitimou a punição.

É importante ressaltar que essa internação não se confunde com a medida de segurança, pois somente na hipótese de perturbação mental duradoura haverá a substituição da pena. Acontece que, por razões humanitárias o agente é transferido provisoriamente para estabelecimento adequado às suas condições psicológicas. Em havendo melhora ou mesmo a cura, o sentenciado retornará à prisão para o cumprimento da pena que lhe resta, descontado o tempo de internamento. Caso contrário, na hipótese de piora ou de doença mental permanente, o artigo 183³⁷ da Lei de Execução Penal autoriza que o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, após a realização da competente perícia médica, determine a conversão da pena em medida de segurança.

Assim, nesta última hipótese, as normas de cumprimento que passarão a reger a execução penal serão as normas relativas à medida de segurança aplicada em substituição. Ou seja, o prazo mínimo será de 1 à 3 anos e seu prazo máximo não poderá ultrapassar o prazo da pena substituída³⁸, sob pena de ofensa à coisa julgada. A conversão da pena em medida de segurança é irreversível, de modo que constatada

³⁷ Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

³⁸ Neste sentido se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no Habeas corpus nº 88849 em 28/11/2007: "HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECE INTERNADO. TEMPO DE CUMPRIMENTO DA PENA CORPORAL EXCEDIDO. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Hipótese na qual se requer a extinção da medida de segurança aplicada ao paciente em substituição à pena corporal, sob o fundamento de ter se encerrado o prazo da pena privativa de liberdade imposta na sentença condenatória. 2. Evidenciada a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal, deve ser concedida ordem de habeas corpus ao paciente. 3. A medida de segurança prevista na Lei de Execuções Penais, hipótese dos autos, é aplicada quando, no curso na execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, sendo adstrita ao tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada. 4. Verificado o cumprimento integral da medida de segurança substitutiva, deve ser determinada sua extinção. 5. Ordem concedida para, declarada extinta a medida de segurança substitutiva à pena corporal fixada ao paciente, em virtude de seu integral cumprimento, determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. (BRASIL, 2007).

a cessação da periculosidade por meio da perícia médica, até mesmo antes do prazo máximo permitido para execução da medida, o agente deverá ser posto em liberdade.

Caso a superveniência da doença mental ocorra na pendência da execução da *sursis* e das penas restritivas de direitos, suspende-se a execução sem qualquer conversão. A multa por igual tem suspensa a execução por força dos artigos 52 do Código Penal e 167 da Lei de Execução Penal³⁹.

3.7.2 Desinternação e Liberação

Comprovada mediante perícia a cessação da periculosidade, o juiz determinará a revogação da medida de segurança, em caráter provisório, seja pela desinternação, no caso de medida detentiva, ou liberação do agente, no caso de tratamento ambulatorial, aplicando as condições próprias do livramento condicional. Trata-se, em verdade, de uma suspensão condicional, pois a extinção efetiva da medida ocorrerá após o período de um ano da desinternação ou liberação, desde que, o agente não cometa nova infração ou descumpra as condições impostas na sentença de revogação da medida de segurança. O artigo 97, §3º fala que deverá ser restabelecida a internação e o tratamento ambulatorial se o agente praticar “fato indicativo de persistência de sua periculosidade”.

As condições da desinternação e da liberação são estabelecidas no artigo 178⁴⁰ da Lei de Execução Penal, podendo ser divididas em condições obrigatórias e facultativas. As condições obrigatórias são: obter ocupação lícita dentro de prazo

³⁹ Art. 52 - É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.

Art. 167. A execução da pena de multa será suspensa quando sobrevier ao condenado doença mental (artigo 52 do Código Penal).

⁴⁰ Art. 178. Nas hipóteses de desinternação ou de liberação (artigo 97, § 3º, do Código Penal), aplicar-se-á o disposto nos artigos 132 e 133 desta Lei.

Art. 132. Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§ 1º Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação;
- c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

§ 2º Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não freqüentar determinados lugares.
- d) (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Art. 133. 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.

razoável se for apto para o trabalho; comunicar ao juiz sua ocupação periodicamente; não mudar do território da comarca sem autorização judicial. Já as condições facultativas são: não mudar de residência sem prévia comunicação; recolher-se à habitação no horário fixado; não frequentar determinados lugares.

É comum que se imponha a obrigação de não ingerir bebidas alcoólicas e a de frequentar determinados grupos de apoio, afinal tais condições se justificam na medida em que contribuem para a recuperação do agente. Se for permitido ao liberado residir fora da comarca do juízo da execução, remeter-se-á cópia da sentença de livramento ao juízo do lugar para onde ele foi transferido e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção. Passado o período de 1 ano sem razões para se restituir a medida de segurança, a mesma se torna extinta, e o sujeito passa a ser denominado egresso, como define o artigo 26⁴¹, I da Lei de Execução Penal.

Pelo artigo 179 da Lei de Execução Penal, somente após o trânsito em julgado da sentença que revogou a medida de segurança é que poderá o juiz expedir a ordem para desinternação ou liberação, de forma que se o Ministério Público propor recurso contra tal decisão a medida continuará sendo executada.

Questão interessante, merecedora de destaque, é discussão acerca da viabilidade da conversão da internação em tratamento ambulatorial, denominada de desinternação progressiva. Em que pese a lei não mencionar tal possibilidade, a doutrina e jurisprudência entende pela sua aplicabilidade. Não se trata puramente de desinternação, mais sim de conversão de regime pelo paciente, o mesmo passa da condição de internado em Hospitais de Custódia e Tratamento para o acompanhamento em tratamento ambulatorial, ambos em medida de segurança.

Sobre o tema, vale ressaltar que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu parcialmente, em 07 de Fevereiro de 2012, a ordem no Habeas Corpus nº 107777/RS para determinar a desinternação progressiva de um cidadão, que cumpria medida de segurança há 27 anos em instituto psiquiátrico forense. A Lei 10.216/2001 da Reforma Psiquiátrica, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e define o modelo assistencial em saúde mental, prevê em seu artigo 5º que paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu

⁴¹ Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei:

I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento;
II - o liberado condicional, durante o período de prova.

quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida. Veja a ementa:

HABEAS CORPUS. MEDIDA DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. As medidas de segurança se submetem ao regime ordinariamente normado da prescrição penal. Prescrição a ser calculada com base na pena máxima cominada ao tipo penal debitado ao agente (no caso da prescrição da pretensão punitiva) ou com base na duração máxima da medida de segurança, trinta anos (no caso da prescrição da pretensão executória). Prazos prescricionais, esses, aos quais se aplicam, por lógico, os termos iniciais e marcos interruptivos e suspensivos dispostos no Código Penal. 2. Não se pode falar em transcurso do prazo prescricional durante o período de cumprimento da medida de segurança. Prazo, a toda evidência, interrompido com o início da submissão do paciente ao “tratamento” psiquiátrico forense (inciso V do art. 117 do Código Penal). 3. **No julgamento do HC 97.621, da relatoria do ministro Cezar Peluso, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu cabível a adoção da desinternação progressiva de que trata a Lei 10.261/2001. Mesmo equacionamento jurídico dado pela Primeira Turma, ao julgar o HC 98.360, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, e, mais recentemente, o RHC 100.383, da relatoria do ministro Luiz Fux.** 4. **No caso, o paciente está submetido ao controle penal estatal desde 1984 (data da internação no Instituto Psiquiátrico Forense) e se acha no gozo da alta progressiva desde 1986. Pelo que não se pode desqualificar a ponderação do Juízo mais próximo à realidade da causa.** 5. **Ordem parcialmente concedida para assegurar ao paciente a desinternação progressiva, determinada pelo Juízo das Execuções Penais.** (BRASIL, 2012d, grifo nosso).

Destaca-se a importância da desinternação progressiva visto que normalmente o paciente sofre com a falta de apoio familiar e com a necessidade de acompanhamento constante de seu grau de periculosidade, para que se adapte ao meio externo antes da convivência em sociedade, minimizando assim os possíveis riscos da desinternação.

3.7.3 Extinção da Punibilidade

O § único do artigo 96 do Código Penal determina que: “Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.” (BRASIL,

1940). Ou seja, as causas de extinção de punibilidade previstas no artigo 107⁴² do Código Penal aplicam-se também às medidas de segurança, seja antes ou depois de sentença irrecorrível. Admite-se, assim, que as medidas, ao configurar-se como uma das espécies de sanção penal, se submetam à prescrição, à limites máximos de punição do Estado, figurando como inconstitucional a alegação de sua imprescritibilidade.

Podem incidir a prescrição da pretensão punitiva, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença, e a prescrição da pretensão executória, que ocorre após o trânsito em julgado da sentença. No que tange à pretensão executória temos que diferenciar os ilícitos-típicos praticados pelos inimputáveis daqueles realizados pelos semi-imputáveis. Para os inimputáveis, como não há condenação, o Supremo Tribunal Federal entende que o prazo prescricional deve ser calculado com base na duração máxima da pena, ou seja, 30 anos (BRASIL, 2012d); enquanto que o Superior Tribunal de Justiça entende que a prescrição deve ser regulada pelo máximo da pena abstratamente cominada ao delito⁴³. Quanto ao semi-imputável, como há condenação, defende-se que o prazo prescricional será a pena fixada na sentença pelo juiz e que foi posteriormente substituída pela medida de segurança, nos termos

⁴² Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

- I - pela morte do agente;
- II - pela anistia, graça ou indulto;
- III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
- IV - pela prescrição, decadência ou perempção;
- V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
- VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
- VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

⁴³ Veja a ementa: HABEAS CORPUS. ART. 129 § 9.º, DO CÓDIGO PENAL.

PACIENTE INIMPUTÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO PELA PENA MÁXIMA COMINADA EM ABSTRATO. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. **A medida de segurança é espécie do gênero sanção penal e se sujeita, por isso mesmo, às regras contidas no artigo 109 do Código Penal, sendo passível de ser extinta pela prescrição.** 2. **A prescrição da medida de segurança aplicada a inimputável, é contada pelo máximo da pena abstratamente cominada ao delito.** 3. A sentença que aplica medida de segurança, por ser absolutória, não interrompe o curso do prazo prescricional. 4. A imputação do crime previsto no art. 109, § 9.º, do Código Penal, cuja pena máxima é de 3 anos, tem prazo prescricional de 8 anos - CP, art. 109, inciso IV. Como a denúncia foi recebida em 15.01.2007 e o trânsito em julgado ocorreu em 16.08.2010, não ocorreu a prescrição de pretensão punitiva pela pena in abstracto. 5. A prescrição da pretensão executória estatal, também não se verificou entre o trânsito em julgado, ocorrido em 16/08/2010, e o início do cumprimento da medida de segurança pelo Paciente, em 01/09/2010. 6. O pedido de extinção da medida de segurança pela cessação de periculosidade do Paciente deve ser fundamentado perante o juízo da Execução Penal, pela necessidade de dilação probatória, vedada na via do habeas corpus. 7. Habeas corpus parcialmente conhecido e, no mais, denegado. (BRASIL, 2012a, grifo nosso).

do artigo 98 do Código Penal. Ferrari (2001, p. 207) é adepto da igualdade entre inimputável e semi-imputável, afirmando que o prazo prescricional para ambos será o máximo da pena abstratamente cominada ao delito.

O prazo da prescrição da pretensão punitiva também será regulado pelo artigo 109⁴⁴ do Código Penal. Isso significa dizer que o prazo prescricional será o limite máximo da pena abstratamente cominada para todos os cidadãos, sem diferenciações entre imputáveis e inimputáveis, pois antes do trânsito em julgado veda-se a qualificação do sujeito como inimputável em decorrência de uma presunção de periculosidade. Não se pode falar em transcurso do prazo prescricional durante o período de cumprimento da medida de segurança, pois foi interrompido com o início da submissão do paciente ao tratamento psiquiátrico forense. Esse é o posicionamento que prevalece nos Tribunais.

3.8 PENAS *VERSUS* MEDIDAS DE SEGURANÇA

Depois de verificadas as peculiaridades acerca das medidas de segurança torna-se essencial partir para o estudo das semelhanças e diferenças entre estas e as penas, isto é, se realmente existirem distinções a serem apontadas. A discussão em torno das penas e medidas de segurança deu origem ao embate entre os adeptos da concepção unitária e os adeptos da concepção dualista.

Pela concepção unitária/monista ambas as sanções poderiam ser reduzidas em um único instrumento de resposta estatal, haja vista a ausência de diferença substancial entre elas. Destacavam-se as seguintes semelhanças: a prática de fato criminoso como pressuposto, o fim de defesa social, cunho preventivo e a natureza jurisdicional. Sobre a teoria unitária Ferrari (2001, p. 68) afirma que “Concluimos, assim, que a escola unitária não pregava a justaposição, ou o complemento entre as duas modalidades de sanção, mas sim o desenvolvimento de uma para outra, pelo

⁴⁴ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

- I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze
- II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
- III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
- IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
- V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

impulso de íntima lógica motora que constitui a unidade de defesa.”

Por sua vez, a concepção dualista argumenta que enquanto a pena estava ligada ao fato, a medida de segurança relacionava-se com o agente, não justificando sua unificação. Ambas as sanções são dotadas de finalidades, natureza, fundamentos e objetivo diversos. As diferenças apontadas entre as duas modalidades de sanção foram retratadas por Aníbal Bruno (1940, p. 59):

Os caracteres diferenciais dos dois institutos, no Código, foram por De Marsico, resumidos nos seguintes itens:

- a) a pena é consequência do delito, e, portanto, da responsabilidade; a medida de segurança é consequência da perigosidade, cuja verificação é provocada, em regra, por um delito cometido;
- b) a pena tem por fundamento a justiça; a medida de segurança a utilidade;
- c) a pena tem função retributiva; a medida de segurança, função de eliminação, de cura ou de readaptação
- d) a pena tem conteúdo necessariamente afitivo; a medida de segurança, não; pode dizer-se coativa só fisiologicamente e não psicologicamente;
- e) a pena visa a defesa social mediante a prevenção e a especial; a medida de segurança, mediante a prevenção especial;
- f) a pena sendo proporcionada ao valor causal do crime, é aplicada por tempo determinado; a medida de segurança, sendo correlativa ao valor sintomático do delito, aplica-se por tempo relativamente determinado no mínimo, absolutamente indeterminado no máximo;
- g) sob o aspecto formal, a pena é por sua natureza providência jurisdicional; a medida de segurança é medida aplicada pelos órgãos da jurisdição, por motivos de conexão, de economia funcional, de maior garantia para a liberdade dos cidadãos, mas não de natureza jurisdicional.

Em que pese os argumentos expostos pelo dualismo, não se justifica a absoluta diferenciação entre as sanções penais, entretanto, também não se entende pela unificação, vez que possuem autonomia e características próprias. Sobre as distinções da concepção dualista Ferrari (2001, p. 72) afirma que “[...] consideramos que suas premissas partem de argumentos falaciosos, não se coadunando a um Estado Democrático de Direito”. Primeiramente, porque a pena e medida de segurança obedecem ao princípio da legalidade, de modo que não é a medida fruto apenas da periculosidade, constitui-se em pressuposto essencial o cometimento de um ilícito-típico. Além disso, a utilidade e a justiça não são traços diferenciadores de ambas as sanções, visto que a pena também abrange o fim da justiça e o da utilidade, da correção do criminoso e da intimidação. Ademais, a utilidade não é o fundamento único para aplicação da medida de segurança, imprescindível à sua imposição é a justificação racional e moral com o objetivo de defesa social.

Ainda sobre as distinções entre as penas e medidas de segurança trazidas pela concepção dualista, é preciso ressaltar que além do fim retributivo, constitui-se essencial na pena o seu fim preventivo. A prevenção não é um propósito exclusivo

das medidas de segurança. Já a respeito da afirmação de que apenas a pena tem conteúdo afliitivo, também há que se discordar. A imposição de pena privativa de liberdade, assim como a internação do indivíduo por conta de uma medida de segurança, limita a esfera de liberdade do cidadão, fica ele sob a custódia do Estado. Ainda que se diga que o propósito da medida de segurança é a recuperação do internado, é inegável que nos dois casos ocorre a segregação do sujeito, ou seja, as duas medidas possuem caráter afliitivo.

No tocante à ausência de limite máximo para a medida de segurança, evidencia-se a flagrante inconstitucionalidade da norma, objeto do presente trabalho, e a necessidade de reforma legislativa neste sentido.

Por fim, a afirmação de que a medida de segurança tem caráter meramente administrativo, não resiste a uma análise mais acurada. Cuida-se, como exposto, de medida que inflige ao indivíduo limitação ao direito fundamental da liberdade. Sendo assim, somente pode ser aplicada pelo juiz, após o devido processo legal, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, isto é, as mesmas garantias que são dispensadas ao apenado.

Como se vê, na prática, é falsa a ideia de que a medida de segurança atua como terapia curativa ao sujeito incapaz penalmente. Em verdade, trata-se de verdadeira restrição à liberdade individual do sujeito, e neste ponto em nada se difere da pena propriamente dita.

4 INCONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA POR TEMPO INDETERMINADO

4.1 VEDAÇÃO À PRISÃO PÉRPETUA

Chega-se ao cerne do presente trabalho, a inconstitucionalidade da indeterminação temporal das medidas de segurança face à vedação à prisão perpétua encontrada no artigo 5º, XLVII, b⁴⁵, da Constituição Federal. Dispõe o §1º do artigo 97 do Código Penal que a medida de segurança não possui prazo determinado, o que vale dizer, o indivíduo pode permanecer indefinidamente restringido em sua liberdade individual, até que a perícia médica afirme a aptidão para o convívio social, ou seja, que não há o potencial de praticar atos criminosos. A disciplina jurídica da medida de segurança, portanto, ao tornar indeterminado o prazo de internação do inimputável, permite que o cidadão permaneça recolhido sob a custódia do Estado eternamente, em nítida violação à Constituição Federal.

Nesse ponto, insito reconhecer, a partir de um esforço hermenêutico teleológico e sistemático, que pretendeu o nosso sistema constitucional em seu artigo 5º, XLVII, alínea b, referir-se tanto às penas em sentido estrito como às medidas de segurança.

Não se pode aceitar a limitação da liberdade de um cidadão por período indeterminado em detrimento de uma falsa ideia de “proteção social”, sob o risco de se incorrer em diversas inconstitucionalidades, o que de fato ocorre. Não impõe o atual diploma legal qualquer limitação ao tempo de execução das medidas de segurança, em flagrante oposição à exigida filtragem principiológica e normativa instituída pela ordem constitucional quando se está a tratar das sanções. A medida de segurança, tal como a pena, deve ter prazo fixo, determinado, isto porque, as garantias conferidas à pena necessariamente devem ser conferidas às medidas de segurança. Ambas são sanções que interferem na esfera de liberdade do cidadão e, desta forma, não podem escapar ao sistema de garantias previsto na Constituição Federal. Ao estatuir que a internação, ou tratamento ambulatorial, serão por tempo indeterminado, o Código Penal violou expressamente o dispositivo constitucional que veda a pena de caráter

⁴⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

b) de caráter perpétuo;

perpétuo.

Ferrari (2001, p. 181) ao tratar dos argumentos dos defensores da ausência de limites máximos das medidas, afirma que a referida indeterminação temporal combatida por este trabalho, é uma forma de distinguir os enfermos mentais dos condenados imputáveis haja vista serem pessoas perigosas para a sociedade com alto grau de probabilidade de delinquir. Ocorre que, admitir a interferência estatal ilimitada apenas por uma questão de diferenciação configura ofensa às garantias de igualdade inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras, a defesa do prazo indeterminado para a medida de segurança de internação fundamenta-se na ideia de que esta é um tratamento, ou seja, não se cuida de retribuição ao mal causado pelo crime, mas tão somente de prevenção de outros delitos, em função da periculosidade do sujeito. Enquanto não cessada a periculosidade haveria uma grande possibilidade de reincidência delituosa, gerando uma sensação de insegurança para a sociedade.

Ora, o perigo de reincidência existe também para os imputáveis. O número de delinquentes e reincidentes imputáveis é muito maior do os delinquentes e reincidentes inimputáveis. Nesse sentido, Luiz Regis Prado (2010, p. 650) afirma que enquanto persistir a periculosidade subsistirá também o perigo da prática de novos delitos, e conseqüentemente, a necessidade da medida imposta. Entretanto, sob o viés da segurança jurídica, o autor defende a imposição de limites à duração da medida. Pelo princípio da igualdade, tanto a pena como a medida de segurança deveriam ter delimitado o lapso temporal, afinal, ambas, importam restrição da liberdade do cidadão.

Em síntese, sendo a periculosidade um estado do agente que perdurará por um tempo maior ou menor, sem que sua duração possa ser previamente fixada, também a duração da medida de segurança será, a princípio, indeterminada, ainda que submetida a rígido controle periódico. Não obstante, por motivos de segurança jurídica, a lei deveria estabelecer um limite máximo, determinado em função da duração regular do tratamento cientificamente recomendada ao agente. Na sequência desse raciocínio, muito embora se transcorrido esse lapso temporal ainda persistisse o estado de periculosidade, nada obstará a liberação do internado, pois o poder de punir não pode se estender indefinidamente no tempo. (PRADO, 2010, p. 650).

Sobre a necessidade de segurança jurídica Ferrari (2001, p. 178) afirma:

Segurança jurídica exige que toda sanção afliativa tenha duração predeterminada, representando característica fundamental do Estado Democrático de Direito que a intervenção estatal na liberdade do cidadão seja regulamentada e limitada, não podendo furtar-se desta situação a medida de segurança criminal.

A noção da periculosidade, entretanto, condiciona a legislação e psiquiatria, constituindo elemento crucial na definição do tratamento da sociedade para com os doentes mentais, especialmente os que cometeram crimes, tornando-os os excluídos dos excluídos. Muito além da flagrante inconstitucionalidade da ausência de limitação temporal das medidas de segurança, o que se quer com o presente trabalho é a desconstrução do modelo de tratamento psiquiátrico prestado hoje para os inimputáveis, de modo a demonstrar sua ineficácia na ressocialização do agente criminoso. Segundo Tânia Marchewka (2001, p. 188):

[...] o manicômio e a prisão são verdadeiramente espécies do mesmo gênero. Daí, chama a atenção, de um modo geral, o fato de o manicômio judiciário ser, a um só tempo, um espaço prisional e asilar, penitenciário e hospitalar. A verdade é que não mais se coaduna com a moderna percepção da loucura e do crime, pois são fruto de um processo tortuoso que já dura mais de dois séculos.

Notável, portanto, a contradição do instituto. Embora se queira justificar o caráter não punitivo, por estar voltada para o tratamento curativo do agente, a inexistência de prazo máximo acaba por infligir privações e restrições ainda mais gravosas do que as sanções dotadas de conteúdo punitivo. Impõe-se reconhecer, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 97 do nosso Código Penal, não recepcionado pela Constituição de 1988, discordante que é com toda a hermenêutica constitucional.

Caso emblemático para o campo da medicina legal foi o de Febrônio Índio do Brasil, haja vista sua importância para a discussão de alguns conceitos, como o de “periculosidade” e “temibilidade”. Jovem de 21 anos, Febrônio foi o primeiro paciente do manicômio judicial localizado na cidade do Rio de Janeiro em 1927, por ter estrangulado um menor e abandonado seu corpo em um matagal na Ilha do Ribeiro, no Rio de Janeiro. Febrônio já acumulava inúmeras passagens pela polícia pelo cometimento de fraudes, exercício ilegal de medicina, além de outros crimes de ordem sexual.

Mas como sinalizar a importância do caso Febrônio? Porque tomá-lo como analisador de certas práticas de assujeitamento presentes em nossa sociedade? Para facilitar um melhor entendimento dos contornos das relações de poder e dominação que circundam a construção do discurso sobre o sujeito perigoso, é pertinente apresentar uma breve descrição desse caso.

Portador de um comportamento desviante, Febrônio afirmava ter visões que o ordenavam que tatuasse dez rapazes para seguir sua missão contra o demônio. Assim, tatuava suas vítimas com letras idênticas as tatuadas no seu tórax. Com uma

religiosidade aflorada, Febrônio chegou a mandar publicar o seu próprio evangelho, intitulado "As revelações do príncipe do fogo".

Durante seu julgamento, Febrônio disse ser inocente e alegou ter confessado, anteriormente, devido às torturas que recebeu no interrogatório. Apesar de tal argumento Febrônio foi julgado culpado. Declarado inimputável, pois era incapaz de entender o caráter ilícito de seus atos, Febrônio foi internado no manicômio judiciário por 57 anos e morreu com as mesmas características que o estigmatizaram por longo tempo. Gamil Föppel El Hireche (2004, p. 108) ressalta: "Nem na hipótese de extorsão mediante sequestro seguida de morte, com todas as agravantes contidas na hedionda Lei nº 8.702/90, alguém ficaria por tanto tempo com a sua liberdade tolhida". Todavia, todos esses anos em que Febrônio esteve internado não foram suficientes para curá-lo, pelo contrário, a medida de segurança não cumpriu com seu papel de ser uma medida curativa que proporcione um tratamento adequado para os considerados doentes.

O caso Febrônio revela mais uma batalha entre o discurso jurídico e o discurso médico, mas nem por isso ele perde a força de demonstrar como as estratégias de dominação são produzidas em vários espaços de atuação dos saberes psicológicos. A sanção a que se sujeitou Febrônio provocou nada menos do que a sua inexistência social, de modo que se questiona: quais são as razões do Estado para, com o auxílio dos saberes científicos, favorecerem a exclusão daqueles que serão rotulados eternamente como temíveis ou perigosos?

4.2 DA INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O *jus puniendi* estatal não pode ser exercido de forma irrestrita ou sem qualquer limitação. O legislador constitucional, notadamente em seu artigo 5º, procurou proteger todos os cidadãos da intervenção estatal desenfreada na esfera de liberdade individual, impondo que o Direito Penal deve reger-se dentro de uma lógica de intervenção mínima e de máximas garantias, pois, do contrário, ocasionaria o risco da adoção de uma forma totalitária de Estado e de opressão aos indivíduos.

Surgem, assim, os princípios penais de garantia, enquanto limitadores do poder punitivo estatal. Deve-se atentar que o *jus puniendi* estatal revela-se pela imposição de duas espécies de consequência jurídica da prática de um ilícito penal: a pena e a medida de segurança. Ora, se esta última é uma forma de resposta penal a ser

aplicada pelo Estado àqueles que praticam injustos penais e são inimputáveis e semi-imputáveis, nada mais correto do que reconhecer às mesmas a aplicabilidade dos princípios penais.

Todas as garantias e princípios constitucionais inerentes às penas devem ser observados na aplicação das medidas de segurança. Dessa forma, em concordância com o artigo 1º da Constituição Federal, segundo o qual o Brasil constitui-se um Estado Democrático de Direito. Princípios como o da humanidade e dignidade da pessoa humana, da legalidade, da igualdade e o da proporcionalidade, constituem garantias fundamentais perpetradas na Constituição Federal e que fazem referência às sanções criminais. Dentro dessa perspectiva, Salo de Carvalho (2001, p. 178) afirma que, o modelo garantista, fundado em princípios e valores, conforma o núcleo rígido de satisfação das liberdades.

Quando o exercício do poder passa dos limites impostos pelas garantias principiológicas, sua ação se torna ilegítima, e isto é o que ocorre constantemente com a medida de segurança. A proteção dos direitos fundamentais fica totalmente fragilizada quando o ordenamento penal possibilita a aplicação de uma sanção preventiva, profilática e indeterminada, fulcrada meramente num juízo subjetivo e abstrato de periculosidade do agente. Assim, é possível afirmar que um instituto jurídico-penal que visa o controle do perigo *in abstracto* apresenta um viés antigarantista, pois abre margem para uma atuação punitiva contra os cidadãos marcada pelo desrespeito aos direitos que lhe são assegurados na Carta Magna.

Ressalte-se que os princípios garantistas não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deve ocorrer. Garantir significa assegurar, defender, tutelar direitos, constituindo técnicas de minimização das arbitrariedades. E quando se fala de garantismo na cultura jurídica, o que se tutela são os direitos e bens individuais, especialmente frente a eventual agressão provocada pelo poder estatal. Para Ferrari (2001, p. 177) todo o conteúdo garantístico existente nas penas deve valer automaticamente para as medidas de segurança criminais.

Note-se que toda estrutura do ordenamento jurídico brasileiro é típica de um Estado democrático de Direito e de acordo com isso, pode-se afirmar que as garantias legais e processuais penais constituem fórmulas de submissão do exercício do poder aos ditames do Direito, evitando com isso um sistema de arbitrariedades. O garantismo figura, pois, como resistência. De tal sorte, deve ser concebido, ao menos

como modelo limite, mesmo que nunca plenamente alcançável, senão aproximável.

Ora, se o objetivo primordial é tratar o agente, certo é que nada tem a ver com punição. As medidas de segurança negam diversos princípios garantistas. Além de serem mensuráveis com base no tipo e grau de periculosidade do sujeito, a qual é dada com base num status subjetivo do indivíduo, não há predeterminação legal referente à sua duração. A ausência de quaisquer garantias de certeza acerca do momento da cessação da medida representa o aspecto mais violador dos princípios constitucionais que serão aduzidos a seguir.

Ferrari (2001, p. 178) acredita que a imposição de limites máximos às medidas de segurança perpassa por um complexo conflito de direitos fundamentais existentes entre a restrição ao poder punitivo do Estado e a segurança da coletividade, o qual será dirimido pela ponderação de interesses realizada pelos princípios da legalidade, proporcionalidade e perigosidade, também chamados pelo autor de “ponto fiel de moderação a uma justa solução”.

4.2.1 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, consagrado na Constituição Federal, constitui traço marcante e fundamental da democracia, sendo característico do Estado Democrático de Direito. Pela igualdade formal todos são iguais perante a lei no tocante aos direitos e deveres. Já a igualdade material proíbe a discriminação e, nas palavras de Ferrari (2001, p; 124) “prima pela concepção aristotélica em se conferir igualdade aos iguais, priorizando a desigualdade entre os desiguais”. Isto é, as diferenças existentes, também serão consideradas, de forma a manter a harmonia e igualdade de condições perante os ordenamentos legais. É essencial que se busque a efetivação da igualdade material proporcionando condições de desenvolvimento e crescimento social.

Decorre, portanto, do princípio da igualdade a obrigatoriedade de se dispensar um tratamento isonômico às pessoas submetidas aos ordenamentos legais normativos. A legislação, principalmente no âmbito penal, visto o seu caráter sancionatório, não poderá veicular qualquer forma de discriminação que atente os direitos e liberdades fundamentais.

Dito isto, questiona-se como legitimar, perante o princípio da igualdade, o tratamento conferido ao doente mental infrator, de modo que não ocorra clara violação ao princípio da isonomia e o mais importante, evitar tratamento penal tão distinto para

o inimputável em relação ao imputável. Dentro dessa linha de pensamento, defende-se que o Estado deve conferir tratamento sancionatório isonômico ao delinquente, seja ele imputável ou inimputável. Isso não quer dizer que o doente mental infrator e o delinquente mentalmente sadio devem receber igual análise em suas condutas e serem submetidos às mesmas sanções. Pelo contrário, a igualdade refere-se à impossibilidade do inimputável e semi-imputável cumprirem sanções mais gravosas do que o imputável, pela mesma conduta praticada, simplesmente pelo fato de não possuírem higidez mental.

A norma precisa ser clara e descrever os limites mínimos e máximos de intervenção estatal, seja em relação aos mentalmente sadios ou aos portadores de deficiência mental. Entretanto, neste ponto, verifica-se que a legislação, paradoxalmente, vai de encontro ao princípio da igualdade, na medida em que ao tratar do agente imputável, a simples leitura do tipo penal correspondente à conduta praticada já fornece a informação do grau mínimo e do grau máximo a que o delinquente ficará submetido à medida privativa de liberdade, determinação esta que não ocorre quando se fala em delinquentes doentes mentais.

Ao tratar do mesmo ilícito-típico praticado por um delinquente considerado doente mental, aplica-se o tratamento por meio de medida de segurança que perdurará enquanto estiver presente a periculosidade do agente, ou seja, se persistir a condição de perigosidade, sua privação de liberdade também persistirá, em uma verdadeira prisão perpétua.

Ora, se o condenado tem direito a um prazo determinado na privação de sua liberdade, porque não atribuir tal garantia também ao internado? A característica de medida terapêutica não é justificativa plausível para impossibilitar que o inimputável saiba quando findará a medida de segurança.

Por sua vez, o artigo 75⁴⁶ do Código Penal dispõe que o delinquente imputável não pode ter sua liberdade cerceada por mais que 30 (trinta) anos, mesmo que receba uma pena superior, decorrente de uma ou várias condenações, este será o limite máximo a ser cumprido. O legislador, no tocante à esse dispositivo, não fez menção

⁴⁶ Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

à medida de segurança, logo, em um tratamento desigual, o delinquente doente mental terá sua liberdade restrita por tempo indeterminado. Ferrari (2001, p. 125) aponta:

Em relação ao inimputável que praticar o delito menos grave previsto em nossa legislação, possível será a perpetuidade quanto à sanção, ultrapassando inclusive os trinta anos de privação, uma vez que, em tese, não há segurança quanto ao limite máximo legal da execução da medida de segurança criminal. O inimputável, portanto, acaba sendo tratado de forma desigual pelo Estado em virtude da incerteza quanto à duração máxima de sua sanção, enquanto o imputável terá ciência do limite máximo de seu castigo, constituindo imprescindível que o futuro legislador ajuste limites dignos e proporcionais de punição aos delinquentes doentes mentais, respeitando-se sempre os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Diante da necessidade de reforma legislativa, cabe ao julgador, a partir de uma leitura constitucional dos preceitos penais, afinado com os princípios garantidores emanados do Estado de Direito, limitar em sua sentença a privação de liberdade por meio da medida de segurança criminal, ainda que não haja dispositivo expresso na legislação, pois o mesmo estará plenamente acobertado e amparado pelo manto dos direitos fundamentais irrenunciáveis.

É certo que o modelo garantista é um tipo ideal e, por vezes, inatingível, apresentando dificuldades de ser adaptado à realidade. Todavia, além do poder político, o Judiciário também detém a função de efetivação das garantias, através do processo interpretativo. Sobre o assunto convém destacar posicionamento de Salo de Carvalho (2001, p. 176):

Se é verdade que o sistema jurídico, mesmo perfeito, por si só não pode garantir nada, não podemos afirmar que o jurista nada possa fazer para otimizar o modelo de garantias. É do papel crítico do operador utilizar os mecanismos oferecidos pela Constituição, e as lacunas e contradições entre esta e o ordenamento inferior, para legitimar/deslegitimar, manifestando as validades/invalidades e eficácias/ineficácias, das normas e das práticas judiciais e administrativas.

No mesmo sentido se posiciona Alexandre Rosa (2002, p. 406):

Nesse pensar, compete especificamente ao magistrado, no modelo garantista, renunciar à função de “boca repetidora” da lei ou mesmo de corretiva desta. O magistrado no modelo positivista-dogmático-tradicional tem relação formal com a Constituição [...] No modelo garantista, no entanto, o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida oxigenação constitucional.

4.2.2 Da Dignidade da Pessoa Humana e da Humanidade das Penas

A humanização é decorrente do princípio fundamental da Constituição Federal,

qual seja, a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III⁴⁷. O cometimento de um injusto penal, com a imposição de sanção, não retira a dignidade inerente às pessoas. Segundo Salo de Carvalho (2001, p. 177) “Não obstante, ao avaliarmos o conjunto principiológico, parece-nos que o legislador constituinte optou por um modelo de garantias, alertando para que, apesar de condenada pela prática de crime, a pessoa não perde sua dignidade”.

O princípio da humanidade das penas é uma decorrência lógica do Estado Democrático de Direito, bem como de uma sociedade que se pretenda civilizada. Aliado ao princípio da humanidade a Constituição prevê outras garantias constitucionais fundamentais inerentes às pessoas, à coletividade e ao trabalho, considerados com supremacia em nosso ordenamento maior. É por isso que a Constituição Federal de 1988 considera, logo em seu artigo 1º, no mesmo patamar da soberania e da cidadania, o respeito à dignidade da pessoa humana como um fundamento basilar da sociedade democrática.

O cidadão foi posto, pelo legislador constitucional, como o centro e o principal elemento da democracia ao fixar a primazia da humanidade, dignidade e respeito aos direitos humanos em uma sociedade livre. A humanização refletiu sua incidência para várias vertentes, entre elas o Direito Penal, no sentido de reconhecer e respeitar o condenado como um sujeito de direito e não como um objeto que deve ser aprisionado e excluído por ter cometido o ilícito penal. A respeito da dignidade humana Salo de Carvalho (2001, p. 173) conclui que “sua lesão implica desprezar o homem e a sua personalidade jurídica, o que se constata na decorrente declaração de não-cidadania (condição de apátrida) ao condenado.”

A humanização das penas criminais no transcorrer dos tempos deixou clara a nova perspectiva do criminoso na lei penal. Não foi á toa que as penas aviltantes do corpo, as penas de morte, penas que tinham como objetivo a pura degradação do ser humano, foram expressamente rechaçadas pela Constituição, através das cláusulas pétreas que visam garantir, ao máximo, a liberdade, a vida e a integridade da pessoa humana, patrimônios indisponíveis e invioláveis.

Nesse contexto, e de acordo com os mandamentos emanados do princípio da dignidade humana da pessoa e da humanidade das penas que proíbem sanções

⁴⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

cruéis, degradantes e perpétuas, não há como admitir a legitimação da indeterminação do prazo máximo para a medida de segurança dentro do Estado Democrático de Direito. Certo é que o princípio da humanidade possui inteira aplicação em relação às medidas de segurança. Nesse diapasão, impossível a cominação e a execução de medida que aviltem a dignidade do ser humano como pessoa, devendo ser respeitadas a integridade corporal e mental dos internados.

A proibição da perpetuidade das penas deve ser interpretada como a impossibilidade de se aplicar sanção de forma perene, seja pena ou medida de segurança, caso contrário, a execução da sanção configura um atentado aos direitos básicos do cidadão. A toda evidência, a execução eterna de uma medida de segurança significa uma completa imoderação estatal, o que acaba por impossibilitar a recuperação pessoal do condenado, bem como o seu desenvolvimento para uma perspectiva futura de uma nova vida social.

A imposição da medida de segurança eternamente deixa de atender a sua finalidade de prevenção especial positiva, sobrepondo-se a prevenção especial negativa, isto é, a neutralização, pois os enfermos mentais serão reféns da completa exclusão da sociedade. Segundo Ferrari (2001, p. 23) a imposição da sanção pressupõe condições humanitárias que potencializem as suas finalidades, não havendo utilidade na segregação desprovida de posterior recuperação. Ademais, a execução eterna da medida de segurança não preenche o subprincípio da necessidade, posto que não atinge sua finalidade.

Dentro desta perspectiva, não é possível ultrapassar a determinação constitucional, decorrente do princípio aqui analisado, sob pena de não ter legitimada, dentro de um Estado Democrático de Direito, a aplicação das medidas de segurança criminais.

4.2.3 Da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade caracteriza-se por, através da análise da conveniência, conter os atos de poder do Estado em confronto com a liberdade dos indivíduos. Daí a razão de também ser denominado de “proibição do excesso”, isto é, proibição dos atos desproporcionais ou irrazoáveis. No Direito Penal, a proporcionalidade incide como delimitadora da atuação do legislador e do juiz, principalmente em matéria de sanção penal, tornando-a mais justa.

Para atingir tal desiderato, Ferrari (2001, p. 100) afirma que há que se ter em vista os dois destinatários do princípio: o Poder Legislativo, na cominação das sanções penais em abstrato e o Poder Judiciário, na determinação da sanção em concreto, bem como sua execução. Esse princípio, a toda evidência, impede que o legislador e o magistrado imponham sanções absolutamente desproporcionadas e/ou irrazoadas, funcionando concomitantemente como complemento do princípio da reserva legal.

O princípio da proporcionalidade apresenta grande importância em relação às medidas de segurança, no intuito de evitar a imoderação estatal, pois, do contrário, poderíamos correr o risco de adoção de medidas de segurança excessivas, impostas por longo período ou, até mesmo perpétuas, ao arrepio da garantia constitucional. É possível dividir o princípio da proporcionalidade em três subprincípios com aplicação sucessiva e complementar: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo subprincípio da adequação o ato a ser realizado deve ser apropriado para atingir os fins aos quais se destina. O exercício do *jus puniendi* é limitado ao atendimento dos fins previstos para as sanções penais. Sob esse aspecto, deve o magistrado analisar qual a medida mais adequada, internação ou tratamento ambulatorial, para viabilizar a futura cessação de periculosidade, que é o escopo a ser alcançado. Desse modo, deve-se entender como possível a progressão da internação para o tratamento ambulatorial nas hipóteses em que este último se revele mais adequado às finalidades das medidas de segurança, conforme já defendido neste trabalho. O Poder Público deverá adotar sempre a medida menos onerosa para os sujeitos, resguardando-se a internação para casos excepcionais.

Já pelo subprincípio da necessidade, somente deve ser aplicada a sanção penal quando esta se mostrar imprescindível para a proteção do interesse público. Importante constitui a referência de Ferrari (2001, p. 102) ao aduzir “o princípio consiste numa medida subsidiária a outros instrumentos penais, conferindo-se primazia a providências menos gravosas também eficazes à periculosidade do agente”.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, irá efetuar a ponderação entre o ato estatal e o resultado obtido, perfazendo a ideia de justa medida. Nessa seara, é realizada a ponderação entre os meios e fins existentes, analisando as desvantagens e vantagens da aplicação da medida. Tal princípio servirá

como limitador da aplicação de sanções com carga excessiva, onerosa ou restritiva de direito individual desajustado. Importante é reafirmar que a proporcionalidade permeia a fixação dos limites máximos e mínimos das medidas de segurança, em reforço a tese da inconstitucionalidade da indeterminação temporal da internação ou tratamento ambulatorial.

4.2.4 Da Ampla Defesa e do Contraditório

Os princípios da ampla defesa e do contraditório encontram-se violados pela subordinação da liberação do internado exclusivamente à perícia médica que ateste a cessação da periculosidade, pois configura um arbítrio qualquer tentativa de demonstrar a propensão do agente ao delito sem critérios objetivos. Afinal, lastreado em que evidências poderá o perito afirmar que cessou a periculosidade do sujeito? Diante da ausência de parâmetros objetivos, forma-se uma nova tipologia do delinquente, do desajustado, agregando os preconceitos da sociedade. São esses os critérios que acabam por ser balizados na perícia médica, transmitindo uma falsa ideia de cientificidade.

Ora, tendo em vista que a periculosidade não pode ser demonstrada objetivamente, torna-se impossível refutá-la, e aí reside a violação à ampla defesa e ao contraditório. Em sentido contrário, afirma-se que as medidas de segurança tem caráter curativo, pretende tratar o criminoso, o que possibilita a análise da personalidade do indivíduo com base em aspectos subjetivos na tentativa de aferir se o delinquente doente mental está apto para o convívio social. Esse entendimento, no entanto, contraria o Direito Penal informado por garantias, pois é realizado o julgamento do ser do indivíduo, que é por essência subjetivo e, por isso mesmo, não passível de contestação. O julgador se desvincula do ilícito praticado e passa a julgar o agente pelas suas características, em afronta aos princípios concernentes ao devido processo legal.

Deste modo, sempre haverá argumentos subjetivos, fundados em condições pessoais, para perpetuar a aplicação das medidas de segurança. É extremamente complicado, do ponto de vista jurídico, contradizer dados eminentemente subjetivos, como ocorre com a análise acerca da possibilidade de o sujeito voltar a delinquir.

Evidencia-se, pois, a afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que esses princípios funcionam como vetores na refutação de todos os

dados trazidos pela acusação. Transparece, assim, a manifesta inconstitucionalidade do dispositivo legal questionado pelo presente trabalho, posto que não recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

É preciso deixar claro que não se pretende igualar e generalizar o tratamento penal sancionatório dispensado ao agente imputável e ao agente inimputável, pois, é necessário que as formas do Estado atuar em um ou noutro caso levem em consideração as suas particularidades e diferenças decorrentes da capacidade de entendimento do fato-crime praticado. Todavia, a interferência estatal deve ser imbuída dos princípios constitucionais aqui destrinchados.

Não se pode admitir a aplicação ao indivíduo de uma forma de sancionamento dotada do caráter da perpetuidade pelo simples fato dele ser considerado inimputável ou semi-imputável. Ora, esta situação soa um pouco incongruente, pois enquanto ao imputável que se registra a presença da reprovabilidade (culpabilidade) em sua ação, a lei limita o cumprimento da sanção em no máximo 30 anos, ao inimputável, em razão da existência de uma enfermidade mental, não há uma limitação máxima para aplicação e execução da medida de segurança.

Tal incongruência foi reconhecida pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 2005 no Habeas Corpus nº 84.219/SP impetrado pela defesa de Maria de Lourdes Figueiredo, que é esquizofrênica e doente mental, e encontrava-se presa desde 1970 no Hospital de Custódia e Tratamento de Franco da Rocha (SP). A paciente estava sob custódia por ter matado os dois filhos por afogamento, crime previsto no artigo 121 do Código Penal. A turma entendeu que é preciso limitar o tempo das medidas de segurança, assim como ocorre com as penas privativas de liberdade. Só assim seria possível evitar que elas adquiram caráter perpétuo, uma vez que a Constituição Federal não foi expressa ao disciplinar o limite máximo de internação para os inimputáveis.

O Ministro Marco Aurélio, relator, concedeu a segurança para deferir a ordem, viabilizando a internação da paciente em hospital psiquiátrico comum da rede pública, considerando, para tanto, a garantia constitucional que afasta a possibilidade de ter-se prisão perpétua e ainda determinou o limite máximo do tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade a que alude o art. 75 do Código Penal. Com base nisso,

concluiu que, embora o §1º do art. 97 do CP disponha ser indeterminado o prazo da imposição de medida de segurança, a interpretação a ser dada a esse preceito deve ser teleológica, sistemática, de modo a não conflitar com as previsões legal e constitucional que vedam a prisão perpétua. Veja a ementa:

MEDIDA DE SEGURANÇA – PROJEÇÃO NO TEMPO – LIMITE. 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. (BRASIL, 2005).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal mostrou-se em consonância com um Estado Democrático de Direito que não tolera privação de liberdade perpétua. No mesmo sentido manifesta-se o seguinte julgado também da Suprema Corte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. NATUREZA PUNITIVA. DURAÇÃO MÁXIMA DE 30 ANOS. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PENAS PERPÉTUAS. JULGADO RECORRIDO EM DESARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO. Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: “PENAL. TENTATIVA DE ESTUPRO. AUTORIA. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. PRAZO INDETERMINADO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. Conjunto probatório, composto pela palavra da vítima corroborada por outras provas orais, confirmando a autoria. A própria lei penal não prevê limite temporal máximo para o cumprimento da medida de segurança, que está condicionada à cessação da periculosidade do agente. Também não há previsão legal relacionando a duração da medida com a pena privativa de liberdade que seria imposta ao autor do fato se imputável fosse. Aliás, o prazo máximo de 30 anos para o cumprimento da pena previsto constitucionalmente não se aplica à medida de segurança, que não é pena, sendo certo que poderá ocorrer o prolongamento indefinido da internação até que se constate, por perícia médica, a cessação da periculosidade. Apelo desprovido” (fl. 291).

2. O Recorrente afirma que o Tribunal a quo teria contrariado o art. 5º, inc. XXXIX e XLVII, da Constituição da República. Alega que os artigos 75 e 97 do Código penal devem ser interpretados no sentido de se resguardar a vedação da pena de caráter perpétuo” (fl. 305). Assevera que “a decisão impugnada merece ser reformada, no sentido de se limitar a medida de segurança” (fl. 305). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

3. Razão jurídica assiste ao Recorrente.

4. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a medida de segurança tem natureza punitiva, razão pela qual a ela se aplicam o instituto da prescrição e o tempo máximo de duração de 30 anos, esse último decorrente da vedação constitucional às penas perpétuas. Nesse sentido: “MEDIDA DE SEGURANÇA – PROJEÇÃO NO TEMPO – LIMITE. 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” (HC 84.219, Rel. Min. Marçõ Aurélio, Primeira Turma, DJ 23.9.2005 grifos nossos). AÇÃO PENAL. Réu inimputável. Imposição de medida de segurança. Prazo indeterminado. Cumprimento que dura há vinte e sete anos. Prescrição. Não ocorrência. Precedente. Caso, porém, de desinternação progressiva. Melhora do quadro psiquiátrico do paciente. HC

concedido, em parte, para esse fim, com observação sobre indulto. 1. A prescrição de medida de segurança deve calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se-lhe o prazo com o início do seu cumprimento. 2. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. 3. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação” (HC 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Dje 26.6.2009 – grifos nossos). “PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA MEDIDA, TODAVIA, NOS TERMOS DO ART. 75 DO CP. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/01. WRIT CONCEDIDO EM PARTE. I – Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal). II – Esta Corte, todavia, já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Precedente. III – Laudo psicológico que, no entanto, reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio. IV – Ordem concedida em parte para extinguir a medida de segurança, determinando-se a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/01, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente” (HC 98.360, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Dje 23.10.2009 grifos nossos). Dessa orientação jurisprudencial divergiu o julgado recorrido.

5. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), para fixar em 30 anos a duração máxima da medida de segurança imposta ao Recorrente. Publique-se. Brasília, 26 de agosto de 2010. Ministra CARMEN LÚCIA Relatora. (BRASIL, 2010b, grifo nosso).

Há também posição que restringe ainda mais o limite temporal de cumprimento da medida de segurança. O limite máximo de cumprimento da sanção, para os inimputáveis, seria o da pena abstratamente cominada ao delito. Foi o que decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 29 de Junho de 2009 em sede de Habeas Corpus nº 121877/RS impetrado em favor da paciente Neusa Teresinha Paz dos Santos custodiada pelas práticas dos delitos de lesões corporais, ameaça e dano. O Habeas Corpus visava o reconhecimento da extinção da punibilidade pelo instituto da prescrição, sob argumento de que os cuidados com a paciente não eram mais uma questão de execução penal. A Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura proferiu seu voto entendendo que não se tratava da ocorrência da prescrição, mas sim da necessidade de fixação de um prazo máximo da medida de segurança:

A discussão, neste *writ*, deve desenvolver-se em torno da questão da duração máxima da medida de segurança, no sentido de se fixar uma restrição à intervenção estatal em relação ao inimputável na esfera penal. [...] Constata-se, portanto, que a lei fixa prazo mínimo para a duração da medida. No entanto, quanto à sua duração máxima, afirma que será por prazo indeterminado, condicionando a sua extinção à cessação de

periculosidade do agente. [...] A nosso ver, a medida de segurança criminal possui um domínio sancionatório diverso do da pena, não retirando, todavia, a qualificação como sanção. Depende não apenas de um mero estado de perigo social, mas sim criminal, exigindo, para sua imposição e execução, o sucessivo exercício das três funções e atividades do Estado, quais sejam: legislativa, administrativo-executiva e judiciária.

[...] É fato que a internação em hospital de custódia e tratamento, a despeito de não ser pena, impõe, ao custodiado, limitações à sua liberdade, em razão da prática de um fato descrito como crime. Pode-se afirmar, pois, que a medida de segurança é uma espécie do gênero sanção penal, ao lado da pena. Partindo dessa concepção, à luz do disposto na alínea *b* do inciso XLIII do art. 5º, que afirma que não haverá penas de caráter perpétuo, deve-se buscar um limite temporal máximo para a execução da medida de segurança. Em relação à pena privativa de liberdade, o Código Penal, em seu art. 75, determinou que o seu tempo de cumprimento não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

Instada a se manifestar sobre o tema, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC nº 84.219/SP, firmou o entendimento de que a medida de segurança, aplicada em razão de “título judiciário penal condenatório”, deve respeitar o limite máximo de trinta anos fixado pelo legislador ordinário. O acórdão restou assim sumariado: MEDIDA DE SEGURANÇA PROJEÇÃO NO TEMPO LIMITE. 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. (HC nº 84.219, Relator Ministro MARÇO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 16.8.2005, DJ 23.9.2005.) [...]

Verifica-se, pois, que a prestação jurisdicional realizada pelo Supremo Tribunal Federal no citado *mandamus* restringiu-se à causa de pedir, qual seja, limitação da duração da medida de segurança nos termos do disposto no art. 75 do Estatuto Repressivo, em razão da duração da medida de segurança da então paciente ter ultrapassado trinta anos. Não é este o caso do presente *writ*. A paciente cumpre medida de segurança há 9 (nove) anos e 7 (sete) meses, pela prática dos delitos de ameaça, lesão corporal e dano, na forma do artigo 69 do Código Penal.

[...] Somadas as penas máximas cominadas, tem-se que um imputável cumpriria, pela prática dos mesmos delitos, pena máxima de 2 (dois) anos. No meu sentir, fere o princípio da isonomia o fato da lei fixar o período máximo de cumprimento de pena para o imputável, pela prática de um crime, e determinar que o inimputável cumprirá medida de segurança por prazo indeterminado, condicionando o seu término à cessação da periculosidade. Em razão da incerteza da duração máxima da medida de segurança, está-se claramente tratando de forma mais severa o infrator inimputável quando comparado ao imputável, para o qual a lei limita o poder de atuação do Estado. Veja-se o caso em análise, em que a paciente encontra-se submetida a medida de segurança há mais de 9 (nove) anos, sem previsão para o seu término, enquanto que um imputável que praticasse os mesmos delitos por ela cometidos, em tese, permaneceria encarcerado por, no máximo, 2 (dois) anos. Há aqui que se invocar, ainda, o princípio da proporcionalidade, na sua faceta da proibição de excesso.[...]

Feitas tais considerações, mostra-se patente a necessidade de que seja fixado um prazo máximo de duração da medida de segurança, que, no meu entendimento, não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

[...] Ao término do prazo da medida de segurança, correspondente ao tempo máximo abstratamente cominado ao delito cometido, ainda que não cessada a periculosidade do agente, deve cessar a intervenção do Estado na esfera penal. (BRASIL, 2009a).

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu entendimento semelhante

no HC nº 208.336/SP julgado em 20/03/2012, que concedeu Habeas Corpus ao paciente absolvido da acusação de homicídio e submetido à medida de segurança há mais de 24 anos. A defesa entendia ser inadmissível que o sentenciado ficasse indefinidamente internado e pleiteava a desinternação condicional do paciente, ao passo que o Ministério Público defendia a prorrogação da internação por mais um ano. Segundo a Ministra Relatora Laurita Vaz, o Superior Tribunal:

[...] concluiu por aplicar os princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, estabelecendo que a duração máxima da medida de segurança não deva ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, em razão de não ser possível apenas de forma mais severa o infrator inimputável do que o imputável, para o qual a legislação estabelece o limite de atuação estatal. (BRASIL, 2012b).

Em recente julgamento (HC nº 167136/DF), ocorrido em 10 de Maio de 2013, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, absolveu o paciente Valdei de Sousa Pereira, em virtude da sua inimputabilidade penal, e determinou sua internação para tratamento da esquizofrenia. A Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura entendeu que a internação deve perdurar enquanto houver periculosidade do agente, constatada por meio de perícia médica, limitando-se, no entanto, ao máximo da pena cominada em abstrato ao crime que, no caso retratado, é de dez anos. O acórdão encontra-se assim ementado:

HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) SENTENÇA. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. IMPOSSIBILIDADE. (3) TRIBUNAL DE ORIGEM. REFORMA DA SENTENÇA. LIMITE DE DURAÇÃO. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE. ENTENDIMENTO COMPARTILHADO POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. **O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, à luz dos princípios da isonomia e da proporcionalidade.** 3. **Hipótese em que o Juiz fixou o tempo mínimo e o Tribunal a quo determinou o tempo máximo de cumprimento da medida de segurança, esta última de acordo com a pena máxima em abstrato cominada ao delito cometido.** Acórdão vergastado de acordo com o entendimento deste Sodalício. 4. Writ não conhecido. (BRASIL, 2013a, grifo nosso).

Do exposto, conclui-se pela impossibilidade de perpetuidade da medida de segurança ao inimputável, pois com a manutenção da indeterminação das medidas admite-se um tratamento muito discrepante entre o imputável e o inimputável, em uma transparente violação à garantia constitucional positivada no inciso XLVII, “b”, do artigo 5º, da Carta Política. Sendo assim, reputa-se bastante equilibrada as decisões

dos Tribunais Superiores.

De fato, não há dúvida que a Constituição Federal de 1988 ao expressar que todos são iguais perante a lei, bem como considerar a necessidade de individualização de qualquer sanção, quis deixar claro que todos os direitos existentes ao imputável infrator estendem-se aos inimputáveis e semi-imputáveis. Se o imputável possui um limite máximo de reclusão, se faz necessária a equiparação ao inimputável, sob pena de violação da isonomia material.

Logo, acertado foi o entendimento dos Tribunais, especificadamente do Superior Tribunal de Justiça que delimitou ainda mais o prazo máximo das medidas de segurança, ao determinar que a medida deve perdurar até se atingir o limite máximo da pena abstratamente cominada ao crime, não podendo ultrapassar os 30 anos. Pelo Superior Tribunal Federal é possível sujeitar alguém que tenha, por exemplo, praticado o crime de furto qualificado, cuja pena máxima é de oito anos, a um período de 30 anos de medida de segurança. Por esta razão, considera-se a posição do Superior Tribunal de Justiça mais afinada com o texto constitucional.

4.4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Foi visto que a medida de segurança deve ser determinada no tempo, sob pena de afronta às garantias constitucionais que refutam a possibilidade de restrição perpétua à liberdade. Após o limite temporal máximo de submissão à interferência estatal, a medida de segurança deve ser extinta. Entretanto, após a extinção surge um questionamento jurídico-social importante: o que deve ser feito se o agente ainda necessita de cuidados médicos? Não seria correto deixar este doente sem tratamento, desvigiado e livre nas ruas, já que poderia causar danos aos outros e a si mesmo.

É extremamente comum que não se alcance a ressocialização do agente inimputável, e a explicação da não ressocialização paira na condição dos manicômios brasileiros. Os pacientes que chegam nesses locais estão confinados e destinados a serem doentes pelo resto de suas vidas. Isto porque são tratados como completos alienados, recebendo uma medicação uniforme em desacordo com as particularidades presentes em cada anomalia mental. Todavia, a ineficácia do tratamento não pode ser imputada exclusivamente aos profissionais, que tratam dos doentes, mas sim da falta de suprimentos e infraestrutura do sistema, afinal nada poderá ser feito se não existe o remédio adequado para o tipo de doença que se quer

tratar.

Lançados ao completo descaso os doentes mentais infratores não apresentam melhora e, ao invés de ir se recuperando para um convívio social sadio, o doente se afasta da sociedade. O fato é que se um indivíduo não tem o tratamento necessário, com acompanhamento integrado psiquiátrico e psicológico, não terá como sair da custódia do Estado e, por conseguinte, será considerado um morto social, pois seu convívio sadio e normal nunca voltará a existir.

A solução, então, apresentada para o inimputável cuja periculosidade persista mesmo após o prazo máximo de execução da medida de segurança, é a sua internação em estabelecimento particular ou público alheio ao sistema criminal, onde será realizado tratamento conforme à enfermidade que sofra. Trata-se de uma providência puramente administrativa, com o apoio da família e da comunidade, para um tratamento mais humanizado, fora da custódia obrigatória de doente mental recluso em manicômio estatal de natureza fechada.

Desta maneira, ao término do prazo da medida de segurança, se o internado, por suas condições mentais, não puder ser restituído ao convívio social, o juiz da execução o colocará à disposição do juízo cível competente para serem determinadas as medidas de proteção adequadas à sua enfermidade.

Por decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 98360/RS em 2009, os ministros afastaram a medida de segurança imposta, porém entenderam pela permanência do doente mental infrator em hospital psiquiátrico, como maneira de preservar a segurança dos cidadãos em geral, inclusive da família. O réu encontrava-se submetido a medida de segurança, desde 1977, ou seja, há mais de 30 anos, e apesar de todo esse tempo internado em diversas ocasiões atentou contra a integridade física de sua mãe e irmão. Em 1991, ele foi posto em liberdade e após mais de um ano de desinternação condicional o juízo extinguiu a medida de segurança. No entanto, por ter ameaçado a integridade física de seus pais, foi novamente recolhido ao instituto psiquiátrico forense em 1992. O Ministro Relator Ricardo Lewandowski afirmou em seu voto que

Nós estamos tirando o paciente da medida de segurança e transferindo esse paciente à tutela do Estado. Estamos impondo a ele uma medida de caráter administrativo, digamos assim, com fundamento nessa Lei 10.216, que prevê exatamente a hospitalização dos doentes mentais. (BRASIL, 2009b).

Vide o julgado:

PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO

DA MEDIDA, TODAVIA, NOS TERMOS DO ART. 75 DO CP. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/01. WRIT CONCEDIDO EM PARTE. I – Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal). II – Esta Corte, todavia, já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Precedente. III – Laudo psicológico que, no entanto, reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio. IV – Ordem concedida em parte para extinguir a medida de segurança, determinando-se a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/01, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente. (BRASIL, 2009b).

Dentro dessa nova perspectiva de desinstitucionalização e produção da autonomia do delinquente doente mental, há que se ressaltar experiências institucionais⁴⁸ que inovaram na arquitetura de um novo tipo de cuidado na saúde mental, dentre as quais destacam-se os Centros de Atenção Psicossocial – (CAPS). O CAPS é um serviço de saúde municipal, aberto e comunitário realizado em parceria com o Sistema Único de Saúde (SUS). O primeiro a ser inaugurado no Brasil foi o Centro de Atenção Psicossocial Professor Luiz da Rocha Cerqueira, em março de 1986 na cidade de São Paulo. Com a implementação desse serviço na área de atenção à saúde mental, iniciou-se uma mudança essencial de paradigma quanto ao tratamento mental e a consequente organização de uma rede substitutiva ao Hospital Psiquiátrico.

O objetivo é realizar o acompanhamento clínico de modo a manter a relação social do doente mental com o trabalho, lazer e convivência familiar. Busca-se uma assistência caracterizada por um tipo de atenção diária, onde o usuário tenha a possibilidade de encontrar assistência sem a internação. A forma de atendimento procura ser específica, personalizada, respeitando as histórias de vida, a dinâmica familiar e as redes sociais, enfatizando-se a busca da cidadania, autonomia e liberdade, por isso os centros buscam atuar de forma ramificada em várias localidades de todo país. Vitória Beltrão Bandeira (2006) em estudo sobre o paciente judiciário relatou que:

⁴⁸ Programas também relevantes na implementação da Lei n. 10.216/01 no âmbito penal foi dado a partir de experiências pioneiras e bem sucedidas reveladas pelo Programa de Atenção Integral (PAI-PJ), do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e pelo Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI), da Secretaria da Saúde de Goiás, alterando completamente tanto a determinação quanto a execução da medida de segurança, significando o reconhecimento da revogação de parte das disposições do Código Penal e da Lei de Execução Penal. Trata-se, assim, a medida de segurança principalmente como uma questão de saúde pública, e não apenas de controle social.

Do total de 417 municípios baianos, 186 atendem ao requisito populacional exigido para implantação da rede de atenção à saúde mental, entretanto apenas 76 (setenta e seis) cumprem o dever constitucional, disponibilizando à sua população a necessária rede especializada [...] O quadro de carência da assistência jurídica criminal devida se reflete no encarceramento desnecessário, injusto e ilegal do necessitado portador de transtorno mental, seja processado ou sentenciado.

Apesar da relevante função exercida pelos CAPS, o que se vê é a negligência estatal para com os loucos delinquentes mentais. Ao deixar de exercer o dever constitucional que lhe é reservado de prestar assistência jurídica e psicossocial, o Estado contribui, paradoxalmente, para cronificar um quadro de enfermidade.

Desta feita, conclui-se pela urgência de uma reforma no Código Penal, no tocante à indeterminação do lapso temporal da medida de segurança e pela aplicação de um tratamento reservado ao portador de transtorno mental comprometido com o conceito de saúde e bem-estar. Em nada adianta a aplicação das medidas de segurança nas condições precárias em que se encontram os estabelecimentos psiquiátricos atuais, numa clara violação aos direitos humanos fundamentais.

O Direito Penal, em sua essência, representa para o delinquente a proteção contra o excesso, o limite da vontade jurídico-penal e da intervenção descontrolada. O inimputável está a exigir do Direito que este seja um instrumento de transformação social, como meio de corrigir as injustiças sociais contra ele cometidas. Ao doente mental também deve ser assegurado o respeito, entretanto a falta de implementação de um sistema verdadeiramente curativo nos estabelecimentos penais acaba por matá-lo socialmente.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho demonstrou a impossibilidade de perpetuidade da medida de segurança ao inimputável, pois a indeterminação das medidas implica em um tratamento muito discrepante entre o imputável e o inimputável, o que gera transparente violação à garantia constitucional positivada no inciso XLVII, “b”, do artigo 5º, da Carta Política. Dispõe o §1º do artigo 97 do Código Penal que a medida de segurança não possui prazo determinado, o que vale dizer, o indivíduo pode permanecer indefinidamente restringido em sua liberdade individual, até que a perícia médica afirme a aptidão para o convívio social, ou seja, que não há o potencial de praticar atos criminosos. A disciplina jurídica da medida de segurança, portanto, ao tornar indeterminado o prazo de internação do inimputável, permite que o cidadão permaneça recolhido sob a custódia do Estado eternamente, em nítida violação a Constituição Federal. Após a investigação da temática, certas conclusões podem ser sustentadas:

- a) com o tratamento científico da loucura e o advento da antropologia criminal, os mecanismos de punição legal passaram a se justificar não apenas nas infrações, mas nos indivíduos. Outras modalidades de avaliação e julgamento foram inseridas na persecução penal e o Judiciário além de identificar a materialidade e a autoria do delito, tratou de desenvolver um procedimento na busca das causas do crime, mais precisamente na lucidez do seu autor;
- b) a medida criminal surgiu no direito penal visando à prevenção a novos delitos cometidos pelos mentalmente enfermos, pautada na periculosidade do agente. A periculosidade é uma probabilidade de reincidência da conduta delitiva e não uma certeza, o que, por si só, já denota subjetividade tamanha, colocando em cheque a legitimidade desse instituto penal. Concluiu-se que a periculosidade consiste em um pressuposto, fundada em crenças, medos, expectativas, suspeitas, ou seja, insuscetível de comprovação científica. Trata-se de solução simplista, divorciada da realidade tão claramente exposta, demonstrando que a medida de segurança é válvula de escape para que o poder público afaste o agente do convívio social;
- c) pena e medida criminal estão inseridas no mesmo contexto, qual seja, o da

sanção penal. Como foi evidenciado, ambas são impostas a quem cometeu fato típico e ilícito pelo Estado que, autorizado pelo *jus puniendi*, restringe os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e interfere em sua liberdade, retirando-lhe da sociedade com o fim de ressocialização. Demonstrou-se que na prática, entretanto, é falsa a ideia de que a medida de segurança atua como terapia curativa ao sujeito incapaz penalmente. Em verdade, trata-se de verdadeira restrição à liberdade individual do sujeito, e neste ponto em nada se difere da pena propriamente dita;

- d) deve o Estado, enquanto a medida criminal estiver inserida no âmbito penal, observar todas as garantias reservadas tanto àquele a que se impõe pena como ao submetido à medida de segurança, sob pena de contrariar preceitos constitucionais. Assim, aplicam-se às medidas de segurança os princípios da humanidade e dignidade da pessoa humana, da legalidade, da igualdade e o da proporcionalidade, garantias fundamentais perpetradas na Constituição Federal e que fazem referência e aplicação às sanções criminais;
- e) é certo que, no âmbito das medidas de segurança criminais o propósito socializador deve prevalecer, orientando-se pelos princípios da sociabilidade e da humanidade. Vale dizer que, para a legitimação da aplicação da medida de segurança, dentro da concepção humanitária de respeito à dignidade da pessoa que se alicerça um Estado Democrático de direito, a finalidade preventiva especial positiva;
- f) quanto à assistência psiquiátrica no Brasil, apenas a partir da segunda metade do século XIX é que se tem as primeiras intervenções no campo da saúde mental. Historicamente, o doente mental foi acorrentado, agredido e isolado, poucas vezes considerado como uma pessoa humana digna de tratamento com respeito. Essa situação acarretou no Movimento da Reforma Sanitária, cujo objetivo era a abertura e livre acesso da população à assistência e à saúde. A lei 10.216, sancionada em 06 de abril de 2001, ficou conhecida como “Lei da Reforma Psiquiátrica”. O objetivo foi regular os direitos e garantias dos doentes mentais em seus tratamentos, dentre os quais convém mencionar os seguintes: tratamento de saúde adequado à necessidade individual do sujeito atrelado ao respeito e à dignidade do doente com vistas à reinserção social deste paciente por intermédio da

família, garantias quanto à liberdade de comunicação e de informação sobre a doença acometida e principalmente de ser tratado em local adequado. Entretanto, conclui-se que as diretrizes traçadas pela Reforma Psiquiátrica não são plenamente aplicadas hoje nos estabelecimentos psiquiátricos do Brasil;

- g) vários são os motivos que podemos apontar para a ineficácia do tratamento conferido no âmbito dos estabelecimentos psiquiátricos, pode-se dizer a falta de políticas públicas que apoiem e financiem projetos de estruturação e de planejamento para o restabelecimento dos internos; falta de apoio familiar no processo de resgate do paciente considerado de fundamental importância para o tratamento; a morosidade do judiciário em apreciar e julgar os processos referentes aos loucos infratores, e principalmente a falta de investimentos e de vontade política para se desenvolver programas mais efetivos de tratamento e reinserção social;
- h) o art. 5º, inciso XLVII, alínea b, da Constituição Federal veda no ordenamento jurídico brasileiro a pena de caráter perpétuo. Ocorre que é exatamente o que ocorre com a medida de segurança, consoante a disposição do parágrafo primeiro do artigo 97 do Código Penal. Ao dispor que a internação terá prazo indeterminado, até que mediante perícia médica se constate a cessação de periculosidade, contraria a norma a Lei Magna. Não pode se submeter o cidadão à sanção eterna, sem prazo determinado, ao arbítrio de uma perícia médica que diga que o sujeito não é mais perigoso. No caso das medidas criminais de internação deve-se ir mais além, uma vez que deixar a liberdade do indivíduo condicionado à cessação da periculosidade é afrontar a Constituição Federal, pois a cura pode não acontecer e a sanção se tornaria perpétua. Mais que isso, o fato de privar o indivíduo eternamente configura violação ao princípio da dignidade humana;
- i) a medida de segurança deve ter limite temporal máximo. Este prazo deve ser definido pelo máximo da pena cominada abstratamente para o crime cometido, em consonância com o que entende o Superior Tribunal de Justiça. Conclui-se, então, que enquanto o indivíduo que cometeu um crime acometido por transtorno mental estiver sob a esfera penal, a ele deve estar resguardado todos os direitos e garantias constitucionais aplicáveis às penas, inclusive o direito de saber concretamente por quanto tempo ficará

em tratamento. O que não pode ser admitido num Estado de Direito é que alguém fique perpetuamente em tratamento, sob a custódia estatal;

- j) demonstra-se a urgência de uma reforma no Código Penal, no tocante à indeterminação do lapso temporal da medida de segurança e uma mudança pela aplicação de um tratamento reservado ao portador de transtorno mental comprometido com o conceito de saúde e bem-estar;
- k) é extremamente comum que persista a periculosidade do agente inimputável mesmo após o prazo máximo de execução da medida de segurança. Nestes casos o presente trabalho propõe a internação em estabelecimento particular ou público alheio ao sistema criminal, onde será realizado tratamento conforme à enfermidade que sofra. Com o apoio da família e da comunidade, em um tratamento mais humanizado, fora da custódia obrigatória em manicômio estatal de natureza fechada, o doente mental terá mais chances de recuperação.

Por tudo quanto exposto, sem a inviável pretensão de esgotar os questionamentos, este trabalho visa fomentar os debates jurídicos sobre a aplicação das medidas de segurança no âmbito do Estado Democrático de Direito. Haja vista que a medida terapêutica só se encontra legitimada quando aplicada dentro de um enfoque constitucional que ofereça parâmetros, limites mínimos e máximos claros e determinados, não sendo permitida a sua perpetuidade. Caso contrário, serão proferidas decisões eivadas de inconstitucionalidade em desacordo com a própria dignidade do agente submetido ao tratamento.

REFERÊNCIAS

A CASA DOS MORTOS. Direção e roteiro: Debora Diniz. Direção de produção e produção de campo: Fabiana Paranhos. Edição: João Neves. Brasília: Imagens Livres, 2009. (24 min.), cor.

ALVAREZ, Marcos César. Apontamentos para uma história da criminologia no Brasil. In: KOERNER, Andrei (Org). **História da justiça penal no Brasil**: pesquisas e análises. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

ALVIM, Rui Carlos Machado. **Uma pequena história das medidas de segurança**. São Paulo: IBCCrim, 1997.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**: informação e documentação : trabalhos acadêmicos : apresentação. Rio de Janeiro, 211.

_____. **NBR 6023**: informação e documentação : referências : elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

BANDEIRA, Vitória Beltrão. Medida de segurança: a punição da loucura dos mais vulneráveis. In: PRADO, Daniel Nicory do; XIMENES, Rafson Saraiva (Coord.). **Redesenhando a execução penal 2**: por um discurso emancipatório democrático. Salvador: JusPODIVM, 2012.

_____. **O paciente judiciário do hospital de custódia e tratamento**. Dissertação (Pós Graduação em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006. Disponível em: <<http://www.adepbahia.com.br/download.php?i=1245>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. Por uma política de atenção integral ao louco infrator. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010. Disponível em: <http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/projetonovosrumos/pai_pj/livreto_pai.pdf>. Acesso em: 21 out. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação, tese. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 nov. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 3

set. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Aprova a Consolidação as Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 dez. 1932. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d22213.htm>. Acesso em: 3 set. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 3 set. 2016.

_____. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em: 21 out. 2016.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.

_____. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 abr. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 20 de jul. de 2016.

_____. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acesso em: 3 set. 2016.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execuções Penais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. Ministério da Justiça. **Resolução CNPCP nº 4, de 30 de julho de 2010**. Brasília, 2010a. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Outros/ResolucaoCnp4.doc>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça; BAHIA. Secretaria de Saúde do Estado da Bahia. Secretaria da Justiça e Direitos Humanos; UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. **Censo clínico e psicossocial da população de pacientes internados no Hospital de Custódia e Tratamento em Psiquiatria do Estado da**

Bahia HCT/BA (Manicômio Judiciário): relatório final. Salvador, 2004.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitariovol1.pdf>. Acesso em: 10 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 121.877/RS. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. 6. Turma. Brasília, 29 jun. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 set. 2009a. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6060291/habeas-corpus-hc-12477-rs-2008-0261757-2/relatorio-e-voto-12192516>>. Acesso em: 21 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 167.136/DF. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. 6. Turma. Brasília, 2 maio 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 maio 2013a. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23171698/habeas-corpus-hc-167136-df-2010-0055136-5-stj>>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 182.973/DF. Relatora: Min. Laurita Vaz. 5. Turma. Brasília, 12 jun. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 jun. 2012a. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22220915/habeas-corpus-hc-182973-df-2010-0155645-0-stj>>. Acesso em: 21 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 200.972/SP. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. 6. Turma. Brasília, 2 abr. 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 4 maio. 2013b. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23096978/habeas-corpus-hc-200972-sp-2011-0060682-7-stj>>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 208.336/SP. Relatora: Min. Laurita Vaz. 5. Turma. Brasília, 20 mar. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 mar. 2012b. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21607563/habeas-corpus-hc-208336-sp-2011-0125054-5-stj/relatorio-e-voto-21607565>>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 226.014/SP. Relatora: Min. Laurita Vaz. 5. Turma. Brasília, 19 abr. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 abr. 2012c. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21539001/habeas-corpus-hc-226014-sp-2011-0281200-4-stj/inteiro-teor-21539002>>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 88.849/SP. Relatora: Min. Jane Silva. 5. Turma. Brasília, 28 nov. 2007. **Diário da Justiça**, Brasília, 17 dez. 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8766282/habeas-corpus-hc-88849-sp-2007-0190440-7>>. Acesso em: 8 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 324.091/SP. Relator: Min.

Hamilton Carvalhido. 6. Turma. Brasília, 16 dez. 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, 9. fev. 2004. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7404473/recurso-especial-resp-324091-sp-2001-0060664-6>>. Acesso em: 3 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107.777/RS. Relator: Min. Ayres Britto. 2. Turma. Brasília, 7 fev. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 abr. 2012d. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21584144/habeas-corpus-hc-107777-rs-stf>>. Acesso em: 21 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.219/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. 1. Turma. Brasília, 15 ago. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, 23 set. 2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763647/habeas-corpus-hc-84219-sp>>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98.360 RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 1. Turma. Brasília, 4 ago. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 out. 2009b. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712303/habeas-corpus-hc-98360-rs>>. Acesso em: 21 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 628.646/DF. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 28 ago. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 set. 2010b. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15924542/recurso-extraordinario-re-628646-df-stf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 1.

_____. _____. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984a. t. 2.

_____. _____.: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984b. t. 3.

_____. **Medidas de segurança**. 1940. 204 f. Dissertação (Concurso para a cadeira de Direito Penal) – Faculdade de Direito do Recife, Recife, 1940.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHERUBINI, Karina Gomes. Modelos históricos de compreensão da loucura: da antigüidade clássica a Philippe Pinel. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1135, 10 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8777>>. Acesso em: 13 maio 2017.

COSTA, Augusto César de Farias. Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitariovol1.pdf>. Acesso em:

10 maio 2017.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

CRUZ, Marcelo. **A inconstitucionalidade da medida de segurança face à periculosidade criminal**. 2009. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Escola de Direito e Relações Internacionais, Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/marcelo_lebre.pdf>. Acesso em: 13 maio 2017.

D'URSO, L. Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral : questões fundamentais : a doutrina geral do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011**. Brasília: LetrasLivres, Universidade de Brasília, 2013.

_____; PENALVA, Janaina (Coord.). **Medidas de segurança loucura e direito penal: uma análise crítica das medidas de segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, Anis, 2011. (Pensando o Direito, n. 35). Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2011/09/35Pensando_Direito.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ELIAS, Alexandre. Direito sanitário: autonomia e princípios. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 47-64, jul./out. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13116/14919>>. Acesso em: 24 maio 2017.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRI, Enrico. **Delinquente e a responsabilidade penal**. São Paulo: Rideel, 2006.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Traduzido por Raquel Ramallete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GOIÁS. Secretaria da Saúde. Portaria n. 019/2006-GAB/SES. **Diário Oficial do Estado [de] Goiás**, Goiânia, 8 fev. 2006. Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_221_port0192006paili.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **O louco deve cumprir a medida de segurança perpetuamente?** [São Paulo], [201-]. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BB1EB1120-5CB9-4E75-95C7-B82AE42055DC%7D_1.pdf>. Acesso em: 19 maio 2017.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 1.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1951. v. 3.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica**. Brasília: EMSPUF, 2008.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

KEUHNE, Maurício. **Doutrina e prática da execução penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1995.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos do preso**: lei de execução penal, lei nº 7.210/84. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCHEWKA, Tania Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 102-122, nov. 2001.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 3. ed., rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. São Paulo: Millennium, 2009. v. 3.

_____. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 1999. v. 3.

MENDONÇA, Gismália Marcelino. **Manual de normalização para apresentação de trabalhos acadêmicos**. 3. ed. Salvador: Unifacs, 2013.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. Evolução histórica da inimputabilidade penal: uma abordagem cronológica da loucura na humanidade e seus reflexos na legislação criminal brasileira até o Código de Piragibe. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1017, 14 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8234>>. Acesso em: 13 maio 2017.

MURTINHO, Rodrigo. **Medidas de segurança e aplicação dos princípios penais de garantia**. 2005. 190 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Penais) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://pt.extpdf.com/aplicacao-lei-penal-militar-pdf.html#pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017

PESSOTTI, Isaias. **A loucura e as épocas**. São Paulo: 34, 1994.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1980.

_____. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 9. ed. Salvador: JusPODVIM, 2013.

REALE JUNIOR, Miguel et al. **Penas e medidas de segurança no novo código**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ROSA, Alexandre. O juiz (garantista) e a execução penal: por uma racionalidade consequencialista (MacCormick). In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e processos legislativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TINÔCO, Antonio Luiz. **Código criminal do império do Brasil anotado**. Brasília: Senado Federal, 2003.

ULHOA, Thales Henrique. Sobre punir os enfermos mentais. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Penam**, Belo Horizonte, n. 2, p. 333-373, 2008. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/view/74/73>>. Acesso em: 2 maio 2017.

WUNDERLICH, Alexandre. Os casos de Pierre Rivière e Febrônio Índio do Brasil como exemplos de uma violência institucionalizada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 43, 1. jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1013>>. Acesso em: 21 maio 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.