

**FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO**

HIALLYS SEANNY PESSOA DE LIMA

**MEDIDA DE SEGURANÇA: A PERICULOSIDADE CRIMINAL E A
INDETERMINAÇÃO TEMPORAL SÃO ASPECTOS DE
INCONSTITUCIONALIDADE?**

**CARUARU
2016**

**FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO**

HIALLYS SEANNY PESSOA DE LIMA

**MEDIDA DE SEGURANÇA: A PERICULOSIDADE CRIMINAL E A
INDETERMINAÇÃO TEMPORAL SÃO ASPECTOS DE
INCONSTITUCIONALIDADE?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade ASCES,
como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
sob a orientação do Professor Esp. Xisto Valones.

**CARUARU
2016**

HIALLYS SEANNY PESSOA DE LIMA

**MEDIDA DE SEGURANÇA: A PERICULOSIDADE CRIMINAL E A
INDETERMINAÇÃO TEMPORAL SÃO ASPECTOS DE
INCONSTITUCIONALIDADE?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade ASCES,
como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
sob a orientação do Professor Esp. Xisto Valones.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em _____, com nota
_____.

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Xisto Zeno Valones

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

A Deus, meu Pai, pela dádiva da vida e por me fazer superar os obstáculos através da fé.

À minha mãe, minha Maria, minha calma, por nunca me deixar desistir.

Aos amados Eraldo, Marx e Higgs por terem me ajudado a escolher o Direito.

A Rierison Bruno, minha força e alegria, meu presente e futuro, por nossa história de amor.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador monográfico Dr. Xisto Valones, quem primeiro acreditou no meu projeto. A ele, meus sinceros agradecimentos pela paciência, dedicação e incrível sabedoria. À Dra. Ana Paula, minha orientadora de estágio, pela incrível capacidade de me fazer amar ainda mais o Direito Penal. Aos professores Armando Andrade e Marília Vila Nova, pelas excelentes aulas ministradas ao longo do curso. Aos meus pais, Maria Rosana e Eraldo, que me apoiaram em todas as etapas da minha vida, especialmente nos meus estudos. Aos meus irmãos, Higgs e Marx, pelos incentivos em sempre continuar estudando. Ao meu amado Rierison Bruno, o amor que encontrei na graduação, a quem agradeço por sempre acreditar e se orgulhar de mim.

RESUMO

O presente trabalho busca desenvolver uma análise detalhada acerca da aplicação da medida de segurança na legislação brasileira, realizando um estudo sobre a (in)constitucionalidade dos pressupostos de aplicação desta espécie de sanção. A medida de segurança trata-se de uma sanção penal de caráter preventivo que determina a remissão do inimputável, após evidenciada a periculosidade, a um estabelecimento especializado no tratamento psiquiátrico. Como se sabe, são defesos aos apenados, em qualquer estabelecimento penal, todos os direitos à sua condição humana e jurídica, atentando-se apenas às contenções decorrentes da lei e da sentença. Por óbvio, o tratamento oferecido a infratores possuidores de transtornos mentais deve ser diferenciado. Em tais casos, não se trata de uma sanção pelo crime cometido, mas de um tratamento psiquiátrico que visa tornar o apenado apto à vida social. Ocorre que, na prática, a medida de segurança cumprida em sistemas de tratamento psiquiátrico muito se assemelha a pena privativa de liberdade. Estruturalmente, os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HTCP) apresentam celas com aspecto prisional, ambientes insalubres, condições mínimas de higiene, superlotação, falhas na segurança interna do estabelecimento, entre outros problemas que impossibilitam a sobrevivência digna dos internos. De tal maneira, se faz necessário um estudo acerca do cumprimento das medidas de segurança no sistema de custódia e tratamento psiquiátrico, averiguando a responsabilidade do Estado e o papel da sociedade na ressocialização dos apenados. É imprescindível, também, uma análise a respeito dos aspectos de inconstitucionalidade que assolam a medida, tais como o critério de periculosidade como pressuposto essencial na aplicação da sanção, além de indeterminação do prazo temporal de sua execução, aspecto este que afronta diretamente uma cláusula pétrea da Constituição Federal.

Palavras-chave: Medida de segurança. Periculosidade. Limitação Temporal. Sistema de Custódia Brasileiro. Ressocialização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 1. Esboço Histórico da Evolução da Medida de Segurança	09
1.1 Breve história do Direito Penal	09
1.1.1 Períodos do Direito Penal	10
1.2 Teorias da Pena	11
1.3 Escolas Penais	14
1.4 Esboço histórico da doença mental	16
1.5 Primeiras composições legislativas da Medida de Segurança	18
1.6 Instituto da Medida de Segurança em Direito Comparado.....	21
CAPÍTULO 2. Inimputabilidade Penal e Aplicação da Medida de Segurança	24
2.1 Distinções entre pena e medida de segurança	24
2.2 Culpabilidade	26
2.2.1 Teorias dogmáticas da culpabilidade	26
2.3 Inimputabilidade Penal	30
2.4 Causas de exclusão da imputabilidade	33
2.5 Espécies de medida de segurança	36
2.6 Pressupostos legais de aplicação da medida de segurança	38
CAPÍTULO 3. Limitação Temporal e Periculosidade Criminal – A Inconstitucionalidade não declarada	40
3.2. Limites às Medidas de Segurança no Estado Democrático de Direito	40
3.2.1. Princípio da Legalidade	41
3.2.2. Princípio da proporcionalidade e da intervenção mínima	42
3.2.3. Princípio da Dignidade da pessoa humana	43
3.3. Duração das medidas de segurança	45
3.4. Direitos e deveres dos internados	48
Considerações Finais	51
Referências Bibliográficas	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo realizar um estudo acerca da aplicação da medida de segurança na legislação brasileira, fazendo uma análise sobre o que dispõe a Constituição Federal de 1988, o Código Penal Brasileiro e a Lei de Execução Penal – lei nº 7.210/84, acerca do sistema de internação custodiada no Brasil e do tratamento a ser dispensado pelo Estado aos custodiados em busca de sua ressocialização. Inicialmente, o interesse pelo assunto surgiu diante da realidade caótica em que se encontra o sistema prisional brasileiro em geral, motivando a realização de uma pesquisa sobre uma pequena parcela de indivíduos que são submetidos à uma das espécies de sanção penal previstas em nosso ordenamento jurídico: os inimputáveis.

Para a elaboração deste trabalho, foram usados os métodos de análise de resultados indutivo e dedutivo. A metodologia utilizada se concentra, especialmente, em pesquisa bibliográfica e análise documental, envolvendo o estudo das legislações pertinentes aos institutos da pena e da execução penal, de forma sistemática.

No primeiro capítulo será realizada um breve esboço histórico do Direito Penal, destacando a evolução histórico-cultural das sanções penais, bem como, os métodos de execução da pena adotados ao longo dos tempos. Serão também abordadas as Teorias da Pena e as Escolas Penais, momento em que será possível realizar uma análise mais detalhada não apenas das finalidades da sanção penal, mas da própria concepção de Estado e da legitimidade do *jus puniend*. O capítulo será encerrado com uma breve análise acerca do início da codificação das medidas de segurança nos ordenamentos jurídicos de diversos países, com um destaque especial à sua evolução no Direito Brasileiro.

No segundo capítulo será discorrido sobre os pressupostos essenciais para a caracterização e aplicação da medida de segurança, ocasião em que serão abordados temas como a ausência de culpabilidade do agente inimputável e os critérios para aferição de sua inimputabilidade penal. Ainda neste capítulo, será discutido as espécies de medida de segurança adotadas no Brasil e as recorrentes críticas doutrinárias ao atual modelo estrutural dos hospitais de custódia brasileiros, caracterizados por seu aspecto exclusivamente prisional. Por fim, serão elencados os pressupostos legais para a aplicação da medida de segurança, destacando-se aqui a adoção da periculosidade criminal como mero juízo abstrato de probabilidade de reincidência.

No terceiro capítulo será realizada uma abordagem acerca da inconstitucionalidade não declarada de dois aspectos essenciais na aplicação da medida de segurança: a

periculosidade criminal, vista como critério vago e abstrato, e a indeterminação do lapso temporal do cumprimento da medida, visto como critério absolutamente arbitrário. Neste capítulo, serão indicados os principais pontos em que o instituto da medida de segurança afronta diretamente os princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, tomando por base dados científicos, notícias de casos concretos e a doutrina penalista brasileira. Por fim, será discorrido acerca da obrigação estatal em prestar assistência ao custodiado, destacando as exigências necessárias para o funcionamento adequado dos estabelecimentos de custódia e tratamento psiquiátrico e o efetivo respeito aos Direitos Humanos.

CAPÍTULO I

ESBOÇO HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

1.7 Breve história do Direito Penal

A história do direito penal confunde-se com a própria história da humanidade, evoluindo à medida em que o Estado e a sociedade também evoluíam. Onde existia o homem, iminentemente também existiriam as transgressões. Portanto, é impossível analisar a história da humanidade desvinculada do Direito Penal, uma vez que, desde os primórdios, a espécie humana organizou-se em sociedade e, conseqüentemente, violou regras de convivência, tornando-se fundamental a aplicação de uma punição e a existência de um ordenamento coercitivo que visasse garantir a paz social e restabelecê-la, quando violada.

Segundo o professor André Estefam, inicialmente, a ideia de Direito Penal e de sanção penal estava ligada à retribuição, dando ao criminoso a compensação do mal que havia causado. Afirma o autor que, “registram os historiadores que nas tribos, desde a Antiguidade, já se notava, incutida no espírito humano, a ideia de castigo por atos lesivos a terceiros, muito embora, em tempos remotos, era a vingança que imperava”.¹ Logo percebeu-se que a finalidade meramente retributiva da punição era insuficiente para satisfazer um dos principais objetivos do encarceramento: a recuperação do criminoso e seu retorno ao convívio social. A partir daí, viu-se a necessidade de aplicar também a pena de natureza preventiva, cuja finalidade era intimidar os infratores em potencial, além de compensar proporcionalmente ao criminoso efetivo o mal que causou. Contudo, posteriormente, os aplicadores da pena se depararam com outro problema. Alguns infratores não apresentavam plena capacidade de se autodeterminar, ou seja, no momento do fato não possuíam pleno discernimento acerca da ilicitude do ato. Nesse contexto, tornou-se necessária a divisão da sanção penal em duas espécies: a pena e a medida de segurança.

O foco deste trabalho é a análise da aplicação da medida de segurança. Não seria possível um estudo aprofundado acerca da evolução histórica do Direito Penal e da sanção penal; por esta razão, nos limitaremos a um breve esboço histórico sobre o surgimento e evolução de tais temáticas.

¹ ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.35.

1.7.1 Períodos do Direito Penal

A história do Direito Penal pode ser dividida em três grandes períodos, que não necessariamente se manifestaram de modo totalmente linear ou subsequente, numa progressão organizada, mas se assemelharam nos princípios, períodos e características.

O primeiro período, chamado doutrinariamente de *Período da Vingança*, teve início nas origens da humanidade, prolongando-se até o século XVIII. Segundo André Estefam, nesse período, a pena possuía caráter de expiação religiosa, pois, “a vingança de sangue exercida pela vítima ou seus parentes era dever sagrado, visando aplacar a ira da divindade”.² Esse período foi fortemente marcado pela aplicação de penas cruéis e degradantes, sendo comum a pena de morte por decapitação e forca. Não havia, pois, nenhum sistema de princípios gerais e a pena era atribuída como castigos divinos, podendo ser subdividido em três grandes fases: a fase da vingança privada, a da vingança divina e a fase da vingança pública.

De acordo com a doutrina de Heleno Fragoso, a fase da vingança privada era marcada pela vingança entre grupos, isso porque a ofensa proferida a um indivíduo era considerada ofensa para todo o grupo o qual ele pertencia, razão pela qual a vingança era coletiva. Na fase da vingança divina, por outro lado, a violação de uma lei assumia caráter de ofensa aos deuses, punindo-se o infrator por meio de penas cruéis e desumanas, inclusive com o sacrifício da vida, já que o castigo deveria ser proporcional à grandeza da divindade ofendida. Já na fase da vingança pública, a pena assumiu a finalidade de garantia da segurança do soberano e de seu povo, transformando-se em sanção imposta por uma autoridade pública em favor dos interesses de toda a coletividade.³ Esta última fase marcou o início de um controle social pela figura de um soberano. A este respeito, afirma André Estefam:

É de registrar, ainda, que o surgimento do Estado contribuiu decisivamente para uma mudança de enfoque. É dizer, o poder público, em nome da convivência pacífica de seus cidadãos, colocou-se acima dos grupos familiares e retira dos particulares o exercício do direito de punir, transferindo-o a um representante imparcial e equidistante das pessoas diretamente envolvidas no conflito.⁴

O segundo período da evolução histórica do Direito Penal, conhecido por *Período Humanitário*, transcorreu entre os anos de 1850 e 1950. Surgiu diante da atuação de pensadores que contestavam os ideais absolutistas, marcados principalmente pela imposição de penas

² ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.35.

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.7.

⁴ ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.321.

cruéis e arbitrárias. Esse período foi fortemente influenciado pela obra “Dos Delitos e das Penas”, do pensador Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria.⁵

Cesare Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena, entendendo que esta deveria ser proporcional ao delito praticado, nunca transcendendo a pessoa do infrator. Desenvolveu a ideia da estrita legalidade dos crimes e das penas, sistematizando três postulados fundamentais: legalidade penal, estrita necessidade das incriminações e uma penologia utilitária.⁶ Assim, propôs a igualdade de todos perante a lei penal e a afirmação de que as penas só poderiam ser fixadas por leis previamente criadas pelo legislativo. Além disso, segundo Beccaria, a pena deveria possuir finalidade preventiva, somente sendo imposta com o intuito de o condenado não mais voltar a delinquir.⁷ De acordo com Estefam, em suma:

Beccaria insurgiu contra toda sorte de abusos e iniquidades verificadas na legislação criminal até então existente, vociferando contra as penas abusivas e desproporcionais, os julgamentos parciais e os métodos desumanos de produção de prova, como a tortura.⁸

Finalmente, teve início no século XIX, e estendendo-se até os dias atuais, o terceiro período da história do Direito Penal, o denominado *Período Científico ou Criminológico*. Esse período caracterizou-se por grande avanço científico, despontando uma preocupação com o homem que delinque e com os motivos que o leva a isto. Nesse período, o criminoso e o crime passaram a ser analisados sob o ponto de vista da sociologia, e ambos tornaram-se o centro das investigações biopsicológicas.

Um dos marcos desse período foram os pensamentos de Cesare Lombroso, que deu novo rumo ao Direito Penal, defendendo que o ser humano poderia ser um criminoso nato, refém de características próprias e originárias decorrentes de suas anomalias fisicopsíquicas. Em linhas gerais, defendia que o criminoso já nascia portando a condição de delinquir e ia mais além, chegando a afirmar que a causa da criminalidade residia na epilepsia, uma vez que a doença ataca os centros nervosos e deturpa o desenvolvimento do organismo.

1.8 Teorias da Pena

O estudo das teorias da pena representa, mais que uma abordagem das suas finalidades, uma análise da própria concepção do Estado, vez que a função que este adquire

⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, São Paulo: Madra, 2002.

⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v.1, p. 77.

⁷ Idem.

⁸ ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.321.

acaba por intervir diretamente na função que se delimita de uma sanção penal. Assim, pode-se afirmar que quanto mais desenvolvido um Estado for, mais evoluído será o Direito Penal e a finalidade concedida à pena, sendo esta a forma de controle social mais utilizada pelo Estado.

As finalidades da pena delimitam a concepção do Estado vigente e relacionam-se com a própria origem do Direito Penal, representando uma das formas mais importantes da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado pela Constituição Federal de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil. Daí a importância do estudo das teorias acerca da finalidade da pena, como forma inclusive, de analisar o quão evoluído é o Direito Penal Pátrio. Didaticamente, as teorias da pena se dividem em três: a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista, às quais se passa a analisar.

A *teoria absoluta* tem por finalidade devolver ao infrator o mal injusto por ele causado. Em conformidade com esta teoria, a pena tem finalidade retributiva, funcionando como uma resposta justa do Estado e da sociedade à realização de um mal injusto pelo agente transgressor, que consiste na prática de um crime ou de uma contravenção penal. Dessa forma, segundo a teoria em análise, o agente é punido porque cometeu um ilícito, possuindo a pena o propósito exclusivo de castigar, de fazer justiça, não se preocupando com a pessoa do infrator. De acordo com a doutrina de André Estefam, Kant foi um dos principais adeptos da teoria absoluta e ajudou a construir a ideia de que a punição ocorreria como retribuição pelo crime cometido anteriormente. Nesse sentido:

Para Kant, adepto dessa teoria, mesmo se uma sociedade voluntariamente se dissolvesse, ainda assim, o último assassino deveria ser punido, a fim de que cada um recebesse a retribuição que exige sua conduta. Nota-se, então, que a base das teorias absolutas encontra-se no passado, que demanda reparação.⁹

Não se pode negar que, mesmo não estando condizente com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito, a finalidade da pena imposta pela teoria absoluta é defendida pela maioria da sociedade, que ainda acredita que a compensação e a retribuição é a melhor forma de se punir, pouco preocupando-se com a readaptação social do infrator.

A *teoria relativa*, por outro lado, possuía a concepção de que o crime representa a ocasião para a aplicação da pena, que passa a ter uma finalidade prática, a de prevenção. Em outras palavras, para esta teoria a pena não deve representar um castigo ou uma retribuição, mas, e principalmente, uma oportunidade de viabilizar a ressocialização do preso. Foi a partir da obra de Cesare Breccaria que as penas desumanas e degradantes, comuns no sistema punitivo, cederam espaço para outras, com caráter humanitário, objetivando a recuperação do

⁹ ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.323.

infrator. Aqui, a pena assume a finalidade de prevenir, de evitar a prática de novas infrações penais pelo mesmo delinquente, através de sua ressocialização. Nesse sentido, sintetiza o professor André Estefam:

Não mais se admitia que a pena possa servir como simples mecanismo de retribuição. Não se justifica a imposição de um mal tão grave e acentuado sem que haja, por detrás, a busca de um fim ulterior, de uma meta superior. Seus adeptos, então, aduzem que a finalidade superior consistiria justamente em evitar a ocorrência de novos crimes: pune-se para não delinquir.¹⁰

Essa função preventiva da pena subdivide-se em prevenção geral e prevenção especial. A prevenção geral visa o controle da violência em si, buscando diminuí-la e evitá-la. Visa prevenir toda a sociedade em si, evitando que os indivíduos venham a praticar ilícitos penais, assumindo duas concepções distintas, uma positiva e outra negativa.

Pela prevenção geral negativa, também conhecida como prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor reflete junto à sociedade, tendo o propósito de intimidar os possíveis delinquentes acerca da gravidade da pena, produzindo efeitos inibitórios à prática de condutas delitivas. Em contrapartida, a teoria da prevenção geral positiva, consiste em utilizar a pena como exemplo da existência, eficiência e validade do Direito Penal, mostrando aos indivíduos que o Estado possui leis rígidas, que serão aplicadas a todos os indivíduos, reforçando a confiança jurídica do povo.

Há ainda, a prevenção especial, que se destina exclusivamente à pessoa do apenado. A pena, segundo essa concepção, atua visando evitar que determinado indivíduo volte a praticar delitos no futuro, buscando demonstrar ao autor do fato que ele agiu contrariamente à lei, justificando sua permanência, durante algum tempo, na clausura como forma de prevenir a reincidência e de iniciar a reeducação. A prevenção especial também subdivide-se em negativa e positiva.

Pela prevenção especial negativa, a pena serve para intimidar o condenado para que ele não volte a delinquir. Tem o objetivo de neutralizar o apenado, com sua segregação no cárcere, o impedindo de praticar novas infrações penais, ao menos contra a sociedade da qual fora retirado. Já segundo a prevenção especial positiva, a pena tem a finalidade de ressocializar, reeducar, readaptar o condenado ao convívio social, fazendo com que o indivíduo desista de praticar novos delitos. Nesse sentido, a pena só se justifica quando é meio capaz de promover a ressocialização do apenado, preparando este para o retorno à sociedade com a noção de respeito às regras impostas pelo Direito.

¹⁰ ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.324.

Por fim, tem-se a *teoria mista ou unificadora*, possuidora de dupla finalidade. Segundo esta teoria, a pena deve, simultaneamente, castigar o autor pelo delito praticado e prevenir a prática de novos delitos, assumindo ao mesmo tempo as funções retributiva e preventiva. A sanção aqui, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas seu fim não consiste apenas na prevenção, mas também na educação e correção do preso. Ou seja, a pena passa a ser vista diante de três aspectos: retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

Em conformidade com a redação do caput do artigo 59, do Código Penal vigente, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria mista ou unificadora da pena, já que o mencionado dispositivo legal determina a necessidade de se reprovar e, ao mesmo tempo, prevenir o crime.

Não obstante, parece ser a teoria mista da pena uma solução eficaz tanto para o Estado e sociedade, quanto para o delincente. Há de se enfatizar as inúmeras críticas existentes, não à teoria em si, mas à ineficácia das finalidades da pena frente um sistema carcerário que não proporciona aos detentos as condições mínimas de ressocialização. Dessa forma, pode-se afirmar que hoje a pena assume a finalidade única de retribuição, não conseguindo alcançar a prevenção geral e especial.

1.3 Escolas Penais

As Escolas Penais se estruturaram de forma sistemática e constituíram sistemas de ideias e teorias político-jurídicas e filosóficas, que expressavam o pensamento dos principais juristas acerca da estrutura do crime e fins da pena.

Considerando que a temática deste trabalho não permite um estudo aprofundado de cada uma das escolas penais existentes, por não ser esse seu objetivo, restringir-se-á à análise das principais delas: Escola Clássica, Escola Positiva, Escola Eclética e o movimento da Defesa Social.

A *Escola Clássica* teve seu surgimento entre o final do século XVIII e a metade do século XIX, em reação às arbitrariedades cometidas no Estado absolutista. Uma das principais ideias propagadas por esta Escola era que a culpabilidade tinha por base o livre-arbítrio do homem, sendo ele plenamente livre para escolher entre o lícito e o ilícito e, por esta razão, absolutamente responsável pelos atos que praticava.

De acordo com André Estefam, em decorrência da concepção do livre arbítrio, a responsabilidade criminal era subjetiva e a finalidade da pena era estritamente retributiva, considerada uma forma de fazer justiça e de compensar o mal causado pelo infrator. Assim, “se

uma pessoa, agindo de modo livre e consciente, violasse a lei penal, sofreria o castigo correspondente, por intermédio da pena”.¹¹ O principal representante desta Escola foi o italiano Francesco Carrara, que entendia o crime como um consenso jurídico sustentado pelo jusnaturalismo.

A *Escola Positiva*, por sua vez, surgiu no contexto em que o conhecimento racional, no campo filosófico, cedeu lugar ao experimentalismo, e no campo científico, a ciência se sobrepôs à razão difundida pelos clássicos. Os juristas e pensadores dessa Escola, destaque para Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, buscavam justificativas científicas que explicassem o porquê do homem delinquir, acreditando na sua predisposição orgânica ao crime. Segundo os estudos de André Estefam, foi nesta época que surgiu a ciência da criminologia clínica¹², sob forte influência de Lombroso que, ao desenvolver sua notável classificação de criminoso, apresentou a existência de duas espécies: o criminoso habitual ou ocasional (sendo este louco e passional) e, constituindo uma particularidade da raça humana, o criminoso nato. Continua acrescentando o autor, “diz-se que fora em 1871, ao abrir o crânio de um criminoso chamado Vilela e verificar determinadas anomalias, que Lombroso teve sua inspiração”.¹³

Segundo a doutrina de Luiz Regis Prado, esta Escola caracterizou-se pela defesa do determinismo e por considerar o crime um produto social, assim, para os positivistas o homem agia influenciado por fatores endógenos e uma predisposição orgânica ao cometimento de crimes.¹⁴ Em suma,

Pela concepção positivista, não há vontade humana; o pensamento, o querer, não são mais que manifestações físicas de um processo físico-psicológico que se desenvolve por meio de condutores no sistema nervoso (determinismo positivo), sendo, portanto, o homem um irresponsável.¹⁵

Ainda de acordo com Régis Prado, por renegar a concepção do livre-arbítrio e defender que o criminoso não agia com liberdade, surgiu no campo do positivismo a ideia da perigosidade criminal, representada pelo perigo contínuo que o homem apresenta à sociedade. Foi neste cenário, inclusive, que surgiram os primeiros ideais de aplicação da medida de segurança, isso porque a punição justificava-se como forma de recuperação do criminoso¹⁶.

¹¹ ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.58.

¹² “A criminologia clínica estuda o homem delinquente, para descobrir no indivíduo as causas de seu comportamento antissocial, estabelecendo, através de um prognóstico, o tratamento que conduzirá a sua ressocialização. Surgiu com a obra de Lombroso e deu origem à Escola Positiva”. In: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1, p. 25.

¹³ ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.59.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v.1, p. 83.

¹⁵ *Ibidem*. p. 81.

¹⁶ *Idem*.

A *Escola Crítica ou Eclética* teve posição intermediária entre os pensamentos clássicos e positivistas. Para essa Escola, a responsabilidade penal tem por base a imputabilidade moral, defendendo a inexistência do livre-arbítrio e a concepção de um determinismo psicológico. Para os críticos, o homem agia de acordo com o seu motivo mais forte, podendo ser imputável ou imputável à medida que fosse capaz ou não de se deixar levar pelos seus motivos. Assim, segundo Régis Prado, “o homem estaria determinado pelo motivo mais forte, sendo imputável aquele que é capaz de se deixar levar pelos motivos. Aos que não possuem tal capacidade, deve ser aplicada medida de segurança”¹⁷. Se imputável, o homem estaria sujeito à pena, que tinha finalidade precípua de preservação e defesa da sociedade, no que se denomina prevenção geral.

O movimento da defesa social, iniciado no século XX, teve como principal objetivo substituir o Direito Penal por um direito de defesa da social. O principal fundamento dessa corrente “é a defesa social pela adaptação/ressocialização do delinquente e não pela sua neutralização”.¹⁸ Os representantes dessa escola repudiavam a imposição de penas insuficientes, acreditando ser a principal função do Direito Penal o combate à periculosidade e à criminalidade, vista como fenômeno social. A sociedade teria participação fundamental na luta contra a criminalidade, não somente protegendo-se contra os criminosos, mas também utilizando meios de ação para proteger seus membros do risco de cárem na criminalidade. Ademais, a justiça penal deveria ter como finalidade única a garantia da proteção à pessoa, à vida e ao patrimônio, tornando-se imprescindível que a ideia de responsabilidade moral outrora difundida, fosse substituída pelo critério de periculosidade do infrator. As medidas de segurança e as penas indeterminadas eram amplamente aplicadas, devendo subsistir enquanto presente a periculosidade no agente, representando essa a única forma de possibilitar a proteção da sociedade.

1.4 Esboço histórico da doença mental

Durante a antiguidade pré-clássica, na Grécia e Roma Antiga, acreditava-se que a doença mental provia de ação sobrenatural.

Na Idade Média, considerava-se que a doença mental era resultado de possessões demoníacas, sendo muitas vezes relacionada a feitiçaria. Nesse período, o tratamento

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v.1, p. 83.

¹⁸ *Ibidem*. p. 89.

dispensado aos doentes mentais era fortemente severo e doloroso, tais como tortura, aprisionamento e até mesmo a morte. Os doentes mentais tornaram-se um estorvo para as famílias, sendo comum o abandono nas ruas.

Foi no século XVII que a doença mental foi duramente marginalizada. Os indivíduos que eram abandonados pelas famílias vagavam pelas ruas em busca de caridade e eram comumente confundidos com vagabundos. Na Inglaterra, aqueles que fossem encontrados vagando pelas ruas sofriam punições severas. Como castigo, eram amarrados a um tronco por 3 dias e 3 noites. Os reincidentes eram espancados com chicote e amarrados ao tronco com um pesado colar de ferro preso ao pescoço, ou, marcados a ferro quente e enviados a hospitais gerais. Nesse período, foram criados hospitais sem função curativa para abrigar doentes mentais, criminosos e mendigos.

No Brasil, durante anos a doença mental passou despercebida da sociedade. Durante a Ditadura, até a década de 1970, a vadiagem estava relacionada à falta de documentos. Por essa razão, era comum o aprisionamento e espancamento de mendigos e doentes mentais abandonados nas ruas. Estes últimos, eram cruelmente torturados em prisões comuns, método este tido como curativo, sendo apoiado até mesmo pela ciência. Algumas raras vezes, a família enviava o doente a hospitais psiquiátricos. Nesses locais, o doente era colocado em camisas de força e aprisionados em quartos fortes, totalmente segregados da sociedade. Também eram comuns tratamentos absolutamente cruéis, tais como choques elétricos e operações no cérebro.

Com a chegada do Iluminismo, o mundo sofreu grande influência dos princípios da Revolução Francesa e da Declaração Internacional dos Direitos Humanos. Foi nessa época que veio a surgir os ideais de um tratamento humanizado destinado aos doentes mentais. Foram diversos pensadores que suscitaram e defenderam a separação dos doentes mentais dos ociosos, dando tratamento médico àqueles.¹⁹ Philippe Pinel, na França, liderou uma verdadeira revolução ao propor um tratamento mais humano aos doentes mentais, livre de torturas e aprisionamentos. Difundiu a ideia de que os sintomas mentais advinham das correntes e não da doença mental, sendo imperiosa a necessidade de libertação e tratamento médico aos doentes mentais.²⁰ Seus ideais foram profundamente defendidos por William Tuke na Inglaterra, por Johann Langermann na Alemanha e Benjamin Rush nos Estados Unidos.

¹⁹ NOJOSA, Zenacleide Costa. Limitação Temporal da Medida de Segurança Aplicada aos Inimputáveis. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese/limitacao-temporal-da-medida-de-seguranca-aplicada-aos-inimputaveis,38377.html>>. Acesso em: 21 de set. 2015.

²⁰ SOUZA, Carlos Alberto Crespo. Doentes Mentais em Prisões e Casas de Custódia e Tratamento: Um grande e permanente desafio à psiquiatria e à Lei. Disponível em: <<http://www.polbr.med.br/ano04/art1204a.php>>. Acesso em: 21 de set. 2015.

1.5 Primeiras composições legislativas da Medida de Segurança

Segundo a doutrina de Eduardo Reale Ferrari, durante toda a sua evolução, as medidas de segurança foram o centro das mais variadas concepções teóricas e legislativas. Mas, somente no final do século XIX, por inspiração dos ideais de Franz Von Liszt, o instituto foi efetivamente regulamentado em um ordenamento jurídico, passando a ser tratado como espécie de sanção penal.²¹

Partindo da premissa de que a sanção penal estaria fundamentada na consecução dos fins do próprio Direito Penal e, conseqüentemente, na defesa dos interesses da sociedade, Liszt²² elaborou a concepção de uma “pena-fim”, cuja essência era agregar conjuntamente os fins retributivo e preventivo da pena em uma única espécie de sanção penal. Tal concepção nasceu no cenário dominante da doutrina penal do século XIX, época em que a segregação do infrator, com finalidade de tratamento e ressocialização, começou a ser pensada como forma de substituição eficaz à ideia clássica de retribuição. Contudo, inicialmente, essa concepção de prevenção estava estritamente relacionada à pena (*stricto sensu*), aplicada unicamente ao delinquente imputável, razão pela qual diversos delitos praticados por indivíduos com constatada incapacidade psíquica não tinham punição prevista, restando um forte sentimento de impunidade e medo na sociedade.

Foi nesse cenário, em que o fim retributivo da pena fracassava e a ideologia da prevenção nascia, que formou-se então, sob forte influência da Escola Positiva, uma nova corrente de pensamento que defendia a necessidade de criação de uma nova espécie penal, cuja aplicação coexistiria ao lado da pena. Segundo Eduardo Reale Ferrari, “A crise da pena e a necessidade da defesa social foram os motivos legitimadores do aparecimento da nova sanção – a medida de segurança”.²³ Formou-se então na doutrina penal os primeiros delineamentos acerca da moderna estrutura das medidas de segurança, as quais teriam base eminentemente preventiva.

Foi somente em 1983 que tais concepções foram regulamentadas em um ordenamento jurídico. Inspirado pela ideologia de uma sanção penal de cunho preventivo, Carl

²¹ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.15.

²² Em seus estudos, Franz Von Liszt se inspirou nitidamente por uma concepção preventiva da sanção penal, resultado das transformações do pensamento criminológico ocorrido na época em que viveu, e desenvolveu, a partir de uma influência puramente positivista, a ideia sobre a “pena-fim/pena-defesa”. In: LISZT, Franz Von. **Teoria finalista do Direito Penal**. Campinas: LZN, 2007, p. 18.

²³ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.19.

Stoos desenvolveu o anteprojeto do Código Penal Suíço, integrando e positivando o instituto das medidas de segurança no campo da legislação europeia. Segundo o jurista Nelson Hungria, Stoos percebeu a necessidade de existir de forma complementar ou substitutiva à pena, uma nova espécie de sanção penal que constituísse uma providência curativa aos infratores inimputáveis.²⁴ Foi então, sob a influência dos ideais de Franz Liszt, Enrico Ferri e Cesare Lombroso, que Carl Stoos dispôs no Código Penal Suíço de 1937 as primeiras proposições acerca das medidas penais de segurança, às quais seriam aplicadas complementarmente à pena ou, em alguns casos, de forma substitutiva. À exemplo desta última hipótese, Eduardo Ferrari exemplifica a situação dos agentes considerados “delinquentes incorrigíveis”, cuja aplicação da pena (*stricto sensu*) foi considerada ineficaz por Stoos, cabendo às medidas de segurança não só punir, mas principalmente curar.²⁵ De acordo com a doutrina de Salgado Martins, o Código Penal Suíço baseou a aplicação das medidas de segurança na periculosidade do agente e estabeleceu o seu cumprimento em estabelecimentos especializados, destinados exclusivamente à internação e tratamento de inimputáveis.²⁶

No âmbito da legislação brasileira, a codificação das medidas ocorreu somente com o Código Penal de 1940, que, elaborado durante o regime ditatorial e sofrendo grande influência da legislação penal fascista, consagrou as medidas de segurança como uma resposta jurídica ao delito, adotando a ideologia do fim preventivo da sanção penal. Nesse sentido, a exposição de motivos do Código Penal Brasileiro de 1940 estabelecia expressamente que:

[...] As medidas de segurança não tem caráter repressivo, não são pena. Diferente destas, quer do ponto de vista teórico e prático, quer pelas condições em que devem ser aplicadas e pelo modo de sua execução. [...] São medidas de prevenção e assistência social relativamente ao estado perigoso daqueles que, sejam ou não penalmente responsáveis, praticam ações previstas na lei como crime.²⁷

Segundo Salgado Martins, o Código de 1940 adotou o critério do duplo binário na aplicação da sanção penal, de modo que era possível a cumulação de pena e medida de segurança para sancionar o mesmo delito.²⁸ Na prática, as disposições do Código de 1940 estabeleceram um tratamento fortemente rigoroso e estritamente punitivo ao delincente isento de pena. Isso porque, a legislação penal pretendia defender a sociedade de uma possível perigosidade inerente ao agente inimputável, e para isso, afastá-lo do meio social era a maneira mais eficaz de alcançar esse resultado. As medidas de segurança assumiram a forma de uma

²⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1951, v.3, p. 21.

²⁵ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.30.

²⁶ MARTINS, Salgado. **Sistema do Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: José Kinfin Editor, 1957, p. 434.

²⁷ CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos ao Código Penal de 1940**. Diário Oficial de 31. Dez. 1940.

²⁸ MARTINS, Salgado. **Sistema do Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: José Kinfin Editor, 1957, p. 435.

cruel e indefinida resposta de repressão penal, punindo o agente não pelo delito praticado, mas pela patologia que possuía.

Logo surgiu a necessidade de um novo regulamento capaz de suprir as lacunas deixadas pelo Código de 1940. Foi com essa finalidade que o Código Penal de 1984 entrou em vigor, delimitando a nova estrutura das modernas medidas de segurança no âmbito da legislação brasileira. A inovação do novo regulamento foi tão visível à época que, 30 anos mais tarde, em face da atual legislação penal brasileira, pouca coisa mudou. Para corroborar com tal afirmativa, o doutrinador Virgílio de Mattos elenca três aspectos que, embora adotados na reforma de 1984, são até os dias atuais o centro de acalorados debates no âmbito jurídico brasileiro, quais sejam: “a possibilidade de segregação perpétua, a manutenção do critério da periculosidade e o caráter parcialmente sancionatório das medidas”.²⁹

Segundo o professor Cezar Roberto Bitencourt, a reforma penal de 1984 adotou o sistema vicariante, eliminando definitivamente a aplicação cumulativa da pena e da medida de segurança, de modo que o juiz somente poderia aplicar uma das espécies de sanção penal, afastando o *ne bis in idem*. Nesse sentido:

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 medida de segurança.³⁰

A reforma de 84 inovou o instituto das medidas de segurança seguindo o discurso ideológico daqueles que propunham um fim preventivo para a sanção penal, bem como, vedou expressamente a aplicação de medidas de segurança a agente imputáveis, contudo, permaneceu a indeterminação do prazo temporal de cumprimento da medida. Tal consagração se encontrava na exposição de motivos que precedeu a parte geral do Código, conforme o trecho a seguir:

A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade - pena; periculosidade - medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada medida de segurança. Duas espécies de medida de segurança consagra o Projeto: a detentiva e a restritiva. A detentiva consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, fixando-se o prazo mínimo de internação entre um e três anos. Esse prazo tornar-se-á indeterminado, perdurando a medida enquanto não for verificada a cessação da periculosidade por perícia médica. [...] O Projeto consagra significativa inovação ao prever a medida de segurança restritiva, consistente na sujeição do agente a tratamento ambulatorial, cumprindo-lhe comparecer ao hospital

²⁹ MATTOS, Virgílio de. **Crime e Psiquiatria: uma saída. Preliminares para a desconstrução da Medida de Segurança**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 103.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 858.

nos dias que lhe forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita.³¹

Atualmente, o instituto das medidas de segurança ainda é cercado por diversas impropriedades, razão pela qual continua sendo o centro de inúmeros julgamentos e críticas no âmbito da doutrina penal. Questões como: o modo de execução, a indeterminação do prazo de cumprimento e a estrutura dos estabelecimentos de custódia são alvos de intermináveis debates e diversas tentativas de reformulações legislativas no Brasil e no mundo.

1.6 Instituto da Medida de Segurança em Direito Comparado

A mais antiga medida aplicável aos doentes mentais de que se tem registro ocorreu com os romanos, que excluíam do Sistema Criminal os loucos infratores, impondo-lhes a segregação em casas de custódia como forma de afastar do convívio social as pessoas que apresentavam perigo à coletividade. Contudo, o instituto penal da medida de segurança surge apenas no cenário italiano, sob a forte influência das ideias da Escola Positivista do Direito Penal, a qual defendia a sua aplicação como prevenção e assistência social.

Na Inglaterra do século XIX instituiu-se o “Criminal Lunatic Asylum Act”, que determinava o recolhimento de doentes mentais em asilos específicos para menores. Em 1800, foi construída a primeira instituição com a finalidade de custodiar os penalmente inimputáveis. Sua construção ocorreu como consequência da tentativa de homicídio contra o então rei da Inglaterra Jorge III, praticada por um indivíduo que posteriormente foi declarado insano.³²

A medida de segurança apareceu codificada pela primeira vez no Código penal suíço, em 1893, seguido do Código Penal português, em 1896. Atualmente, o instituto da medida de segurança é amplamente adotado em diversos países, alguns apresentando peculiaridades interessantes, cuja aplicação se torna mais ou menos efetiva dependendo da legislação e nível de desenvolvimento do país. Segundo um estudo realizado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), o tratamento oferecido aos agentes portadores de patologias mentais ao longo dos anos marcou de forma negativa diversas legislações em todo o mundo, de modo que, ainda hoje, alguns países possuem normas que, embora sejam direcionadas especificamente aos agentes inimputáveis, agridem diretamente os Direitos Humanos. Nesse sentido:

³¹ABI-ACKEL, Ibrahim. **Exposição de motivos ao Código Penal de 1984**. Diário do Congresso Nacional de 1º de jul. de 1983.

³² COHEN, Claudio; SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. **Saúde Mental, Crime e Justiça**. 2 ed. São Paulo: Edsup, 2006, p. 123.

Por ironia, em certos países, particularmente onde a legislação por muitos anos não foi atualizada, a legislação de saúde mental tem resultado mais na violação do que na promoção dos direitos humanos de pessoas com transtornos mentais. Isso acontece porque grande parte da legislação de saúde mental inicialmente redigida objetivava salvaguardar pessoas em relação a pacientes “perigosos” e isolar estes do público, em lugar de promover os direitos das pessoas com transtornos mentais como pessoas e como cidadãos. Outra legislação permitia a atenção custodial de longo prazo para pessoas com transtornos mentais que não colocavam nenhum risco à sociedade mas que eram incapazes de cuidar de si mesmas, e isso também resultava em uma violação de direitos humanos.³³

Segundo o professor Fragoso, o estudo do direito comparado se torna mister na percepção dos principais erros e acertos de legislações vigentes nas mais variadas culturas, pois “consiste na comparação de institutos jurídicos ou disposições pertencentes à ordens jurídicas diversas, vigentes em Estados diferentes, à mesma época”.³⁴ Para fundamentar nosso comparativo, passaremos a analisar brevemente a legislação de 3 países, quais sejam, a Noruega, os Estados Unidos da América e a Argentina.

Segundo a ONU, desde 2012 a Noruega apresenta o maior índice de desenvolvimento humano (IDH) do mundo e o menor em reincidência, cerca de 80% dos criminosos não voltam a cometer o crime novamente. A Noruega aboliu a pena de morte para civis em 1905 e a prisão perpétua em 1971. Hoje, apresenta um sistema prisional bastante evoluído, pautado na completa reabilitação do criminoso, em que a pena máxima de prisão não pode ultrapassar 21 anos. Aqui, os apenados em presídios comuns são separados pela gravidade do crime, as celas não possuem grades, sendo oferecido aos detentos pequenos chalés com camas confortáveis, bibliotecas, ginásios para esportes e oficinas de trabalho.³⁵ O Código Penal Norueguês adotou a medida de segurança em 1902, isentando os inimputáveis de pena e lhes destinando o cumprimento da medida em manicômios judiciários com alas de segurança máxima. Se condenado, o inimputável fará novo exame psiquiátrico para atestar a sanidade mental e provar que está apto ao convívio social. Extrapolado o limite temporal de 21 anos, caso ainda exista periculosidade, a medida poderá estender-se por mais 5 anos, até que sua reintegração seja efetivamente comprovada.³⁶

Vizinha do Brasil, desde 2003 a Argentina vem inovando seu sistema prisional, priorizando temas como saúde e qualidade de vida dos presos. O sistema criminal argentino

³³ FREEMAN, Melvyn e PATHARE, Soumitra. **Livro de Recursos sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação**. Genebra, Suíça: Organização Mundial da Saúde, 2001, p. 01.

³⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1, p. 21.

³⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Noruega como modelo de reabilitação para criminosos**. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932086/noruega-como-modelo-de-reabilitacao-de-criminosos>>. Acesso em: 21 de set. de 2015.

³⁶ MELO, João Ozório de. **Noruega consegue reabilitar 80% de seus criminosos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/noruega-reabilitar-80-criminosos-prisoas>>. Acesso em: 21 de set. de 2015.

adota a medida de segurança, isentando os inimputáveis de pena. Contudo, embora a inimputabilidade prevista no Código Penal argentino se limite aos menores de 16 anos e aos portadores de doença mental, cujo discernimento não permitia a autodeterminação do indivíduo à época do fato, a medida de segurança argentina é subdividida em três categorias: a medida educacional, aplicada a infratores juvenis de até 16 anos ou indivíduos encontrados com posse de drogas; a medida curativa, aplicada a infratores cujo estado de insanidade não lhes permitiam discernir a ilicitude do fato; e, a medida de melhoria, dirigida aos infratores multi-reincidentes.³⁷ Segundo o Código Penal argentino, a medida de segurança deve ser cumprida em estabelecimentos especializados, tais como instituições psiquiátricas, educacionais ou correcionais, a depender do ilícito praticado.³⁸

Já nos Estados Unidos da América, a lei federal prevê a inimputabilidade do indivíduo que comete o crime sob o efeito de grave doença mental, isentando-o de culpa. No Estado do Arizona, por exemplo, o acusado pode alegar a insanidade, mas só será beneficiado se conseguir comprovar que no momento do crime não possuía capacidade necessária para discernir o ilícito. Nesses casos, a sanidade do indivíduo é avaliada através de exame psiquiátrico e, caso haja comprovada a doença mental grave, o inimputável é enviado para instituição especializada. Vale destacar que, as defesas que se fundamentam em insanidade mental representam apenas 1% dos casos criminais nos Estados Unidos, isso porque raramente tais alegações de excludente de punibilidade geram êxito nos tribunais norte-americanos. Além disso, caso o acusado seja comprovadamente considerado portador de insanidade mental, será encaminhado a instituição especializada em saúde mental e nela permanecerá até que cesse sua periculosidade.³⁹ Questão polêmica diz respeito à aplicação da pena de morte, adotada em grande parte dos Estados norte-americanos, a indivíduos portadores de doença mental. Em 2002, no chamado caso *Atkins vs. Virginia*, o Estado do Texas proibiu a aplicação da pena de morte para indivíduos que apresentem doença mental. Contudo, não é raro que nos demais Estados adeptos da pena capital, ocorra a aplicação.

³⁷ NETO, Osvaldo de Oliveira Bastos. **Conduta Típica ou Atípica e Medida de Segurança: Desafios do Direito Penal em Direito Comparado**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_conduta-tipica-ou-atipica-e-medida-de-seguranca-desafios-do-direito-penal-em-direito-comparado,54090.html>. Acesso em: 23 de set. de 2015.

³⁸ ARGENTINA. Código Penal. **Código Penal de La Nación Argentina**. Lei 11.179, de 1984. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#2>>. Acesso em: 23 de set. de 2015.

³⁹ MELO, João Ozório. **Advogados nos EUA recebem usar a defesa por insanidade**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-11/advogados-receiam-usar-defesa-insanidade-alguns-estados-eua>>. Acesso em: 21 de set. de 2015.

CAPÍTULO II

INIMPUTABILIDADE PENAL E APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Conforme visto anteriormente, os pressupostos teóricos do Direito Penal sofreram diversas modificações no decorrer de toda a sua evolução histórica, seguindo as concepções de cada contexto social e de cada época. Traçada uma concepção geral das medidas de segurança, ao longo das próximas páginas discorreremos sobre o principal pressuposto de aplicação dessa peculiar espécie de sanção penal: a inimputabilidade. No entanto, primeiro é necessário estabelecer os pontos em que tais medidas se aproximam e se distanciam das penas (*stricto sensu*).

2.1 Distinções entre pena e medida de segurança

É incontestável que os aspectos que diferem as penas das medidas de segurança são mais numerosos que os que apontam suas semelhanças. Em sua obra, o professor André Estefam aponta a principal distinção entre os dois institutos, qual seja, o sujeito que sofrerá a aplicação da pena ou da medida de segurança. Nesse sentido:

Pena e medida de segurança são espécies do gênero sanção penal. A pena é sanção prevista em nosso ordenamento jurídico aos imputáveis, ao passo que a medida de segurança é reservada aos inimputáveis ou semi-imputáveis em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.⁴⁰

Quanto a finalidade de cada instituto, leciona o professor Damásio de Jesus, que a pena liga-se ao sujeito do delito pela culpabilidade, ou seja, pelo juízo de reprovabilidade social. Além disso, afirma o citado autor que a pena possui caráter retributivo-preventivo, visando punir o agente pelo delito praticado ao mesmo tempo em que o ressocializa para voltar à vida em sociedade.⁴¹

Em contrapartida, a medida de segurança apresenta caráter essencialmente preventivo, visando a assistência ao agente e a sua segregação hospitalar, e liga-se ao agente exclusivamente pela periculosidade. Acerca desta última característica, mister destacar o ensinamento do penalista Salgado Martins ao afirmar que, embora a periculosidade do agente

⁴⁰ ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.319.

⁴¹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1999, v.1, p. 545.

seja o pressuposto fundamental para a aplicação da medida de segurança, essa aptidão de reiteração da conduta criminosa, em um primeiro momento, somente será verificada analisando-se apenas a gravidade do delito cometido, não levando-se em conta a capacidade penal do indivíduo.⁴²

De acordo com a doutrina de Nelson Hungria, por possuir caráter retributivo-preventivo, a pena somente poderá ser aplicada como consequência jurídica imposta aos agentes que lesaram um bem jurídico penalmente tutelado. Assim, para validar a execução do instituto, exige-se a prévia prática de um delito por parte do agente. Por outro lado, a medida de segurança tem fundamento no princípio da defesa social, bem como, no pressuposto da periculosidade do agente portador de doença mental. Assim, ao contrário da pena que exige a culpabilidade do agente como pressuposto de execução, a medida de segurança se legitima pelo estado perigoso, devendo ser imposta ainda que o agente não seja responsável. Em suma, o professor Nelson Hungria explica tal situação ao afirmar que “a pena é, conceitualmente, uma reação, um contra-golpe em face do crime já praticado; já a medida de segurança é um preventivo do crime que pode vir a ser praticado”.⁴³

Por fim, destaca-se um dos pontos mais debatidos na doutrina acerca das características intrínsecas à medida de segurança: o limite temporal de sua execução. Primeiramente, cabe esclarecer que, em face da reprovabilidade da conduta do agente, a pena possui um limite temporal de execução determinado, sendo este proporcional à gravidade do delito cometido. No caso da legislação brasileira, segundo o artigo 75 do Código Penal, o limite temporal das penas privativas de liberdade é de 30 anos.⁴⁴ Já no caso da medida de segurança, dispõe o artigo 97, § 1º do Código Penal, que a sua execução possui duração indeterminada, perdurando enquanto não for constatada a cessação da periculosidade do agente.⁴⁵

Em relação a esta característica, é unânime entre os estudiosos do Direito Penal o entendimento de que tal aspecto afronta diretamente a proibição constitucional quanto à perpetuidades das sanções penais. Segundo o professor Bitencourt, a possibilidade de se

⁴² MARTINS, Salgado. **Sistema do Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: José Kinfino Editor, 1957, p. 440.

⁴³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1951, v.3, p. 11.

⁴⁴ Código Penal. “Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 anos. § 1º. Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 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 este fim, o período de pena já cumprido. (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 dez. 1940).

⁴⁵ Código Penal. “Art. 97. § 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 a 3 anos. (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 dez. 1940).

estabelecer uma privação de liberdade de caráter perpétuo não é constitucionalmente legitimado, ainda que tal medida se estabeleça à título de tratamento. Nesse sentido:

Pode-se atribuir, indiscutivelmente, o caráter de perpetuidade a essa espécie de resposta penal, ao arrepio da proibição constitucional, considerando-se que a pena e medida de segurança são duas espécies do gênero sanção penal (consequências jurídicas do crime).⁴⁶

Esse período de duração com caráter indeterminado é alvo de diversas discussões no Direito Brasileiro, tornando o assunto bastante polêmico. Decisões de importantes julgados brasileiros, além de diversos doutrinadores do Direito Penal, constitucionalistas e estudiosos dos Direitos Humanos formam as mais variadas opiniões sobre a constitucionalidade da ausência de limite temporal da medida de segurança. Por questões de didática, reservaremos a análise de cada entendimento acerca desta temática para o capítulo subsequente.

2.2 Culpabilidade

Atualmente, a culpabilidade é tida como um pressuposto de aplicação da sanção penal, definida no juízo de reprovabilidade acerca do indivíduo que praticou o ato típico e ilícito. O juízo de culpabilidade incide sobre o autor do fato para avaliar se ele deve ou não sofrer uma sanção em decorrência da prática uma infração penal. Nesse sentido, Heleno Cláudio Fragoso conceitua a culpabilidade como a “reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao Direito”.⁴⁷ Assim, importante ressaltar que, mesmo que a culpabilidade do agente seja excluída, ainda haverá o crime, embora este não possa ser efetivamente punível em relação ao indivíduo que o praticou. Isso porque os requisitos para a existência do crime são basicamente o fato típico e a ilicitude. Porém, o crime somente poderá ser imputado ao agente se este for declarado culpável.⁴⁸ Ou seja, a culpabilidade possui relação direta com a sanção penal, seja a pena propriamente dita ou a medida de segurança, apresentando-se como limite legal da intervenção do Estado no direito punitivo.

2.2.1 Teorias dogmáticas da culpabilidade

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 863.

⁴⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1, p 240.

⁴⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1999, v.1, p. 454.

Ao longo dos tempos, a doutrina conceituou a culpabilidade a partir de quatro teorias: a teoria psicológica, a teoria psicológico-normativa, a teoria normativa pura e a teoria limitada. De acordo com primeira teoria, a *Teoria Psicológica*, o nível de culpabilidade do agente está diretamente relacionado com o seu posicionamento ante o fato típico e ilícito. Assim, o principal pressuposto da culpabilidade é a imputabilidade, definida como a capacidade do indivíduo de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme esse entendimento. Esta teoria foi adotada no campo da teoria causalista da conduta e recebeu diversas críticas, pois compreendia o dolo e a culpa como espécies da culpabilidade. Quando há dolo, a conduta é considerada reprovável porque o agente agiu com vontade de praticar o ato típico e ilícito; por outro lado, havendo culpa, a ação é reprovável porque o agente não evitou o fato. Damásio de Jesus criticou fortemente a teoria psicológica, afirmando que:

“O erro dessa doutrina consiste em reunir como espécies fenômenos completamente diferentes: dolo e culpa. Se o dolo é caracterizado pelo *querer* e a culpa pelo *não querer*, conceitos positivo e negativo, não podem ser espécies de um denominador comum, qual seja, a culpabilidade. Não se pode dizer que entre ambos o ponto de identidade seja a relação psíquica entre o autor e o resultado, uma vez que na culpa não há esse liame, salvo a culpa consciente. A culpa é exclusivamente normativa, baseada no juízo que o magistrado faz a respeito da possibilidade de antevisão do resultado. Ora, como é que um conceito normativo (culpa) e um conceito psíquico (dolo) podem ser espécie de um denominador comum?”⁴⁹

Em suma, o fracasso da teoria psicológica se deu principalmente por não ser possível aceitar em nosso ordenamento jurídico um vínculo meramente psicológico para aferir a culpabilidade do agente, visto que tal relação é claramente frágil.

Diante disso, posteriormente, surgiu a *Teoria Psicológico-Normativa*, que atribuiu um novo elemento ao conceito de culpabilidade: a inexigibilidade de conduta diversa. Para esta segunda teoria, somente seria culpável o autor do fato típico e ilícito que age com dolo ou com culpa e que, praticou o crime quando podia agir licitamente. Nesse caso, a culpabilidade seria afastada quando não se pudesse exigir do indivíduo um comportamento em acordo com o ordenamento jurídico. Nesta teoria ainda estavam presentes o dolo e a culpa como elementos da culpabilidade, caracterizando a reprovabilidade. Porém, nos casos concretos, quando fosse inexigível ao agente outra conduta, ainda que tivesse agido com dolo ou com culpa, o fato não era reprovável, restando excluída a culpabilidade.⁵⁰ Aqui, a imputabilidade deixou de ser pressuposto da culpabilidade, passando a constituir seu elemento, conjuntamente com o dolo ou a culpa e a exigibilidade de conduta diversa. A teoria psicológico-normativa afastou o conceito puramente psicológico da culpabilidade, atribuindo a este conceito um sentido mais

⁴⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1999, v.1, p. 458.

⁵⁰ *Ibidem*. p. 459.

complexo. Segundo esta teoria, a culpabilidade seria constituída por elementos psicológicos (representados pelo dolo e pela culpa) e normativos (representado pela inexigibilidade de conduta diversa).

A terceira teoria, a chamada *Teoria Normativa Pura*, surgiu com o sistema finalista de Hans Welzel.⁵¹ Inovou ao transferir os elementos psicológicos da culpabilidade para o fato típico, hospedando-os no interior da conduta. O dolo foi transferido para a conduta, englobando o fato típico; a consciência da ilicitude, por outro lado, permaneceu compondo a culpabilidade. A consciência da ilicitude passou a ser potencial, ou seja, não se exigia mais o conhecimento real da ilicitude do fato, bastava apenas que o agente tivesse a mera *possibilidade* de conhecer o caráter ilícito do ato. Assim, a culpabilidade passava a ser um simples juízo de reprovabilidade que recaí sobre o autor de um fato típico e ilícito. Para a doutrina que acolhe a teoria normativa pura, o conceito de culpabilidade é composto por três elementos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Segundo Luiz Regis Prado:

“A imputabilidade, como pressuposto existencial da reprovabilidade, existe ou não de modo geral na situação concreta, independentemente da conduta lícita ou não do agente, e a reprovabilidade diz respeito à conduta ilícita real, de modo que seus elementos constitutivos são todos aqueles necessários para que o autor, imputável, tivesse podido adotar, em relação ao fato concreto, uma resolução de vontade conforme ao Direito em virtude desse conhecimento (real ou possível) do injusto”.⁵²

Resta claro, que os elementos conceituais da culpabilidade estão ordenados hierarquicamente, visto que se o autor do fato é inimputável, não pode ter a potencial consciência da ilicitude. Do mesmo modo, se não possui a potencial consciência da ilicitude, não é possível lhe exigir conduta diversa.

Em decorrência da teoria normativa pura, surgiu a *Teoria Limitada* da culpabilidade, esta considerada pela doutrina espécie da primeira. Conceitua a culpabilidade atribuindo-lhe os mesmo elementos que integraram a teoria estudada anteriormente: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa. A distinção entre as duas teorias reside unicamente ao tratamento dispensado às chamadas discriminantes putativas. Segundo a teoria limitada da culpabilidade, se o erro incidir sobre a norma de proibição subsiste o dolo, podendo ser excluída ou atenuada a culpabilidade, se

⁵¹ ABREU, Iduna Weinert. **A teoria da ação finalista de Hans Welzel**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180958/000357593.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 03 de nov. de 2015.

⁵² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v.1, p. 415.

inevitável ou evitável. Porém, se o erro recair sobre a situação de fato, não subsiste o dolo, podendo responder o sujeito por crime culposo.⁵³

Por fim, a quinta teoria, a chamada *Teoria Funcional* da culpabilidade, sustenta a substituição da culpabilidade baseada em juízos de reprovabilidade por necessidades de prevenção do delito. Basicamente, a teoria funcional desenvolveu-se através de duas premissas: a extensão do conceito de culpabilidade para a esfera da responsabilidade e a teoria da imputação objetiva. A primeira premissa, busca vincular a culpabilidade ao fim de prevenção geral da pena; a segunda passa a exigir o nexó normativo de causalidade a fim de avaliar se o resultado produzido pelo agente podia ser a ele imputado.

Muito se discute na doutrina brasileira sobre qual teoria o atual Código Penal adotou. Em razão da existência de tratamento especial às discriminantes putativas, a doutrina majoritária é no sentido de que o CP acolheu a teoria limitada.

O grau de culpabilidade do agente está diretamente relacionado à dosimetria da pena, é o que se extrai do art. 59 do Código Penal Brasileiro.⁵⁴ Isto porque, a depender do nível de reprovabilidade da conduta, a quantidade de pena a ser concretamente aplicada poderá ser influenciada. De outro modo, o nosso Direito Penal também prevê três possibilidades de exclusão da culpabilidade, são as chamadas dirimentes penais. São elas: A imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

A primeira delas, a imputabilidade, diz respeito à capacidade do agente de entender a ilicitude de sua conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Ao longo dos tempos, o conceito de imputabilidade penal foi amplamente discutido na doutrina penalista mundial, apresentando diversas definições. Embora na atualidade este conceito já se encontre doutrinariamente pacificado, no Direito positivado sua definição é apresentada de forma implícita. Isso porque, o Código Penal Brasileiro não possui disposição acerca do conceito de imputabilidade. Essa definição somente é encontrado, *a contrario sensu*, nos artigos de que tratam da inimputabilidade. Ademais, em uma primeira definição, pode-se concluir que o agente será penalmente imputável quando for possível atribuir-lhe a responsabilidade de determinado ato.

⁵³ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1999, v.1, p. 463.

⁵⁴ Código Penal. "Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...] II. A quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; [...]. (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 dez. 1940).

A segunda excludente de culpabilidade, exige que o agente possua a potencial consciência da ilicitude do fato. Ora, para que a pena aplicada seja justa, é exigível que o agente seja imputável ou, ao menos, potencialmente dotado da possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato. Para essa segunda excludente, quando o autor da infração penal não possuir a mínima potencialidade de compreender os aspectos relativos ao tipo penal e à ilicitude do fato, restará excluída a sua culpabilidade.

Por fim, a terceira excludente diz respeito à exigibilidade de conduta diversa. Para ser possível a convivência harmoniosa, os indivíduos criam expectativas acerca das condutas praticadas por cada membro da sociedade. Para falar-se em exigibilidade de conduta diversa, imaginemos a prática de um ato típico e ilícito; é nesse cenário que, diante das várias condutas possíveis, pressupõe-se que o agente escolha aquela que não contrarie o ordenamento jurídico. Ou seja, trata-se da possibilidade prevista e esperada pela sociedade acerca da conduta diversa daquela praticada pelo agente. Em outras palavras, espera-se de todos os indivíduos o comportamento em acordo com o Direito. Contudo, quando este comportamento não puder ser exigido, por circunstâncias variadas, exclui-se a culpabilidade daquele que age ilicitamente.

Para os fins deste trabalho, não será possível o estudo aprofundado acerca de todas as dirimentes penais acima mencionadas. Contudo, para a melhor compreensão do tema, será necessário que analisemos brevemente o caráter jurídico da imputabilidade penal e suas consequências na aplicação da medida de segurança.

2.3 Inimputabilidade penal

Como visto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro não definiu a imputabilidade penal, ficando esta tarefa a cargo da doutrina. Por outro lado, o Código Penal⁵⁵ estabeleceu, em seus arts. 26 a 28, as hipóteses que conduziriam o agente à inimputabilidade. A imputabilidade penal é a regra; a inimputabilidade, a exceção. Assim, após atingir a maioria penal, presume-se que o agente é imputável. Todavia, essa presunção é considerada relativa, admitindo-se prova em contrário. Nesse sentido, a doutrina penalista admite três critérios para a aferição da inimputabilidade: o biológico, o psicológico e o biopsicológico, os quais passa-se a analisar.

⁵⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 dez. 1940.

Segundo o *critério biológico*, para que o agente seja considerado inimputável, basta-lhe a presença de uma deficiência mental. Afere a inimputabilidade ao agente pela mera presença de causa mental deficiente, não fazendo qualquer questionamento acerca da possibilidade de autodeterminação no momento em que ocorreu o fato. Assim, estando presente a deficiência mental, tem-se excluída a imputabilidade penal, ainda que o agente estivesse lúcido no momento da ação ou omissão. Segundo Damásio E. de Jesus, o sistema biológico leva em conta “a causa e não o efeito” da conduta, pois considera irrelevante o estado mental em que se encontrava o agente no momento da ação ou omissão, deixando de fora da análise a possibilidade do agente de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme esse entendimento.⁵⁶ Este critério não foi adotado pelo Código Penal Brasileiro, sendo alvo de duras críticas em nossa doutrina. É o que entende, por exemplo, Nelson Hungria, afirmando ser impossível a mera associação de uma deficiência mental à inimputabilidade, pois a primeira não necessariamente exclui a segunda.

Não basta diagnosticar, por exemplo, que o agente é portador de psicose maníaco-depressiva, de epilepsia, de paranoia ou de debilidade mental, pois há maníacos depressivos, epiléticos, paranoicos ou débeis mentais que não são desprovidos dos pressupostos psíquicos da responsabilidade: depende isto do período ou grau de evolução da doença ou deficiência mental, da estrutura psíquica do indivíduo e da natureza do crime. Devem ter-se em vista, igualmente, os prolongados “intervalos lúcidos” ou “períodos livres”, próprios de certas doenças mentais. Em qualquer dos casos acima citados, a culpabilidade pode ser menor, e autorizará uma atenuante de pena, mas a responsabilidade não deixa de existir”.⁵⁷

O *critério psicológico*, por outro lado, desconsidera a presença de algum problema mental. Este critério leva em consideração apenas o efeito, deixando fora de análise a causa do comportamento do agente.⁵⁸ Sendo assim, considera-se inimputável o agente que se mostrar incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme esse entendimento, independente do que levou o agente a este resultado. A adoção deste critério foi alvo de diversas críticas na doutrina mundial, pois abria espaço para a discricionariedade do sistema judiciário, permitindo que apenas o julgador fosse competente para decidir sobre a inimputabilidade do agente.

O terceiro e último critério, constitui-se dos dois primeiros. Isso porque, considera inimputável o agente que apresenta alguma deficiência mental e que, em razão disto, não podia entender o caráter ilícito do fato, no momento da ação ou omissão, e nem podia determinar-se conforme esse entendimento. Assim, para a aferição da inimputabilidade, o *critério*

⁵⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1, p. 500.

⁵⁷ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao Código Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 262.

⁵⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1, p. 500.

biopsicológico exige que a causa geradora esteja previamente estabelecida em lei e que atue concretamente no momento da prática do fato delituoso, retirando do autor do delito a inteira capacidade de entendimento e de autodeterminação.

Como visto anteriormente, no Direito Penal Brasileiro, a imputabilidade é a regra. Assim, todo indivíduo maior de 18 anos é presumidamente imputável, a menos que se prove o contrário. Nesse sentido, o Código Penal adotou, como regra, o critério biopsicológico para a verificação da inimputabilidade, visto que em seu art. 26, *caput*, estabelece a isenção de pena ao autor do delito que, no momento do fato, não possuía a capacidade de compreensão da ilicitude ou de determinar-se conforme esse entendimento.⁵⁹ Dessa forma, para a comprovação da inimputabilidade do agente, se faz necessário um laudo médico atestando a deficiência mental e suas consequências no mundo externo. Ademais, em razão do critério adotado em nosso ordenamento jurídico ser o biopsicológico, o Código de Processo Penal Brasileiro⁶⁰ prevê a possibilidade de uma junção de tarefas entre o magistrado e os peritos, de modo a ficar sob a responsabilidade do juiz verificar o caráter psicológico do agente, reservando-se aos peritos a tarefa de elaborar o laudo biológico.

Importante destacar que capacidade psíquica, requerida no ordenamento jurídico brasileiro, necessária para possibilitar a imputação da reprovabilidade pelo fato criminoso ao autor do delito, apresenta dois pontos. Primeiramente, exige-se que o agente possua a capacidade de entender a ilicitude do fato, caso contrário, restará excluída sua culpabilidade. Se o agente possui a capacidade anulada, ou até mesmo limitada, não poderá ser juridicamente reprovado pelo fato praticado, pois dele não se pode exigir a compreensão da ilicitude. Contudo, se por outro lado, o agente possuía a capacidade de compreensão da ilicitude do fato, mas não podia regulá-la à sua conduta, também não poderá ser reprovado pelo resultado. Em ambos os casos, restará excluída a culpabilidade do agente perante o fato praticado, seja por não lhe ser possível exigir a compreensão do ilícito ou por lhe ser dificultosa a possibilidade de autodeterminação. Nesse sentido, Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, sintetizam esse entendimento:

⁵⁹ Código Penal. “Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 dez. 1940).

⁶⁰ Código de Processo Penal. “Art. 149. “Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal”. (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 out. 1941).

É por essa razão que a imputabilidade – entendida como capacidade de culpabilidade – possui dois níveis, um que deve ser considerado como a capacidade de entender a ilicitude, e outro que consiste na capacidade para adequar a conduta a esta compreensão. Quando faltar a primeira, não haverá culpabilidade por ausência da possibilidade exigível de compreensão da antijuricidade; quando faltar a segunda, estaremos diante de uma hipótese de estreitamento do âmbito de autodeterminação do sujeito, nesse caso, por uma circunstância que provem de sua própria incapacidade psíquica.⁶¹

Em suma, para o nosso ordenamento jurídico, o agente somente será considerado inimputável se, no momento da ação ou omissão, não possuía capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme este entendimento. O nosso Código Penal adotou quatro hipóteses que, se presentes no caso concreto, caracterizarão a inimputabilidade do agente. São as chamadas causas excludentes da imputabilidade, as quais passaremos a analisar.

2.4 Causas de exclusão da imputabilidade

O art. 26 do Código Penal Brasileiro, prevê três causas que excluem a imputabilidade penal do agente, afastando a sua culpabilidade acerca da prática do fato delituoso. Em sua redação, o artigo de lei mencionado estabelece que “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.⁶² Em conformidade com este dispositivo legal, pode-se extrair as três causas excludentes da imputabilidade, as quais passaremos a analisar: a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto e o desenvolvimento mental retardado.

A doença mental, primeira excludente de que trata o art. 26 do Código Penal, é um dos pressupostos biológicos da inimputabilidade.⁶³ Neste quadro, a classificação compreende todas as psicoses orgânicas, tóxicas e funcionais capazes de causar alterações no sistema nervoso, produzindo desvios na conduta normal do indivíduo. Segundo Damásio E. de Jesus, pode-se entender a expressão “doença mental” de forma infinitamente ampla, abrangendo, dentre outras, “as psicoses (orgânicas, tóxicas e funcionais, como a paralisia geral progressiva, demência senil, sífilis cerebral, arteriosclerose cerebral, psicose traumática, causadas por alcoolismo, psicose maníaco-depressiva etc.), esquizofrenia, loucura, histeria, paranoia etc”.⁶⁴

⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.559.

⁶² BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 dez. 1940

⁶³ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1, p. 501.

⁶⁴ Idem.

A segunda causa de exclusão da imputabilidade penal, seguindo o critério psicológico, diz respeito ao desenvolvimento mental incompleto. Essa hipótese refere-se aos indivíduos que, no momento da ação ou omissão, não possuíam a inteira capacidade de discernir a ilicitude do ato ou de determinar-se conforme esse entendimento, pois não possuíam a idade penal mínima ou porque não conviveram em sociedade. Segundo Rogério Greco, o legislador constituinte originário brasileiro entendeu que os menores de 18 anos não possuem a inteira completude do discernimento mental, definindo, por essa razão, em 18 anos a idade marco para a responsabilização penal.

A inimputabilidade por imaturidade natural ocorre em virtude de uma presunção legal, em que, por questões de política criminal, entendeu o legislador brasileiro que os menores de 18 anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita imputar a prática de um fato típico e ilícito.⁶⁵

A maioria penal varia muito entre os países, sendo um assunto bastante polêmico em território brasileiro. Na maioria dos estados norte-americanos, por exemplo, adolescentes com idade acima de 12 anos são submetidos aos mesmos procedimentos aplicados aos adultos, inclusive com a imposição de pena de morte e prisão perpétua.⁶⁶ Por outro lado, no Brasil, a idade-limite para a caracterização da inimputabilidade penal é de 18 anos. Porém, atualmente, essa questão é alvo de inúmeros debates, sendo, inclusive, pauta de diversas discussões no nosso Congresso Nacional. Ainda sobre a segunda excludente de imputabilidade, é considerado penalmente inimputável aquele que não convive em sociedade. É o caso dos silvícolas inadaptados, indivíduos que habitam a selva, não possuindo contato com os costumes do “homem civilizado”. Contudo, em oposição ao tratamento dispensado aos menores de 18 anos, no caso dos silvícolas, a inimputabilidade somente será aferida se, no momento do ato, o sujeito não possuía a plena capacidade de entender o caráter ilícito de seus atos. No caso do menor de 18 anos, a mera menoridade afasta completamente a culpabilidade do agente. Por outro lado, com relação ao silvícola, exige-se a inteira da incapacidade de discernimento do ilícito.

Por fim, a terceira excludente de que trata o art. 26 do Código Penal, o desenvolvimento mental retardado. Segundo Damásio E. de Jesus, essa expressão abrange os oligofrênicos (idiotas, imbecis e débeis mentais), além dos surdos-mudos, a depender da

⁶⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13 ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2011, vol. 1, p. 388.

⁶⁶ CAMBRAIA, Danielle. **Unicef: 78% de 54 países têm maioria penal fixada em 18 anos**. Disponível em: <<http://www.pt.org.br/unicef-78-de-54-paises-tem-maioridade-penal-fixada-em-18-anos/>>. Acesso em: 17 de nov. de 2015.

situação.⁶⁷ Nos casos dos oligofrênicos, os sujeitos possuem idade mental inferior à sua idade cronológica.

Importante destacar que, também se inclui nas causas de exclusão da imputabilidade penal, os transtornos mentais decorrentes do uso de substâncias psicoativas lícitas ou ilícitas, tais como as substâncias entorpecentes e até mesmo a bebida alcoólica. Na atualidade, existem diversas drogas que possuem um alto poder de ação sobre o sistema nervoso humano, retirando do indivíduo a capacidade de entendimento de suas ações e lançando-o para fora da realidade. Porém, o mero uso dessas substâncias psicoativas por si só não afasta a imputabilidade do autor da infração.

No caso das drogas ilícitas, o art. 45 da Lei Antidrogas estabelece que, para o efetivo afastamento da imputabilidade penal, é exigível que o uso da substância psicoativa ocorra em razão de dependência ou em decorrência de causas fortuitas ou de força maior. Ainda em conformidade com o mesmo diploma legal, somente será considerado inimputável o agente que, estando sob o efeito de substâncias entorpecentes, era ao tempo do fato, inteiramente incapaz de entender a ilicitude do ato ou de determinar-se conforme este entendimento.⁶⁸ Por outro lado, ao tratar do afastamento da imputabilidade por embriaguez, nossa legislação exclui a hipótese de dependência, adotando apenas a possibilidade da excludente em decorrência de caso fortuito ou de força maior. É o que se extrai do art. 28 do Código Penal Brasileiro, ao atribuir a imputabilidade penal ao agente que comete a infração sob o efeito da embriaguez voluntária ou culposa.⁶⁹

Observa-se que, em ambos os casos, o agente só será considerado inimputável se, em decorrência do uso da substância psicoativa, não for capaz de compreender o caráter ilícito do ato ou de determinar-se em acordo com esse entendimento. Assim, caso ainda remanesça algum resquício de capacidade de entendimento ou de autodeterminação, o agente não terá afastada sua imputabilidade penal. No mesmo sentido, na hipótese do autor da infração fazer uso de substância entorpecente, tais como drogas ilícitas ou bebidas alcóolicas, com o fim

⁶⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1, p. 501.

⁶⁸ Lei Antidrogas. “Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou de força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Lei 11.343/2006**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 ago. 2006).

⁶⁹ Código Penal. “Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal: I. a emoção ou a paixão; II. A embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. §1º. É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 dez. 1940).

preordenado de cometer o crime, não haverá a exclusão de sua imputabilidade e, por consequência, não ficará excluída a culpabilidade. Esta última situação decorre da adoção, pela nossa doutrina e legislação em vigor, da teoria da *actio libera in causa* (ação livre da causa). Segundo esta teoria, o sujeito que embriagando-se propositadamente, a fim de colocar-se em estado de inimputabilidade para cometer o crime, responderá criminalmente pelo resultado a que der causa.⁷⁰

Segundo o professor André Estefam, todas essas excludentes de imputabilidade, devem estar presentes no exato momento da praticada conduta delituosa. Ou seja:

O requisito temporal é fundamental. Significa dizer que ao tempo da ação ou omissão criminosa é que se deve analisar a capacidade de entendimento e compreensão da ilicitude do fato, bem como a possibilidade de autodeterminação.⁷¹

2.5 Espécies de medida de segurança

O instituto da medida de segurança é a modalidade de sanção penal, com finalidade preventiva e de caráter terapêutico, destinada ao tratamento e ressocialização de indivíduos considerados penalmente inimputáveis ou semi-imputáveis. Como visto anteriormente, existem quatro aspectos que o distinguem da pena propriamente dita. Afinal, muito se discute na doutrina acerca das semelhanças práticas entre pena e medida de segurança.

Primeiramente, o pressuposto de aplicação da pena é a existência de culpabilidade do agente. O grau dessa culpabilidade, inclusive, é determinante na quantidade de pena a ser aplicada, seja para a pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou para a pena de multa. Por outro lado, com relação à medida de segurança, o seu pressuposto de aplicação é exclusivamente a periculosidade do autor da infração. Essa periculosidade consiste na efetiva probabilidade do agente, inimputável ou semi-imputável, de praticar novos atos ilícitos. Assim, busca-se, com a sua aplicação, evitar que o sujeito volte a incorrer em novos delitos, daí seu caráter preventivo. Ademais, esse caráter inteiramente preventivo da medida de segurança apresenta-se como o segundo aspecto de distinção. Isso porque, como visto no Capítulo 1 deste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria mista ou unificadora da pena, atribuindo a elas uma dupla finalidade de aplicação, isto é, o caráter retributivo e preventivo. Já com relação as medidas de segurança, destinam-se exclusivamente à prevenção de novas infrações penais. O terceiro aspecto refere-se aos destinatários de cada um dos institutos. As penas são destinadas aos imputáveis e semi-imputáveis, já as medidas de segurança são

⁷⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1, p. 512.

⁷¹ ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.288.

destinadas aos penalmente inimputáveis ou, ainda, aos semi-imputáveis. Por fim, o quarto aspecto de distinção corresponde à duração do cumprimento de ambas as sanções penais. De um lado, tem-se a aplicação da pena, cujo período de duração é legalmente determinado e proporcional ao grau de reprovação pelo crime. Do lado oposto, o instituto da medida de segurança que detém um prazo de caráter indeterminado, no que se refere à sua duração máxima.

Para melhor entender o método de execução da medida de segurança, é necessário que se conheça as duas espécies de cumprimento do instituto. De acordo com o Código Penal, há duas espécies de imposição das medida de segurança no ordenamento jurídico brasileiro: a internação e o tratamento ambulatorial.

A internação hospitalar é aplicada, em regra, aos inimputáveis, podendo se estender aos semi-imputáveis que necessitem de tratamento curativo especial. Divide-se em quatro modalidades, sendo as duas primeiras aplicáveis extrajudicialmente a qualquer indivíduo portador de patologia mental, no caso concreto em que não haja a presença da prática de uma conduta criminosa. Trata-se da internação voluntária, aplicada quando há o consentimento do indivíduo e a internação involuntária, aplicada sem o consentimento do sujeito, porém, mediante pedido de terceiro interessado. Por fim, têm-se a internação hospitalar compulsória, esta última direcionada especialmente aos agentes infratores que à época do fato eram inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito de suas condutas ou de determinar-se conforme este entendimento. Em razão de corresponder a uma medida de segurança detentiva, a lei 10.216/2001 regulamentou que a internação de caráter compulsório somente poderá ser aplicada aos casos em os demais recursos hospitalares se mostrarem insuficientes ou ineficazes, assegurando-se, desta forma, que a finalidade de tratamento e ressocialização não seja desviada.

Grande parte da doutrina entende que, segundo o artigo 97 do Código Penal, a internação hospitalar será adotada como espécie de cumprimento da medida somente quando o agente inimputável incorrer em infração penal punível com pena de reclusão. Por outro lado, alguns doutrinadores parecem discordar de tal afirmativa, a exemplo de Guilherme Nucci que entende ser o grau de periculosidade do agente o fator determinante da espécie de medida a ser aplicada. Segundo o autor: “esse preceito é nitidamente injusto, pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas”.⁷²

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito penal: Parte Geral: Parte Especial**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 563.

Segundo o artigo 96, inciso I, do Código Penal, a medida de segurança detentiva, ou seja, de internação, deverá ser cumprida em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP) ou, à falta destes, em outro estabelecimento adequado.⁷³

2.6 Pressupostos legais de aplicação da medida de segurança

Segundo a doutrina unânime do Direito Penal brasileiro, o magistrado somete poderá aplicar a medida de segurança ao agente que, no caso concreto, apresentar três requisitos essenciais: a prática de um fato típico e antijurídico, ausência de imputabilidade plena e periculosidade criminal.

Como visto no capítulo anterior, o Código Penal de 1984 afastou completamente do ordenamento jurídico brasileiro a hipóteses das medidas de segurança fundadas exclusivamente na periculosidade criminal do agente, passando a exigir a identificação de um injusto penal cometido previamente que legitime a aplicação da sanção. De acordo com o professor Bitencourt, a medida de segurança não poderá ser aplicada ao agente que praticar um fato típico e ilícito, ainda que seja inimputável, se a sua conduta for justificada por excludentes de tipicidade ou de ilicitude, cujas presenças descaracterizam o injusto penal.⁷⁴ Ademais, essa exigência busca também resguardar o princípio da lesividade. Segundo a doutrina de Rogério Greco, uma das principais finalidades do princípio da lesividade é justamente a de “impedir que o agente seja punido por aquilo que ele é, e não pelo que fez”.⁷⁵ Dessa forma, ao exigir a prévia prática de uma conduta prevista como crime, o ordenamento jurídico afasta definitivamente a possibilidade de alguém ser penalizado exclusivamente pelo seu “ser”. Pela mesma razão, a exigência da prática do injusto penal impede também, segundo Bitencourt, que a medida de segurança seja imposta nas hipóteses em que restarem ausentes provas inequívocas de autoria e materialidade do delito.⁷⁶

O segundo pressuposto de aplicação da medida de segurança refere-se à comprovação da inimputabilidade do agente, decorrente de doença ou perturbação mental. Segundo afirma Greco, foi também na reforma penal de 1984 que o ordenamento jurídico brasileiro afastou o sistema do duplo binário, bem como, vedou completamente a possibilidade

⁷³ Código Penal. “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”. (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 dez. 1940).

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 860.

⁷⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v.1, p. 57.

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 860.

de aplicação da medida de segurança à agentes com plena capacidade de culpabilidade, ou seja, aos imputáveis.⁷⁷ Esse pressuposto está compilado no artigo 96 do Código Penal que adota claramente o critério biopsicológico-normativo para legitimar a aplicação da medida de segurança. Assim, de acordo com a lição do professor Damásio de Jesus, tal critério “toma em consideração a causa e o efeito”, não atendendo apenas as razões psicológicas geradoras da inimputabilidade, mas também levando em conta as consequências que essa anomalia irá causar na capacidade de entendimento do agente.⁷⁸

A semi-imputabilidade, por outro lado, pode ocasionar uma situação diferenciada. Isso porque, o desenvolvimento mental retardado possibilita uma limitada, porém existente, capacidade de compreensão do ilícito e da condição de se autodeterminar conforme este entendimento. Nesses casos, segundo Bitencourt, “o semi-imputável só excepcionalmente estará sujeito à medida de segurança, isto é, se necessitar de especial tratamento curativo, caso contrário, ficará sujeito somente à pena: ou pena ou medida de segurança, nunca as duas”.⁷⁹ Vale destacar que caberá ao exame médico-pericial a constatação da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente.

Por fim, o terceiro pressuposto de aplicação da medida de segurança trata-se da periculosidade criminal do agente. Como visto no capítulo anterior, a periculosidade foi adotada pela legislação brasileira com o advento do Código Penal de 1940 e por muito tempo serviu como justificativa para a aplicação de medidas de segurança pré-delitivas. Nesse período, para a aplicação das medidas, bastava apenas a verificação da mera possibilidade do agente vir cometer algum injusto penal que pudesse colocar a ordem pública em risco.

Por outro lado, após a reforma de 1984 o conceito de periculosidade criminal foi completamente inovado, afastando do ordenamento jurídico a possibilidade da aplicação da medida preceder a prática do injusto penal. O professor Bitencourt define a periculosidade criminal como “um estado subjetivo mais ou menos duradouro de antissociabilidade”, e completa afirmando que a sua verificação nada mais é que um “juízo de probabilidade”, em que leva-se em conta a real possibilidade do agente voltar a praticar a conduta delituosa.⁸⁰ A doutrina penal dividiu a periculosidade criminal em duas espécies distintas: a periculosidade real e a presumida. A primeira, reconhecida pelo juiz, aplica-se exclusivamente aos semi-imputáveis, enquanto a segunda aos inimputáveis.

⁷⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v.1, p. 683.

⁷⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1, p. 500.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 860.

⁸⁰ Idem.

CAPÍTULO III

LIMITAÇÃO TEMPORAL E PERICULOSIDADE CRIMINAL

– A INCONSTITUCIONALIDADE NÃO DECLARADA

Segundo a doutrina penal brasileira, a construção legislativa relativa à medida de segurança padece de inúmeros flagrantes de inconstitucionalidade. Principalmente porque, como visto anteriormente, o instituto das medidas foi regulamentado em face do Código Penal de 1940, cujas disposições eram próprias à época. Dessa forma, a situação que, já na década de 1940 era alvo de diversas críticas doutrinárias, agravou-se intensamente na atualidade, de modo que o novo cenário brasileiro realçou a incompatibilidade do instituto com as reais necessidades dos inimputáveis.

Diante dessa estruturação, inúmeras críticas doutrinárias tem sido levantadas a respeito do alcance do instituto das medidas de segurança às reais finalidades político-criminais da Constituição Federal de 1988, trazendo à tona uma sorte de questões de grande interesse social, como: a (in)eficiência dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico no tratamento de agentes portadores de transtornos mentais, a indeterminação do prazo de cumprimento da medida de segurança e a adoção da periculosidade criminal como pressuposto fundamental para aplicação do instituto.

3.1 Limites às Medidas de Segurança no Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988, logo em seu artigo 1º, determina que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.⁸¹ Para materializar os valores contidos neste dispositivo legal, o legislador constituinte elencou um significativo rol de direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

⁸¹ Constituição Federal de 1988. “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: I - a soberania; II - A cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988).

Segundo a doutrina de Fragoso, o Direito Constitucional está diretamente ligado ao Direito Penal e tem por entre outras finalidades: a função de estabelecer a efetiva estrutura política e administrativa do país, bem como, firmar princípios que constituam a garantia da liberdade pessoal frente ao Poder Público. Por tais razões, todos os ramos do Direito devem subordinar-se integralmente às premissas e diretrizes constitucionais. No caso do Direito Penal, mister destacar que todas as sanções penais só se legitimam quando baseadas nos princípios constitucionais.⁸²

Pode-se afirmar que uma das principais características de um Estado Democrático de Direito é a garantia a todos os seus cidadãos, indiscriminadamente e de forma contínua, da dignidade e da cidadania, tanto nos seus aspectos políticos, quanto nos sociais. Trata-se, sobretudo, de valores conferidos a todo e qualquer cidadão, brasileiro ou estrangeiro aqui residente, não podendo ter tratamento diferenciado as pessoas criminalmente condenadas ou sob custódia e tratamento do Estado. Não obstante estarem cumprindo uma sanção penal imposta pelo Estado em razão de uma ameaça ou violação a algum bem juridicamente tutelado, os indivíduos submetidos ao cumprimento de uma sanção penal devem ter assegurados todos os direitos necessários para lhes garantir dignidade e cidadania, em condições, inclusive, especiais, justamente pelo estado em que se encontram. Ao Estado caberá a proteção, respeito e garantia dos direitos individuais, devendo implementar todas as medidas necessárias para o cumprimento da sanção penal em acordo com as diretrizes constitucionais.

Embora a Constituição Federal não se refira expressamente às medidas de segurança no que concerne à aplicação dos direitos e garantias fundamentais do apenado, é inevitável reconhecer que todos os princípios constitucionais atinentes às penas valem, analogamente, em razão da similaridade das sanções, aos inimputáveis e semi-imputáveis.

3.1.1 Princípio da Legalidade

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da legalidade em seu artigo 5º, inciso XXXIX, ao dispor que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Segundo Bitencourt, esse enunciado traduz a maior garantia constitucional contra o *jus puniendi* estatal, de modo que ninguém poderá ser punido ou

⁸² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.1, p. 07.

submetido às sanções penais pela prática de uma conduta que não esteja previamente descrita em lei como infração penal. Nesse sentido:

O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. [...]. Pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.⁸³

À princípio, o âmbito de aplicação do princípio da legalidade estava limitado apenas às penas (*stricto sensu*), sendo sua incidência estendida às medidas de segurança apenas com a reforma penal de 1984. Com base no enunciado do artigo 5º, inciso XXXIX, da vigente Constituição Federal, é possível extrair três observações primordiais quanto à aplicação do princípio da legalidade no âmbito das medidas de segurança. Primeiramente, para legitimar a execução da medida de segurança, é necessário a prévia cominação legal da conduta praticada pelo agente, sendo vedada a aplicação de medidas não previstas na legislação à época do fato. Ademais, tem-se a possibilidade de aplicação da analogia apenas para esclarecer ou preencher determinadas lacunas do tipo penal, sendo, porém, absolutamente proibido recorrer a esta fonte do Direito para agravar a sanção aplicada. Por fim, exige-se do ordenamento jurídico a existência de leis claras e precisas, afastando-se a possibilidade de aplicação de normas gerais. Com relação à execução das medidas de segurança, este último ponto reflete diretamente na necessidade de pressupostos legais de aplicação, tais como: periculosidade isenta de analogia e limitações temporais de execução previamente definidas em lei.

Embora o legislador tenha estabelecido pressupostos claros quanto à execução das medidas de segurança, há dois pontos limitadores do princípio da legalidade na aplicação desta sanção. O juízo de periculosidade e a indeterminação da duração de sua execução representam as maiores críticas da doutrina penal acerca das medidas de segurança. Segundo o Dicionário Técnico Jurídico, a periculosidade criminal é a “qualidade do que for perigoso, ou seja, a condição do indivíduo que, por sua má índole ou antecedentes criminais, oferece perigo à sociedade”.⁸⁴ A imposição da medida baseada na periculosidade, ou seja, na mera probabilidade de reincidência, ofende diretamente não só o princípio constitucional da legalidade, mas também as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. O problema se apresenta na impossibilidade de contestar a qualidade de perigoso do agente, afinal de contas, é praticamente nula a possibilidade de provar que determinado indivíduo não irá praticar um injusto penal no futuro.

⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 860.

⁸⁴ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 10 ed. São Paulo: Rideel, 2007.

3.1.2 Princípio da proporcionalidade e da intervenção mínima

O princípio da proporcionalidade encontra-se implícito no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, tendo por finalidade limitar as intervenções estatais desnecessárias e desproporcionais, bem como, garantir a liberdade individual. Sua aplicação no Direito Penal diz respeito à relação proporcional da resposta penal com a gravidade do delito cometido, ganhando enfoque em duas situações principais: na exclusão da possibilidade do Poder Legislativo em elaborar normas cujas cominações legais sejam desproporcionais à gravidade do delito e, principalmente, na vedação por parte do Poder Judiciário de fixar sanções desproporcionais à real gravidade do injusto penal cometido.

O princípio da proporcionalidade atua complementarmente ao princípio da intervenção mínima. Este último foi inicialmente previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, vindo a ser um dos pilares que hoje sustenta o Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Firma a ideia de subsidiariedade do Direito Penal, autorizando sua atuação somente em situações *ultima ratio*, ou seja, quando outro ordenamento jurídico menos lesivo se mostrar insuficiente no amparo legal de determinado bem jurídico. É essa proibição de excesso da punibilidade estatal à que devem estar adequadas todas as espécies de sanção penal, sem exceção.

Aplicar uma sanção penal cujo limite temporal não está previamente determinado, além de gerar uma incontrolável situação de insegurança jurídica, constitui um grave flagrante aos direitos individuais. É exatamente neste aspecto que resta claro a não aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, bem como, do princípio da intervenção mínima com relação à medida de segurança. Esta problemática se torna ainda mais flagrante com a atual redação do artigo 97, §1º, do Código Penal, o qual prevê a cessação da medida de segurança somente quando atestada a cessação da periculosidade criminal. Nesse sentido, de acordo com Luiz Flávio Gomes, dada a imprevisibilidade da cessação da periculosidade e, conseqüentemente, a ausência de um patamar máximo de sua execução, as medidas de segurança acabam por tornar a intervenção estatal desproporcional e excessiva.⁸⁵

3.1.3 Princípio da Dignidade da pessoa humana

⁸⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Duração das medidas de segurança**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 1, v.2, p. 69, abr./jun. 1993. Apud. ZILBERMAN, F. **As medidas de segurança em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 2009. 194f. Dissertação de Mestrado. PUC-SP. São Paulo, 2001, p. 39.

O princípio da dignidade da pessoa humana está expressamente previsto no artigo 1º da Constituição Federal, constituindo um dos fundamentos irrenunciáveis do Estado Democrático de Direito. No âmbito do Direito Penal, este princípio ganha enfoque na Carta Magna, em seu inciso XLVII, do artigo 5º, ao vedar a aplicação de penas de morte, de caráter perpétuo, de banimento, de trabalhos forçados e cruéis. Tal disposição é também ratificada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, cuja elaboração em 1948 é considerada o maior marco da história dos Direitos Humanos em todo o mundo, estabelecendo que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.⁸⁶

O princípio da dignidade da pessoa humana exige a presença de condições mínimas para o cumprimento das sanções penais estabelecidas, respeitando a integridade física e moral dos presos e obedecendo a finalidade de cumprimento a que cada sanção penal se destina. Desse modo a Constituição Federal estabelece que a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos adequados, respeitando-se a natureza do delito cometido, bem como, a idade e o sexo do apenado. No caso das medidas de segurança, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, o funcionamento adequado das unidades de custódia e tratamento psiquiátrico deve proporcionar aos internados uma boa estrutura física, com ambiente salubre, alimentação suficiente e boas condições de higiene, oferecendo atividades e serviços voltados ao tratamento e reeducação, sendo este o elemento essencial para a ressocialização.

Durante décadas, os estabelecimentos de internação e custódia foram alvo de diversas críticas por afrontar diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Foi apenas em 1989 que o sistema manicomial entrou nos debates legislativos, sendo objeto de projeto de lei de autoria do então Deputado Federal Paulo Delgado, que buscava principalmente a regulamentação dos direitos da pessoa com deficiência mental, a extinção dos manicômios judiciário em todo o país, bem como, a adoção de tratamentos mais humanitários.⁸⁷ Contudo, embora tenha tramitado por anos no Congresso Nacional, o projeto de lei não vingou. Uma década depois, em 06 de abril de 2001 foi sancionada a Lei 10.216, cuja finalidade era extinguir completamente a figura do manicômio judiciário e implantar uma nova estrutura de

⁸⁶ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 21 de fev. de 2016.

⁸⁷ AMSTALDEN, Ana; PASSOS, Eduardo. **A Reforma Psiquiátrica Brasileira e a Política de Saúde Mental**. Disponível em: <<http://www.ccs.saude.gov.br/vpc/reforma.html>>. Acesso em 09 de mar. de 2016.

estabelecimentos voltados exclusivamente ao tratamento de agentes inimputáveis: os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (HTCP).⁸⁸

O antigo sistema manicomial era finalmente extinto no Brasil, porém os danos que havia causado permaneciam sendo constantemente lembrados. Nesse sentido, afirma Paulo Delgado:

Corpos nus, estendidos no chão frio de cimento. Amontoados. Rostos descarnados, envelhecidos, embotados. Olhares vazios. Memórias e consciências ausentes, perdidas em algum recanto obscuro da mente. Restos humanos. Apenas vestígios. As imagens chocantes de pacientes psiquiátricos flagrados em pleno abandono nos pavilhões, corredores e quartos de manicômios brasileiros estarreceram o país nas décadas de 70 e 80, quando a imprensa começou a revelar a barbaridade por trás dos muros daquelas solenes e venerandas instituições. Um escândalo.⁸⁹

Embora o advento da Lei da Reforma Psiquiátrica tenha significado um marco na história da psiquiatria, pouca coisa efetivamente mudou na transição da extinção dos manicômios judiciários para a reestruturação do sistema de tratamento e custódia no Brasil. Primeiramente, na prática, apenas o nome dos estabelecimentos mudou, passando de Manicômios Judiciários para Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, permanecendo, essencialmente, o sistema e estrutura dos estabelecimentos em sua forma originária.

Nesse sentido, a doutrina de Renato Marcão critica diretamente a falta de planejamento e interesse estatal na reestruturação dos estabelecimentos, tornando-os claramente inadequados para sua real finalidade: o tratamento e a ressocialização do inimputável. Afirma o autor que as falhas estatais se iniciam no pouco número de estabelecimentos direcionados ao tratamento de inimputáveis e, conseqüentemente, na superlotação dos poucos estabelecimentos existentes, assim, “também é flagrante, e ainda mais grave, a omissão do Estado, que não disponibiliza o número necessário de estabelecimentos e vagas para o cumprimento da medida de segurança de internação, a se verificar em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico”.⁹⁰

3.2 Duração das medidas de segurança

⁸⁸ BRASIL. Lei n. 10.216, de 06 de abril de 2001. **Lei da Reforma Psiquiátrica**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 abr. 2001.

⁸⁹ DELGADO, Paulo. **Abaixo à Barbárie**. Revista Cidadania – Humanização do Tratamento Psiquiátrico no Brasil: A importância da Lei 10.216, de Paulo Delgado, Brasília, Câmara dos Deputados, p. 02.

⁹⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147.

Embora seja positivado o tempo máximo de 30 anos para o cumprimento da sanção penal para apenados imputáveis, o artigo 97, §1º, do Código Penal Brasileiro, estipula que a medida de segurança se dará por prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, por meio de perícia médica, a cessação da periculosidade. Contudo, a questão encontra-se controvertida, pois a Constituição Federal que veda expressamente, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, a imposição de qualquer tipo de pena com caráter perpétuo.

A esse respeito, há três correntes. Alguns doutrinadores seguem o que preceitua o Código Penal, ou seja, a medida de segurança tem duração indefinida. Contudo, há quem sustente ser inconstitucional o prazo indeterminado para a medida de segurança. Essa parte da doutrina se divide nas duas correntes restantes: a primeira alega que razoável seria ter a mesma duração do máximo em abstrato previsto como pena para o delito que deu origem à medida de segurança e, a segunda, por outro lado, sustenta que dada a inconstitucionalidade da pena de caráter perpétuo, a medida de segurança tem a mesma duração máxima de 30 anos, limite fixado dentro dos preceitos constitucionais para a pena privativa de liberdade.

Em regra, após o prazo de 1 ano de internação, deve ser realizado o exame de cessação de periculosidade, para comprovar a sanidade mental da pessoa submetida à medida de segurança ou, pelo menos, o fim da sua periculosidade. O exame deve ser realizado por especialistas em doenças mentais e o laudo encaminhado para apreciação do Ministério Público.

Ocorre que, o exame de sanidade mental ou cessação de periculosidade é indispensável para a desinternação do apenado. Contudo, na prática, passam-se anos até que seja realizado o primeiro exame e não há prazos para que tais perícias sejam repetidas, somando um tempo que supera a razoabilidade e caracteriza um dos principais motivos para a perpetuidade prática da pena. De acordo com a Lei de Execução Penal, o prazo mínimo para o cumprimento de medida de segurança é de 1 a 3 anos, tempo considerado suficiente para que sejam realizados todo o tratamento e exames necessários para a reabilitação do interno. Em contrapartida, nos casos de doenças mentais mais graves, o tempo de internação poderá ser prorrogado por tempo indeterminado, até que seja comprovada o fim da periculosidade.

Os atrasos na realização do exame de sanidade mental ou de periculosidade já foi tema de diversos julgados. A esse respeito, o julgado do Superior Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DANO QUALIFICADO. PACIENTE CUSTODIADA EM HCTP (HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO). EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

I - O excesso de prazo para a conclusão da instrução processual é manifesto. A paciente se encontra internada cautelarmente há mais de 03 (três) anos, lapso temporal que supera em muito qualquer alegação de razoabilidade.

II - O relatório social constatou a existência de vínculo familiar e comprometimento efetivo da irmã da paciente no que se refere ao acolhimento e acompanhamento do tratamento ambulatorial. Ademais, o laudo psiquiátrico ressaltou que a paciente apenas oferecerá perigo ao ambiente sócio-familiar se continuar com a ingestão de álcool e não receber o tratamento adequado⁹¹ (sem grifos no original).

No julgado acima, decidiu o STJ que a paciente, portadora de doença mental que se agrava com a ingestão de bebida alcóolica, não apresenta riscos ao seio familiar. A configuração do constrangimento ilegal se deu pelo excesso de tempo a que a paciente foi submetida enquanto aguardava a realização do exame de cessação de periculosidade. A paciente encontrava-se internada em um Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico desde que foi considerada inimputável, após quebrar as vidraças da Prefeitura e do Fórum de sua cidade. Ocorre que, a sentenciada foi submetida, de ofício, a tratamento psiquiátrico e permaneceria em custódia até que fosse emitido um laudo de cessação de periculosidade por profissionais do HTCP, para só então ser prolatada a sentença. Após 3 anos de internação, a paciente impetrou Habeas Corpus, alegando constrangimento ilegal. A decisão do acórdão foi unânime, e a sentenciada posta em liberdade sob a condição de ser submetida a tratamento ambulatorial.

O entendimento tornou-se pacífico com a decisão do STF de que o limite máximo de aplicação da medida de segurança é de 30 anos. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

EMBARGOS INFRINGENTES - TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO - RÉU INIMPUTÁVEL - LIMITE DA MEDIDA DE SEGURANÇA - TRINTA ANOS - ART. 75 DO CP - PERMANECENDO A PERICULOSIDADE - TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. 1. NÃO PODE SER AFASTADO DA MEDIDA DE SEGURANÇA, SEU ASPECTO SANCIONATÓRIO, PORQUE APLICADA TENDO EM VISTA A PRÁTICA DE UM ILÍCITO PENAL, PORTANTO, DEVE OBEDECER AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL QUE VEDA A EXISTÊNCIA DE PENAS DE CARÁTER PERPÉTUO (CF/88, 5º, XLVII, B). 2. **APLICANDO ENTENDIMENTO ATUAL DO STF, O PRAZO LIMITE DA MEDIDA DE SEGURANÇA É DE TRINTA ANOS, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 75 DO CP.** 3. TRANSCORRIDO O PRAZO DE TRINTA ANOS, PERMANECENDO A PERICULOSIDADE DO RÉU, DEVE SER ELE TRANSFERIDO PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI N. 10.261/01, PERMANECENDO SOB CUSTÓDIA DO ESTADO, EM INTERNAÇÃO ADMINISTRATIVA⁹² (sem grifos no original).

Assim, resta claro que por razão, principalmente, da patente morosidade do Judiciário, da grande demanda de sentenciados enviados para as poucas instituições de custódia

⁹¹ Tribunal de Justiça de Pernambuco – **Habeas Corpus: 3146098**, Relator: Nivaldo Mulatinho de Medeiros Correia Filho, Data de Julgamento: 30/10/2013, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 27/11/2013.

⁹² Tribunal de Justiça do Distrito Federal - **EIR: 1057204020078070001 DF 0105720-40.2007.807.0001**, Relator: Sergio Rocha, Data de Julgamento: 08/02/2010, Câmara Criminal, Data de Publicação: 08/04/2010, DJ-e. p. 158.

e tratamento psiquiátrico existentes no Brasil, pela precariedade da estrutura, bem como, ausência de um número razoável de profissionais capacitados para realizar os exames e tratamentos, muitas vezes, inadequados, muitos desses indivíduos passam por tempo de internação que supera a razoabilidade. Embora o STF tenha decidido pelo limite máximo de 30 anos para o cumprimento de medidas de segurança, nos HCTP's do Brasil podem-se encontrar internados em regime de restrição de liberdade e abandono quase perpétuo, superando tal prazo. Mister destacar que, embora existam casos absurdos de cumprimento de medidas de segurança com prazo temporal superior aos 30 anos, caracterizando o caráter estritamente segregador da sanção, não obstante, alguns doutrinadores do Direito Penal chegam a criticar o entendimento do STF no sentido de impor tal limitação, a exemplo de Guilherme Nucci. O autor entende ser insuficiente o prazo de 30 anos para a efetiva ressocialização de determinados agentes, cujo grau de periculosidade se mostrem elevados. Nesse sentido, afirma Nucci:

Temos hoje uma preocupação semelhante para os delinquentes efetivamente perigosos, sujeitos a elevadíssimos montantes de penas, que podem atingir a cifra de 100, 200, 300 e até mais anos de prisão. Será ele ressocializado necessária e automaticamente ao atingir 30 anos de cumprimento da pena, devendo ser imediatamente liberado, conforme prevê o artigo 75 do Código Penal? [...] O que não se pode tolerar é a incapacidade do Direito Penal de lidar com a delinquência irrecuperável.⁹³

3.3 Direitos e deveres dos internados

É atribuída a inimputabilidade penal, ao autor do fato típico, que no momento da ação ou omissão, não dispor de suas plenas faculdades mentais, admitindo-se, nesse caso, a adoção da medida de segurança. Como visto no capítulo anterior, trata-se de uma sanção penal de caráter preventivo que determina a remissão do inimputável, após evidenciada a periculosidade, a um estabelecimento especializado no tratamento psiquiátrico.

São defesos aos apenados, em qualquer estabelecimento penal, todos os direitos à sua condição humana e jurídica, atentando-se apenas às contenções decorrentes da lei e da sentença. Por óbvio, o tratamento oferecido a infratores possuidores de transtornos mentais deve ser diferenciado. Em tais casos, não se trata apenas de uma sanção pelo crime cometido, mas de um tratamento psiquiátrico que visa tornar o apenado apto à vida social.

Ocorre que, na prática, a medida de segurança cumprida em sistemas de tratamento psiquiátrico muito se assemelha a pena privativa de liberdade. Estruturalmente, os Hospitais de

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito penal: Parte Geral: Parte Especial**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 561.

Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HTCP) apresentam celas com aspecto prisional, ambientes insalubres, condições mínimas de higiene, superlotação, falhas na segurança interna do estabelecimento, entre outros problemas que impossibilitam a sobrevivência digna dos internos. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo se manifestou sobre a inexigibilidade de cumprimento de medida de segurança em estabelecimentos cuja estrutura seja inadequada para o fim a que se destina, determinando que:

O estado só poderá exigir o cumprimento de medida de segurança de internação (detentiva, portanto), se estiver aparelhado para tanto. A falta de vaga, pela desorganização, omissão ou imprevidência do Estado-Administração, não justifica o desrespeito ao direito individual, pois, além de ilegal, não legitima a finalidade de tal instituto.⁹⁴

Em Pernambuco, por exemplo, no HTCP localizado na cidade do Recife, no ano de 2013, a única enfermaria responsável pelo tratamento psíquico havia sido desativada, não contando com previsão de reativação à época. Segundo a SERES - Secretaria Executiva de Ressocialização, os pavilhões deste estabelecimento passaram por reformas e requalificações apenas no final do ano de 2015, ocasião em que passou a contar com um novo posto de enfermaria com funcionamento de 24 horas.⁹⁵

A maioria dos crimes cometidos pelos indivíduos submetidos à medida de segurança são intrafamiliares, por isso, é comum a rejeição dos parentes mesmo quando os pacientes estão prontos para serem reinseridos na sociedade. No ano de 2014, o jornal Diário de Pernambuco noticiou a história de Fernando dos Santos, paciente submetido à medida de segurança há mais de 30 anos no HCTP de Pernambuco. Segundo o jornal, a situação de Fernando se repetia com mais 14 internados, cuja reinserção à sociedade restou prejudicada em razão dos parentes não os aceitarem de volta ao seio familiar.⁹⁶ Indivíduos postos à execução de medida de segurança, cujo tempo de cumprimento ultrapassa o limite razoável foi objeto de um estudo organizado pela Universidade de Brasília (UNB) no ano de 2001, ocasião em que todos os estabelecimentos de custódia e tratamento psiquiátrico do país foram analisados. Segundo a obra de Debora Diniz, coordenadora do censo da UNB o estabelecimento de custódia e tratamento psiquiátrico de Pernambuco obteve resultados lamentáveis, no sentido de que:

No ano de 2001, a população total do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Pernambuco era de 433 indivíduos, dos quais, pelo menos 30% não deveriam estar

⁹⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus 41.405-3**. 4ª Câmara. Relator: Des. Renato Talli. j em 4 de nov. de 1985 v.u. RT 608/325

⁹⁵ Estado de Pernambuco. **SERES – Secretaria Executiva de Ressocialização. Notícias**. Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Disponível em: <<http://www.seres.pe.gov.br/noticia/658/hctp-recebe-visita-tecnica-e-reforco-ao-combate-a-tuberculose/>>. Acesso em: 21 de fev. de 2016.

⁹⁶ NASCIMENTO, Ana Maria. **HCTP: A prisão perpétua brasileira**. [Blog]. Diário de Pernambuco. Publicado em 21 de dez. de 2014. Disponível em: <<http://blogs.diariodepernambuco.com.br/segurancapublica/?tag=hctp>>. Acesso em: 21 de fev. de 2016.

internados por cumprirem a medida de segurança sem processo judicial ou com a periculosidade criminal já cessada, ou, ainda, por terem sentença de desinternação ou ter sido a medida de segurança extinta.⁹⁷

Além disso, os detentos padecem de um isolamento quase definitivo do convívio social, isso porque, tal medida de segurança não apresenta um limite determinado de cumprimento. A reinserção do detento na sociedade fica sujeita ao laudo psiquiátrico de cessação de periculosidade e sanidade mental que só pode ser emitido por um psiquiatra. Dada a falta de especialistas para dar conta da demanda de exames, muitos dos custodiados permanecem internados desnecessariamente, recebendo tratamentos inadequados e sem previsão de alta. Muitos dos detentos internados em HCTPs foram enviados pelo Poder Judiciário por possuir apenas uma suspeita de doença mental, e lá permanecem, muitas vezes por anos, até que sejam realizados todos os exames de perícia necessários para a constatação do transtorno mental.

A respeito da indeterminação temporal da execução das medidas de segurança, Anamaria Nascimento relata a atual situação do Hospital de Custódia de Pernambuco:

Destino de pacientes psiquiátricos que cometeram crimes, o HCTP atende a 570 pacientes, mas tem capacidade para apenas 372 usuários. O maior problema da instituição é, hoje, o excesso de pacientes provisórios. Dos 570, apenas 208 cumprem medida de segurança. Os demais ainda têm situação indefinida. De acordo com o diretor do HCTP, 198 são internos provisórios, que aguardam os juízes decidirem se o paciente deverá permanecer no hospital ou ser encaminhado a uma penitenciária para cumprir pena.⁹⁸

Em outros casos, o número de vagas disponibilizadas em tais estabelecimentos não são suficientes para a demanda de inimputáveis, sendo muitas vezes necessário o encaminhamento para cumprimento da pena em cadeias públicas e penitenciárias comuns. Nesse sentido, Renato Marcão:

De tal sorte, desvirtua-se por inteiro a finalidade da medida de segurança. Ademais, mesmo nos casos em que se consegue vaga para a internação, a finalidade da medida também não é alcançada, já que reconhecidamente tais hospitais não passam de depósitos de vidas humanas banidas de sanidade e de esperança, porquanto desestruturados para o tratamento determinado pela lei e reclamado pelo paciente, desprovidos que são de recursos pessoais e materiais apropriados à finalidade a que se destinam.⁹⁹

⁹⁷ DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2001**. Brasília: Letras Livres: Universidade De Brasília, 2013, p. 213.

⁹⁸ NASCIMENTO, Ana Maria. **HCTP: A prisão perpétua brasileira**. [Blog]. Diário de Pernambuco. Publicado em 21 de dez. de 2014. Disponível em: <<http://blogs.diariodepernambuco.com.br/segurancapublica/?tag=hctp>>. Acesso em: 21 de fev. de 2016.

⁹⁹ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 e a Lei de Execução Penal trazem em seu bojo uma gama de normas que regulam os direitos e deveres dos indivíduos submetidos a qualquer espécie de sanção penal, seja pena ou medida de segurança. Neste rol de diretrizes norteadoras, há a exigência do respeito à dignidade da pessoa humana e o dever do Estado de lhes prestar assistência material, à saúde, educacional, ao trabalho, assistência jurídica e religiosa. São normas que conduzem a atuação do Poder Público com o intuito de garantir que os direitos fundamentais do preso ou internado sejam respeitados e que as finalidades ressocializadora e curadora da medida de segurança, sejam plenamente alcançadas.

São incontestáveis as diversas falhas legislativas e judiciárias acerca da aplicação das medidas de segurança. Quanto ao aspecto legislativo, encontra-se no Código Penal e na Lei de Execuções Penais diversos aspectos que afrontam diretamente à Constituição Federal, a começar pela adoção do critério da periculosidade criminal como pressuposto de aplicação da pena. Diversos autores do Direito Penal criticam inteiramente um critério tão abstrato como elemento essencial para aferição de uma sanção penal que, de qualquer forma, atua como punição ao indivíduo que sequer possuía discernimento necessário para compreensão de sua conduta. Entre os absurdos legislativos concernentes à medida de segurança, cabe ao perito criminal avaliar a “probabilidade” do agente incorrer em crimes no futuro, sendo esta questão totalmente incabível de respostas concretas. Ou seja, no final acaba-se punindo alguém pela mera dedução de sua reincidência.

Outro ponto legislativo que encontra bastante críticas na doutrina, é a ausência de um limite temporal para a execução da medida de segurança, sendo esta aplicável até que cessada a periculosidade do agente. O problema aparece na impossibilidade de se atestar a cessação de algo essencialmente abstrato, razão pela qual existem diversos casos de “penas perpétuas” no sistema de tratamento e custódia brasileiro. Este último aspecto afronta a expressa vedação presente na Carta Magna de penas com caráter perpétuo em nosso ordenamento jurídico, sendo este mais um aspecto de inconstitucionalidade do instituto.

Ademais, os estabelecimentos de custódia e tratamento psiquiátrico, nas condições em que se encontram, deixam de representar um ambiente legalmente previsto para a consecução da finalidade da medida de segurança: tratamento e prevenção, através da ressocialização daquele que, sendo inimputável, incorreu em infração penal. Tais estabelecimentos, igualmente aos presídios comuns, tornaram-se verdadeiros depósitos humanos, um ambiente de proliferação de doenças e de incentivo à segregação de indivíduos já excluídos socialmente.

Muitas vezes, em razão da superlotação dos estabelecimentos considerados “adequados”, o alguns indivíduos, cuja patologia mental foi superveniente ao crime cometido, acabam cumprindo a medida de segurança nas alas médicas e enfermarias de cadeias e presídios comuns. Enclausurados, sem que haja qualquer tipo de separação entre o grau de periculosidade e natureza do crime, os internados são vivem como criminosos e são submetidos à tratamentos de saúde antiquados. Além das consequências psicológicas naturais decorrentes do enclausuramento e isolamento da sociedade, os internados não recebem qualquer tipo de apoio do Estado e da sociedade para sua ressocialização.

A omissão do Estado, principalmente quanto ao Poder Executivo e poder Judiciário, é o principal fator responsável pela caótica situação em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, de modo geral, sendo este o grande fator influenciador da má ressocialização de agentes submetidos à sanções penais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Livros:

ABI-ACKEL, Ibrahim. **Exposição de motivos ao Código Penal de 1984**. Diário do Congresso Nacional de 1º de jul. de 1983.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, São Paulo: Madra, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COHEN, Claudio; SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. **Saúde Mental, Crime e Justiça**. 2 ed. São Paulo: Edsup, 2006.

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2001**. Brasília: Letras Livres: Universidade De Brasília, 2013.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v 1.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREEMAN, Melvyn e PATHARE, Soumitra. **Livro de Recursos sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação**. Genebra, Suíça: Organização Mundial da Saúde, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13 ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2011, vol. 1.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 10 ed. São Paulo: Rideel, 2007.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1951, v.3.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1999, v.1,

LISZT, Franz Von. **Teoria finalista do Direito Penal**. Campinas: LZN, 2007.

MATTOS, Virgílio de. **Crime e Psiquiatria: uma saída. Preliminares para a desconstrução da Medida de Segurança**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Salgado. **Sistema do Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: José Kinfino Editor, 1957.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito penal: Parte Geral: Parte Especial**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v.1.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZILBERMAN, F. **As medidas de segurança em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 2009. 194f. Dissertação de Mestrado. PUC-SP. São Paulo, 2001, p. 39.

- Revistas e periódicos

DELGADO, Paulo. **Abaixo à Barbárie**. Revista Cidadania – Humanização do Tratamento Psiquiátrico no Brasil: A importância da Lei 10.216, de Paulo Delgado, Brasília, Câmara dos Deputados.

GOMES, Luiz Flávio. **Duração das medidas de segurança**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 1, v.2, p. 69, abr./jun. 1993.

- Meios eletrônicos

ABREU, Iduna Weinert. **A teoria da ação finalista de Hans Welzel**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180958/000357593.pdf?sequence=3>>.

Acesso em: 03 de nov. de 2015.

AMSTALDEN, Ana; PASSOS, Eduardo. **A Reforma Psiquiátrica Brasileira e a Política de Saúde Mental**. Disponível em: <<http://www.ccs.saude.gov.br/vpc/reforma.html>>. Acesso em 09 de mar. de 2016.

CAMBRAIA, Danielle. **Unicef: 78% de 54 países têm maioria penal fixada em 18 anos**.

Disponível em: <<http://www.pt.org.br/unicef-78-de-54-paises-tem-maioridade-penal-fixada-em-18-anos/>>. Acesso em: 17 de nov. de 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Noruega como modelo de reabilitação para criminosos**. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932086/noruega-como-modelo-de-reabilitacao-de-criminosos>>. Acesso em: 21 de set. de 2015.

MELO, João Ozório de. **Noruega consegue reabilitar 80% de seus criminosos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/noruega-reabilitar-80-criminosos-prisoas>>.

Acesso em: 21 de set. de 2015.

MELO, João Ozório. **Advogados nos EUA receiam usar a defesa por insanidade**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-11/advogados-receiam-usar-defesa-insanidade-alguns-estados-eua>>. Acesso em: 21 de set. de 2015.

NASCIMENTO, Anamaria. **HCTP: A prisão perpétua brasileira**. [Blog]. Diário de Pernambuco. Publicado em 21 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://blogs.diariodepernambuco.com.br/segurancapublica/?tag=hctp>>. Acesso em: 21 de fev. de 2016.

NETO, Osvaldo de Oliveira Bastos. **Conduta Típica ou Atípica e Medida de Segurança: Desafios do Direito Penal em Direito Comparado.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,conduta-tipica-ou-atipica-e-medida-de-seguranca-desafios-do-direito-penal-em-direito-comparado,54090.html>>. Acesso em: 23 de set. de 2015.

NOJOSA, Zenacleide Costa. Limitação Temporal da Medida de Segurança Aplicada aos Inimputáveis. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,limitacao-temporal-da-medida-de-seguranca-aplicada-aos-inimputaveis,38377.html>>. Acesso em: 21 de set. 2015.

SERES – Secretaria Executiva de Ressocialização. **Notícias. Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.** Disponível em: <<http://www.seres.pe.gov.br/noticia/658/hctp-recebe-visita-tecnica-e-reforco-ao-combate-a-tuberculose/>>. Acesso em: 21 de fev. de 2016.

SOUZA, Carlos Alberto Crespo. **Doentes Mentais em Prisões e Casas de Custódia e Tratamento: Um grande e permanente desafio à psiquiatria e à Lei.** Disponível em: <<http://www.polbr.med.br/ano04/art1204a.php>>. Acesso em: 21 de set. 2015.

- Legislação

ARGENTINA. Código Penal. **Codigo Penal de La Nacion Argentina.** Lei 11.179, de 1984. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#2>>. Acesso em: 23 de set. de 1015.

BRASIL. Lei n. 10.216, de 06 de abril de 2001. **Lei da Reforma Psiquiátrica.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 abr. 2001.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Lei Antidrogas.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 ago. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 dez. 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos ao Código Penal de 1940**. Diário Oficial de 31. Dez. 1940.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 21 de fev. de 2016.

- Jurisprudências

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO – **Habeas Corpus: 3146098 PE**, Relator: Nivaldo Mulatinho de Medeiros Correia Filho, Data de Julgamento: 30/10/2013, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 27/11/2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL – **Embargos Infringentes: 1057204020078070001 DF**, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 08/02/2010, Câmara Criminal, Data de Publicação: 08/04/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - **Habeas Corpus 41.405-3**. 4ª Câmara. Relator: Des. Renato Talli, Data de Julgamento: 04/11/1985 v.u. RT 608/325.