

Universidade Católica de Brasília

PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Direito

**IMPLICAÇÕES DA LEI Nº 10.216, DE 6 DE ABRIL DE
2001 EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS DE SEGURANÇA**

Autor: Rafael Ferreira Garcia
Orientador: Professor Especialista Rafael Augusto Alves

BRASÍLIA

2008

RAFAEL FERREIRA GARCIA

**IMPLICAÇÕES DA LEI Nº 10.216, DE 6 DE ABRIL DE 2001 EM RELAÇÃO ÀS
MEDIDAS DE SEGURANÇA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Especialista Rafael Augusto Alves

Brasília
2008



Monografia de autoria de Rafael Ferreira Garcia, intitulada “IMPLICAÇÕES DA LEI Nº 10.216, DE 6 DE ABRIL DE 2001 EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS DE SEGURANÇA”, apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Católica de Brasília, em _____, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada:

Prof. Especialista Rafael Augusto Alves
Orientador
Graduação em Direito

Prof. Membro da Banca

Prof. Membro da Banca

Brasília
2008

Dedico este trabalho, em primeiro lugar, a Deus, por serdes Vós a fonte e a razão da minha existência nesta odisséia terrestre e, bem assim, por me terdes concedido as bem-aventuranças da sabedoria, da serenidade, da humildade e, por fim, da paciência para a confecção da presente monografia. Aos meus amados e zelosos pais que de forma singela, esmerada, carinhosa e humilde sempre ministraram aos filhos lições de amor, dignidade, honradez e justiça. Aos meus queridos irmãos e aos meus prezados amigos pelo apoio incondicional. Em especial aos meus amigos de sala de aula, dos quais me foi dirigido todo o incentivo, a compreensão e o afeto necessários para transpor os percalços dessa longa jornada.

AGRADECIMENTO

Meu especial agradecimento ao imprescindível orientador especialista Rafael Augusto Alves, professor no sentido mais verdadeiro da palavra, pelo constante incentivo e pela estimulante confiança a mim dispensados. Aos professores, que de forma magnífica me deram instrumentos suficientes para usufruir dos conhecimentos que hoje possuo.

E a todos que direta ou indiretamente colaboraram para a elaboração deste trabalho o meu muito obrigado.

É sabido que, na moderna terapêutica psiquiátrica, a internação ocupa lugar cada vez mais reduzido. Existe uma série de análises que tendem para a sua abolição enquanto se fomenta o tratamento ambulatorial [...]

Eugênio Raul Zaffároni

RESUMO

GARCIA, Rafael Ferreira. **Implicações da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001 em relação às medidas de segurança.** 2008. 88 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2008.

A Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, dando uma nova roupagem ao modelo de assistência em saúde mental em nosso País. Referido diploma também visa à regulamentação das internações – medidas de segurança detentivas –, embora subsidiária e precariamente, para os casos em que o tratamento ambulatorial mostrar-se insuficiente. Não obstante as vantagens trazidas pela lei de reforma psiquiátrica, a jurisprudência não a vem aplicando, assim como grande parte da doutrina de igual forma a relega. Suas disposições são completamente incompatíveis com aquelas insculpidas no Código Penal e na Lei de Execução Penal.

Palavras-chave: Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Transtorno mental. Assistência. Medidas de segurança detentivas. Aplicabilidade. Código Penal. Lei de Execução Penal. Compatibilidade.

ABSTRACT

GARCIA, Rafael Ferreira. **Law number 10,216, since April, the 6th, 2001, and its application upon security measures.** 2008. 88 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2008.

Law nº 10,216, from April 6, 2001, regulates protection and civil rights to those who hold mental disorders by giving to mental health assistance model in this country a new approach. It also disciplines, although in such a poorly and precariously way, internments – also known as criminal security measures – but only when ambulatory treatment reveals it self insufficient. Nevertheless, despite all advantages the law provides on psychiatrist practice, it hasn't been applied by superior courts and the majority of legal writers tend to reject it as well. Its text is completely incompatible with Brazilian Penal Code and the Criminal Executions Act.

Key-words: Law nº 10,216, from April the 6th of 2001. Mental disorder. Assistance. Criminal security measures. Applicability. Brazilian Penal Code. Criminal Executions Act. Compatibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTO HISTÓRICO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	12
1.1 ABORDAGEM HISTÓRICA.....	12
1.2 SURGIMENTO LEGAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO BRASIL	21
1.3 SISTEMA VIGENTE: ABANDONO DO DUPLO-BINÁRIO	25
2 MEDIDAS DE SEGURANÇA: CONSIDERAÇÕES GERAIS	29
2.1 CONCEITO	29
2.2 NATUREZA JURÍDICA.....	30
2.3 PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA.....	33
2.4 INIMPUTABILIDADE E SEMI-IMPUTABILIDADE (CP, ART. 26)	36
2.4.1 Inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado	36
2.4.2 Culpabilidade diminuída (semi-imputável)	40
2.5 PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	43
2.6 APLICAÇÃO, CONVERSÃO, EXECUÇÃO, REVOGAÇÃO E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE	45
2.6.1 Alcance	45
2.6.2 Execução e revogação	47
2.6.3 Conversão da pena em medida de segurança:	49
2.6.4 Extinção da punibilidade:	51
3 MEDIDAS DE SEGURANÇA: ESPÉCIES, LOCAIS E FINALIDADE	53
3.1 ESPÉCIES	53
3.1.1 Detentiva	53
3.1.2 Restritiva	56
3.2 LOCAIS DE INTERNAÇÃO E TRATAMENTO	58
3.3 FINALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	61

4 A LEI Nº 10.216, DE 6 DE ABRIL DE 2001	64
4.1 PRINCÍPIOS.....	65
4.1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	65
4.1.2 Princípio da Igualdade	67
4.1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	68
4.1.4 Princípio da Proporcionalidade	70
4.2 REFORMA PSIQUIÁTRICA	72
4.3 DISCREPÂNCIAS COM O CÓDIGO PENAL.....	76
4.4 CONFLITO DE LEIS NO TEMPO	78
4.5 APLICABILIDADE	80
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	82
REFERÊNCIAS.....	84

INTRODUÇÃO

É cediço que, em face da ineficiência da pena quanto à prevenção e à recuperação dos criminosos acometidos por transtornos mentais é que surgiram as medidas de segurança. Essas consistem em uma espécie de sanção penal aplicada ao agente inimputável ou semi-imputável após a prática de um fato típico e antijurídico, direcionando-lhe um tratamento adequado destinado a arrefecer sua periculosidade e preveni-lo da prática de um novo injusto penal. Destarte, objetiva igualmente a sua restituição ao meio social a que pertence.

As medidas de segurança correspondem a uma das mais relevantes inovações concebidas pelo Direito Penal. Entretanto, não se pode olvidar que elas possuem, por outro lado, diversas deficiências que, no mais das vezes, deixam-nas fragmentadas, tornando-as meros instrumentos robóticos a legitimar a imposição de encarceramento indefinido e desumano em nosocômios públicos aos criminosos acometidos de doença ou perturbações mentais. Por assim dizer, deixam de atender à finalidade para a qual foram criadas, a saber, o oferecimento de terapêutica consentânea destinada à cura da doença mental do agente, evitando-o da recidiva, bem assim a sua restituição à sociedade e aos seus familiares.

Medida de segurança detentiva, a internação vem perdendo progressivamente o seu espaço na hodierna e abalizada terapêutica, notadamente em razão de sua ineficácia consubstanciada na percepção de que ela não debela a doença ou perturbação mental do agente inimputável ou semi-imputável submetido a tratamento em hospital de custódia e, bem assim, não o reinsere no meio social ao qual pertence. Por outro lado, o tratamento ambulatorial tem angariado uma importância considerável dentro do cenário da medicina especializada em saúde mental, já que melhor atende à situação do agente sujeito a medida de segurança, independentemente da gravidade da infração penal cometida, tendo em vista, precipuamente, a concreta periculosidade do autor de um ilícito penal.

Em virtude desse raciocínio, foi promulgada a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental.

A presente monografia perseguirá e demonstrará os princípios norteadores deste instrumento legislativo, as nuances relativas à reforma psiquiátrica, a excepcionalidade da medida de segurança detentiva, o conflito de leis no tempo, a finalidade trazida pela mencionada lei, assim como a sua aplicabilidade no sistema jurídico pátrio.

Aliás, a presente monografia tem por objeto a seguinte ótica: *Implicações da Lei n.º 10.216, de 6 de abril de 2001, em relação às medidas de segurança* e dividir-se-á em quatro capítulos.

O primeiro capítulo irá explanar historicamente a deflagração das medidas de segurança, no Brasil e fora dele e, outrossim, enfatizar o perfilhamento do sistema vicariante em abandono ao sistema duplo-binário.

Em seguida, no segundo capítulo, será abordado o conceito, a natureza jurídica, as antinomias entre pena e medida de segurança, as nuances sobre inimputabilidade e semi-imputabilidade, aplicação, conversão, execução, revogação e extinção da punibilidade, em harmônica correlação com as medidas de segurança.

Já o terceiro capítulo irá esmiuçar as espécies de medidas de segurança, os locais de internação e tratamento, bem como a finalidade, para melhor compreensão do instituto.

Por derradeiro, no quarto capítulo, discutir-se-á sobre o ponto nevrálgico deste trabalho. Nessa oportunidade, far-se-á um estudo verticalizado da Lei n.º 10.216, de 2001, notadamente quanto aos princípios que a permeiam, seu conteúdo, suas discrepâncias com as disposições do Código Penal e da Lei Execução Penal, o conflito de leis no tempo, bem assim a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico nacional.

IMPLICAÇÕES DA LEI Nº 10.216, DE 6 DE ABRIL DE 2001 EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS DE SEGURANÇA

1 ASPECTO HISTÓRICO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

1.1 ABORDAGEM HISTÓRICA

Numa incursão histórica, divisa-se que o homem, visando a garantir a vida em sociedade, reagia às condutas criminosas fixando normas disciplinadoras indispensáveis para o convívio entre os indivíduos que integravam o grupo social a fim de inibir eventuais comportamentos desviantes.

Nesse cenário, o Direito Penal, portanto, emerge da necessidade de harmonizar essa vida em sociedade. Fragoso (1990, p. 3) conceitua-o como “o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de característica sanção penal”¹. Não obstante, aduz ainda o mencionado autor sobre o direito penal que “fazem parte desse ramo do direito também as normas que estabelecem os princípios gerais e as condições ou pressupostos de aplicação da pena e das medidas de segurança, que igualmente podem ser impostas aos autores de um fato previsto como crime”.²

Desde os primórdios, vislumbram-se algumas penas com caráter de prevenção. Esta preventividade nelas presente talvez seja o identificador dos primeiros rudimentos de medida de segurança. Como é cediço, a medida de segurança tem forte componente de prevenção e tal característica foi desenvolvida a partir da idéia de penas que inicialmente também tinham este marco, ao lado,

¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.3.

² *Ibidem*, p.3.

evidentemente, da falência da pena de prisão – que muito estimulou o surgimento das medidas de segurança.

Com isto, o presente histórico pretenderá demonstrar que se, por um lado, é certo que a medida de segurança pertence ao Direito hodierno, não é menos certo, por outro, que rudimentos de preventividade se fizeram presentes em penas remotas.

Diante da constatação da ineficiência da pena desenvolveu-se a medida de segurança como sendo outra forma de sanção a ser aplicada, visando a um restabelecimento e recuperação daquele que infringiu a norma penal. A medida de segurança surgiu originariamente como meio alternativo de contenção de novas práticas criminosas pelos agentes portadores de periculosidade visando à prevenção social.

Nos tempos primitivos, a pena detinha a função de restabelecer a proteção sacral ao grupo. Como o homem primitivo não compreendia sequer os mais simples fenômenos naturais, acreditava que estes eram respostas a uma ofensa cometida pela infração às normas do tabu contra o divino, ou seja, o *totem* (SOUZA, 2001, p. 3)³.

A repressão aqui era de natureza coletiva e não individual. Tinham-se as penas de perda de paz e a da vingança de sangue. A primeira consistia na expulsão do infrator do meio em que vivia o que fadadamente era condená-lo à morte, uma vez que sozinho não conseguiria sobreviver a um ambiente hostil. Já a vingança de sangue era a pena aplicada contra os infratores estranhos ao grupo, por terem também violado o tabu.

Posteriormente, adveio o instituto da vingança privada, exercida pelo ofendido ou pelos seus irmãos de sangue em defesa dos interesses místicos ou sacrais do grupo. Neste momento também surge uma outra resposta punitiva: a composição. Para Dotti (2005, p. 125), esta consistia em um “*meio de conciliação entre o ofensor*

³ “[...] é idéia do tabu, ou seja, é a consideração que determinadas posturas, atitudes ou ações são proibidas, para, dessa maneira, separar as coisas profanas das sagradas”. SOUZA, Irivaldo Joaquim de. **Introdução às principais religiões: história, ecumenismo e diálogo inter-religioso**. Maringá: UEM, 2001, p.3.

e o ofendido ou seus familiares, pela prestação pecuniária como forma de reparar o dano (dinheiro da paz)”.⁴

Transmuda-se para o Período Antigo, iniciado aproximadamente no ano 4.000 a.c., momento este que se caracterizava pelo surgimento das primeiras civilizações. Aqui aparece uma concepção penal fundada na Lei de Talião, que representou um progresso indiscutível diante do primitivismo. Nesse desiderato, a pena se fundava na justa retribuição e não serve a qualquer outro propósito que não o de compensar o mal com outro mal.

Em outros termos, a idéia era a de que a reação contra o crime devesse atingir o infrator da mesma forma e na mesma intensidade do mal por ele causado. Note-se que, nessa passagem, já se lobrigam os primeiros resquícios de punição de delinqüente na medida de sua culpabilidade, sob o argumento de que o homem é um ser livre e inteligente e, por isso, responde por atos praticados.

No entanto, com a evolução, abandona-se a vingança privada, o talião e a composição. Em Roma, encontram-se as maiores mudanças, sendo também entre os romanos encontrados elementos antecedentes das medidas de segurança. Estes, os romanos, compreendiam que os menores e os doentes mentais não podiam ser capazes de agir com culpabilidade e que ainda, como bem assevera Piedade Júnior (1982, p. 77), “*entre os romanos se encontrava o entendimento de que a custódia dos loucos criminosos era uma medida intermediária entre pena e a simples custódia dos loucos não criminosos*”⁵.

Conquanto no direito germânico também que se encontrem características importantes à evolução da punição, bem assim das medidas de segurança, os povos bárbaros – assim chamados por não pertencerem ao império romano – inicialmente possuíam um sistema punitivo também de caráter religioso. Consoante acentua

⁴ Ainda assevera René Ariel Dotti que “Com aquela forma de pagamento, se punha fim a vingança coletiva entre as tribos e através dela o condenado à perda da paz recupera o direito de convivência comunitária”. DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.125.

⁵ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. **Personalidade Psicopática, Semi-imputabilidade e Medida de Segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 77.

Fragoso (1990) “*característico do direito germânico é a grande extensão em que o crime é considerado assunto privado, sujeito à vingança e a composição*”⁶.

Tão importante foi a contribuição dos povos bárbaros, que o Direito Longobardo⁷ “*excluía o mentecapto de pena, embora permitisse que qualquer pessoa pudesse matar o homo rabiosus aut demoniacus*”.⁸ Por sua vez, o Direito Canônico,⁹ “*considerava os loucos incapazes de delinquir*”.¹⁰

Entretanto, com a queda do Império Romano, inicia-se a Idade Média, período marcado pela intolerância, crueldade, perseguições, torturas e punições impiedosas. Nessa época vigorou o Direito Penal Comum constituído da fusão entre o Direito Romano, o Direito Germânico e o Direito Canônico, com a prevalência do primeiro.

Tinham-se, como exemplo de forma de punição, os suplícios. Ao cometer um crime, o indivíduo acabava por violar as regras que eram, na verdade, emanadas diretamente da vontade do rei. Dessa forma, os suplícios eram impostos com a finalidade de reafirmar a figura do soberano e reativar o seu poder; basicamente, servia de exemplo aos demais componentes do grupo social. Constatando a crueldade desse período e elencando ainda diversas outras características, Fragoso (1990, p. 38) assevera que nesta época:

As penas eram desiguais, dependendo da condição do réu. Aplicava-se largamente a pena de morte, através dos mais variados e bárbaros meios de execução (forca, fogueira, roda empalamento, esquartejamento etc.). Desconhecia-se o respeito à personalidade humana e as penas corporais eram extensamente empregadas (mutilação, açoites etc.). O confisco e a infâmia acompanhavam muitas das penas. O processo era inquisitório e

⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.31.

⁷ “O movimento dos lombardos (longobardos), um pequeno, mas muito bem organizado povo germânico, penetrando na Itália em 568, é o último ato político significativo no prolongado processo de colonização germânica dentro das fronteiras do Império Romano (...) Os lombardos eram predominantemente seguidores do Arianismo, mas quando se instalaram na península (*itálica*) as influências romanas no Direito e na religião tornaram-se fortes (...)”. LYON, Henry R. **Dicionário da Idade Média**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 240.

⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: Parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.493.

⁹ Para Luiz Regis Prado o Direito Canônico tratava-se do “ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana”. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal Brasileiro: Volume 1 – parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.53.

¹⁰ FRAGOSO, op. cit., p.493.

secreto, com emprego da tortura e sem qualquer espécie de garantia para a defesa.¹¹

Todavia, com o passar do tempo os suplícios não mais conseguiram se sustentar, caindo em descrédito. As punições pouco a pouco deixam de ser um espetáculo, tornando-se pudicas. E assim acabam desaparecendo os suplícios. Sobre o tema, Foucault (1993, p. 14) aduz que:

No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo suplicado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.¹²

Dessa forma, contra as crueldades que se cometia no Direito Penal Absolutista vigente na Idade Média, origina-se, no séc. XVIII, o movimento humanitário. Este movimento fora uma reação ao sistema repressivo e desumano que vigorou naquela época, uma vez que a sociedade estava horrorizada com toda a barbárie cometida sob o pretexto de aplicação da lei.

A fase que medeia os séculos XVIII ao XIX não adotará uma função preventiva para a pena, no sentido de uma punição voltada concretamente para o impedimento futuro de novos delitos pelo sentenciado. Não obstante, a pena atenderá aos conceitos de emenda e reeducação com um dos objetivos a ser alcançado. Nesta fase pré-clássica, a preocupação dar-se-á com a humanização das penas, com a proporcionalidade entre os delitos e as penas, com o princípio da legalidade estrita e com um processo penal livre dos vícios inquisitoriais.

Daí dar-se origem a Escola Clássica, nome pejorativo dado pelos positivistas aos autores que adotaram as teses ideológicas básicas do Iluminismo, teses estas expostas magistralmente por César Beccaria.

¹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.38.

¹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 14.

Esta escola é dividida em dois períodos, o filosófico e o jurídico. No primeiro o autor de maior destaque é marcadamente César Beccaria, com seu livro *"Dos Delitos e das Penas"*, publicado em 1764, constituindo, portanto, o marco mais autorizado do início da Escola Clássica. Já o período jurídico é caracterizado pela obra de Francesco Carrara, *"Programa do Curso de Direito Criminal"* de 1859, marco da culminação deste segundo período e de pleno desenvolvimento da própria escola.

Em síntese, orientavam-se os teóricos dessa época pela exigência de segurança individual contra as arbitrariedades do poder punitivo, instaurando-se um regime centrado nos princípios da legalidade, da humanidade e da utilidade, evitando, assim, toda a incerteza do poder punitivo e promovendo ao mesmo passo a humanização e a utilidade da pena.

Nesta escola, portanto, o aspecto subjetivo do delinqüente não detinha tanta importância, pois acreditavam que o delito surgia da própria vontade do indivíduo em cometê-lo, ou seja, o crime era considerado como uma violação consciente e voluntária da norma penal, conforme bem acentua Baratta (2002, p. 31):

De fato, a escola clássica não considerava o delinqüente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do direito. Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinqüente não era diferente, segundo a Escola clássica, do indivíduo normal. Em conseqüência, o direito penal e a pena eram considerados pela Escola clássica não tanto como um meio para intervir sobre o sujeito delinqüente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime. Os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim como as modalidades de exercício do poder punitivo do Estado, eram assinalados pela necessidade ou utilidade da pena e pelo princípio da legalidade."¹³

¹³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 31.

Neste contexto surgiu Beccaria defendendo tais postulados. Segundo ele “preferível prevenir delitos do que precisar puni-los; e todo legislador sábio deve, antes de mais nada, procurar impedir o mal do que repará-lo.”¹⁴

Entretanto, novos rumos para o Direito Penal são traçados com o advento da Escola Positiva, período este denominado de criminológico. Tal escola preocupou-se essencialmente com o estudo do homem delinqüente, tendo sido também dividida em três enfoques: o antropológico, com César Lombroso e a obra “O Homem Delinqüente” de 1876; o sociológico, com Henrique Ferri e o livro “Sociologia Criminal” de 1891; e o jurídico, com Rafael Garófalo e a obra “Criminologia” de 1885.

Para a Escola Positiva o crime é dado como fato natural e social praticado pelo homem e causalmente determinado. Entretanto, diferentes são as causas identificadas para o seu cometimento. Dessa forma, Lombroso sustentava a tese do criminoso nato, na qual a causa do crime estaria no próprio criminoso. Este possuiria anomalias anatômicas, fisiológicas e psicológicas que determinariam o seu tipo antropológico, o qual era predestinado a cometer crimes, devido as suas particularidades.

Assim, deu-se origem ao “tríptico lombrosiano”¹⁵, no qual se identificavam como causas da criminalidade a epilepsia, o atavismo e a loucura moral, expressão dada por Vonnacke.

Entretanto, posteriormente, o “tríptico lombrosiano” fora acrescentado por Henrique Ferri, o qual, como bem assevera Luiz Regis Prado, acabou por classificar os delinqüentes em “natos, loucos, ocasionais, habituais e passionais”¹⁶.

Em síntese, para a Escola Positiva o crime não é decorrente do livre arbítrio humano, como preconizava a Escola Clássica, mas o resultado previsível e determinado por fatores biológicos, psicológicos, físicos e sociais que determinam a personalidade de uma minoria de indivíduos como sendo socialmente perigosos. E

¹⁴ apud ALVIM, op. cit., p. 106.

¹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq30Andrade-ParadigmaEPRSMPPCCSC.pdf>> Acesso em: 16 ago. 2008.

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 – Parte Geral.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

assim sendo, como o homem está fadado a cometer crimes devido as suas particularidades, o Estado, da mesma forma, está fadado a reagir ante a conduta violadora da norma, por meio não só da pena, mas sim da prevenção que constitui meio mais eficaz na defesa social. Sobre as formas que pode o Estado reagir contra práticas criminosas, Andrade (1997, p. 69) aduz que:

É este o momento, propriamente, que a 'pena' entra em cena no sistema dos positivistas, como também entra em cena Garófalo (1983), insistindo no aspecto jurídico das inovações necessárias na Justiça Penal e projetando as concepções criminológicas (antropológicas e sociológicas) do positivismo para o Direito Penal. Formula o conceito de 'temibilidade do delinqüente', significando a perversidade constante e ativa do delinqüente e a quantidade do mal previsto que há de se temer por parte dele, depois substituí-lo pelo termo mais expressivo de periculosidade. Também Crispigny ocupa um lugar especial nesta projeção jurídica do positivismo criminológico no âmbito da reforma e do Direito Penal italiano, desenvolvendo técnico-juridicamente o conceito de valor sintomático do delito (proveniente sobretudo de Ferri) como expressão da periculosidade do autor. E é este potencial de periculosidade social, que os positivistas identificaram com 'anormalidade' e situaram no coração do Direito Penal, que constitui o critério e a medida da penalidade e justifica a introdução, no sistema, das medidas de segurança por tempo indeterminado.¹⁷

Não obstante, Bettiol (2000, p. 39), sintetizando os postulados da Escola Positiva no que diz respeito à pena e seu novo significado, aduz que:

A pena deve perder o seu tradicional e imanente significado de reação aflitiva, para transforma-se numa medida que não se preocupa absolutamente em reprimir e castigar, mas apenas em prevenir e incidir sobre aquelas condições anormais que levaram o agente a atuar, a fim de que ele não possa mais, no futuro, prejudicar. Não a imputabilidade, portanto, mas a periculosidade do réu é o título que justifica a aplicação de uma medida de segurança ou de uma sanção criminal. O coração do sistema penal está, pois, no conceito de 'periculosidade social', isto é, na probabilidade de que um indivíduo, por causa de uma determinada anomalia, possa cometer fatos, socialmente lesivos. **Há no pensamento, dos positivistas uma identificação entre 'periculosidade' e 'anormalidade', e a medida de segurança se ajusta não à gravidade do fato delituoso, e sim ao grau de periculosidade do sujeito do qual é um simples sintoma o crime perpetrado. Ela, na maior parte das vezes, é por tempo indeterminado, porque não se sabe a priori quanto poderá durar.**¹⁸ (grifo nosso)

¹⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão da Segurança Jurídica: Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 69.

¹⁸ BETTIOL, Guiseppe. **Direito Penal**. Campinas: Red Livros, 2000, p.39.

Como se vê, são os positivistas os responsáveis pelo desenvolvimento da medida de segurança, tendo em vista à sua preocupação no que concerne à personalidade e ao tratamento do delinqüente, instituto este que hoje no direito penal regula o tratamento dispensado aos inimputáveis e semi-imputáveis que praticaram fatos definidos como crime, entretanto, devido as suas condições peculiares, sejam elas doença mental ou o desenvolvimento mental retardado ou incompleto, são incapazes de entender o caráter ilícito de suas condutas ou até mesmo, se capazes de entendimento, de se determinarem de acordo com esse entendimento.

Todavia, as medidas de segurança, apesar de sua existência esparsa, só terão sua previsão com o Código Zanardelli, promulgado na Itália, em 1889, essas medidas, embora sem perfeita sistematização, e, como providências mais ligadas à aplicação da pena propriamente dita, se incorporam, pela primeira vez, à estrutura de um Código Penal, conforme acentua Moacyr Benedicto de Sousa¹⁹

Deve-se, entretanto, Carl Stoos, com seu projeto de Código Penal suíço, de 1893, uma exata colocação do problema das medidas de segurança. Com efeito, é ele quem apresenta pela primeira vez um racional sistema de medidas, aos quais denominou "*medidas de correção e segurança*", com vistas principalmente à prevenção individual, e que se impôs perante todo o mundo jurídico, servindo de padrão às codificações mais avançadas.

Deveras, com Carl Stoos, surgiu o critério vicariante²⁰, o qual desenvolveu papel fundamental na nossa atual legislação, uma vez que o mesmo, contrariando frontalmente o critério do duplo binário,²¹ vedou a aplicação de pena juntamente com a imposição de medida de segurança.

Não obstante as medidas de segurança tenham tido sistematização pela primeira vez com o mencionado Código Penal suíço, foi somente com o Código Penal italiano de 1930, em vigor ainda hoje, que surgiu na legislação um sistema completo acerca de medidas de segurança, tendo esta encontrado plena

¹⁹ ALVIM, Rui Carlos Machado, op. cit., p. 106.

²⁰ Segundo o critério vicariante havia a possibilidade de aplicação somente **ou** de pena **ou** de medida de segurança.

²¹ Para o critério do duplo binário ou também denominado de sistema dualista, poderia haver a imposição cumulativa de pena e de medida de segurança.

consolidação no direito positivo. Sobre o mencionado Código Penal italiano leciona Prado (2000, p. 522):

O projeto de Código Penal italiano, primeiramente elaborado por Ferri, em 1921, pregava a unificação das sanções penais, ou seja, a adoção do sistema vicariante, pelo qual pena e medida de segurança receberiam a denominação única de “sanções penais”, aplicadas sempre segundo o critério da periculosidade subjetiva. Entretanto, o projeto fracassou, e coube a Arturo Rocco a elaboração do novo Código Penal, no qual se consagrou o sistema dualístico. Esse código, aliás, inspirou o legislador brasileiro de 1940.²²

Atualmente, quase diversas legislações adotam as medidas de segurança, ainda que seus códigos sejam do século XIX, como é o caso, por exemplo, da Bolívia (1834) e do Chile (1874).

1.2 SURGIMENTO LEGAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO BRASIL

O Brasil, da mesma forma como em outros países, já havia conhecido medidas de caráter preventivo e curativo, muito antes do Código Penal de 1940. Exemplo desta afirmação é o fato de que nas Ordenações Filipinas de 1603 era vedado imputar fato ilícito àquele que não agisse com dolo ou culpa, uma vez que este era considerado louco, insensato ou doente.

Não obstante, tanto no Código Criminal do Império, de 1830, quanto no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, as medidas de tratamento eram regulamentadas, embora ainda fossem equiparadas às penas. Em ambos, o destino dado aos doentes mentais seria o recolhimento em casas especiais (Código de 1830) ou em hospitais de alienados (Código de 1890); ou, ainda, poderiam ser entregues às suas respectivas famílias.

²² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.522/523.

Porém a sistematização das medidas de segurança no Brasil só veio a ocorrer com o anteprojeto de Virgílio de Sá Pereira, em 1927, o qual reconhecia a responsabilidade diminuída ou atenuada, dispondo ainda sobre o cumprimento cumulativo de pena e medida de segurança para o semi-imputável, expressando assim a adoção do sistema do duplo binário.

Posteriormente, com o Código Penal de 1940, a medida de segurança passou a existir como um instituto propriamente dito no direito positivo, não mais sendo medidas preventivas fragmentadas, sem unidade, consoante ensina Prado (2000, p. 524:

O Código Penal de 1940, redação pretérita, agasalhou, como critério de verificação da responsabilidade penal, a capacidade de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se segundo esse entendimento (art. 22). Assim, é considerado inimputável aquele inteiramente incapaz de entender o caráter delituoso do fato e de orientar seu atuar de acordo com aquela compreensão e semi-imputável quem não possui penalmente esse discernimento. Ao semi-imputável são aplicáveis pena e medida de segurança, cumulativamente, ao passo que ao imputável esta reservada apenas esta última medida.²³

Em seu texto legal constante da redação do Código Penal de 1940, as medidas de segurança eram divididas em pessoais e patrimoniais. As medidas de segurança patrimoniais consistiam em confisco, interdição de estabelecimento e interdição de sede de sociedade ou associação. Já as medidas de segurança pessoais poderiam ser detentivas ou não detentivas. As detentivas eram subdivididas em internação em manicômio judiciário, internação em casa de custódia e tratamento, e internação em colônia agrícola ou em instituto de tratamento, de reeducação ou de ensino fundamental. As não detentivas, por sua vez, eram divididas em liberdade vigiada, proibição de freqüentar determinados locais e exílio local. Possuía-se, portanto, nove espécies de medidas de segurança.

Por seu turno, o Código Penal de 1969 trazia orientações similares ao Código Penal de 1940, embora sequer tenha entrado em vigência, tendo sido, portanto, revogado. Manteve-se assim, a íntegra da redação do Código Penal de 1940.

²³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.524.

Entretanto, a Nova Parte Geral do Código Penal de 1940, trazida pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, reformulou em alguns aspectos da medida de segurança. Extinguiu a medida de segurança para o imputável e instituiu o sistema vicariante para os semi-imputáveis. Ficou reservada aos inimputáveis. Previu duas espécies de medida de segurança: a detentiva e a restritiva. A detentiva consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, fixando o prazo mínimo de internação entre 1 (um) e 3 (três) anos. Esse prazo é indeterminado (§ 1º, art. 97). Não previu medidas de segurança patrimoniais.

Insta salientar que, embora seja categórica a lei ao fixar prazo indeterminado para a constância das medidas de segurança, estando este subordinado a cessação de periculosidade do agente, a ser averiguada mediante perícia médica, o excelso Supremo Tribunal Federal erigiu posicionamento na acepção de que a referida sanção continua subordinada aos critérios legais estabelecidos, mas a sua duração não poderá perdurar eternamente no tempo, obedecendo-se assim ao disposto na Constituição Federal de 1988, que estabelece não poder haver restrição de liberdade de caráter perpétuo no Brasil. Colacionam-se informativos a respeito:

Informativo 369 (HC-84219) - Medida de Segurança e Limitação Temporal – A Turma iniciou julgamento de habeas corpus em que se pretende a extinção de medida de segurança aplicada à paciente, diagnosticada como doente mental pela prática do delito de homicídio, cujo cumprimento, em hospital de custódia e tratamento, já ultrapassara trinta anos. A impetração é contra decisão do STJ que indeferira a mesma medida, sob o fundamento de que a lei penal não prevê limite temporal máximo para o cumprimento da medida de segurança, somente condicionada à cessação da periculosidade do agente. Sustenta-se, na espécie, com base no disposto nos artigos 75 do CP e 183 da LEP, estar a medida de segurança limitada à duração da pena imposta ao réu, e que, mesmo persistindo a doença mental e havendo necessidade de tratamento, após a declaração da extinção da punibilidade, este deve ocorrer em hospital psiquiátrico, cessada a custódia. O Min. Marco Aurélio, relator, deferiu o writ para que se implemente a remoção da paciente para hospital psiquiátrico da rede pública, no que foi acompanhado pelos Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Considerou que a garantia constitucional que afasta a possibilidade de ter-se prisão perpétua se aplica à custódia implementada sob o ângulo de medida de segurança, tendo em conta, ainda, o limite máximo do tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade a que alude o art. 75 do CP, e o que estabelece o art. 183 da LEP, que delimita o período da medida de segurança ao prever que esta ocorre em substituição da pena, não podendo, dessa forma, ser mais gravosa do que a própria pena. Com base nisso, concluiu que, embora o §1º do art. 97 do CP disponha ser indeterminado o prazo da imposição de medida de segurança, a interpretação a ser dada a esse preceito deve ser teleológica, sistemática, de modo a não conflitar com as mencionadas previsões legal e

constitucional que vedam a possibilidade de prisão perpétua. Após, pediu vista dos autos o Ministro Sepúlveda Pertence. (CP: "Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos. 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 um a três anos."; LEP: "Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança."). HC 84219/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 9.11.2004. (HC-84219) 24

Informativo 397 (HC-84219) - Medida de Segurança e Limitação Temporal – A Turma concluiu julgamento de habeas corpus em que se pretendia a extinção de medida de segurança aplicada à paciente, diagnosticada como doente mental pela prática do delito de homicídio, cujo cumprimento, em hospital de custódia e tratamento, já ultrapassara trinta anos — v. Informativo 369. Tendo em conta a garantia constitucional que veda as penas de caráter perpétuo (CF, art. 5º, XLVII, b), entendeu-se extensível, às medidas de segurança, o limite temporal previsto no art. 75 do CP ("O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos."). Deferiu-se, parcialmente, o writ para que, cessada a medida de segurança, se aplique, por analogia, o art. 682, § 2º, do CPP, na parte em que determina a comunicação ao "juiz dos incapazes", e se proceda conforme previsto para a interdição civil da paciente, nos termos dos arts. 1.769 e seguintes do CC (CPP: "Art. 682. O sentenciado a que sobrevier doença mental, verificada por perícia médica, será internado em manicômio judiciário, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia.... § 2o Se a internação se prolongar até o término do prazo restante da pena e não houver sido imposta medida de segurança detentiva, o indivíduo terá o destino aconselhado pela sua enfermidade, feita a devida comunicação ao juiz de incapazes."). Dadas as peculiaridades do caso, determinou-se a manutenção da paciente no hospital em que ora se encontra, até que se efetive o procedimento de internação em hospital psiquiátrico comum da rede pública, por força da liminar concedida neste habeas corpus. Retificaram seus votos os Ministros Marco Aurélio, relator, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. HC 84219/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 16.8.2005. (HC-84219) 25

Já a medida de segurança restritiva caracteriza-se pela sujeição a tratamento ambulatorial, devendo o agente comparecer ao hospital nos dias que lhe forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita. Justificou-se a inovação do tratamento ambulatorial porque corresponde "*às atuais tendências de desinstitucionalização*" como enfatiza a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. O tratamento ambulatorial só poderá ser imposto ao agente que praticou fato previsto como crime punível com detenção.

²⁴ Informativo nº 369 do Supremo Tribunal Federal em www.stf.gov.br; acessado em 13/08/2008.

²⁵ Informativo nº 397 do Supremo Tribunal Federal em www.stf.gov.br, acessado em 13/08/2008.

Dispõe ainda a Nova Parte Geral que extinta a punibilidade, não se impõe a medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta (parágrafo único, art. 96) e a substituição da pena por medida de segurança para semi-imputável (art. 98).

Destarte, várias alterações ao instituto da medida de segurança foram feitas. Passou-se a adotar o sistema vicariante, abandonando-se, assim o duplo binário. Agora as medidas de segurança seriam destinadas apenas aos inimputáveis e semi-imputáveis, tendo as suas modalidades também sido restringidas em detentivas (consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico) e restritivas (consubstanciada em tratamento ambulatorial). Estas são, portanto, as disposições que hoje constam no vigente Código Penal brasileiro.

1.3 SISTEMA VIGENTE: ABANDONO DO DUPLO-BINÁRIO

Como visto anteriormente foi com a reforma ao Código Penal ocorrida em 1984, que, no Brasil, passou-se a adotar o sistema vicariante, em detrimento do sistema duplo binário.

Contudo, existem na verdade três principais sistemas no que concerne à aplicação da medida de segurança, quais sejam, o sistema monista, o dualista e o vicariante.

O primeiro sistema apresenta três tendências: a absorção da pena pela medida de segurança; absorção da medida de segurança pela pena; e a unificação das penas e das medidas de segurança em outra sanção distinta, sendo que a sua duração mínima seria proporcional à gravidade do delito cometido, enquanto a duração máxima seria indeterminada.

Já para o sistema dualista ou duplo binário a pena poderia ser aplicada juntamente à medida de segurança, sucessivamente, a um mesmo indivíduo. Vale dizer que ao réu que praticava um crime grave e violento, e sendo considerado perigoso, lhe era imposta pena e medida de segurança; terminada a primeira, ele

acabava por ainda ficar detido até a cessação do estado de periculosidade. Como bem assevera Nucci (2007, p. 479) *“na prática, poderia ficar preso indefinidamente, o que se afigurava profundamente injusto – afinal, na época do delito, fora considerado imputável, não havendo sentido para sofrer dupla penalidade”*²⁶.

Por último, tem-se o sistema vicariante, também denominado de binário único, o qual possibilita a imposição de pena ou de medida de segurança, não admitindo assim a aplicação cumulativa desses dois institutos.

No Brasil vigorou de 1940 a 1984 o sistema dualista ou duplo binário, acabando por ruir com a reforma ao Código Penal de 1984, em que se consagrou o sistema vicariante. Segundo René Ariel Dotti:

O sistema vicariante, também chamado binário único, consiste na imposição exclusiva da pena ou da medida de segurança. Não se admite mais a aplicação e a execução cumulativa das duas reações penais, funcionando a medida de segurança como um complemento da pena.”²⁷ (grifo nosso)

Dentre os mais diversos motivos para o fracasso do sistema dualista, no Brasil, cabe ressaltar ainda as considerações de Heleno Cláudio Fragoso ao asseverar que:

Entre nós, o sistema do duplo binário, adotado pelo CP de 1940, nunca funcionou. O que se tem a dizer é que nos 40 anos de vigência desse código, somente no Estado de São Paulo foi construído um único estabelecimento para execução de medidas de segurança detentiva para imputáveis. Em nenhum outro Estado existiram tais estabelecimentos, o que significa que as disposições do código ficaram no papel. Em conseqüência, as medidas de segurança detentivas para imputáveis não cumpriam nunca, sendo substituídas pela liberdade vigiada, uma medida puramente retórica. Por outro lado, sempre se concedeu livramento condicional, declarando-se a cessação da periculosidade, o que prejudicava a aplicação da medida. A impressão que se tinha, nesses anos todos, é que o sistema funcionava

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.479.

²⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 622.

sem que as medidas de segurança detentivas para imputáveis fizessem falta [...]”.²⁸

Ainda sobre as inovações trazidas às medidas de segurança pela Reforma de 1984 ao Código Penal, por sua vez, a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, em suas primeiras considerações sobre o mencionado instituto, aduz que se:

Extingue o Projeto a medida de segurança para o inimputável e institui o sistema vicariante para os fronteiriços. Não se retomam, com tal método, soluções clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema. **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 [...].²⁹ (negrito nosso)

Em oposição à abolição do sistema do duplo binário, confira-se a posição de Carlos Frederico Coelho Nogueira:

Em matéria de medidas de segurança, a sociedade e cada um de nós estaremos totalmente desprotegidos pela nova Parte Geral do Código Penal. (...) Não poderá mais ser declarada a periculosidade de réus imputáveis, por mais selvagens e revoltantes os crimes por eles praticados. Apenas porque, mentalmente, são sãos. Numa época em que a sociedade clama por segurança, dilui-se a repressão de crimes comuns, incentivando-se o incremento da criminalidade violenta (Efeitos da condenação, reabilitação e medidas de segurança, p. 142).

Como se pode ver, neste novo sistema a pena separou-se da medida de segurança. Aboliu-se também tal medida para os imputáveis, enquanto que para os semi-imputáveis, foi facultada ao juiz a escolha entre a aplicação de medida de segurança ou de pena privativa de liberdade com diminuição obrigatória de um a dois terços da pena, conforme dispõe o Código Penal. Com tais disposições, ficou caracterizado o caráter preventivo e assistencial da medida de segurança.

²⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 497.

²⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 89.

2 MEDIDAS DE SEGURANÇA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

2.1 CONCEITO

Sob a ótica do Direito Penal moderno, em razão da ineficácia da execução da pena no que tange à prevenção e à reintegração do criminoso, as medidas de segurança emergiram como substitutivo da pena, sobretudo quanto aos delinqüentes perigosos, temíveis.

Sabe-se que as medidas de segurança somente ganharam importância e regulamentação específica no direito brasileiro com a edição do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que adotava antes da reforma de sua parte geral, em 1984, o sistema duplo-binário. No entanto, com o advento da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, passou-se a adotar o sistema vicariante. Nesse novel sistema, não se aplica medida de segurança aos imputáveis, e quanto aos semi-imputáveis, incumbe ao juiz sentenciante adotar como sanção ou a medida de segurança ou a pena deduzida, conforme estatuído nas disposições gerais do Código Penal.

As medidas de segurança, cuja criação teve apoio na Escola Positiva, podem ser definidas como sanção prevista na lei que será aplicada após o cometimento de um crime, direcionando um tratamento destinado a arrefecer a periculosidade do agente e prevenindo-o da prática de novo crime, objetivando, igualmente, a sua restituição ao meio social ao qual pertence.

A respeito do mencionado instituto, Nucci (2007, p. 479) leciona que:

[...] trata-se de uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-inimputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado.³⁰

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 479

Nesse compasso, calha colacionar ensinamento de Dotti (2004, p. 621):

A medida de segurança é uma das reações penais destinadas à prevenção da criminalidade. Trata-se de providência de fins curativos e assistenciais aplicada aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos pelo art. 26 e parág. ún. Tais sujeitos, em função da doença mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado demonstram um *estado de periculosidade* que constitui a *probabilidade de delinqüir*.³¹

Conforme se vê, as definições supracitadas acerca das medidas de segurança, como forma de reação penal reservada à prevenção de práticas delituosas, mostraram-se bem acuradas. De se notar, pois, que as referidas medidas funcionam como verdadeiros instrumentos consentâneos para a prevenção social, cuja aplicação tem por desígnio curar a doença mental a qual acomete o sujeito ativo do crime, e não castigá-lo, bem assim o reintegrar à sociedade.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Questão relevante no presente contexto diz respeito à natureza jurídica das medidas de segurança, assunto que decerto causou um amplo embate doutrinário, sobretudo se elas possuíam caráter jurídico-penal ou meramente administrativo.

Com efeito, defendendo o caráter administrativo das medidas de segurança, Bettiol (2000, p. 760), aduz que:

a medida de segurança, diferentemente da pena, não é uma sanção. É um meio de tutela preventiva, de caráter administrativo, contra as causas do crime. Sobre essa natureza administrativa, a doutrina insistiu muito.³²

³¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.621.

³² BETTIOL, Guiseppe. **Direito Penal**. Campinas: Red Livros, 2000, p. 760.

Todavia, a tese atualmente predominante é a de que as medidas de segurança, na verdade, possuem caráter de sanção penal, tendo, portanto, a mesma natureza jurídica da pena, eis que tanto esta quanto a medida de segurança são sanções de Direito Penal, impostas coercitivamente pelo Estado quando do exercício da jurisdição, em razão do cometimento de uma infração penal.

Entende-se por sanção penal a consequência jurídica imposta ao agente que incorre na conduta delitiva. Como é sabido, as normas penais constituem-se de duas partes: o preceito e a sanção. O preceito, ou também denominado preceito primário, consiste na descrição abstrata da conduta proibida. Por sua vez, a sanção ou também intitulada de preceito secundário, é a medida coercitivamente imposta ao agente que incide no chamado preceito primário. Logo, a sanção refere-se à transgressão de um preceito, à violação de uma obrigação manifestada na norma jurídica.

Ao se tratar de réus inimputáveis e semi-imputáveis, estes são isentos de pena, assim, diferentes dos demais integrantes da sociedade que se submetem às consequências legais dos atos praticados, sendo, portanto, obrigados a cumprir pena pelos crimes que cometem, eis que agiram com culpabilidade, ou seja, intenção de delinquir; as normas penais que regem os atos praticados por agentes acometidos de doença mental, trata-se de normas permissivas exculpantes, que têm por finalidade afastar a culpabilidade do agente, eclodindo causas de isenção de pena.

Dessa forma, nos crimes cometidos por doentes mentais, em tese, os elementos fundamentais para a aplicação da sanção penal, quais sejam, a obrigação de submeter-se ao castigo pelo crime cometido, a culpabilidade, isto é, a intenção de delinquir, e a imputabilidade, que estabelece o nexo de causalidade entre o sujeito e o ato, estariam ausentes, razão pela qual não seria possível a aplicação de pena.

Contudo, “a psiquiatria (...) reconhecendo a loucura e demonstrando a necessidade de tratamento e isolamento, viabiliza a atuação frente aos loucos-criminosos, sob a forma de medida de segurança”.³³

Assim, “(...) a natureza das chamadas ‘medidas de segurança’ (...) não é propriamente penal, por não possuírem um conteúdo punitivo, mas o são formalmente penais, e, em razão disso, são elas impostas e controladas pelos juízes penais (...)”³⁴. Logo, há de se concluir pela natureza de sanção penal das medidas de segurança, eis que “(...) as leis penais impõem um controle formalmente penal, e limita as possibilidades de liberdade da pessoa, impondo o seu cumprimento, nas condições previamente fixadas que elas estabelecem, e cuja execução deve ser submetida aos juízes penais”.³⁵

Destarte, as medidas de segurança possuem natureza de sanção penal. O Estado as impõe coercitivamente, quando da violação ao preceito primário constante da norma. É diante dessa transgressão que surge para o Estado o direito de aplicar a pena ou a medida de segurança adequada. Tal medida não deixa de ser uma espécie de sanção penal, visando especialmente à prevenção, preservando a sociedade da ação de loucos-infratores, recuperando-os com tratamento curativo que se faz necessário. Logo, por constituir-se de uma espécie de sanção penal, deve, portanto, obedecer aos preceitos constitucionais e as disposições do Código Penal no que concerne à aplicação e execução de sanções penais, sejam elas penas ou medidas de segurança.

³³ PERES, Maria Fernanda Tourinho; Nery Filho, Antônio; Lima Júnior, Alberto Soares. **A estratégia da periculosidade: psiquiatria e justiça penal em um hospital de custódia e tratamento**. Disponível em: <<http://www.priory.com/psych/perigo.htm>>. Acesso em: 05 set. 2008.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pirangeli, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 859.

³⁵ Ibidem, p. 859.

2.3 PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA

Como visto no tópico anterior, tanto a medida de segurança quanto a pena inserem-se no gênero sanção penal, sendo, portanto, as suas espécies. Do mesmo modo, ambas pressupõe a prática de um ato ilícito, são manifestações do *jus puniendi* do Estado, e são aplicadas jurisdicionalmente. Trata-se de meios defensivos da sociedade.

Em consonância com a política criminal hodierna, existem algumas distinções, não-ontológicas, entre a pena e a medida de segurança, porquanto, repisa-se, ambas traduzem na perda ou restrição de um bem jurídico e tendem à reposição do condenado ao meio social ao qual pertence.

Com efeito, a pena é essencialmente repressiva, isto é, devendo ser aplicada e sentida, primariamente, como castigo ou expiação; a medida de segurança é essencialmente preventiva, no desiderato de preservar a sociedade da ação de delinqüentes temíveis e de recuperá-los com tratamento curativo – segregação hospitalar, assistência, tratamento, custódia, reeducação, vigilância.

A pena fundamenta-se na culpabilidade do agente, ou seja, sujeito mentalmente são, desenvolvido, capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Já a medida de segurança alicerça-se exclusivamente na periculosidade do sujeito, consubstanciada na potência, capacidade, aptidão ou na idoneidade que um homem tem para se converter em ações danosas. Enquanto a pena visa à recuperação do apenado, para reinseri-lo ao meio civilizado, a medida de segurança tem por finalidade debelar a periculosidade do inimputável ou semi-responsável, para devolvê-lo a seus familiares, bem assim à sociedade. A pena é fixa. A medida finda, quando cessada a periculosidade.

A argumentação retromencionada também se extrai dos ensinamentos de Bettiol (2000, p. 756) quando ensina o seguinte:

Tanto com a pena (repressão) como a medida (prevenção), o legislador pretende tutelar a sociedade. É realmente missão do Estado a de procurar o bem comum, a de permitir o desenvolvimento ordenado de uma vida social, a de fazer com que a sociedade possa continuar a existir na manutenção das condições morais e materiais que esta existência torna possível. Já notamos que a pena retributiva serve para a manutenção de mais fundamentais exigências éticas de conservação da sociedade: pretende-se afirmar que a medida – com referência à idéia de defesa social – serve para a manutenção das condições físicas de conservação da sociedade.³⁶

Quanto aos destinatários, impõe-se pena aos imputáveis e aos semi-imputáveis, já a medida de segurança é aplicada aos inimputáveis e eventualmente aos semi-imputáveis, quando para estes houver necessidade de especial tratamento curativo, em substituição à pena.

Ainda sobre as diferenças entre pena e medida de segurança, Dotti (2004, p. 621), por sua vez, destaca que:

A pena exige individualização, atendendo às condições pessoais do agente e às circunstâncias do fato (CP, arts. 59 e 60); a medida de segurança é generalizada à situação de periculosidade do agente, limitando-se a duas únicas espécies (internação e tratamento ambulatorial) (CP, art. 96).³⁷

Ademais, outra diferença entre pena e medida de segurança encontra-se inserta no princípio da constitucional da irretroatividade *in pejus*, segundo o qual a lei posterior que de qualquer modo vier a prejudicar o agente não terá aplicação retroativa, ou seja, não poderá alcançar os fatos ocorridos sob a égide do diploma legal anterior. Contudo, o citado postulado não se aplica às medidas de segurança, tratando-se de exceção à regra insculpida no inciso XL do art. 5º da Carta Política.

Aliás, justamente em razão da natureza predominantemente preventiva das medidas de segurança, poder-se-ia afirmar que a lei posterior que regula o alusivo instituto, criando mecanismos ou remédios mais dolentes ou acres, alcança os fatos anteriores à sua vigência cometidos por loucos-infratores, porque a finalidade das

³⁶ BETTIOL, Guiseppe. **Direito Penal**. Campinas: Red Livros, 2000, p. 756.

³⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 621.

medidas de segurança é exatamente debelar a doença mental desses agentes, arrefecer sua periculosidade.

Discorrendo sobre o tema, assevera Toledo (1994, p. 41) que:

Em relação às medidas de caráter puramente assistencial ou curativo, estabelecidas em lei para os inimputáveis, parece-nos evidentemente correta a afirmação de sua aplicabilidade imediata, quando presente o estado de perigosidade, ainda que possam apresentar-se mais gravosas, pois os remédios reputados mais eficientes não podem deixar de ser ministrados aos pacientes deles carecedores só pelo fato de serem mais amargos ou mais dolorosos. Aqui, sim, se poderia falar em diferença substancial entre a pena e a medida, para admitir-se a exclusão da última das restrições impostas à primeira pelo art. 5º, XXXIX e XL, da Constituição.³⁸

Destarte, diversos são os traços distintivos entre a pena e a medida de segurança. Em arremedo de conclusão, o ilustre docente da Universidade Católica de Brasília, João Batista Teixeira, a fim de facilitar a assimilação do referido conteúdo, durante as aulas ministradas em sala de aula³⁹, expôs essas diferenças da seguinte forma:

PENA:	MEDIDA DE SEGURANÇA:
tem natureza retributiva-preventiva;	tem natureza preventiva;
é proporcional à gravidade da infração;	é proporcional à periculosidade do sujeito;
liga-se ao sujeito por um juízo de culpabilidade;	liga-se ao sujeito por um juízo de periculosidade;
é fixa;	cessa quando cessar a periculosidade
aplica-se aos imputáveis e semi-imputáveis;	aplica-se aos inimputáveis e semi-imputáveis;
é cumprida em presídio, colônia agrícola, industrial ou casa de albergado;	é cumprida em hospital ou casa de custódia;
visa recuperar o apenado para restituí-lo à sociedade.	visa debelar a doença mental para devolver o doente a seus familiares e à sociedade.

³⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos De Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 41-42. 11.

³⁹ TEIXEIRA, João Batista. **Direito Penal – Parte Geral. Primeiro Semestre – 2005**, p. 74-75.

2.4 INIMPUTABILIDADE E SEMI-IMPUTABILIDADE (CP, ART. 26)

2.4.1 Inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Dispõe o 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. (grifo nosso)

Cuida-se de uma das hipóteses de causa de exclusão da imputabilidade. Alude-se a lei à *doença mental*. Conquanto vaga, sem maior rigor científico, a expressão abrange todas as matérias que causam alterações mórbidas à saúde mental.

Há autores que incluem nesse dispositivo (doença mental) os estados crepusculares não patológicos, (como o sono normal crepuscular, a febre, o sonambulismo, o desmaio, a hipnose por sugestão etc.). Não se pode olvidar, contudo, que nessa hipótese existirá um estado de inconsciência, e, como se sabe, o dolo é composto por consciência e vontade na consecução do tipo. Assim sendo, inexistente a própria conduta típica e, se presentes a consciência e a capacidade de autodeterminação, não há que se excluir a culpabilidade.⁴⁰

⁴⁰ Não se pode ignorar a existência de certas formas de esquizofrenias e outras doenças mentais que o agente fica sujeito a alucinações e que, assim, ao praticar o fato, não age com dolo, pela ausência de consciência e vontade de integralizar os elementos objetivos do tipo, como, por exemplo, ao matar um homem supondo enfrentar um “dragão”. No caso, estaria excluída a própria conduta típica e não simplesmente a imputabilidade. A lei, contudo, não distingue entre hipóteses tais, considerando apenas excluída sempre e unicamente a imputabilidade.

As doenças mentais podem ser *orgânicas* (paralisia progressiva, sífilis cerebral, tumores cerebrais, arteriosclerose etc.), *tóxicas* (psicose alcoólica ou por medicamentos) e *funcionais* (psicose senil etc.). De acordo com a duração da moléstia, pode ser *crônica* ou *transitória*.

Refere-se o art. 26 ainda ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado. O desenvolvimento mental incompleto ocorre, à guisa de ilustração, nos menores de idade, os quais são presumivelmente incapazes de entender, na íntegra, o caráter ilícito do fato e, por conseguinte, de determinar-se de acordo com esse entendimento. No atinente aos infantes e adolescentes, a própria Constituição Federal, no artigo 227, confere a eles o respaldo e proteção apropriados, assegurando-lhes todos os direitos, oportunidades e facilidades, com o fito de preservar o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual e social. O Estatuto Menorista, Lei n.º 8069, de 1990, igualmente, tutela, bem assim discrimina os direitos a eles assegurados e políticas de inclusão social.

Impende frisar que possuem *desenvolvimento mental incompleto*, ainda, os silvícolas não adaptados à civilização. Entretanto, a condição de silvícola, *per si*, não exclui a imputabilidade, mormente se o agente é índio integrado e adaptado ao meio civilizado,⁴¹ o que não raramente acontece em nosso meio social.

Mirabete (2004, p. 212) aduz que:

Também estão submetidos ao art. 26 os surdos-mudos que não receberam instrução adequada. O isolamento do surdo-mudo pode impedir o desenvolvimento mental e afetar a capacidade de discernimento no campo intelectual ou ético, ainda que não acompanhado de doença mental ou oligofrenia.⁴²

O *desenvolvimento mental retardado* é o estado mental dos oligofrênicos (nos graus de debilidade mental, imbecilidade e idiotia), incapazes de entendimento e por muitos autores equiparados aos portadores de doença mental. Nas faixas mais baixas, haverá inimputabilidade.

⁴¹ RT 694/364; RJTJERGS 156/139.

⁴² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 212.

Como se sabe, a culpabilidade é a censurabilidade da conduta típica e antijurídica. Por isso, não basta, tão-somente, a presença de uma dessas situações – doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, para que fique excluída a inimputabilidade. Há que se perquirir o aspecto intelectual e volitivo.

Com efeito, nos termos da lei, só inimputável aquele que, ao tempo da conduta, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato: o agente pode entender o *fato*, mas não o caráter ilícito de sua conduta e, nessa hipótese, é inimputável.

No entanto, pode o sujeito, apesar de um desses estados mórbidos, ser capaz de entendimento ético, devendo-se, nessa hipótese, acurar o aspecto volitivo, de autodeterminação, que pode não existir. É o que ocorre com alguma freqüência em indivíduos portadores de certas psiconeuroses, os quais agem com plena consciência do que fazem, mas não conseguem ter o domínio de seus atos, isto é, não podem evitá-los.⁴³ É o que ocorre, por exemplo, com a *cleptomania* (furto compulsivo).

Dessa feita, aquele que, embora que detenha plena ciência do caráter ilícito de sua atitude, mas não consegue se comportar da forma exigida pelo Direito, pode ter sua culpabilidade elidida ou diminuída.

Noutro giro, é imputável aquele que, embora portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, tem capacidade de entender a ilicitude de seu comportamento e de se autodeterminar. Afora, porém, a base biológica da inimputabilidade (doença mental etc.), não importa que o agente, no momento do crime, se encontre privado da capacidade de entendimento e autodeterminação; o indivíduo moralmente pervertido que, no momento do crime, não pode controlar seus impulsos deve ser tido por imputável. A inimputabilidade não se presume e para ser acolhida deve ser provada em condições de absoluta certeza.⁴⁴

⁴³ Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos Do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 109-110.

⁴⁴ JTACrSP 43/65.

Deveras, a prova de inimputabilidade do acusado é fornecida pelo exame pericial. Quando houver dúvida sobre a integralidade mental do réu, o juiz ordenará de ofício⁴⁵ 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, conforme determina o art. 149 do Código de Processo Penal. Existindo tais indícios, não pode o juiz sequer homologar pedido de desistência do incidente a requerimento da defesa.⁴⁶ Mesmo na hipótese de silvícola, somente a perícia pode comprovar o desenvolvimento mental incompleto;⁴⁷ se ele já é plenamente aculturado, tem desenvolvimento mental que lhe permite compreender a ilicitude de seus atos é plenamente imputável.⁴⁸ Não há constrangimento ilegal na determinação de que se recolha o acusado ao estabelecimento psiquiátrico para que seja submetido a exame.⁴⁹

Excluída a imputabilidade por incapacidade total de entendimento da ilicitude do fato ou de autodeterminação, consoante as disposições dos Códigos Penal e Processual Penal, o autor do fato é absolvido e aplicar-se-á obrigatoriamente a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado. Tratando-se, porém, da prática de crime apenado com detenção, o juiz poderá submeter o agente a tratamento ambulatorial (art. 97). A comprovada inimputabilidade do agente não dispensa o juiz de analisar na sentença a existência ou não do delito apontado na denúncia os argumentos do acusado quanto à inexistência de tipicidade ou de antijuridicidade.⁵⁰ Inexistindo tipicidade ou antijuridicidade, o réu, embora inimputável, deve ser absolvido pela excludente do dolo ou da ilicitude, não se impondo, portanto, medida de segurança.

Urge assinalar que a sentença que permite a aplicação da medida de segurança denomina-se absolutória imprópria, tendo em vista que, a despeito de considerar que o réu não cometeu delito, logo, não é criminoso, merece uma sanção (medida de segurança). A Súmula 422 do STF reforça o citado entendimento, *in*

⁴⁵ *RJTDACRIM* 7/118.

⁴⁶ *RT* 625/308.

⁴⁷ *RT* 621/339.

⁴⁸ *RTJ* 120/206; *RT* 614/393; *RJDTACRIM* 2/98.

⁴⁹ *JSTJ* 9/173.

⁵⁰ Nesse sentido: *RT* 666/329.

verbis: “A absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação da liberdade”.

2.4.2 Culpabilidade diminuída (semi-imputável)

Prevê o art. 26, parágrafo único:

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

No caso, o agente é imputável e responsável por ter alguma consciência da ilicitude da conduta, mas é reduzida a sanção por ter agido com culpabilidade diminuída, resultante de suas condições pessoais. O agente é imputável, mas para alcançar o grau de conhecimento e de autodeterminação, é-lhe necessário maior esforço. Se sucumbe ao estímulo criminal, deve ter-se em conta que sua capacidade de resistência diante dos impulsos passionais é, nele, menor que em um sujeito normal, e desse direito origina uma diminuição da reprovabilidade e, portanto, do grau de culpabilidade.⁵¹

Refere-se a lei em primeiro lugar à “*perturbação da saúde mental*”, expressão ampla que abrange todas as doenças mentais e outros estados mórbidos. Os *psicopatas*, por exemplo, são enfermos mentais com capacidade parcial de entender o caráter ilícito do fato.⁵² A *personalidade psicopática* não se inclui na categoria das moléstias mentais, mas no elenco das perturbações da saúde mental pelas perturbações da conduta, anomalia psíquica que se manifesta em procedimento violento, acarretando sua submissão ao art. 26, parágrafo único.⁵³

⁵¹ MAURACH, Reinhart. ob. cit. p. 120.

⁵² RT 550/303.

⁵³ RT 405/133, 442/412, 495/304, 462/409; RJTJESP 40/314, 42/382.

Em segundo lugar, estão os que apresentam desenvolvimento mental incompleto. O silvícola, repita-se, pode ser incluído na cláusula do desenvolvimento mental incompleto desde que fique demonstrada sua inadaptação à vida no meio civilizado, estando essa inabilidade condicionada a exame pericial, a fim de que se possa aquilatar no agente o seu desenvolvimento mental incompleto.

Na hipótese do *desenvolvimento mental retardado*, estão os oligofrênicos, conforme exposto anteriormente. Na oligofrenia, se ficar demonstrado que o agente se encontra no nível de debilidade mental limítrofe (fronteiriço), seja por questões culturais ou orgânicas, é irrefutável o reconhecimento da culpabilidade diminuída.

Do mesmo modo, como salienta Mirabete (2004, p. 214),⁵⁴ encontram-se os surdos-mudos, dependendo do grau de desenvolvimento da capacidade de entendimento e de autodeterminação. Também em todas as hipóteses aventadas é indispensável verificar não só a capacidade de entendimento da ilicitude, como também do poder de autodeterminação do agente, não se aplicando o dispositivo se permanecerem ambos íntegros.

Em todas as hipóteses do parágrafo em exame, o agente será condenado, com a pena deduzida de um a dois terços. Discutiu-se, porém, se a redução da pena é obrigatória ou facultativa. Há decisões, inclusive do STF, de que a redução da pena é facultativa.⁵⁵ Entretanto, comprovada a redução da capacidade de entendimento e de autodeterminação, a culpabilidade é sempre menor e o juiz deverá atenuar a sanção e justificar seu grau entre os parâmetros legais estabelecidos.⁵⁶

Constitui realmente direito público, subjetivo do réu, ter a pena reduzida.⁵⁷ O grau da redução deve levar em conta não só a gravidade do fato, mas, principalmente, o vulto da perturbação mental ou da deficiência mental do réu, responsável pela diminuição de capacidade de entendimento ou determinação.⁵⁸ A

⁵⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 214.

⁵⁵ DJU de 14-12-79, p. 9.443: RT 390/341; JTACrSP 21/62; JSTJ 13/178; JTAERGS 70/25.

⁵⁶ RT 398/304; 514/316, JTACrSP 6/16.

⁵⁷ Nesse sentido: STJ: RSTJ 22/426; RJTJERGS 150/35.

⁵⁸ Alude-se também à gravidade do fato (RJTERGS 159/154-155, 160/100-101; JACT 69/476/477), mas essa consideração deve ser feita na fixação da pena pelas circunstâncias do crime.

causa de diminuição de pena, estabelecida em tese, afeta inclusive o grau mínimo da cominação, reduzindo-a da respectiva quantidade.⁵⁹

Determina, porém, o art. 98:

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

O dispositivo retrodescrito substituiu o antigo sistema duplo binário (dois trilhos) em que se aplicava a pena reduzida e, também, uma medida de segurança, pelo sistema vicariante, em que se aplica a pena, podendo ser ela substituída pela medida de internação ou tratamento ambulatorial, como se explica na exposição de motivos da Lei nº 7.209: “*Nos casos fronteiriços em que predominar o quadro mórbido, optará o juiz pela medida de segurança. Na hipótese oposta, pela pena reduzida*” (item 22). Já se tem decidido que, reconhecida no laudo pericial a necessidade de isolamento definitivo ou por longo período, como na hipótese de ser o réu portador de personalidade psicopática, deve o juiz, inclusive por periculosidade, optar pela substituição da pena por medida de segurança para que se proceda ao tratamento necessário.⁶⁰

Substituída a pena pela medida de segurança, porém, o sentenciado passará a sofrer todas as conseqüências a que está sujeito o inimputável, inclusive quanto à necessidade de perícia médica que comprove a cessação da periculosidade para desinternação do condenado ou cessação do tratamento.

⁵⁹ Nesse sentido: RSTJ 25/486; RJTJERGS 160/115

⁶⁰ Nesse sentido: RT 669/283; RJDTACRIM 3/131.

2.5 PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Em suma, dois são os requisitos para a aplicação das medidas de segurança, a saber, o cometimento de um fato previsto como crime e a periculosidade do agente. Diferentemente de como constava antes da reforma ao Código Penal, tais requisitos são hoje encontrados de forma implícita no Código Penal, extraídos de seus arts. 97 e 98.

Nesse sentido, assevera Andrade (2004, p. 13) que:

A medida de segurança pressupõe a prática de fato previsto como crime e a periculosidade do agente. Não basta, pois, somente este último requisito para impô-la. **Necessário e imprescindível que o inimputável, na condição de agente ativo, cometa um crime, ou seja, um fato típico punível definido em lei.** ⁶¹ (grifo nosso)

Por ser tratar de agente inimputável, a conduta por ele perpetrada é tão-somente típica e ilícita, não sendo, porém, culpável. Contudo, não se aplica medida de segurança nestes casos: se não há provas que confirmem a imputação;⁶² se o fato não constitui ilícito penal;⁶³ se o agente foi absolvido por ter praticado o fato ao abrigo de um excludente de antijuridicidade.⁶⁴

O segundo pressuposto é o da periculosidade do agente. Periculosidade é a potência, a capacidade, a aptidão ou a idoneidade que um homem tem para se converter em causa de ações danosas. Em outros termos, é probabilidade de o sujeito ver a delinquir. Segundo Fragoso (2003, p. 499), trata-se de:

Um juízo de probabilidade que se formula diante de certos indícios. Trata-se de juízo empiricamente formulado, e, portanto, sujeito a erros graves. Pressupõe-se sempre, como é óbvio, uma ordem social determinada a que

⁶¹ ANDRADE, Haroldo da Costa. **Das medidas de segurança**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 13.

⁶² *RJTJESP* 1/194.

⁶³ *RT* 463/382, 507/375.

⁶⁴ *RT* 397/282, 410/394; *RJTJESP* 27/319.

o sujeito deve ajustar-se e que não é questionada. O sistema se defende aplicando medidas de segurança a pessoas que sofrem de anomalias mentais e que apresentam probabilidade de praticar novos atos que a lei define como crimes.⁶⁵

Por sua vez, a periculosidade do agente pode ser real (quando é verificada pelo juiz) ou presumida (quando decorre da lei). No Código Penal brasileiro a periculosidade dos agentes inimputáveis será sempre presumida, enquanto para os semi-inimputáveis ela será real.

Conceituando a periculosidade e estabelecendo as suas modalidades, cumpre destacar a definição trazida por Andreucci (1999, p. 136). Vejamos:

Periculosidade é a potencialidade de praticar ações lesivas. A periculosidade pode ser real (quando precisa ser comprovada) ou presumida (quando não precisa ser comprovada). No caso dos inimputáveis, a periculosidade é presumida, pois a lei determina a aplicação da medida de segurança. No caso dos semi-imputáveis, a periculosidade é real, pois deve ser verificada pelo juiz à luz do caso concreto, ensejando a escolha entre a aplicação de pena reduzida ou a imposição de medida de segurança.⁶⁶ (grifo nosso)

Não obstante os dois pressupostos acima delineados, cabe ainda ressaltar que para alguns autores constaria também como pressuposto de imposição da medida de segurança a ausência de imputabilidade plena, como é o caso de Luiz Regis Prado e Haroldo da Costa Andrade.⁶⁷ A ausência de imputabilidade plena consiste na vedação de aplicação de medida de segurança aos imputáveis, como ocorria na redação do antigo Código Penal, razão pela qual Prado (2000, p. 529) pondera que:

Hodiernamente, não mais se prevê a possibilidade de aplicação da medida de segurança ao agente imputável, de modo que a ausência de capacidade de culpabilidade plena figura como pressuposto inafastável para a imposição daquela.

⁶⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal - Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 499.

⁶⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral. Volume I**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p.136.

⁶⁷ ANDRADE, Haroldo da Costa. **Das medidas de segurança**. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2004, p. 14.

Assim, o agente imputável não pode sofrer medida de segurança, mas somente pena; o semi-imputável, por sua vez, só estaria sujeito à medida de segurança na hipótese de exigência de especial tratamento curativo (art. 98, CP), enquanto aos inimputáveis se aplica, de regra, medida de segurança (art. 26, caput, CP). 68

Partindo dessa premissa, ao plenamente imputável, ainda que demonstre periculosidade, a lei permite a aplicação somente da pena, abolida que foi a medida de segurança nessa hipótese.⁶⁹

Por fim, acresça-se que não há mais a *medida de segurança preventiva*, prevista no art. 378 do Código de Processo Penal, considerado revogado pela maioria da doutrina. De fato, previa-se a possibilidade de o juiz aplicar medida de segurança preventiva durante a instrução, mas essa providência era um reflexo do antigo art. 80 do Código Penal de 1940. Agora, quando indispensável, pode o juiz decretar a prisão preventiva, colocando o agente em lugar próprio para sua situação.

2.6 APLICAÇÃO, CONVERSÃO, EXECUÇÃO, REVOGAÇÃO E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

2.6.1 Alcance

Reconhecidos os pressupostos, a medida de segurança é aplicada pelo juiz que decidir o processo de conhecimento. Prevê-se que compete ao juiz da execução determinar “*a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança*” (art. 66, V, d, da LEP). Tal dispositivo, porém, refere-se apenas aos casos de superveniência de doença mental ou de perturbação da saúde mental (art. 183 da LEP) e não da condenação do semi-imputável ou absolvição do inimputável, que, evidentemente, ao juiz do processo condenatório.

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.529.

⁶⁹ RT 605/425, 608/365 e 393, 609/393.

Segundo o Código Penal, porém, ou a periculosidade é presumida *ex vi legis*, no caso de inimputáveis, ou deve ser reconhecida pelo juiz ao condenar o semi-imputável que necessita de especial tratamento curativo, substituindo a pena pela medida de segurança. Nessas condições, dispensável é que conste da imputação o pedido de sua aplicação, devendo o juiz motivá-la apenas na segunda hipótese.

Não prevê mais a aplicação de medida de segurança para os autores de crime impossível (art. 17) e nas hipóteses de participação impunível (art. 31).

Também não é possível, como ocorria na vigência do Código Penal de 1940, antes da reforma de 1984, a aplicação *provisória* da medida de segurança na hipótese de inimputáveis dos ébrios habituais ou toxicômanos. Não se permitindo a internação ou o tratamento ambulatorial sem a guia expedida pela autoridade judiciária (art. 172 da LEP) e só podendo esta ser expedida após o trânsito em julgado da sentença que aplicar a medida de segurança (art. 171 da LEP), ficaram derogados os arts. 378 e 380 do Código de Processo Penal.⁷⁰ Hodiernamente, se imprescindível alguma medida de constrição cautelar, faculta-se ao juiz decretar a prisão preventiva, colocando o agente perigoso em local próprio para sua situação.

Antes da Reforma Pena de 1984, prevalecia o sistema do duplo binário, vale dizer, o juiz podia aplicar pena mais medida de segurança. Quando o réu praticava um delito grave e violento, sendo considerado perigoso, recebia pena e medida de segurança. Assim, terminada a pena privativa de liberdade, continuava detido até que houvesse o exame de cessação da periculosidade. Na prática, poderia ficar preso indefinidamente, o que se afigurava profundamente injusto – afinal, na época de delito, fora considerado imputável, não havendo sentido para sofrer dupla penalidade. Atualmente, prevalecendo o sistema vicariante, o juiz somente pode aplicar pena ou medida de segurança. Caso o réu seja considerado imputável à época do crime, receberá pena; se for inimputável, caberá medida de segurança.

Dispõe o art. 96, parágrafo único, que, extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. Explica-se o dispositivo porque, extinta a punibilidade antes ou depois da sentença irrecorrível no processo, não se deve sujeitar o indivíduo a constrangimentos que a própria causa

⁷⁰ Nesse sentido: JTARGS 59/9.

extintiva está demonstrando inoportunos ou desnecessários.⁷¹ Os inimputáveis e os semi-imputáveis aos quais tenha sido aplicada medida de segurança somente se furtarão a ela quando ocorrer causa qualquer de extinção de punibilidade. No primeiro caso pode ocorrer, por exemplo, a prescrição com base na pena em abstrato;⁷² no segundo, a prescrição pela pena concretizada substituída.⁷³

De acordo com os arts. 97, § 1º, e 98, ambos do Código Penal, deve o juiz fixar o prazo mínimo de execução da medida de segurança de um a três anos, qualquer que seja o ilícito praticado.⁷⁴ Não pode o juiz, em qualquer hipótese, fixar um limite superior ao previsto em lei (três anos).⁷⁵

2.6.2 Execução e revogação

Para a execução das medidas de segurança, é mister que, transitada em julgado a sentença que as aplicou, seja expedida a guia de execução, sem a qual não se poderá promover a internação ou a submissão a tratamento ambulatorial (arts. 171 a 173 da LEP). Reafirma-se, nesse passo, a garantia de liberdade que deve existir para todas as pessoas, independentemente de sua condição, salvo as exceções legais.⁷⁶

Sabe-se que a medida de segurança é executada em princípio, por tempo indeterminado, fixado apenas o prazo mínimo, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade (art. 97, § 1º). Hoje, porém, com fundamento nos princípios da legalidade, da proporcionalidade, da igualdade, da intervenção mínima e de humanidade, tem-se pregado a limitação máxima de duração da medida de segurança.⁷⁷

⁷¹ Cf. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1951. p. 145.

⁷² RT 623/292.

⁷³ RT 613/348.

⁷⁴ RJD TACRIM 20/124.

⁷⁵ RTJ 117/1313

⁷⁶ Cf. exposição de motivos da Lei nº 7.210, item 153.

⁷⁷ Sustentando, de acordo com tais princípios, que quanto aos semi-imputáveis a duração máxima é a da pena substituída pela medida de segurança e que em relação aos inimputáveis é a da pena máxima cominada ao crime: GOMES, Luiz Flávio. **Duração das medidas de segurança**. RT 663/257-267. Também a propósito do assunto: FERRARI, Eduardo do Reale. **Os prazos de**

A perícia médica é realizada ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida anualmente, ou a qualquer tempo, se a determinar o juiz da execução (art. 97, § 2º). Por disposição expressa, computa-se na medida de segurança, para a contagem do prazo mínimo, o tempo de prisão provisória, o de prisão administrativa (nos casos de constrição disciplinar militar) e o de internação em qualquer estabelecimento referido no art. 41 (art. 42).

Nos termos do art. 97, § 2º, a perícia medica deve ser *obrigatoriamente* realizada ao termo do prazo mínimo fixado pelo juiz sentenciante e repetida de ano em ano,⁷⁸ permitindo-se que o exame seja determinado, a qualquer tempo pelo juiz, *ex officio*.⁷⁹ Mas enquanto pela redação do dispositivo se deduz que o exame por determinação do juiz somente poderá ser ordenado após o transcurso do prazo mínimo, já que se refere à repetição da perícia nessa hipótese, admite-se esta a qualquer tempo, ainda no decorrer desse prazo, por determinação do magistrado, quando houver requerimento fundamento do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor (art. 176 da LEP). Os prazos não são fatais ou peremptórios, não constituindo sua superação constrangimento ilegal.⁸⁰

Realizada a perícia e comprovada cessação periculosidade, o juiz determinará a suspensão da execução da medida de segurança. Transitada em julgado a sentença, o juiz expedirá ordem para a desinternação ou a liberação (art. 179 da LEP). Desse decisório, cabe agravo, como em todas as decisões proferidas pelo juiz da execução (art. 197). Ao contrário das demais, porém, o recurso contra a sentença que concedeu a revogação tem efeito suspensivo diante do disposto expressamente no art. 179 da LEP.

Nas hipóteses de suspensão da execução da medida de segurança, ou seja, da desinternação ou de liberação, aplica-se o disposto nos arts. 132 e 133 da LEP, que se referem às condições impostas para o livramento condicional. É o que determina o art. 178 da LEP. Assim, deve ser restabelecida a situação anterior se o

duração das medidas de segurança e o ordenamento penal português. RT 701/267-275. *Ex vi*ge informativos nº 369 e 397 do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁸ RT 681/344.

⁷⁹ Pela lei anterior, a perícia somente poderia ser realizada antes do prazo mínimo quando o determinasse a Superior Instância. Entendeu, porém, o legislador da reforma que se estava suprimindo a instância ordinária e natural, visto que a verificação da cessação da periculosidade é procedimento típico de execução (cf. exposição de motivos da Lei nº 7.210, item 157).

⁸⁰ RT 623/294.

agente, antes do decurso de um ano, pratica fato indicativo da resistência de sua periculosidade (art. 97, § 3º). Referindo-se a lei a fato e não a crime, dar-se-á o restabelecimento da medida de segurança nas hipóteses de descumprimento de condições, da ausência ou recusa ao tratamento curativo etc. Incumbe ao Ministério Público requerer a internação, a desinternação e restabelecimento da situação anterior (art. 68, II, f, da LEP).

A medida de segurança só fica extinta, portanto, após um ano da desinternação ou liberação, se não ocorrer nesse período fato indicativo da persistência da periculosidade. Insta salientar que a desinternação ou liberação será sempre condicional, bastando qualquer fato indicativo da periculosidade do sujeito, para ser restabelecida a situação da medida de segurança.

2.6.3 Conversão da pena em medida de segurança:

Preceitua o art. 183 da Lei de Execução Penal, *verbis*:

Quando, **no curso da execução da pena** privativa de liberdade, **sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental**, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a **substituição da pena por medida de segurança**. (grifo nosso)

É forçoso distinguir duas hipóteses:

a) se o condenado sofrer de doença mental, não se tratando de enfermidade duradoura, deve ser aplicado o disposto no art. 41 do Código Penal, ou seja, transfere-se o sentenciado para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico pelo tempo suficiente à sua cura. Não se trata de conversão da pena em medida de segurança, mas tão-somente de providência provisória para cuidar da doença do condenado. Estando melhor, voltará a cumprir sua pena no presídio de onde saiu;

b) caso a doença mental tenha caráter duradouro, a transferência do condenado não deve ser feita como providência transitória, mas sim definitiva. Por

isso, cabe ao juiz converter a pena em medida de segurança, aplicando-se o disposto no art. 97 do Código Penal.⁸¹

A discussão que se estabelece, no entanto, é no tocante à duração da medida de segurança. Há quatro correntes a respeito: *a)* tem duração indefinida, nos termos do disposto no art. 97, § 1º, do Código Penal; *b)* tem a mesma duração da pena privativa de liberdade aplicada. O sentenciado cumpre, internado, o restante da pena aplicada; *c)* tem a duração máxima de 30 anos, limite fixado para a pena privativa de liberdade (art. 75); *d)* tem a duração do máximo em abstrato previsto como pena para o delito que deu origem à medida de segurança.

Afinal, não mais sendo adotado o sistema duplo binário (pena mais medida de segurança), cabe a verificação de imputabilidade no *momento do crime*, e não depois. Caso fosse considerado imputável à época do crime, receberia por tal fato medida de segurança, podendo cumpri-la indefinidamente. A situação ora aventada, portanto, é diferente: num primeiro caso, já que cometeu um crime no estado de imputabilidade, recebeu pena. Este é o pagamento à sociedade pelo mal praticado. Ficando doente, merece tratamento, mas não por tempo indefinido. Num segundo caso, uma vez que praticou o delito no estado de imputabilidade, recebeu medida de segurança. Pode ficar detido até que se cure. O injusto cometido tem ligação direta com a medida de segurança aplicada, justificando-se, pois, a indeterminação do término da sanção penal. Melhor seria exigir-se a clareza da lei.

Tendo em vista que na época da infração penal o réu foi considerado imputável, recebeu do Estado, por consequência disso, uma pena, fixada em montante certo.

Caso tenha havido conversão, é consentâneo que a medida de segurança aplicada respeite o limite estabelecido pela condenação, ou seja, cumprirá a medida de segurança pelo prazo máximo da pena, entendimento amplamente aceitado pela doutrina qualitativa e abrigado pela jurisprudência dominante. Terminado esse prazo, continuando doente, torna-se um caso de saúde pública, merecendo ser interditado, como aconteceria com qualquer pessoa que sofresse de enfermidade mental, mesmo sem praticar crime. O que se busca é analisar a situação do

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

criminoso no momento em que pratica o delito, para evitar o malfadado duplo binário.

O que se deflui, à guisa de ilustração, dos precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

(...) Mister se faz ressaltar a diferença entre a medida de segurança prevista no Código Penal aos inimputáveis e a medida de segurança substitutiva, trazida pelo art. 183 da Lei de Execução Penal. **Para os inimputáveis a lei prevê que a medida de segurança terá tempo indeterminado, durando enquanto perdurar a periculosidade do réu. Ao passo que a medida de segurança substitutiva é aplicada a quem foi julgado como imputável e no decorrer da execução da pena foi acometido por doença mental, estando, portanto, adstrita ao restante do tempo de cumprimento da pena.**⁸² (grifo nosso)

A substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança, prevista no art. 183 da LEP, não pode ter duração superior ao tempo restante da pena.⁸³

Aplicação a condenado semi-imputável em substituição da pena privativa de liberdade que vinha cumprindo – **Duração da medida de substitutiva restrita ao tempo restante da pena** – Prolongamento por tempo indeterminado inadmissível – Coação ilegal caracterizada – Ordem de habeas corpus concedida, sem prejuízo de, em sendo o caso, colocar-se o ex-interno à disposição de uma das Varas de Família e Sucessões – Inteligência dos artigos 682, §2º, do CPP e 183 da LEP.⁸⁴ (grifo nosso)

2.6.4 Extinção da punibilidade:

É natural que o advento de alguma das causas de extinção da punibilidade provoque a cessação da aplicação da medida de segurança, pois nada mais existe a punir, uma vez que se encontra finda a pretensão punitiva do Estado.

Se a medida de segurança já tiver sido imposta, mas a prescrição da pretensão punitiva só for constatada posteriormente, deve ser julgada extinta a punibilidade e, conseqüentemente, finda a execução da internação ou do tratamento ambulatorial. Como se vê, nada impede seja declarada extinta a punibilidade pela

⁸² HC 12.957 – SP, 5ª T., rel. Felix Fischer, 08.08.2000, v.u., DJ 04.09.2000

⁸³ HC 16.752 – SP, 5ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 03.09.2001, v.u., DJ 03.09.2001, p. 234.

⁸⁴ HC 279.362-3/3 – SP, 4ª C., rel. Haroldo Luz, 25.05.1999, v.u., IBCCRIM 84/401.

prescrição da pretensão punitiva quando transcorrido o prazo antes do trânsito em julgado da sentença, seja na prescrição intercorrente, seja na prescrição retroativa.⁸⁵

⁸⁵ Nesse sentido: RJDACRIM 21/262.

3 MEDIDAS DE SEGURANÇA: ESPÉCIES, LOCAIS E FINALIDADE

3.1 ESPÉCIES

Conforme demonstrado no primeiro capítulo da presente monografia, as medidas de segurança passaram a existir como instituto propriamente dito no Código Penal de 1940. No citado digesto, na parte especial, eram elas divididas em duas grandes classes, a saber: patrimoniais (a interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou de associação e o confisco – arts. 99 e 100) e pessoais. Estas se subdividiam em detentivas, consubstanciadas em internação em colônia agrícola, ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional – § 1º, art. 88; e não detentivas, materializadas em liberdade vigiada, proibição de freqüentar determinados lugares, exílio local – § 2º, art. 88.

Após a reforma na Parte Geral do Código Penal de 1940, trazida pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, inovou-se, extinguiram-se as medidas de segurança patrimoniais, bem como se prevendo duas novas espécies de medidas de segurança – apenas de cunho pessoal: a detentiva e a restritiva.

3.1.1 Detentiva

Medida de segurança detentiva consiste na internação do inimputável ou semi-imputável sujeito a especial tratamento curativo, em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou à falta, em outro estabelecimento adequado – art. 96, inciso I, do Código Penal. Ou conforme Nucci (2007) define: “*é a obrigação de*

*permanecer internado em hospital ou manicômio judiciário, sujeito a tratamento médico interno.*⁸⁶

Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica, psiquiátrica necessária, esta pode ser prestada em outro local mediante autorização da direção do estabelecimento (art. 14, § 2º, c.c. art. 42 da LEP). O STF já decidiu da possibilidade de internação em hospital particular por não haver estabelecimento adequado ao tratamento em hospital público.⁸⁷ Evidentemente, deve ser garantida a custódia da pessoa submetida à medida de segurança, já que ela é uma das conseqüências inelutáveis da providência, que, afinal, é eminentemente preventiva. É também garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento (art. 43, *caput*, da LEP). As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo juiz da execução (art. 43, parágrafo único, da LEP).

Deduz-se das disposições do Código Penal que, em se tratando de cometimento de delito apenado com reclusão, a internação é automática. Já se for o crime punível com detenção, faculta-se ao juiz submeter o agente a tratamento ambulatorial. Nas hipóteses sob comento, a Jurisprudência, por óbvio, possibilita a desinternação ou liberação condicional do inimputável ou semi-responsável, antecedida de exame médico quanto à cessação ou minoração da periculosidade. Segue exegese a respeito:

PENAL E EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 121, § 2º, INCISO IV, DO CP. CONDENAÇÃO. SEMI-IMPUTABILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. ALTERAÇÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL. IMPOSSIBILIDADE.

I - O art. 98 do Código Penal autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança ao condenado semi-imputável que necessitar de especial tratamento curativo, aplicando-se o mesmo regramento da medida de segurança para inimputáveis.

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁸⁷ RTJ 121/105. Negou a transferência, entretanto, quando entendeu haver dúvidas sobre a custódia e a segurança de pessoa com nítida periculosidade (RTJ 117/608)

II - O juiz deve aplicar a medida de segurança de internação ao condenado por crime punível com reclusão, possibilitada a posterior desinternação ou liberação condicional, precedida de perícia médica, ex vi do art. 97 do CP (Precedentes do STJ e do STF).

Recurso especial provido.⁸⁸

Ora, é patente a ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade, da razoabilidade, dentre outros postulados, notadamente ao se perfilhar como critério único para internação a espécie de pena inculpada no preceito secundário da norma incriminadora – reclusão ou detenção.

Em outros termos, a periculosidade do sujeito criminoso acometido de transtornos mentais não se afere pela pena cominada ao delito, e sim pelas condições pessoais do agente. Por isso, a medida de segurança consistente na internação do agente reclama a observância e aplicação dos princípios próprios da individualização da pena, para que possa ser considerada justa.

Nesse sentido, os artigos do Código Penal concernentes à regulamentação das medidas de segurança são, igualmente, infensos às disposições da Lei 10.216, de 06 de abril de 2001, que, em seu art. 4º, só indica a internação quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Em outras palavras, esta legislação somente prevê essa obrigação de permanecer internado, em caráter excepcional, e não simplesmente de forma automática e deletéria, conforme dispõe o Código Penal.

De mais a mais, a internação somente poderá ser outorgada aos criminosos acometidos de transtornos mentais por decisão motivada do juiz, após a realização de exame pericial e confeccionado o correlato laudo médico circunstanciado, é o que se infere do art. 6º, *caput* e inciso III, da Lei 10.216, de 2001.

⁸⁸ REsp 863665 / MT 2006/0122740-8. Ministro FELIX FISCHER. T5 - Quinta Turma. 22/05/2007. DJ 10.09.2007. p. 296. Nesse sentido: STF - HC 69375-RJ, HC 68136-SP.

3.1.2 Restritiva

A grande inovação introduzida no capítulo das medidas de segurança pela reforma penal é a sujeição do sentenciado a tratamento ambulatorial – art. 96, inciso II, do Código Penal.

Corresponde a novidade às coevas tendências de “*desinstitucionalização*” do tratamento ao portador de doença mental ou de perturbação de saúde mental, inovação esta que encontra arrimo na Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001, objeto nevrálgico do tema em questão.

Eugênio Raul Zaffároni (2004) agasalha esta tendência atual do tratamento ambulatorial como um avanço no direito positivo brasileiro, ao passo que rechaça a medida de segurança detentiva, consistente na internação, que na sua visão é um retrocesso. Colaciona-se:

é sabido que, na moderna terapêutica psiquiátrica, a internação ocupa lugar cada vez mais reduzido. Existe uma série de análises que tendem para a sua abolição enquanto se fomenta o tratamento ambulatorial [...] ⁸⁹

Assim, pode-se definir a medida de segurança restritiva como submissão do sujeito a tratamento médico externo, ou seja, não necessita ficar internado, embora esteja obrigado a comparecer com relativa freqüência ao médico.

Tal como ocorre nas medidas de segurança detentivas, é facultada a assistência médica em outro local com dependência médica adequada (art. 101 da LEP) e ainda é garantida a liberdade de contratar médico de confiança, a fim de orientar o tratamento (art. 43 da LEP).

Convém ressaltar que em relação aos inimputáveis e semi-imputáveis aos quais haja sido imposto tratamento ambulatorial, o exame criminológico é facultativo,

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Reflexões acerca do anteprojeto de lei referente à parte geral do Código Penal do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

aquilatando-se a natureza do caso concreto e as condições do agente (art. 174 c/c arts. 8º e 9º da LEP).⁹⁰

Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, se a conduta do sentenciado revelar necessidade de providências para fins curativos, ele poderá ser internado (art. 97, § 4).

Entretanto, conforme dito acima, a medida de segurança restritiva acaba se tornando excepcional em nosso sistema criminal, sobretudo se levado em conta que a solução cabível, como regra, é a deletéria e obsoleta internação, porque somente nos delitos apenados com detenção é que se permite a submissão do sujeito criminoso portador de transtornos da saúde mental a tratamento ambulatorial.

Contudo, a jurisprudência mais abalizada vem superando esse paradigma legal. A propósito, calhar trazer à colação excerto do c. Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

HABEAS CORPUS. ART. 97 DO CÓDIGO PENAL. CONVERSÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO EM TRATAMENTO AMBULATORIAL. CESSAÇÃO DE PERICULOSIDADE. NECESSIDADE DE PERÍCIA MÉDICA.

I - É cabível a conversão de medida de internação em tratamento ambulatorial, se o juiz da execução conta com exames e informações sobre o tratamento do agente, o qual aponta para a desnecessidade da permanência do paciente internado.

II - A inocorrência, no decurso de um ano, de prática de fato indicativo de persistência de periculosidade de que trata o art. 97, § 3º, do Código Penal, abrange não apenas o cometimento de fato criminoso, mas também de fatos, que por sua natureza, possam ser indicativos de periculosidade, como por exemplo, a não sujeição do paciente ao tratamento ambulatorial determinado.

III - A cessação de periculosidade, por sua vez, depende de perícia médica avaliativa que ateste o seu fim, o que não ocorreu no presente caso.

Ordem denegada.⁹¹ (grifo nosso)

⁹⁰ Cf. exposição de motivos da Lei 7.210, item 155.

⁹¹ HC 36015/SP 2004/0079804-0. Ministro Felix Fischer. T5 - Quinta Turma. 22/03/2005. DJ 06.06.2005. p. 350.

Ademais, mesmo que um agente cometa um delito punido com detenção, sua sujeição a tal tratamento fica subordinada ao alvedrio do juiz da condenação, que poderá entender não seja adequada a dita medida restritiva e lhe impor internação.

3.2 LOCAIS DE INTERNAÇÃO E TRATAMENTO

Desde o final do século XIX a ciência penal discute qual seria a melhor forma de tratar o louco infrator. É certo que ele não pode cumprir pena em presídio comum, tampouco ficar junto aos demais detentos mentalmente normais.

Como visto no tópico anterior, duas são as espécies de medidas de segurança, consistentes na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou à falta, em outro estabelecimento adequado e o tratamento ambulatorial. Cabe agora analisar como e onde se procederá a internação ou o tratamento ambulatorial.

Primeiramente, cumpre salientar que conforme estabelece o artigo 171 da Lei de Execuções Penais⁹², após o trânsito em julgado da sentença a qual determinou a aplicação da medida de segurança, haverá a expedição de uma guia para dar cumprimento à execução. Esta carta de guia constitui documento indispensável para o internamento ou para o tratamento ambulatorial do sentenciado. Não haverá, portanto, a colocação ou o recebimento de alguém em estabelecimento psiquiátrico sem o cumprimento de tais formalidades, sob pena de se caracterizar uma contravenção penal, prevista no artigo 22 da Lei de Contravenções Penais⁹³.

Os tratamentos ambulatoriais e as internações deverão ser feitos em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico. Essa última espécie de medida de segurança representa a fusão de outras duas modalidades de medidas de segurança previstas

⁹² Art. 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

⁹³ Art. 22. Receber em estabelecimento psiquiátrico, e nele internar, sem as formalidade legais, pessoa apresentada como doente mental. Pena – multa.

na legislação anterior: a internação em manicômio judiciário e a internação em casa de custódia e tratamento.

Embora, as internações e os tratamentos ambulatoriais devam se proceder em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, possibilita a lei que, na falta, poderá o agente ser internado em outro estabelecimento adequado ou receber tratamento ambulatorial em qualquer outro hospital ou casa de saúde específica para as suas necessidades. No entanto, conforme aduz o artigo 99 do Código Penal, o internado deverá ser recolhido somente em estabelecimento dotado de características hospitalares, a fim de que seja submetido a tratamento. Dessa forma, este dispositivo legal impede que o submetido à medida de segurança seja internado em estabelecimento penal comum.

Nessa acepção, seguem precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça, *ad litteram*:

Medida de segurança (aplicação). Vaga em hospital psiquiátrico (inexistência). Tratamento ambulatorial (possibilidade). **Aplicada medida de segurança consistente em internação em hospital psiquiátrico, configura constrangimento ilegal a manutenção do paciente em centro de detenção provisória.**

Quando não há vaga em estabelecimento adequado – hospital psiquiátrico –, deve-se submeter o paciente a tratamento ambulatorial.

Habeas corpus deferido a fim de que seja submetido o paciente a tratamento ambulatorial até que surja vaga em estabelecimento adequado.⁹⁴

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. PACIENTE SUBMETIDO A MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. PERMANÊNCIA EM PRESÍDIO COMUM. ALEGADA FALTA DE VAGAS EM HOSPITAL PSQUIÁTRICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 2. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE.

1. É ilegal a prisão de inimputável sujeito a medidas de segurança de internação, mesmo quando a razão da manutenção da custódia seja a ausência de vagas em estabelecimentos hospitalares adequados à realização do tratamento.

2. Ordem concedida, em parte, para determinar a imediata transferência do paciente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro

⁹⁴ HC 67869/SP 2006/0220550-3 Ministro Nilson Naves. T6 - Sexta Turma. 12/06/2007. DJ 22.10.2007. p. 375.

estabelecimento adequado, sendo que, na falta de vagas, deve ser o mesmo submetido a regime de tratamento ambulatorial até que surja referida vaga.⁹⁵

Ainda no que concerne à possibilidade de internação em estabelecimento adequado a oferecer o tratamento necessário ao doente mental, Costa (1998, p. 1943) explana que:

Efetivamente que na hipótese de internação trata-se de medida detentiva que também pode ser executada em uma clínica particular ou casa de saúde para tratamento específico. A inovação veio de encontro à realidade brasileira; inexistindo vagas nos hospitais psiquiátricos do sistema prisional, os doentes mentais eram deixados nos próprios estabelecimentos fechados, em celas, sem qualquer possibilidade de real tratamento (anexos psiquiátricos) [...] 96

Demais disso, a lei ainda assegura tanto ao internado quanto ao submetido a tratamento ambulatorial a liberdade de cumprir a medida de segurança sob a supervisão e orientação de médico de sua confiança, o qual acompanhará o seu tratamento, conforme artigo 43 da Lei de Execuções Penais.⁹⁷

No entanto, embora pareça satisfatória a forma como o Código Penal descreve quais e como serão os locais para internação e tratamento dos doentes mentais delinqüentes, a realidade brasileira demonstra, na verdade, circunstâncias no mínimo indecorosas.

É manifesta a precariedade da situação à qual são submetidos esses indivíduos. Insta salientar que não se trata de episódios isolados, mas sim de uma conjuntura caótica que abate todas as casas de custódia e tratamento espalhadas pelo país, onde o descaso com o cidadão se repete diariamente, sem que, no entanto, ninguém faça nada por estes indivíduos, que são “invisíveis” aos olhos da

⁹⁵ HC 81959/MG 2007/0094638-0. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. T6 - Sexta Turma. 07/02/2008. DJ 25.02.2008. p. 364.

⁹⁶ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte geral. Vol. I, Tomo III.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 1943.

⁹⁷ Art. 43. É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.
Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo juiz da execução.

sociedade, os quais sequer conseguem nem pedir socorro e lá padecem indefinidamente no tempo.

3.3 FINALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

As medidas de segurança constituem meios defensivos da sociedade. Representam elas meios exclusivamente assistenciais e terapêuticos, para o indivíduo que, em função de doença mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, demonstra periculosidade que constitui a probabilidade de delinqüir, visando ao arrefecimento de sua morbidez e à sua reinserção no meio civilizado.

O aludido instituto emerge em razão da impossibilidade de eliminação do delito da sociedade, resultante da própria natureza humana. A medida de segurança surgiu também em decorrência do fato de que a pena só ocorre após a prática do delito, ou seja, voltada para o passado, não prevenindo assim que não haja a reiteração da prática delituosa.

Sobre a defesa social, bem assevera Luiz Flávio Borges D'Urso que *“a sociedade necessita de um instrumento de defesa, voltado para a prevenção, para o futuro, o qual é encontrado nas medidas de segurança”*.⁹⁸

Fora, então, diante dessa necessidade que se dá o aparecimento de *“medidas de cunho especialmente preventivo, com o objetivo de dar melhores condições ao Estado, para sua função de patrocinador da segurança pública”*⁹⁹. Estas medidas, posteriormente, constituíram-se nas chamadas medidas de segurança.

⁹⁸ D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Medidas de segurança no Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 113.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 113.

Como se vê, as medidas de segurança visam essencialmente à prevenção, no sentido de evitar que o delinqüente perigoso volte a cometer crimes, a fim de preservar a sociedade, submetendo-os a tratamento curativo adequado.

Destacando as finalidades das medidas de segurança, em especial a sua natureza preventiva, correta é a lição de Andrade (2004, p. 10) no sentido de que:

A finalidade da medida de segurança assenta-se em uma preocupação com a prevenção. Poder-se-ia dizer que a medida de segurança tem exclusivamente o objetivo da prevenção. Ela é fundada sobre o estado perigoso que o indivíduo apresenta, desde que ocorra a probabilidade de aplicação da lei penal. Justifica-se o estado do perigo presente, a fim de se evitar uma infração futura.

Para melhor conseguir a readaptação do indivíduo e para realizar melhor proteção da sociedade, a medida de segurança surge como mais eficaz. O campo de aplicação do direito penal torna-se ampliado, orientando-se exclusivamente para o futuro, sendo que a medida de segurança não tem o condão de punir ou intimidar, mas exclusivamente prevenir.¹⁰⁰ (grifo nosso)

E, por fim, ainda afirma o mencionado autor que:

Insta ressaltar que vários são os objetivos da medida de segurança. Dentre eles destaca-se a prevenção de infrações futuras, com a finalidade de readaptação social do delinqüente, pois a salvaguarda da liberdade individual conduz a medida de segurança *ante delictum*, esforçando-se por remediar as causas físicas, psicológicas e sociais, propiciando a adaptação. Diferentemente da pena, assegurada a readaptação, não se pode negligenciar.¹⁰¹

Dessa feita, a finalidade da medida de segurança é sempre voltada para o futuro, devendo o referido instituto ser proporcional ao grau de periculosidade do agente.

Em razão da finalidade do atinente instituto é que a Lei 10.216, de 06 de abril de 2001, preconizou os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental, visando

¹⁰⁰ ANDRADE, Haroldo da Costa. **Das medidas de segurança**. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2004, p. 10.

¹⁰¹ Ibidem, p. 10.

precipuamente a prevenção e a reinserção do paciente ao meio social ao qual pertence, assunto que será debatido no próximo capítulo.

4 A LEI Nº 10.216, DE 6 DE ABRIL DE 2001

Com o advento da Lei n.º 10.216, de 6 de abril de 2001, as medidas de segurança ganharam nova roupagem dentro do ordenamento jurídico pátrio, dispondo sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e, sobretudo, ao redirecionar o modelo assistencial em saúde mental, abrangendo a internação voluntária, involuntária e, em caráter excepcional, a compulsória.

Deveras, a elaboração desta Lei emergiu em decorrência da pusilânime, utópica e notória segregação a que são subjugados os criminosos acometidos de doenças e perturbações mentais, os quais são submetidos a tratamentos retrógrados e desumanos, incapazes de debelar a insanidade de mentecaptos perigosos.

Essa insalubre situação serviu de baluarte à inovadora norma, que regula sobre as medidas de segurança de forma mais consentânea aos tempos em voga. A audácia da Lei n.º 10.216, de 2001, além de tentar ajustar o modelo assistencial em saúde mental, visa a tornar inequívoco que as disposições do Código Penal, neste particular, são absolutamente infensas aos princípios, na maior parte de índole constitucional, regentes do Direito Penal moderno.

O estudo verticalizado do conteúdo da aludida legislação implica perquirir essencialmente os princípios concernentes ao Direito Penal moderno, especialmente os relacionados às medidas de segurança, como se verá no tópico seguinte.

4.1 PRINCÍPIOS

4.1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Estado de direito e princípio da legalidade são dois conceitos intimamente relacionados, pois que num verdadeiro Estado de direito, criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei.

Preleciona Bonavides (1996, p. 112):

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas [...]¹⁰²

O princípio da legalidade vem insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, que diz: “*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” – redação que pouco difere daquela contida no art. 1º do Código Penal.

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte de Direito Penal quando se quer

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. Ciência política. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 112.

proibir ou impor condutas sob ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal.

O princípio da legalidade foi previsto expressamente em todos os nossos Códigos, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984.

Por intermédio da lei, existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção.

Na primeira parte do art. 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já se afirmava: “*Ninguém pode ser acusado, detido ou preso, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por elas prescritas*”.

O inciso XL do art. 5º da Constituição Federal, em reforço ao princípio da legalidade previsto no inciso XXXIX, diz que “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”. A regra constitucional, portanto, é a da irretroatividade da lei penal; a exceção é a retroatividade, desde que seja para beneficiar o agente.

A certeza da proibição somente decorre da lei. Calha trazer à colação ensinamento de Toledo:

da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval.¹⁰³

A fonte de conhecimento imediata do Direito Penal é a lei. Sem ela não se pode proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*).

¹⁰³ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal.

O princípio da legalidade veda, também, o recurso a analogia *in malam partem* para criar hipóteses que, de alguma forma, venham prejudicar o agente, seja criando crimes, seja incluindo novas causas de aumento de pena, circunstâncias agravantes, etc.

O princípio da reserva legal não impõe somente a existência de uma lei – complementar ou ordinária – anterior ao fato cometido pelo agente, define as infrações penais taxativamente.

À semelhança do que acontece com a pena, é possível inferir que toda imposição de medida de segurança pressupõe uma lei penal, vale dizer, o *jus puniendi* estatal é vinculado às limitações delineadas pela lei.

Insta salientar que a medida de segurança detentiva – a internação cominada aos delinqüentes-doentes mentais, sem aferição em concreto de sua periculosidade, colide com os preceitos que embasaram a recente reforma psiquiátrica, positivada na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.

Ora, os pretórios sodalícios, nos inúmeros casos de aplicação de medidas de segurança, estão obedecendo às diretrizes do Código Penal e da Lei de Execução Penal, não levando em conta os ditames preconizados na novel legislação de reforma psiquiátrica, consideravelmente mais benéfica aos infratores-doentes. Essa tergiversação será aprofundada ao tratarmos de conflito de leis no tempo.

4.1.2 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, também conhecido como princípio da isonomia, encontra-se consagrado no artigo 5º, *caput*, da atual Carta Política, segundo o qual: *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”*. Bem assim, em seu inciso I, no sentido de que: *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”*. Trata-se, portanto, de norma supraconstitucional,

vale dizer, direito e garantia para o qual todas as demais normas do ordenamento jurídico devem obediência.

Com propriedade, Ferrari (2001, p. 124) preleciona que:

os infratores-doentes mentais não podem ser tratados de forma mais severa se comparados aos imputáveis. Devem possuir os mesmos direitos e instrumentos garantísticos enunciados em nossa Constituição Federal, não podendo a doença mental servir como fundamento à discriminação.¹⁰⁴

4.1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal, visando impedir qualquer tentativa de retrocesso quanto à cominação das penas levadas a efeito pelo legislador, preceitua no inciso XLVII do seu art. 5º:

não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

Como se percebe, a proibição de tais penas atende a um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito, previsto no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana.

Ferrajoli (? , p. 318) afirma, nesse sentido, que:

acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e quantidade da pena. É

¹⁰⁴ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 124/125.

este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. [...] um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinqüentes.¹⁰⁵

Depreende-se da transcrição acima que o postulado em apreço é corolário das grandes transformações que as penas tiveram desde as sociedades primitivas até os tempos em voga. Ele reflete a idéia de humanização das penas que foi uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal, em especial no século XVIII com o movimento humanitário.

É, portanto, em razão deste princípio que a Constituição Federal de 1988 veda penas de morte, exceto no caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis.

Por sua vez, a Lei de Execução Penal, em homenagem à dignidade da pessoa humana, também assegura que as penas deverão ser cumpridas em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, resguardando-lhe a integridade física e moral.

Como se vê, a forma como as medidas de segurança são tratadas no Código Penal e na Lei de Execução Penal contrariam o princípio da dignidade da pessoa humana. Em virtude dessa situação desumana e degradante, foi que a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, calcada em premissas antimanicomiais, instituiu a reforma psiquiátrica em nosso País, conferindo ao infrator-mentecapto uma terapêutica adequada, a fim de buscar, de fato, a sua cura e posterior restituição ao seio da família e da sociedade.

Em arremedo de conclusão, ensina, com autoridade, Ferrari (2001, p. 122):

O princípio da dignidade da pessoa humana exige que as autoridades administrativas confirmem ao delinqüente-doente condições mínimas a tratamento, destacando-se, essencialmente, salubridade no ambiente institucional, presença de profissionais habilitados laborando na instituição, progressividade terapêutica, individualização na execução da medida de

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi, Direito e razão, p. 318.

segurança criminal e, especialmente, transmissão de valores essenciais à convivência em uma livre sociedade político-pluralista [...] ¹⁰⁶

4.1.4 Princípio da Proporcionalidade

Muito se tem discutido ultimamente acerca do princípio da proporcionalidade, cujas raízes, embora remontem à antiguidade, somente se conseguiram firmar durante o período iluminista, principalmente com a obra intitulada *Dos delitos e das penas*, de autoria do Marquês de Beccaria.

Alberto Silva Franco, dissertando sobre o princípio em tela, aduz:

o princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo [gravidade do fato] e o bem que pode alguém ser privado [gravidade da pena]. Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais [proporcionalidade em abstrato] e a imposição de penas [proporcionalidade em concreto] que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo [que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito] e o juiz [as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade] [...] ¹⁰⁷

Assim, inicialmente, e no plano abstrato, deve o legislador, prudente a tal princípio, procurar alcançar a tão almejada proporcionalidade.

Ciente da disparidade entre o cometimento de um injusto penal por um agente mentecapto ou acometido de perturbação mental e as medidas de segurança, cuja finalidade será levar a efeito o seu tratamento – essencialmente curativo, é que o legislador ordinário editou a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, deflagrando um novo modelo de saúde assistencial aos agentes submetidos à medida de segurança.

¹⁰⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direto Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122

¹⁰⁷ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**, p. 67.

Isso porque a forma pela qual o Código Penal trata das medidas de segurança é, não raras as vezes, completamente desproporcional, inadequada e nociva às terapêuticas existentes hodiernamente.

Em outras palavras, a novel legislação reguladora das medidas de segurança traz em seu bojo uma limitação ao poder punitivo estatal no sentido de se evitar sanções desajustadas à gravidade do delito perpetrado e à periculosidade do correlato infrator.

De se vê, portanto, que a lei de reforma psiquiátrica visa a tornar equânime, ajustada e, por fim, salutar a imposição de medidas de segurança de cunho restritivo aos agentes inimputáveis e semi-imputáveis, cabendo ao intérprete (jugador), atento às diretrizes do postulado em testilha, fomentar o tratamento ambulatorial, que, além de menos gravoso, é mais eficaz no concernente à cessação da periculosidade do agente e à restituição do portador de doença ou perturbação mental ao seio da comunidade ao qual pertence.

No mais, embora não haja previsão expressa na atual Carta Política, o princípio da proporcionalidade se deduz de outros que passaram a integrar o texto da nossa Constituição, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, analisado no subtópico anterior.

Por derradeiro, calha trazer a lume o ensinamento de Barros (2000, p. 91) acerca do princípio da proporcionalidade:

[...] está inserido no contexto normativo dos direitos fundamentais e seus mecanismos de proteção. Trata-se de uma garantia especial exigindo-se que toda intervenção na esfera dos direitos fundamentais se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida. O princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal e reafirma o Estado de Direito.¹⁰⁸

¹⁰⁸ BARROS, Suzana Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 91.

4.2 REFORMA PSIQUIÁTRICA

A Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, fortemente influenciada pelo movimento antimanicomial, regula as internações psiquiátricas e promove mudanças no modelo assistencial aos pacientes portadores de sofrimento mental, dando preferência ao tratamento ambulatorial, destacando-se a desospitalização.

A fim de sistematizar o conteúdo insculpido na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, a apresentação será esposada em consonância com a verticalização dos principais dispositivos dela componentes.

Com efeito, em seu art. 1º, a norma objetiva que os direitos e proteções inerentes às pessoas acometidas de transtornos mentais sejam respeitados, bem como assegurados a todos indistintamente, homenageando, dessa forma, o princípio da igualdade.

É consabido que o princípio da isonomia veda a discriminação de qualquer natureza, e não seria diferente em relação aos delinquentes-doentes mentais. Incumbe ao Estado reprimir as condutas que prejudiquem ou beneficiem pessoas determinadas, baseando-se tão-somente na sua condição sócio-econômica ou qualquer outro característico de cunho pessoal.

Consoante anotado, a igualdade é o arcabouço do princípio republicano e da democracia, postulado ao qual as normas do ordenamento jurídico pátrio devem observância. Prudente e coeso foi o legislador ordinário, ao reforçar a vedação de discriminação, defluente do próprio texto constitucional, e reprimir terapêuticas díspares em relação aos agentes portadores de doença ou perturbações da saúde mental.

Já no art. 2º, o legislador esmiuçou um rol não exaustivo de direitos assegurados aos portadores de transtornos mentais. Em resumo, cuida-se de direitos que visam ao oferecimento de tratamento que melhor atenda às necessidades dos agentes acometidos de transtornos mentais. Em outros termos,

procuram ofertar ao doente ou perturbado mental uma terapêutica humanizada, pelos meios menos invasivos possíveis, de modo a respeitar a especificidade do paciente e da natureza plenamente humana de sua psicose.

Saliente-se que, em se tratando de medidas de segurança e dos demais tratamentos plasmados no novo diploma legal, os direitos devem ser formalmente cientificados ao próprio paciente, aos seus familiares ou responsáveis, é o que se extrai do *caput* do art. 2º.

O dispositivo subsequente atribui ao Estado a responsabilidade de desenvolver políticas públicas de saúde mental, de assistência e promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, a serem prestadas em estabelecimentos de saúde mental. Esse papel incumbe, também, à sociedade civil e à família do paciente.

Dispõe o artigo 4º, *caput*: “*A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes*”.

Com efeito, deduz-se do artigo retrodescrito que a medida de segurança detentiva somente será infligida em caráter supletivo e excepcional, isto é, último artifício a ser utilizado, quando o tratamento ambulatorial não for comprovadamente o mais adequado.

De outra feita, quando não restar demonstrada a necessidade de internamento, decorrente da periculosidade do inimputável, justifica-se a adoção do tratamento ambulatorial, que é a regra com o advento desse novo diploma legal, sendo irrelevante apurar a sanção cominada abstratamente no preceito secundário do tipo penal – reclusão e detenção.

Como se vê, independentemente da gravidade do injusto penal cometido, preferir-se-á o tratamento menos lesivo à liberdade do paciente. A insofismável intenção do legislador é privilegiar o convívio do paciente com a família

A corroborar a argumentação traçada, o § 1º do art. 4º persegue a finalidade preventiva especial contida no bojo do instituto das medidas de segurança, a saber: a reinserção social do paciente em seu meio.

Mesmo em casos de internação, deverá ser ela cercada de todos os cuidados, observando-se e respeitando-se, sempre, os direitos do paciente. Nessa esteira, não poderá o internamento ser cumprido em instituições com características asilares, ou seja, desprovidas de recursos como: assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.¹⁰⁹

Deveras, a salubridade no ambiente institucional, a presença de profissionais habilitados laborando na instituição, a progressividade terapêutica, a individualização na execução da medida de segurança e, sobretudo, a transmissão de valores essenciais à convivência em uma livre sociedade são de suma importância para a possibilidade de recuperação.

Em apoio à conclusão supra, segue acurada lição de Eduardo Reali Ferrari:

A sanção, para ser imposta, exige condições humanitárias que confirmem potencialidade ao cumprimento de suas finalidades legais ou filosóficas, de nada adiantando segregar o inimputável em casa de custódia e tratamento psiquiátrico que não ofereça o mínimo de possibilidade de recuperação. 110

Muitas vezes o regime de internação piora, espantosamente, a condição do doente, o que justifica a normatização de uma lei que proíbe a criação de novos manicômios públicos.

Existem casos em que o inimputável, mesmo após longos anos de tratamento, não demonstra qualquer aptidão ao retorno ao convívio em sociedade, podendo-se afirmar, até, que a sua presença no seio da sociedade trará riscos para sua própria vida. Em razão desse cenário, a lei de reforma psiquiátrica, em seu art. 5º, instituiu a política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, para pacientes há longo tempo hospitalizados ou para os quais se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social.

¹⁰⁹ Conjugação dos §§ 2º e 3º do art. 4º da Lei nº 10.216, de 6.4.2001.

¹¹⁰ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122

O intuito do dispositivo consiste, claramente, em extirpar do nosso ordenamento jurídico o estigma de padecimento indefinido do paciente em nosocômios públicos.

Como se sabe, não raras as vezes, o doente permanece até a morte em hospitais de custódia. Ora, se a internação não está resolvendo o problema mental do paciente ali internado, a solução será a desospitalização, passando-se para o tratamento ambulatorial. Sensato foi o legislador nesse ponto.

Há de se ponderar que a política de alta planejada e reabilitação assistida fica sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.

O art. 6º pormenoriza as modalidades de internação: voluntária, involuntária e compulsória. A voluntária é aquela que se dá com o consentimento do usuário. A involuntária, aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro, via de regra da família ou do cônjuge.

Já a internação compulsória é aquela imposta aos criminosos acometidos de transtornos mentais, ou nos casos de interdição, a qual deve vir necessariamente precedida de decisão motivada do juiz, após a realização de exame pericial e confeccionado o correlato laudo médico circunstanciado, conforme se infere do art. 6º, *caput* e inciso III, da Lei 10.216, de 2001.

Ressalte-se que não se confunde o laudo médico acima mencionado com o laudo psiquiátrico que atesta a inimputabilidade do agente, porquanto este é imprescindível à determinação da própria inimputabilidade, na medida em que o magistrado não possui conhecimento técnico para tanto. O dispositivo da lei de reforma psiquiátrica faz menção à confecção de um novo laudo médico, que perquire e recomenda, pormenorizadamente, os motivos pelos quais o infrator-doenente mental deve ser internado.

É possível extrair a dedução de que, em consonância com a Lei nº 10.216, de 2001, a decisão desprovida do laudo médico circunstanciado, que afira a real periculosidade do agente, recomenda como tratamento mais adequado a terapêutica

extraordinária da internação, a viabilidade de recuperação do inimputável, é inquinada de írrita.

Obviamente, não significa que o Poder Judiciário delegue o seu mister institucional ao médico, para que este avalie e fixe qual medida seja mais adequada ao inimputável, segundo o seu talento. Isso porque o magistrado aprecia livremente as provas que lhe são trazidas, conquanto motive as opções determinantes de seu convencimento. Trata-se, portanto, de ato discricionário e fundamentado do julgador.

Se, porventura, o magistrado, havendo fundadas razões, discorde do teor do laudo médico que lhe é apresentado, poderá ordenar a realização de outro, para a sedimentação de seu convencimento e para o proferimento de decisão mais prudente e proporcional possível. Vale dizer que, com a vigência da Lei nº 10.216, de 2001, o julgador deve valer-se de conhecimentos técnicos especializados para embasar sua decisão, mas não fica adstrito ao primeiro laudo que lhe é apresentado, pelo contrário, poderá o magistrado utilizar-se de mais de laudo, se lhe convier.

No mais, havendo evasão, transferência, acidente, intercorrência clínica grave e falecimento serão comunicados pela direção do estabelecimento de saúde mental aos familiares, ou ao representante legal do paciente, bem como à autoridade sanitária responsável, no prazo máximo de vinte e quatro horas da data da ocorrência.¹¹¹

4.3 DISCREPÂNCIAS COM O CÓDIGO PENAL

Consoante interpretação sistêmica dos artigos do Código Penal atinentes às medidas de segurança, em se tratando de cometimento de delito apenado com reclusão, a internação é automática. Já se for o crime punível com detenção, faculta-

¹¹¹ Art. 10 da Lei nº 10.216, de 6.4.2001.

se ao juiz submeter o agente a tratamento ambulatorial. Em outras palavras, a medida de segurança detentiva no Código Penal é a regra.

Nesse desiderato, o julgador, constatada a inimputabilidade do agente e a espécie de delito praticado, absolvê-lo-á e aplicar-lhe-á medida de segurança, consistente em internação em hospital de custódia, excepcionalmente o submetendo a tratamento ambulatorial.

A Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, por sua vez, exige que o julgador se valha de conhecimentos técnicos especializados para embasar sua decisão, contrariamente ao dispositivo limitador constante do art. 97 do Código Penal, que, impossibilita a aplicação da medida de segurança de tratamento ambulatorial aos inimputáveis que houverem cometido injusto penal abstratamente sancionado com reclusão.

Estimula-se, pelo novel diploma legal, o tratamento ambulatorial, independentemente da gravidade da infração penal cometida. Repisa-se, para imposição de internação, mister se faz decisão judicial, precedida de laudo médico circunstanciado.

Insta ressaltar que no Código Penal, a internação é cumprida em hospital de custódia ou estabelecimento adequado. Todavia, conforme se depreende da lei de reforma psiquiátrica, o tratamento em regime de internação será estruturado de forma a proporcionar assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos e ocupacionais, de lazer e outros, vedada a internação em instituições com características asilares, tudo em respeito à cidadania do paciente.

Ao passo que no Código Penal a medida de segurança é executada em princípio, por tempo indeterminado, fixado apenas o prazo mínimo, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade (art. 97, § 1º). Já a medida de segurança, consoante os ditames da Lei nº 10.216, de 2001, além de não conter prazo mínimo fixo, em caso persistência da periculosidade do sujeito após longo tempo hospitalizado, ficará o enfermo mental crônico submetido à política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida.

No primeiro, fomenta-se o isolamento do louco-criminoso, enquanto, no segundo, objetiva-se a desinstitucionalização das medidas de segurança, ou seja, a desospitalização do agente sujeito, mesmo em casos em que se mantém renitente o problema mental após a terapêutica aplicada, porquanto a internação é vista como um insalubre e utópico mecanismo de cessar a periculosidade do mentecapto.

Enquanto a lei de reforma psiquiátrica afere a concreta periculosidade do louco-delinquente para a imposição de terapêutica que melhor atenda às reais necessidades do paciente, a fim de reinseri-lo na sociedade; o Código Penal e a Lei de Execução Penal atrelam-se a circunstâncias exógenas à periculosidade do agente, como se pode citar a espécie de sanção cominada abstratamente no preceito secundário do tipo penal, critério completamente inadequado quanto aos fins perseguidos pelo instituto das medidas de segurança.

4.4 CONFLITO DE LEIS NO TEMPO

Como é sabido, em regra, uma lei perdura por prazo indeterminado, vigendo enquanto a matéria nela contida não for regulamentada por outra norma jurídica de igual estatura, ou enquanto não for declarada inconstitucional, que é o ato de extirpar do sistema jurídico lei ou ato normativo incompatível, formal ou materialmente, com a Carta Política, seja pelo controle difuso, seja controle abstrato.

Afora os casos de controle de constitucionalidade dos atos emanados pelo Poder Público, encerra-se a vigência da lei com sua *revogação*, que pode ser expressa – quando declarada na lei revogadora, ou *tácita* – quando a lei posterior regulamenta a matéria disciplinada pela antiga.

A revogação pode ser parcial, caso em que é denominada *derrogação*, ou total, quando é chamada de *ab-rogação*. Há, outrossim, a auto-revogação quando cessa a situação de emergência na lei excepcional ou se esgota o prazo da lei temporária.

Como nos demais ramos do direito, a lei somente é revogada por outra lei, não obstante algumas opiniões em sentido contrário.

Com o advento da lei de reforma psiquiátrica, como o próprio *nomen juris* já traduz, foram promovidas intensas mudanças no modelo assistencial em saúde mental no País, sendo que as internações psiquiátricas, principalmente a compulsória, passaram a ser tratadas como remédio aplicável em situações extraordinárias.

Exatamente em face das modificações em matéria penal do instituto das medidas de segurança, há quem defenda, como Paulo Jacobina¹¹², a derrogação, neste particular, da Lei de Execução Penal e do Código Penal.

Em decorrência, ousamos afirmar que houve revogação dos prazos mínimos das medidas de segurança, pois se prima o tratamento ambulatorial, bem assim, em casos de internação, persistindo a doença mental do agente, o paciente será submetido à desinternação progressiva. Nesse diapasão, se a periculosidade do sujeito, há menos de um ano, debela-se, não há razão em deixá-lo sujeito à terapêutica que lhe foi impingida tão-somente para satisfazer o requisito de prazo mínimo fixado no Código Penal e na Lei de Execução Penal.

Subjugar o paciente já curado ou padecê-lo encarcerado indefinidamente, fundando-se na crônica de sua enfermidade mental, conforme se deduz das disposições do Código Penal e da Lei de Execução Penal, isso sim desrespeita os direitos individuais e a cidadania do agente submetido à medida de segurança. Extrai-se a ilação de que revogados estão os dispositivos relativos à fixação de prazos mínimos para as medidas de segurança e os referentes à desinternação condicionada à cessação da periculosidade do agente.¹¹³

A corroborar a aplicabilidade imediata e retroativa, inclusive, da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, nos casos anteriores à sua égide e doravante, poder-se-ia inferir que esse novo diploma legal é consideravelmente mais benéfico aos loucos-infratores.

¹¹² JACOBINA, Paulo. Direito Penal da Loucura: Medidas de Segurança e Reforma Psiquiátrica.

Boletim dos Procuradores da República. Brasília, n. 70, ano VI, mai. 2006.

¹¹³ *Ibidem*

Com efeito, além de criar mecanismos menos invasivos e agressivos à liberdade do paciente, as medidas de segurança detentivas são impostas residual e excepcionalmente e, mesmo assim, com as devidas cautelas e sempre em respeito à cidadania do doente mental. Pondera-se quanto ao fato de que, em se tratando de pacientes crônicos, a novel legislação determina a sua desospitalização progressiva, submetendo-o a tratamento ambulatorial, como medida de manter indene a observância de seus direitos individuais.

Como é cediço, se a nova lei penal for favorável (*lex mitior*), ela sempre retroagirá para beneficiar o réu, ainda que já tenha ocorrido a sua condenação definitiva, transitada em julgado, com base na lei antiga, mesmo que ele já esteja cumprindo a pena. A Lei penal benigna é sempre retroativa. Ao contrário, a lei nova desfavorável ao réu (*lex gravior*) não será retroativa, somente alcançando delitos praticados após o início de sua eficácia.

Ora, se a *lex gravior*, em matéria de medida de segurança, retroage, alcançando os fatos anteriores à sua edição, evidentemente, a lei de reforma psiquiátrica, inequivocamente mais benigna, dever-se-ia aplicar aos casos anteriores à sua égide e, por óbvio, aos fatos cometidos após o início de sua eficácia.

4.5 APLICABILIDADE

Não obstante as observações acima declinadas, grande parte da doutrina e os sodalícios pretórios não vêm obedecendo aos ditames da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, inclusive lhe negando vigência, ao aplicar antigos e utópicos paradigmas do Código Penal e da Lei de Execução Penal.

Como se vê, é irretorquível o desrespeito aos direitos individuais dos louco-criminosos, notadamente ao lhes denegar as proteções e abrandamentos trazidos pela lei de reforma psiquiátrica. Os aplicadores do direito são absolutamente coniventes com a situação manicomial existente no panorama nacional, tratando os

delinqüentes-doentes mentais como mero objeto e não sujeitos de direito, sem contar que os julgadores não dão a menor credibilidade aos portadores de enfermidade mental, largando-os ao léu em hospitais de custódia, que não oferecem o mínimo de suporte para a possibilidade de recuperação.

Em outras palavras, a aplicabilidade da lei de reforma psiquiátrica é praticamente nula dentro do cenário nacional das medidas de segurança, o que faz dela “letra morta”.

Há que se indagar como podemos “abrir os olhos” dos juízes e tribunais pátrios, os operadores da justiça, para que possam atender aos comandos da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, e efetivamente aplicar as disposições do novo diploma legal, no sentido de se ver respeitada a cidadania dos portadores de transtornos mentais e que qualquer intervenção na esfera dos direitos fundamentais deles seja realizada de maneira menos invasiva possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Surgiu em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental.

Dessume-se do art. 4º da lei de reforma psiquiátrica que a internação, em qualquer de suas modalidades – voluntária, involuntária e compulsória –, só será impingida quando os insumos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, restando, portanto, indubitável o caráter residual e excepcional do internamento.

Não se faz mister sopesar a gravidade do delito, pois a apontada legislação prima pelo tratamento ambulatorial como medida mais salutar aos fins terapêuticos e curativos das medidas de segurança, que, em última análise, é a reinserção do paciente portador de doença mental ao meio social ao qual pertence.

Como a Lei nº 10.216, de 2001, regula inteiramente a matéria relacionada às medidas de segurança, pequena parcela da doutrina¹¹⁴ entende que ela, a lei nova, revogou as disposições, neste particular, do Código Penal e da Lei de Execução Penal, eis que o teor nela contido contrapõe-se com as disposições dessas duas normas anteriores.

A despeito do caráter benéfico das inovações promovidas pela lei de reforma psiquiátrica, não vem sendo ela aplicada pelos nossos tribunais pátrios aos casos em que se torna imperiosa a aplicação de medidas de segurança.

Em verdade, a jurisprudência e grande parte da doutrina são silentes em relação à Lei nº 10.216, de 2001, não lhe imprimindo efetividade, baseando-se em velhos e deletérios paradigmas trazidos pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal. Por outras palavras, negar vigência à novel legislação denota o total desrespeito aos direitos individuais dela defluentes, bem como não legitima a

¹¹⁴ JACOBINA, Paulo. Direito Penal da Loucura: Medidas de Segurança e Reforma Psiquiátrica. **Boletim dos Procuradores da República**. Brasília, n. 70, ano VI, mai. 2006.

finalidade de tal instituto, que objetiva o arrefecimento da doença mental do mentecapto e a sua restituição ao seio social.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **O órgão jurisdicional e a sua função: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1997.

ANDRADE, Haroldo da Costa. **Das medidas de segurança.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão da Segurança Jurídica: Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso de direito penal: Parte geral.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS, Suzana Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.** 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BETTIOL, Guiseppe. **Direito Penal.** Campinas: Red Livros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** São Paulo: Malheiros, 1996.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte geral. Vol. I, Tomo III.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Medidas de segurança no Direito Comparado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado.** Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. **Lições de Direito Penal: Parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito penal. Vol. I, Tomo II**. 2. ed. São Paulo: Max Limonada, 1978.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal, Vol. III**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LYON, Henry R. **Dicionário da Idade Média**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal: Volume III**. Campinas: Millennium, 2002.

MATTOS, Virgílio. **Trem de doido: o Direito Penal e a Psiquiatria de mãos dadas**. Belo Horizonte: Uma, 1999.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Código Penal Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Manuel de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. **Personalidade Psicopática, Semi-imputabilidade e Medida de Segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Curso de Direito penal Brasileiro: Volume 1 – Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Irivaldo Joaquim de. **Introdução às principais religiões: história, ecumenismo e diálogo inter-religioso**. Maringá: UEM, 2001.

TEIXEIRA, João Batista. **Direito Penal: Parte Geral**. Brasília: Editora, 2005.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: Parte Geral II**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pirangeli, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq30Andrade-ParadigmaEPRSMPPCCSC.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2008.

JACOBINA, Paulo. Direito Penal da Loucura: Medidas de Segurança e Reforma Psiquiátrica. **Boletim dos Procuradores da República**. Brasília, n. 70, ano VI, mai. 2006.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; Nery Filho, Antônio; Lima Júnor, Alberto Soares. **A estratégia da periculosidade: psiquiatria e justiça penal em um hospital de**

custódia e tratamento. Disponível em: <<http://www.priory.com/psych/perigo.htm>>. Acesso em: 5 set. 2008.

QUEIROZ, Paulo. **Reforma Psiquiátrica e medidas de segurança.** Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/reforma-psiQUIATRICA-e-medidas-de-seguranca/>>. Acesso em: 4 out. 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688**, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3688.htm>>. Acesso em: 23 out. 2008.

BRASIL. **Lei nº 10.216**, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 6 abr. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 23 out. 2008.

BRASIL. **Lei nº 7.209**, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 23 out. 2008.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 out. 2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma Criminal. Habeas Corpus nº 16.752–SP. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma Criminal. Habeas Corpus nº 279.362-3/3–SP. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma Criminal. Recurso Especial nº 863.665-MT. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 5 set. 2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma Criminal. Habeas Corpus nº 67869–SP. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 5 set. 2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma Criminal. Habeas Corpus nº 81959/MG. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 5 set. 2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativos nº 369 e 397. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 ago. 2008.