

A PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de pós-graduação em Direito Público

Rosângela Dell'Amore Dias Scarpelli

**A APLICAÇÃO E A EXECUÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA A PARTIR DO
MODELO PROPOSTO PELA LEI N. 10.216/2001: por uma individualização da
terapêutica (penal) como garantia de direito fundamental**

Belo Horizonte
2017

Rosângela Dell'Amore Dias Scarpelli

**A APLICAÇÃO E EXECUÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA A PARTIR DO
MODELO PROPOSTO PELA LEI N. 10.216/2001: por uma individualização da
terapêutica (penal) como garantia de direito fundamental**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de doutor em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra
Ribeiro Brandão

Área de Concentração: Direito Público

Belo Horizonte

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S287a Scarpelli, Rosângela Dell'Amore Dias
A aplicação e a execução da medida de segurança a partir do modelo proposto pela lei n. 10.216/2001: por uma individualização da terapêutica (penal) como garantia de direito fundamental / Rosângela Dell'Amore Dias Scarpelli. Belo Horizonte, 2017.
190 f.

Orientador: Cláudio Roberto Cintra Ribeiro Brandão
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Brasil [Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001]. 2. Doentes mentais - Medidas de segurança e detenção. 3. Doentes mentais - Aspectos jurídicos. 4. Hospitais - Medidas de segurança. 5. Periculosidade (Direito). 6. Responsabilidade penal. I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Ribeiro. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.7-056.37

Rosângela Dell'Amore Dias Scarpelli

**A APLICAÇÃO E EXECUÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA A PARTIR DO
MODELO PROPOSTO PELA LEI N. 10.216/2001:
por uma individualização terapêutica (penal) como garantia de direito
fundamental**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de doutor em Direito Público.

Área de concentração: Direito Público

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Ribeiro Brandão - PUC Minas (Orientador)

Prof (a). Dr(a). Nome - Instituição (Banca Examinadora)

Prof (a). Dr(a). Nome - Instituição (Banca Examinadora)

Prof (a). Dr(a). Nome - Instituição (Banca Examinadora)

Prof (a). Dr(a). Nome - Instituição (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 14 de junho de 2017.

*Para meus pais, Humberto e Conceição,
pela inesgotável dedicação; e para meus
sobrinhos, Fernando e Maria Eduarda, na
esperança de um mundo melhor.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor-orientador Doutor Cláudio Roberto Cintra Ribeiro Brandão pela orientação, revisão e críticas ao trabalho, que o fez melhor.

RESUMO

O presente trabalho visa à análise crítica da prática das medidas de segurança atualmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro e aplicadas no país, bem como os motivos que, mesmo após a publicação da Lei de Reforma Psiquiátrica, inviabilizam a efetivação de um tratamento individualizado a muitos sentenciados inimputáveis. Com esse objetivo delinear-se-á breve relato histórico das medidas de segurança para que se possa observar as modificações sofridas por essa espécie de sanção penal. Das transformações sociais decorrem alterações na estrutura e no funcionamento do direito, em especial o penal. Medidas de prevenção de defesa social são implementadas por políticas criminais na tentativa de conter a criminalidade e a violência. Isso conduz à reflexões sobre a legitimidade ou não de tais práticas. Conceituar-se-á a medida de segurança no ordenamento penal brasileiro, seus fundamentos, sua finalidade e natureza jurídica; analisar-se-á a aplicação as medidas de segurança, seus pressupostos, as espécies, os locais de cumprimento e a duração. Investigar-se-á a questão da periculosidade; a segregação social vivenciada pelo louco infrator. Com a finalidade de ampliar a compreensão do objeto, pretende-se refletir sobre o descompasso entre o discurso jurídico e os progressos alcançados pelas ciências cujo objeto refere-se à saúde mental; buscar-se-á identificar se maior diálogo entre tais ramos do saber poderá contribuir para a efetivação dos fins da medida de segurança consubstanciada no tratamento adequado ao portador de transtorno mental infrator. Buscar-se-á, ainda, conceder ao conceito de periculosidade, a devida interpretação, tendo por base uma hermenêutica constitucional voltada para o respeito aos direitos fundamentais do sujeito, mantida a segurança jurídica inerente ao Estado Democrático de Direito. Cabe ressaltar que o presente trabalho está centrado na individualização da medida de segurança como forma de possibilitar ao portador de transtorno mental um tratamento adequado, em conformidade com a Lei n. 10.216/01 e tem como objetivo principal apresentar proposições numa tentativa de fomentar o debate sobre a humanização e a inserção da medida de segurança no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Medida de Segurança. Louco Infrator. Periculosidade.

RIASSUNTO

Questo lavoro si propone di analisi critica della pratica delle misure di sicurezza attualmente previsti dal sistema giuridico brasiliano e applicate nel paese, e le ragioni che, anche prima della pubblicazione della legge di riforma psichiatrica, rendono impossibile l'esecuzione di un trattamento individualizzato a molti detenuti imputabili. Con questo obiettivo prenderà forma breve resoconto storico delle misure di sicurezza in modo da poter osservare le modifiche subite da questo tipo di sanzione. trasformazioni sociali avvengono cambiamenti nella struttura e il funzionamento della legge, in particolare penale. misure preventive di difesa sociale, sono attuati da politiche criminali nel tentativo di arginare la criminalità e la violenza. Questo porta a riflessioni sulla legittimità o meno di tali pratiche. sarà concettualizzare misura di sicurezza nel sistema penale brasiliano, le sue fondamenta, il suo scopo e la natura giuridica; saranno analizzati per le misure di sicurezza delle applicazioni, i suoi presupposti, la specie, il rispetto del luogo e la durata. Indagare sarà la questione della pericolosità; segregazione sociale vissuta da reo folle. Al fine di ampliare la comprensione dell'oggetto si intende riflettere sul divario tra discorso giuridico e il progresso nella scienza il cui oggetto si riferisce alla salute mentale; cercherà di individuare un maggiore dialogo tra tali rami della conoscenza possono contribuire all'efficacia delle misure di sicurezza delle finalità contenuti nel trattamento appropriato per i pazienti con disturbo mentale colpevole. Cerca Sarà anche conferire al concetto di pericolosità, a causa di interpretazione, sulla base di una ermeneutica costituzionali focalizzati sul rispetto dei diritti fondamentali del soggetto, mantenuto certezza del diritto inerente lo stato di diritto democratico. Va notato che il presente lavoro si concentra su l'individuazione di misura di sicurezza come un modo per consentire ai pazienti con disturbi mentali trattamento appropriato ai sensi della legge n. 10.216 / 01 e il suo obiettivo principale di presentare proposte nel tentativo di stimolare il dibattito sulla inserimento umanizzazione e misura di sicurezza nel contesto di uno stato democratico.

Parole chiave: Misura di Sicurezza. Pazzo Offender. Pericolosità.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 ESTADO DEMOCRÁTICO E IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS	25
2.1 Constituição: Sistema de princípios e regras.....	27
2.2 Interpretação e aplicação das normas constitucionais	30
2.3 Princípios constitucionais aplicados à interpretação das medidas de segurança	32
2.3.1 Considerações iniciais.....	32
2.3.2 Princípio da legalidade e a medida de segurança.....	38
2.3.3 Princípio da culpabilidade e medida de segurança	44
2.3.3.1 Teoria psicológica da culpabilidade e medida de segurança	46
2.3.3.2 Teoria psicológico-normativa da culpabilidade e a medida de segurança.....	48
2.3.3.3 Teoria normativa pura da culpabilidade e a medida de segurança	51
2.3.4 Responsabilidade Penal.....	54
2.3.5 Elementos da culpabilidade e a medida de segurança	56
2.3.5.1 Imputabilidade e medida de segurança.....	56
2.3.5.2 Potencial consciência da antijuridicidade e a medida de segurança	57
2.3.5.3 Exigibilidade de outra conduta e medida de segurança	58
2.4 Princípios constitucionais aplicáveis à interpretação das medidas de segurança	59
2.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana e medida de segurança	59
2.4.2 Princípio da proporcionalidade e a medida de segurança.....	61
2.4.3 Princípio da intervenção mínima e medida de segurança.....	63
2.4.4 Princípio da igualdade e medida de segurança.....	64
2.4.5 Princípio da individualização das sanções penais.....	65
3 DAS SANÇÕES PENAIS – PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	69
4 DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	75
4.1 Sistemas de aplicação das medidas de segurança	75
4.2 Natureza da medida de segurança	75
4.3 Medida de segurança: Espécies e Critério de Eleição	76
4.4 Natureza da medida de segurança	78
4.4.1 Injusto penal (conduta típica e ilícita)	78
4.4.2 Inimputabilidade e medida de segurança.....	79
4.4.3 Periculosidade e medida de segurança.....	85
4.5 Juízo prognóstico e medida de segurança	95
4.5.1 O incidente de insanidade mental e a medida de segurança.....	96
4.5.2 Da perícia psiquiátrica e a medida de segurança.....	97
4.5.3 Da cessação de periculosidade e a medida de segurança	101
4.6 A modulação das medidas de segurança	104
4.7 Prazo e duração das medidas de segurança	105
4.8 Limites da medida de segurança	107
4.9 Desinternação e liberação condicionais	112
4.10 Desinternação progressiva	114
4.11 Causas Extintivas de punibilidade	115
4.12 Direitos do internado	117
4.13 Reincidência e medida de segurança.....	118

4.14 Conversão da pena em medida de segurança.....	118
4.15 Medida de segurança e lei antidrogas (Lei n. 11.343/2006)	122
5 REFORMA PSIQUIÁTRICA (LEI N. 10.216/2001 E MEDIDA DE SEGURANÇA)	125
5.1 Contextualização	125
6 INDIVIDUALIZAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA EM FACE DA REFORMA PSIQUIÁTRICA (LEI N. 10.216/2001)	129
6.1 Espécies de internação previstas na Lei n. 10.216/2001.....	133
6.2 Medida de segurança e execução.....	136
7 UMA REFLEXÃO ACERCA DA PERICULOSIDADE	143
7.1 Periculosidade: a lenta e irreversível desconstrução	143
8 BREVES INCURSÕES HISTÓRICAS ACERCA DA MEDIDA DE SEGURANÇA	147
9 DA ASSISTÊNCIA PSICOTERAPÊUTICA NO BRASIL	155
9.1 Breve relato histórico.....	155
9.2 Dos manicômios judiciais.....	163
9.3 Breves apontamentos: Leis específicas de proteção do doente mental....	170
9.3.1 As leis específicas de Roma	170
9.3.2 Decreto brasileiro n. 1.132, de 22 de dezembro de 1903.....	171
9.3.3 Decreto n. 24.559, de 3 de julho de 1934	171
9.3.4 Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001	172
10 CONCLUSÃO	175
REFERÊNCIAS.....	179

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito conjuga constitucionalismo e democracia para almejar a realização de uma sociedade justa, solidária e plural, na qual a pessoa humana possa realizar-se, em respeito e dignidade, bem como participar dos processos de decisão e de produção do Direito, viabilizando a materialização e o exercício dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal de 1988, suporta e sustenta a pretensão constitucional de resguardar o respeito pela dignidade humana, nas relações de Direito Privado e de Direito Público.

No âmbito do Direito Público, o direito penal se apresenta em processo contínuo de reconstrução de paradigmas para almejar a realização do atual modelo de Estado constitucionalmente estabelecido.

Dentro desse contexto, estuda-se as medidas de segurança, instituto penal. Tema pouco explorado na literatura científica da área o que limita fundamentação teórica voltada diretamente às suas questões e força uma consulta sistemática à área interdisciplinares.

As medidas de segurança são reconhecidas na legislação jurídico penal brasileiro como sanções penais, fundadas na periculosidade do autor, destinam-se às pessoas consideradas inimputáveis e semi-imputáveis, admitidas no imaginário social como “loucos infratores e perigosos”.

Neste estudo, o tema medida de segurança, instituto penal de estrutura complexa, exige para sua compreensão, um imperioso caminho a ser trilhado, em que o direito entra em contato com outros saberes envolvidos – criminologia, psicologia jurídica, medicina, em especial (anti)psiquiatria. Nesse percurso, tornam-se importantes investigações mais apuradas sobre seus fundamentos e, também, sobre a execução dessas medidas na busca de explicações para a formação dessa estrutura no Brasil, bem como a resistente manutenção e vigência dessas medidas, apesar das críticas e dos movimentos reformadores no campo da saúde mental. Movimentos esses que abrem espaço para inserção de nova ordem de tratamento ao “louco infrator”, quando em cumprimento de algum tipo de medida de segurança.

Justifica-se o interesse pela pesquisa sobre medidas de segurança, a partir da análise das peculiaridades inerentes a tal instituto em face aos princípios e garantias constitucionais assegurados ao portador de transtorno mental infrator – em especial,

o princípio da individualização do tratamento, ao qual deve ser submetido enquanto em cumprimento da medida de segurança imposta. Ademais, a ausência, por vezes, de qualquer tipo de tratamento e a segregação imposta ao portador de transtorno mental infrator, contribuíram para se levantarem inúmeros questionamentos sem respostas. Dessa forma, a necessidade de maiores indagações e respostas sobre o tema conduziram a elaboração da pesquisa para ingresso Programa de Pós-Graduação *strito senso* da PUC Minas.

A imposição da medida de segurança ao portador de transtorno mental, em conformidade com a legislação penal vigente, tem repercussão direta na saúde mental das pessoas submetidas a essa espécie de sanção penal. Tendo em vista a já referida complexidade do tema e o enlace de várias ciências envolvidas, a cada incursão surgiam novas possibilidades de análises, por vezes, desvelando discursos e literaturas não abrangidos pelo universo acadêmico em pauta, em alguns casos, até mesmo desconhecidos. Isso são os desafios presentes em uma pesquisa que vai expondo aquilo que, até então, consistia em absoluta obscuridade. Assim, justifica-se a presença de várias incursões que compõem o foco principal do trabalho.

Diante das averiguações realizadas, torna-se necessário apresentar perspectivas outras que não somente penais e processuais penais, haja vista que a lógica-formal presente no discurso jurídico, parte de normas gerais, universais, cuja interpretação e aplicação individualizadas ainda se encontram em desenvolvimento e apresentam um processo lento de adaptação de termos ao cenário atual.

O Direito não pode se distanciar da realidade, sobretudo pelo papel que possui na construção de uma sociedade mais justa. É preciso que a filosofia de limitação do poder punitivo, dentro de uma democracia, encontre uma dimensão prática de proteção de direitos fundamentais inerentes a toda pessoa humana, inclusive ao considerado infrator de normas. Sendo o infrator de normas for uma pessoa com transtorno mental é necessária a individualização da sanção penal, bem como do tratamento adequado ao caso.

Para tanto, a pesquisa se originou a partir do seguinte problema:

Com a vigência da Lei nº 10.216/2001 que dispõe sobre a Reforma Psiquiátrica, há uma reconfiguração jurídica da internação compulsória enquanto medida de segurança, à luz da interpretação das normas jurídicas?

A hipótese que norteia a pré-compreensão e pergunta da pesquisa - existe a obrigatoriedade de aplicação dos preceitos da Lei de Reforma Psiquiátrica à medida

de segurança, internação compulsória, em face tanto da interpretação das normas jurídicas quanto das normas constitucionais que garantem a individualidade das medidas de penais.

Na tentativa de responder à questão, apresentam-se os seguintes pressupostos:

a- Um juiz ou Tribunal ao decidir pela individualização da medida de segurança em contexto de modelo assistencial em saúde mental, não pratica ativismo judicial.

b- Mesmo diante da vigência da Lei de Reforma Psiquiátrica, a medida de segurança na forma como ainda é aplicada e executada, inviabiliza tratamento individualizado a muitos sentenciados inimputáveis.

Desse modo, a pesquisa histórico-jurídica do instituto medida de segurança se fez necessária por se tratar de um estudo retrospectivo e reconstrutivo, haja vista a pretensão de reinterpretar os dispositivos legais e as soluções existentes para o problema evidenciado.

Os aspectos conceituais, historicamente resgatados, tornaram possível a evolução nas noções envolvidas no objetivo de demonstrar que a medida de segurança necessita se adequar ao desenvolvimento técnico-científico.

A organização sistemática das fontes doutrinárias, legais e jurisprudenciais viabilizou o estudo das medidas de segurança, com tônica em seus desdobramentos, reconhecidos pelos doutrinadores, em relação às previsões contidas no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, advertiu que, em razão da vinculação da medida de segurança ao direito penal, devem incidir as garantias e os princípios constitucionalmente assegurados à pena e ao criminoso. Nesse contexto, a relevância da aplicação do princípio da legalidade e do princípio da taxatividade ou reserva de lei.

Trata-se de uma pesquisa teórica e documental e, no seu caminho metodológico, utilizou-se de coleta de dados em fontes bibliográficas e documentais, para levantar as teorias tradicionais, as fontes normativas e jurisprudenciais que tratam das respostas aos casos que envolvem portadores de transtorno mental infratores. Valeu-se, ainda, do acompanhamento jurídico de alguns casos submetidos à medida de segurança, realizados funcionalmente durante trabalho no Tribunal de Justiça de Minas Gerais,

No desempenho de tal função, a atitude interpretativa e o efetivo acompanhamento jurídico dos referidos casos, serviram de substrato à

reinterpretação de aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários do tema proposto.

No sentido de evidenciar a relevância do enfrentamento do problema exposto, no contexto jurídico atual, torna-se imperiosa a adoção da metodologia interdisciplinar, haja vista que as medidas de segurança contemplam uma estrutura multifacetada. Dessa forma, é necessário o desenvolvimento de articulação do ramo jurídico penal com as modernas práticas de tratamento do portador de transtorno mental infrator, já que a complexidade, inerente a tais medidas, obsta seja ela apropriada unilateralmente por um dos saberes.

Todo o esforço na elaboração da pesquisa desenvolve-se tomando-se como marco o paradigma do Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Na construção de meios alternativos cabe advertir: o que se reconstrói e o que se mantém são igualmente importantes para a consistência da identidade do ramo jurídico penal pátrio.

Novos paradigmas são reconstruídos na medida em que o direito penal se vê estreita e intrinsecamente ligado às garantias constitucionais.

A organização do texto estrutura-se em nove capítulos, detalhados a seguir:

Capítulo inicial: uma introdução concisa sobre os propósitos do trabalho e as motivações para seu desenvolvimento.

Capítulo segundo: este capítulo traz uma breve construção do paradigma do Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição Federal de 1988, tomado como marco, para desenvolvimento do trabalho. O foco é apresentar normas constitucionais, bem como a interpretação e a aplicação dessas normas que são fundamentais na construção do tema.

Capítulo terceiro: neste capítulo, são abordados conceitos sobre sanções penais: Penas e Medidas de segurança, diretamente ligados a este estudo. Para melhor compreensão de tais conceitos, se mostrou necessário um estudo das diferenças e dos pontos comuns entre essas sanções, ainda que de forma sumária.

Capítulo quarto: traz aspectos relacionados à intervenção prática das medidas de segurança no direito penal pátrio. Nesse contexto, tratam-se dos sistemas de aplicação das medidas de segurança, sua natureza jurídica, seus requisitos e as espécies de medida de segurança; juízo de prognóstico, internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, além de sujeição a tratamento ambulatorial; da modulação e do prazo de duração de tais sanções; aborda-se a questão da

aplicabilidade dos direitos fundamentais e dos princípios penais às medidas de segurança no Estado Democrático de Direito à luz da Constituição de 1988.

Capítulo quinto: nesse capítulo, aborda-se a reforma psiquiátrica, Lei n. 10.216/2001 que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtorno mental e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Nesse contexto, faz-se análise da aplicabilidade desse novo modelo assistencial ao portador de transtorno mental em conflito com a lei sentenciado à medida de segurança.

Capítulo sexto: a tônica nesse capítulo incide sobre a individualização de medida de segurança em face da Lei n. 10.216/2001, tendo por finalidade a efetivação de direitos dos portadores de transtorno mental, sob uma perspectiva humanista como forma de garantir-lhes um tratamento adequado, no âmbito da justiça criminal.

Capítulo sétimo: nele o foco é uma reflexão acerca da Periculosidade diante do modelo estabelecido pela Lei n. 10.216/2001, bem como sua incompatibilidade com o princípio da legalidade, previsto na Constituição de 1988, bem como a desconstrução lenta desse conceito, mesmo diante de debates, da positivação dos direitos fundamentais e do desenvolvimento técnico-científico alcançados.

Capítulo oitavo: apresenta breve relato histórico acerca da evolução da medida de segurança, os debates entre médicos e juristas, abordando o surgimento e os fundamentos que, simultaneamente, deslegitimam a imposição da referida sanção penal e reafirma sua permanência inviabilizando um tratamento individualizado ao portador de transtorno mental infrator.

Capítulo nono: breves incursões e apontamentos sobre as leis específicas de proteção da pessoa com transtorno mental e a evolução da assistência psicoterapêutica no Brasil. Ressalta a reforma psiquiátrica e o movimento antimanicomial, base reformadora e questionadora da lógica segregacionista e excludente que nega ao portador de transtorno mental infrator o direito ao mínimo existencial.

A análise do problema e dos pressupostos, mediante os argumentos propostos, extrapola o saber jurídico trazendo à discussão outros saberes. Desse modo, requer uma rápida explicação sobre o uso de aspas em algumas palavras para expressar um enfoque crítico e não uma citação direta. Requer, ainda, ressaltar que, em âmbito de reforma psiquiátrica, o uso do termo *“pessoa ou sujeito em sofrimento psíquico”* apresenta-se mais adequado que “louco infrator”, “doente mental”, termos que sugerem estigmatização pela suposta doença.

Já o objetivo principal do trabalho, extrapola a análise de uma simples “sanção penal” ou um “instituto jurídico”, pois, através do estudo da medida de segurança é possível entrever a ampliação máxima do alcance penal. E, ainda, desvelar, por trás de teorias, metodologias e aparatos formais referentes a esse instituto penal, encontram-se pessoas, sujeitos em estado sofrimento psíquico, segregados e estigmatizados. Isso foi o suficiente para superar as dificuldades inerentes a uma abordagem heterogênea, multifacetada, características intrínsecas às medidas de segurança e prosseguir na pesquisa que pode contribuir com a literatura científica da área, no sentido de suscitar reflexões profundas sobre a crise que se apresenta, no tocante à aplicação e cumprimento de sanções penais, bem como a necessidade de obstar a entrega do direito penal à arbitrariedade, tendo-se como consequência a renúncia à sua função principal – fortalecer o estado de direito, que constitui uma forma de preservação ou mesmo o restabelecimento da dignidade do ser humano.

O elemento dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional, surge como diretriz, uma orientação legislativa, sendo a pessoa humana o elemento primordial de todo o ordenamento jurídico brasileiro, bem como de toda e qualquer política criminal.

Em tempos atuais, o risco passa a fundamento da gestão de controle social e o cárcere, seja através da prisão ou do manicômio, se converte em importante instrumento repressivo nas mãos de um estado poderoso, do panóptico estatal, que visa ao controle. A difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo e, em consequência, contribui para a restrição de garantias.

Nesse contexto, concebido como limite ao poder punitivo estatal, o bem jurídico converte-se em fonte de legitimação da ampliação do Direito Penal e da prevenção de riscos. Funcionaliza-se o Direito Penal, afeta-se a opinião pública e esvanece o princípio de *ultima ratio* e a *emergência* se torna perene.

Nesse contexto, são significativos os riscos ao Estado Democrático de Direito, há limites ao direito de punir e utilizá-lo como símbolo de eficiência e proteção na tentativa de ocultar a ausência de atuação estatal em áreas diversas. Quando da aplicação de uma sanção penal se coloca em jogo um bem jurídico dos mais importantes – a dignidade da pessoa humana. Motivo pelo qual é necessário insistir na limitação do poder punitivo.

A Constituição de 1988, intitulada Constituição Cidadã, definiu o Brasil como Estado Democrático de Direito. Ao interpretarmos as normas jurídicas devemos

observar os termos da Constituição, cientes da impossibilidade de a lei, por si só, ser suficiente para regular todas as situações da vida social. A Constituição trouxe consigo imperativo de renovação do ordenamento jurídico brasileiro, reinterpretar o Direito como um todo, à luz da Carta Magna.

A Lei n. 10.216/2001 afirma a cidadania plena dos portadores de transtorno mental, incluindo o paciente judiciário – portador de transtorno mental que responde a processo criminal – e elenca direitos básicos, entre os quais o da prioridade no tratamento comunitário. Dispondo sobre a proteção e os direitos dessas pessoas, redireciona o modelo assistencial em saúde mental, e abre a porta para práticas mais garantidoras da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, explicou o significado dos direitos fundamentais, primando pelo fiel cumprimento da Constituição, tornou claro o reconhecimento da diferença como direito à igualdade.

Entretanto, ainda assim, a aplicabilidade da Lei n. 10.216/2001 se apresenta de forma absolutamente tímida.

Questão que dificulta a efetivação das garantias e dos direitos do portador de transtorno mental consiste na divergência do paradigma adotado nos processos envolvendo esses sujeitos e o desenvolvimento científico atual. Modificou-se a compreensão sobre os transtornos mentais, já que não apresentam possibilidade de cura nos moldes da extirpação de uma doença, porém são passíveis de estabilização. Insistir na possibilidade de cura, sem efetivar o tratamento adequado, inviabiliza a estabilização e o portador de transtorno mental pode apresentar um risco para si e para outros.

Cabe ressaltar ainda que a submissão do paciente judiciário, sem o tratamento adequado, à perícia realizada com perspectiva de cura, inviabiliza ou no mínimo, torna improvável a elaboração de um laudo que conclua pela cessação de periculosidade para o sentenciado submetido à medida de segurança, notadamente, se o delito cometido for grave sob a ótica da sociedade.

No tocante a execução das medidas de segurança, dificulta-se ainda mais a efetivação da Lei n. 10216/2001, em face da existência do pensamento penal arraigado na periculosidade, resquício de um positivismo criminológico.

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 3º, determina expressamente que o internado, assim como o condenado tem assegurado todos os seus direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Em uma interpretação extensiva, além de conservar todos os direitos não atingidos pela imposição da medida de segurança, o

sentenciado deve ter garantido o direito ao tratamento que considera as especificidades de seu caso. No artigo 4º, prevê a Lei de Execução Penal, que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

Se a reforma do Código Penal de 1984 e o advento da Lei de Execução Penal significaram progresso adotando o sistema vicariante, pelo qual aplica-se pena ou medida de segurança, banindo as medidas de segurança para sujeitos imputáveis e extinguindo hipótese de periculosidade presumida pré-delitual da legislação, necessários novos avanços, alguns constantes na Lei n. 10.216/2001.

Sob essa perspectiva e com o advento de novas medidas terapêuticas voltadas para um tratamento igualitário entre o imputável e o inimputável, requisito essencial à terapêutica (penal) em um Estado Democrático de Direito, evidencia-se o descompasso na aplicação e execução da medida de segurança, especialmente, quando se refere à modalidade internação compulsória. Ademais, qualquer que seja a modalidade de internação, só será constitucionalmente válida, se for transitória e temporária. Desse modo, a internação compulsória converte-se em uma forma excepcionalíssima de tratamento, adstrita às peculiaridades do caso concreto. Tratamento adequado que respeita e promove a cidadania, bem como restitui ao sujeito sua identidade, seus direitos e sua própria palavra.

Cabe ressaltar a existência, por parte do Conselho Nacional de Justiça, de manifestação sobre o tema abordado, quando da aprovação pelo Conselho de recomendação para que as penas envolvendo pessoas com transtorno mentais possam, sempre que possível, ser cumpridas em meio aberto, bem como a Resolução 633/2010, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, as quais serviram de fonte para consulta e embasamento teórico de muitas das questões levantadas e discutidas ao longo do estudo.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO E IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

A Constituição de 1988 rompeu com o regime ditatorial imposto pelos militares, restaurando o regime democrático no Brasil e reinaugurando as bases de sustentação que legitimam o exercício do poder. Identifica-se esse novo regime, logo no parágrafo único do art. 1º da Carta Magna, o qual afirma que todo poder emana do povo, exercido diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.

Diante do anseio popular de redemocratização do país, o constituinte buscou vincular a atividade estatal a objetivos alçados à condição de fundamentais, elencados pelo art. 3º da Constituição da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esses objetivos equivalem a metas, objetivos políticos não individuados.

Já uma segunda ordem de compromissos com a pessoa humana consta no Título II da Constituição, referindo-se aos direitos e garantias fundamentais. Enumerados em extenso rol de direitos e topologicamente inserido no início do texto constitucional ressaltam a sua importância e precedência diante de todas as outras normas, adotando a máxima do homem como fim em si mesmo.

Os direitos fundamentais, enumerados constitucionalmente, expressam a constitucionalização dos direitos humanos, os quais são o fundamento da própria Constituição e esta, por sua vez, constitui a norma suprema e orienta toda a interpretação jurídica.

Na questão da efetividade da Constituição insiro um aspecto temporal, evidencia-se uma tensão permanente entre a norma e a realidade de onde derivam as possibilidades e os limites para a atuação social. Tanto a Constituição como as demais normas do Direito Moderno, regulamentam para o futuro, além da forma textual que as caracterizam.

Diante disso, destaca-se o caráter discursivo das práticas sociais e o fato de serem normas que regulamentam para o futuro. Já as disposições constitucionais são compromissos que podem ser efetivados no presente, assegurando que as aspirações democráticas assumidas constitucionalmente, logrem a adesão de todo o aparato estatal, notadamente, as tomadas de decisões políticas. Para Daniel Silva

Passos (2014), “[...] os limites constitucionais, além de serem condição *sine qua non* da democracia, exercem a importante função de atentar para o caráter prospectivo de suas decisões [...]” (PASSOS, 2014, p. 89).

O caráter de fundamentalidade dos direitos garante que o conteúdo do debate democrático não poderá afastar-se da finalidade estatal sendo que ao poder público não é lícito olvidar-se das promessas emancipatórias assumidas pelo constituinte originário, ainda que, uma maioria ocupante dos centros de decisão entenda pela aplicação de doutrina diversa, justificando ser mais conveniente. Tanto os direitos fundamentais quanto a Constituição afirmam e reafirmam que a dignidade humana não está em jogo. Dworkin (2007) explica que “[...] a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas” (DWORKIN, 2007, p. 314). Logo, o Estado, enquanto instrumento a disposição do ser humano, não pode dissociar-se dos motivos e finalidades que justificaram sua criação.

Ademais, os direitos fundamentais previstos na própria Constituição fundamentam as demais leis. Tais direitos garantem ainda o respeito à diferença, bem como primam por uma convivência harmoniosa entre os diversos grupos sociais. E ainda, militam pela reconstrução de uma realidade menos desigual, de forma a permitir aos indivíduos iguais condições para desenvolvimento pleno.

Desse modo, o direito assume uma função determinante na conformação da atividade estatal em virtude da posição fundante e diretiva ocupada pela Constituição. A distinção entre normas constitucionais e leis comuns resulta da supremacia da Constituição, característica marcante que a coloca no vértice do ordenamento jurídico. Sendo assim, a Constituição é de superior categoria hierárquica em face das demais normas jurídicas. Afirma Dworkin (2007) “a Constituição é o fundamento para a criação de outras leis” (DWORKIN, 2007, p.454).

Para Bonavides (2005), a norma constitucional em decorrência do sentido político do princípio da supremacia constitucional tem natureza política, porquanto rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve de pauta à ação dos governos, visto que no exercício de suas atribuições não podem evidentemente ignorá-la. E adverte que, em decorrência da supremacia constitucional, a interpretação e compreensão de todo o ordenamento jurídico deve ter por fundamento a Constituição, bem como os limites por ela fixados. (BONAVIDES, 2005,

p. 461).

Em direção similar, Rodolfo Viana Pereira (2007),

[...] a Constituição vai, então, “*refundar*” todo o Direito, implicando uma incisão compreensiva nos limites e extensão das possibilidades significativas de todo o resto do ordenamento. Ela passa a representar, portanto, o que aqui se tem denominado *locus* hermenêutico: o ‘lugar’ a partir do qual há uma conformação das possibilidades de sentido de todas as normas inferiores, não tendo, como, pois compreender, interpretar e aplicar o direito independentemente do padrão constitucional (PEREIRA, 2007, p.120).

2.1 Constituição: Sistema de princípios e regras

Não sendo possível separar a modificação da sociedade e a evolução do direito, percebe-se no transcurso da história que o modo de produção, de estruturação e de aplicação do Direito transforma-se em função das alterações sociais.

Nesse sentido, afirma Wolkmer (2009),

Toda cultura tem um aspecto normativo, cabendo-lhe delimitar a existencialidade de padrões, regras e valores que institucionalizam modelos de conduta. Cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social. Constata-se que, na maioria das sociedades remotas, a lei é considerada parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas. A lei expressa a presença de um direito ordenado na tradição e nas práticas costumeira que mantêm a coesão do grupo social (WOLKMER, 2009, pp. 1-12).

No constitucionalismo tem-se assistido a um significativo avanço. Constituições vêm se moldando, transmudando-se e se aperfeiçoando, culminando em novos modos de se pensar o caráter normativo constitucional, mormente quanto ao papel desempenhado pelos princípios na ordem jurídica. Há uma reconstrução na forma de ser dos princípios que culmina na conquista de sua normatividade. Para Bernardo Gonçalves Fernandes (2012), “aqui não se trata de diretrizes, mas sim de normas jurídicas, dotadas de vinculação aos órgãos encarregados pela atividade de aplicação e criação do direito” (FERNANDES, 2012, p. 277).

Nesse sentido, Paulo Bonavides (2005) afirma,

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo

passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei da Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja norma das normas (BONAVIDES, 2005, p. 290).

Acerca da juridicidade dos princípios e, novamente, recorrendo à lição de Paulo Bonavides (2005), afirma o autor que há três fases discerníveis ao longo da evolução histórica: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

[...] a teoria dos princípios chega a presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica abstrata para o campo concreto e positivo do Direito. [...] a transição da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições) (BONAVIDES, 2005, p. 294).

Diante disso, princípios que, anteriormente, no âmbito de um direito de regras estritas, com predomínio da codificação, considerados fonte secundária de normatividade, hoje, no âmbito jusconstitucional, postos no ápice da pirâmide normativa, guiam e fundamentam as demais normas jurídicas. Afirma Paulo Bonavides (2005), “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições [...]” (BONAVIDES, 2005, p. 288), além do mais, em decorrência do ganho de normatividade dos princípios e do espaço que ocupam, chega-se a verificar uma tendência principialista do constitucionalismo. Nesse sentido, Canotilho (2002),

Esta perspectiva teórico-jurídica do ‘sistema constitucional’, tendencialmente ‘principialista’, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos [...] mas também porque permite *respirar, legitimar, enraizar e caminhar* o próprio sistema. A respiração obtém-se através da ‘textura aberta’ dos princípios [...] (CANOTILHO, 2002, p. 1147).

Dworkin (2007) afirmando e reafirmando essa importante modificação no constitucionalismo e, via de consequência, na Teoria do Direito, bem como na concepção e no modo de operar principialista, elege o modelo de princípios para uma sociedade pluralista, enraizado na concepção de um básico, “direito à igual consideração e respeito” (DWORKIN, 2007, p. 420), eis que, este modelo estabelece o vínculo da dignidade e do respeito mútuos entre cidadãos. De acordo com ele,

[O modelo acima descrito] insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus distintos

estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. (...) os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam (DWORKIN, 2007, p. 254, grifo nosso).

Em outra passagem, o mesmo autor, reforça a posição:

O modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, pelo menos tão bem quanto qualquer modelo poderia fazê-lo numa sociedade moralmente pluralista. Torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular (...) Faz com que essas responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total. (...) sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa (DWORKIN, 2007, p. 254).

Para Pereira (2006), tal concepção alia-se a uma tematização própria do fenômeno jurídico e neste ponto se instaura o peculiar rompimento com o positivismo. Abandona-se o fetichismo legal, afirmando-se que o Direito não se reduz a regras estritas, mas se compõe também de princípios hauridos do próprio modo de ser da comunidade e que se encontram de maneira especial na Constituição. (PEREIRA, 2006, p. 140). Por sua vez, Dworkin (2007) afirma que prevalece a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios. Uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade, ou seja, suas decisões são questões de obrigação, não apenas de poder (DWORKIN, 2007, pp. 230-231).

Sendo os princípios e regras espécies do gênero norma, há uma diferença entre ambos. Para Dworkin (2010) as regras aplicam-se de maneira disjuntiva (“tudo-ou-nada”), regulando a própria hipótese de sua aplicação, já os princípios, ao contrário, não estabelecem as suas condições de aplicabilidade, eis que anunciam somente uma razão em determinada direção. A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão, mas não é assim que funcionam os princípios. Um princípio não pretende estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao

contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas, ainda assim, necessita de uma decisão particular (DWORKIN, 2010, pp. 39-41).

Sob esse enfoque a colisão de princípios se resolve pelo critério de coerência, pois princípios não se excluem. Não há uma contradição entre princípios válidos, mas, sim, uma concorrência desses princípios para regerem caso concreto (PEREIRA, 2006, p.145)

2.2 Interpretação e aplicação das normas constitucionais

Os métodos clássicos de interpretação, de origem civilista, no qual se ignoravam os princípios e o direito reduziam-se às regras, tinham dificuldades em acomodar-se ao objeto – a Constituição – que trilhando rumo diverso de um suposto sentido estático, prévio e intrínseco aos preceitos jurídicos, refuta de modo inequívoco a simples subsunção da norma aplicável ao fato concreto. Assim, no âmbito jurídico, a crença no estabelecimento de patamares adequados e rigorosos de conhecimento, fundada em métodos científicos e na neutralidade do cientista jurídico, que conduziria à descoberta da verdade oculta, sofre significativos abalos. Intensificam-se também as críticas direcionadas ao decisionismo e à discricionariedade, teorias defendidas pelo positivista Kelsen.

Todas as transformações e aberturas de perspectivas levaram, no final século XIX, ao movimento chamado giro linguístico, pelo qual se abandona a absolutização do método, já que método não é o caminho para verdade, pois, ao invés de esclarecer oculta a estrutura da compreensão (PEREIRA, 2007, p.19).

E prossegue afirmando,

Por isso, a análise sobre a compreensão, interpretação e aplicação do Direito não pode ser isolada do estudo dessas teses que, como dito, renovam e tornam mais complexas as responsabilidades dos operadores jurídicos. Em última instância significa reiterar não ser possível compreensão do Direito sem se tentar compreender a própria estrutura do acontecimento compreensivo. [...] O acesso aos objetos que nos rodeiam é feito a partir de uma antecipação prévia de sentido que vai, no desenrolar do processo, sendo modificada em virtude da própria autonomia daquilo que se observa (PEREIRA, 2007, pp. 175-176).

A influência dessas transformações foi tão marcante que acabou por gerar discussão sobre a necessidade de desenvolver uma teoria da interpretação constitucional própria.

Fernandes (2012) é esclarecedor ao afirmar que:

[...] não há um método único capaz de solucionar um problema tão complexo e controvertido como a interpretação das normas constitucionais, nem, tampouco, uma teoria dos métodos constitucionais. [...] Esses métodos acabam caindo na mesma ‘armadilha falaciosa’ [...]. Ou seja, a crença de um sujeito a-histórico e atemporal (absolutamente neutro) e aparado de suas pré-compreensões. (FERNANDES, 2012, p. 211).

Bonavides por sua vez, afirma: “em verdade, a interpretação mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta [...], objetivando-se na realidade” (BONAVIDES, 2005, p. 438).

Nesse contexto, foram incorporados conceitos à hermenêutica constitucional como o de pré-compreensão e concretização, enquanto a interpretação jurídica foi reformulada, passando a adotar ponto vista mais filosófico.

Para Pereira (2007) ocorreu “uma constitucionalização de toda interpretação jurídica [...] uma absorção da Hermenêutica Jurídica Clássica pela Hermenêutica Constitucional” (PEREIRA, 2007, p. 179).

Temas como Constitucionalismo, Supremacia da Constituição, Hermenêutica Jurídica Clássica e Hermenêutica Constitucional, Normatividade dos Princípios Constitucionais, diferenças entre Regras e Princípios entre outros, serão diretrizes a auxiliar os operadores do Direito rumo à justiça social, à segurança jurídica e à legitimidade das decisões.

Por fim, no âmbito do fazer hermenêutico, o desafio manifesta-se a começar pela queda do mito da lei como único sinônimo de norma (em sentido tradicional). Com as chamadas correntes pós-positivista, os princípios, sobretudo constitucionais, atingem o patamar de juridicidade, figurando ao lado das regras, como preceito jurídico dotado de um comando obrigatório de validade, sendo consideradas espécies de normas. A diferença é que as regras disciplinam uma situação de aplicação e os princípios não. Porém ao determinar qual conjunto normativo que será aplicado ao caso concreto, deve-se respeitar o dever de coerência (PEREIRA, 2007, p.154).

E em outra passagem,

Ainda que possam ser sustentadas certas diferenças entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional (sobretudo a situação hierárquica e a condição de fonte normativa), isso também não é motivo para a suposta dicotomia, eis e o processo de interpretação do Direito é, nesse sentido, sempre unitário. Ou seja, para cada problema (real ou imaginário), em todo e qualquer rumo jurídico, o Direito concorre integralmente para sua solução, através do filtro constitucional (PEREIRA, 2007, p. 121).

Entretanto, adverte que obviamente, com isso “não se quer dizer que todo o Direito é *diretamente* aplicável ao caso. [...] alguns preceitos normativos o são e outros não, em função da *pertinência temática* e da chamada *coerência normativa*” (PEREIRA, 2007, p. 121).

2.3 Princípios constitucionais aplicados à interpretação das medidas de segurança

2.3.1 Considerações iniciais

A investigação acerca do sentido e da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos apresenta-se indispensável para compreender os fundamentos e os objetivos de um sistema normativo, de forma viabilizar a interpretação, a integração, o conhecimento e a eficiente aplicação das normas, em conformidade com preceitos constitucional.

Para Yacobucci (2000),

[...] principio permite explicar o entender algo. En esta perspectiva, los principios *aparecen como punto de partida que no solo facilitan el conocimiento de la realidad sometida a estudio, tido y justificación a lo analizado* (YACOBUCCI, 2000, p. 57).

A conquista da normatividade dos princípios foi um grande avanço do constitucionalismo e da Teoria do Direito. Anteriormente, em um direito de cunho privatístico, as regras estritas – e, notadamente, a codificação – eram consideradas as únicas dotadas de normatividade.

Os princípios ocupavam um lugar secundário no cenário jurídico. Na aplicação do direito desempenhavam uma função meramente supletiva, pois havia verdadeira primazia da lei na solução dos conflitos. Com a transposição do direito natural para o código, presencia-se a redução de todo o direito ao Direito positivo. Consolida-se a lei codificada, único meio apto a solucionar conflitos sociais, haja vista ser fruto da vontade geral e racional, passa-se à identidade entre Direito e lei.

Nesse cenário, sob o paradigma constitucional do Estado de Direito, consagram-se os direitos de 1ª. Dimensão, essencialmente negativos. Em decorrência a atividade hermenêutica do juiz, restringe-se à “*bouche de la loi*”, a

interpretação deve ser evitada, afinal “*Intepretatio cessat in claris*”. Para o positivismo legalista, os princípios, ainda que insertos no ordenamento jurídico positivo, exerciam apenas uma função supletiva na aplicação do Direito.

Do Positivismo legalista ao positivismo normativista, século XX. Hans Kelsen e sua obra Teoria Pura do Direito. Nesta teoria, Kelsen delimita o âmbito da ciência do Direito ao sistema normativo, do qual extrai fundamento de validade. Qualquer interferência não oriunda do conteúdo jurídico deve ser afastada. Para validar a norma, por meio do silogismo, Kelsen estrutura norma hipotética, norma pressuposta, sendo que as demais se encontram escalonadas dentro da pirâmide hierárquica. Para que essas normas possam ser consideradas legais e obrigatórias é indispensável a existência da Norma Fundamental. Surgiram críticas sobre como a própria Norma Fundamental poderia ser validada dentro desse modelo. Prevalencia a legalidade formal, legitimadora política, sendo a Constituição reduzida a uma simples ordenação de órgãos estatais. Toda essa estrutura assentada nos códigos, atuante na defesa de igualdade formal, sofreu abalos com surgimento do paradigma jurídico do Estado Social.

Pós-Segunda Guerra Mundial, o modelo de ordenamento jurídico, até então, centrado apenas em regras, acolhe os princípios, elevando-os à condição de norma jurídica. Inicia-se processo de distinção entre regras e princípios. Avança a necessidade de um processo de sedimentação dos princípios, já que passam a servir de pautas ou critérios por excelência de avaliação (fundamentos) de todos conteúdos normativos (BONAVIIDES, 2005, p.276). Do desvelar desses princípios reconfigura-se o Direito para além dos moldes de um positivismo estrito (FERRAZ, 2009, p. 42).

Ressalte-se que, o caráter normativo dos princípios, segundo Esser (1961), ocorre na medida em que se materializam em uma instituição, por um ato constitutivo do poder legislativo, da Jurisprudência e da vida jurídica. (ESSER, 1961, p. 179).

Assim, a concepção do Direito apenas como conjunto de normas, perfeito e acabado passa a ser refutada. Com isso, constatou-se um realinhamento do papel do Judiciário, haja vista que ao juiz não bastava tão-somente à aplicação dedutiva de silogismos lógicos ou da utilização automática de método interpretativo. Essa nova postura trouxe-lhe, com certeza, uma tarefa mais gratificante – reaproximar o Direito da vida (FERRAZ, 2009, p. 44).

Nesse contexto, surgem as primeiras sentenças judiciais concretizando a importância dos princípios. Dessa forma, os princípios gerais do Direito transmudam-

se em princípios constitucionais, os quais perpassam a importância das regras. Tal proeminência pode ser constatada até nos conflitos que envolvem os direitos fundamentais, resolvidos na esfera principiológica.

A estrutura constitucional, até então, concebida a partir de um ponto de vista meramente formal, apontava para uma concepção material do Direito e, conseqüentemente, nova exigência de interpretação.

Importante ressaltar que, para Kelsen, interpretar significava ato de aplicação, de vontade, feita de forma geral pelo legislador ou de forma individual pelo juiz ou, ainda, ato de conhecimento feito pela dogmática; o papel da ciência do direito era de realizar descrições, revelar quadro de moldura contendo possíveis leituras da norma, cabendo ao interprete escolher a que entender correta. Todo ato dentro da moldura seria válido e o aplicador escolhe, pois o julgador é livre para agir conforme suas convicções – decisionismo. Se dentro da moldura há várias leituras da norma, todas consideradas válidas e o julgador pode escolher, conseqüentemente, podem ocorrer problemas quanto à insegurança jurídica, face a pluralidade de respostas possíveis. A questão se agrava, quando a partir de 1960, Kelsen passa a entender e defender que o aplicador do Direito possui liberdade de ir além das interpretações possíveis contidas na moldura. Kelsen passa a entender que o juiz poderá inovar o ordenamento jurídico, criar Direito novo, fora das possibilidades contidas na moldura. Ampliam-se os poderes do juiz, confere ao juiz a discricionariedade. Conseqüentemente, a sentença transitada em julgado tornar-se-ia parâmetro para validar norma escalão inferior, com base apenas no poder discricionário concedido ao aplicador, sem considerar a norma superior.

Yacobucci (2002) é esclarecedor ao afirmar que,

[...] a la realización de um determinado bien o valor, fue abandonada durante mucho tiempo por la teoría del derecho, em virtud de presupuestos científicistas baseados em la necessária neutralidade axiológica del. razonamiento científico. Toda instancia valorativa fue apreciada como interferência irracional o emotiva em e discorrer de lá seguridad como valor específico de ló jurídico [...] (YACOBUECCI, 2002, p. 90).

O vocábulo princípio, sempre invocou, por si só, pluralidade de sentido cujo conteúdo se materializa em função dos momentos históricos-constitucionais em que é enfocado. Hoje, não é diferente, pois segue o debate envolvendo a distinção entre as espécies normativas – princípios e regras.

Sem embargo dos debates e da nova visão das regras e princípios, na perspectiva do direito penal, ainda há algo a acrescentar. A reflexão sobre princípios materiais, fundamentais e derivados do direito penal, originando inclusive normas operativas, se desenvolve em um contexto no qual o posicionamento filosófico do legislador, o juiz e o científico, encontram-se inseridos.

Nesse mesmo sentido, a importância dos princípios de integridade – integridade na legislação e na decisão judicial – e sua contribuição para a eficiência do direito. A integridade requer que as normas públicas sejam elaboradas como se fossem expressão coerente de equidade e justiça, na correta proporção. Ressalte-se a importância dos princípios jusfilosóficos, como critério de validade jurídica, notadamente, na decisão caso concreto. Por isso, uma comunidade que aceita em sua constituição a integridade, pode em determinadas ocasiões, afastar-se de certos pressupostos para ir em busca da fidelidade a um sistema de princípios concebidos como os mais importantes do sistema (DWORDIN, 2007, pp. 229-232).

No que se refere ao Direito Penal, Silva Sanches afirma (1992),

[...] inevitable admitir que las cuestiones básicas del derecho penal, ya sean estas las que conforman los principios del ejercicio legítimo del *ius punendi*, ya las premisas valorativas de la atribución de responsabilidad penal, son una materia propia de la filosofía jurídica, por mucho que esos razonamientos se concreten en el marco constitucional. Esa toma de posición no es, de todos modos, un acto voluntarista sino que debe ser argumentado a fin de posibilitar el control – incluso axiológico – de la racionalidad de aquella (SILVA SANCHES, 1992, p. 114).

Em outra passagem afirma Silva Sanches (1992)

[...] La Constitución constituye en realidad un marco más o menos abierto [...]. El valor de los presupuestos constitucionales reside, mayoritariamente, en posibilitar el control de racionalidad de las decisiones, es decir, su legitimación última. [...] se trata de obtener una fundamentación plausible de cara a los principios del consenso social (SANCHES, 1992, pp.123-134).

O direito penal, mesmo valendo-se do instrumento mais agressivo do ordenamento jurídico, busca através dos princípios gerais, realizar os valores constitucionais. Utilizando-se do *ius puniendi*, que expressa a face mais extrema do poder político no Estado moderno surge a grave questão de garantir as liberdades pessoais e sociais.

Nesse contexto, emerge o importantíssimo papel da Constituição. Pode-se afirmar que não há um conceito único para Constituição. Não obstante, segundo Fernandes (2012), a Constituição poderia ser definida *a priori* como “o modo de ser”

de uma comunidade, sociedade ou Estado [...] ou “ato constitutivo” [...] da (nova) comunidade. (FERNANDES, 2012, pp. 28-33).

Sem embargo das diversas teorias, manifesta-se adesão, pela constitucionalização do direito e sua força normativa, as quais exigem uma reforçada teoria da interpretação conjugada com argumentação jurídica substancial.

A Constituição de 1988 tem em sua essência a força normativa que se manifesta tanto no Estado, conformando-o a partir de regras e princípios estatuídos pela própria constituição, quanto na sociedade garantindo a convivência de projetos alternativos de vida, bem como na possibilidade de efetiva participação com igualdade no jogo democrático.

A efetividade da Constituição de 1988, compromissória e emancipatória, exige que se atribua às normas força normativa.

Hesse (1991) é esclarecedor ao afirmar que: “A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa” (HESSE, 1991, p,20).

Os princípios penais aparecem concretizando os valores constitucionais, obtendo positividade e legalidade. Dentro dessa ordem, ressalte-se, ainda, o princípio da culpabilidade. Tais princípios, legalidade e culpabilidade, encontram-se refletidos nos princípios derivados como o princípio *ultima ratio*. O caráter imperativo dos princípios penais atuam como um marco de desenvolvimento das decisões penais em matéria legislativa. Por isso pode-se afirmar que justificam e limitam a atividade penal do poder político. Ademais, os princípios servem como guia hermenêutico na aplicação das leis, resolução de conflitos, notadamente, se opostos valores ou interesses de similar relevância social. Incluso em sede dogmática têm por objetivo facilitar o surgimento de um novo modelo de saber penal, aberto a valores e congruente com o status científico de saber prático” (YACOBUCCI, 2002, pp.155-156, tradução nossa).

Assim, quanto à matéria penal, exige-se uma postura condizente do legislador na tarefa de proteger os bens fundamentais do indivíduo e da comunidade. No tocante ao Judiciário exige-se também postura condizente de modo a tutelar as várias dimensões da natureza humana em circunstâncias concretas, em conformidade com os ditames da Carta Magna. Cabe ressaltar que, quando da decisão do caso concreto, o julgador realiza atividade política, razão pela qual a aplicação da norma penal não se restringe a simples subsunção. Segundo Yacobucci (2002), “[...] la instancia judicial

se muestra como el núcleo privilegiado de realización normativa de esos principios, pues opera en su determinación y aplicación, dando existencia concreta a las exigencias constitucionales” (YACOBUCCI, 2002, p. 148).

Ao legislador, em matéria penal, compete a seleção de bens e sua respectiva elevação à bens jurídicos, colocando-os sob tutela do Direito Penal. Ainda que a constituição de bem jurídico, configure ato político do legislador e, somente dele, há que se observar requisitos estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito. Para tanto, é imperioso que a necessidade de tutela penal, tenha fundamento constitucional.

Nesse sentido Hans-Heinrich Jescheck (1993) “El Derecho penal no puede intervenir siempre que se produz perturbaciones de la vida comunitaria, sino que ha de limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social” (JESCHECK, 1993, p. 8).

Não obstante, cabe ressaltar que nem todo bem é um bem jurídico. Ademais, nem todo bem jurídico encontra-se sob tutela do direito penal. No que se refere a bem jurídico, Welzel (2003) apresenta conceito amplo. Segundo esse penalista:

Bem jurídico é [...] todo estado social pretendido que o direito deseja assegurar contra lesões. [...] Em sua essência, pode apresentar-se nas formas mais variadas: como objeto psicofísico (relativo ao espírito e à matéria) ou como objeto ideal-psíquico (assim a vida, por um lado, e a honra por outro); como estado real (a paz do lar), como relações da vida (matrimônio, parentesco); como relação jurídica [...]. O direito penal somente contém a proteção dos bens jurídicos contra determinada classe de agressões (WELZEL, 2003, pp.32-33).

Nas palavras de Toledo (2000)

Do ângulo penalístico, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em reação a este, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais. [...] Mesmo em relação aos bens jurídicos penalmente protegidos, restringe o direito penal sua tutela a certas espécies e formas de lesão. Viver é um risco permanente e não é missão do direito penal afastar, de modo completo, todos esses riscos (TOLEDO, 2000, p.17).

Além disso, Toledo (2000) afirma: “Protegem-se, em suma, penalmente, certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão” (TOLEDO, 2000, p.17).

Como se percebe, mesmo sendo o bem importante e necessário para a pessoa e/ou para a sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, ainda que seja violado, não haverá infração penal. Essa vinculação entre a formulação de uma lei penal e a tutela de bens jurídicos expressa-se através do princípio da legalidade penal.

O princípio da legalidade juntamente com o princípio da culpabilidade são, atualmente, definidos como princípios fundamentais do Direito Penal. Se não reconhecidos no estado de direito, carente de legitimação a legislação penal.

2.3.2 Princípio da legalidade e a medida de segurança

O princípio da legalidade é a principal limitação imposta pelas exigências do Estado de Direito ao exercício do poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Em se tratando das sanções penais, no que se refere à pena, o princípio da legalidade tem plena incidência, já em relação às medidas de segurança, há divergências entre doutrinadores.

Expresso no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, Constituição, 1988) elege a lei como fonte primária e indispensável para imposição de qualquer sanção penal, inclusive para as medidas de segurança. Estabelece rígidos limites ao poder de punir do Estado, evitando que o juiz, por seu arbítrio, imponha sanção não expressamente prevista em lei. Ou restringindo bens jurídicos individuais tutelados como valores de indispensável conservação para o Estado Democrático de Direito.

O princípio da legalidade se presta, juridicamente, a equilibrar o sistema penal – tem como partes o Estado e a pessoa humana – dando ao Estado uma fonte, ainda que limitada, para a emissão de seus comandos e à pessoa humana uma série de garantias, decorrentes da significação jurídica deste Princípio (BRANDÃO, 2002, pp. 163-164).

O princípio da legalidade penal se constitui na norma de legitimação do poder punitivo, pois não há possibilidade de exigência penal válida se não atender a expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege*, construída por Feuerbach, no início do século XIX. Com esse princípio tornou-se necessário que a lei penal descrevesse a conduta reprovada e a resposta sancionadora. Para tanto, a lei penal deve ser: *praevia; scripta; stricta; certa* (TOLEDO, 2000, p.22).

Lex praevia proíbe a retroatividade da lei penal; irretroatividade da lei penal que fundamente ou agrave a punibilidade. Como explica, Luis Luisi (2003):

A irretroatividade da lei penal [...] decorrente da legalidade dos delitos e das penas [...] expressa a exigência da atualidade da lei, impondo que a mesma, como princípio, só alcança os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre os fatos anteriores (LUIZI, 2003, p.26).

Corolário do princípio da legalidade e da reserva legal, o princípio da irretroatividade da lei penal permite ao ordenamento jurídico a aplicação retroativa da lei penal somente quando mais benéfica ao sujeito. Desse princípio decorre que as medidas de segurança só poderão ser impostas, em regra, de acordo com a legislação vigente à época da infração. 'A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu', anuncia o artigo 5º, XL da Constituição da República de 1988 e artigo 2 do Código Penal brasileiro.

Lex scripta proíbe a criação de crimes ou penas pelo direito consuetudinário, corolário da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas. Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (2008) "[...] proíbe o costume como fundamento de criminalização e de punição de condutas, porque exige *lex scripta* para os tipos legais e as sanções penais" (p.22). Costume, norma jurídica, surge de forma espontânea e consiste no resultado da realização da prática reiterada de atos aliada a convicção da obrigatoriedade deste procedimento. A norma costumeira terá relevância penal quando for *in bonam partem*. Em outras palavras, denominado como princípio da taxatividade ou reserva de lei, a elaboração jurídica do direito penal deverá extremar os recursos para que somente a lei formal, seja fonte primária de criminalização. É direito de o cidadão conhecer os limites do direito de punir estatal, sendo que seu desconhecimento gera insegurança jurídica quanto aos limites de intervenção estatal no direito de liberdade de cada pessoa.

Lex stricta proíbe analogia na fundamentação ou agravamento da punibilidade. Na lição de Toledo (2000): "A analogia, por ser uma forma de suprirem-se as lacunas da lei, supõe, para sua aplicação, a inexistência de norma legal específica" (TOLEDO, 2000, p. 26).

Cabe ressaltar que a vedação atinge somente a analogia prejudicial ao sujeito (*in malam partem*), enquanto a analogia em *bonam partem*, benéfica ao sujeito é permitida pelo Direito Penal.

Lex certa exigência de que leis penais sejam claras, certas e precisas. Dirigido ao legislador veda a elaboração de tipos penais com utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes interpretações e mesmo contrastantes no entendimento. “Também denominado princípio da determinação taxativa preside formulação da lei penal, a exigir [...] do legislador, uso de técnica correta e de linguagem rigorosa e uniforme” (LUIZI, 2003, p.24).

Sobre o princípio da legalidade, esclarecedoras são palavras do Magistrado Alberto Silva Franco (2011):

O princípio da legalidade, além de interferir sobre as fontes e a interpretação da lei penal (a reserva absoluta de lei, a proibição da analogia in malam partem, a proibição da retroatividade da lei penal incriminadora) e sobre a definição adequada do tipo (técnica legislativa de formulação típica), dá ainda fundamento a quatro garantias do cidadão: garantia criminal, garantia penal, garantia processual e garantia de execução penal (FRANCO, 2011, p.71).

E prossegue com a lições sobre as garantias fundadas no princípio da legalidade,

Sob o ângulo da garantia criminal, o princípio da legalidade significa a necessidade de prévia descrição, sem cláusulas gerais ou conceitos porosos ou, mesmo, indefinidos, de uma conduta humana lesiva (ou que ponha em perigo) a bens de vital importância para a vida societária ou para o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Já a garantia penal compreende a necessidade de explicitação da moralidade de pena e da quantidade de pena, dentro de balizas não dilatadas, cominadas para a prática do comportamento lesivo. Sob a ótica da garantia processual, o princípio da legalidade exige o reconhecimento do fato criminoso e a imposição individualizada e motivada de pena, respeitados os princípios atinentes à jurisdição, a ampla defesa, ao contraditório, à igualdade de armas, à liberdade de provas, à presunção de inocência (FRANCO, 2011, p.71)

Por fim, o Magistrado faz referência à garantia executiva, também fundada no princípio da legalidade,

[...] o princípio da legalidade envolve uma garantia executiva já que a “pena vive na execução”. [...] como garantia executiva implica, assim, o reconhecimento de que o preso não pode ser manipulado pela administração prisional como se fosse um objeto; de que, não obstante a perda de sua liberdade, é ainda sujeito de direitos, mantendo, por isso, com a administração penitenciária, relações jurídicas das quais emergem direitos e deveres [...] (FRANCO, 2011, p.71).

O Princípio da Legalidade é o valor fundante da Dogmática Penal do Estado Social e Democrático de Direito. É a base na qual estão construídos os elementos do crime – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Dito princípio coloca o homem no centro do Direito Penal. Ademais, legitima o Direito Penal, na medida em que serve

como justificação para o jus puniendi. (BRANDÃO, 2002).

Seja qual for a nova situação histórica, o direito penal surgiu para lutar contra a arbitrariedade, a injustiça, o decisionismo e o predomínio do poder. Isso é um horizonte que no Estado de Direito resulta irrenunciável para aos acadêmicos, juízes, advogados e operadores do sistema penal. (YACOBUCCI, 2008, tradução nossa).

A violação de um bem jurídico, protegido pela lei penal, tem como consequência jurídica a pena ou medida de segurança. A pena somente poderá ser aplicada, se realizado um crime. Já a medida de segurança que consiste em internação compulsória em hospital psiquiátrico ou tratamento ambulatorial, será aplicada à pessoa que não pode compreender o significado do ato praticado ou, com estrutura psíquica alterada, não sendo capaz de autodeterminação em decorrência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Nesse enfoque, observa-se que, tanto na imputação da pena como na aplicação da medida de segurança, o Direito Penal tutela bens jurídicos. A pena como consequência jurídica da prática de injusto culpável, consiste em restrição ou suspensão de direitos fundamentais, sendo que sua legitimidade, no contexto de um Estado Democrático de Direito condiciona-se a observância de limites impostos pelo próprio Estado.

Se a ação delituosa, de um lado, constitui, ao menos como regra, o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra os bens tutelados pelo Estado, por outro lado, a sanção criminal, também por natureza, dá corpo à mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual. Em razão disso, teme-se o perigo de um “abuso político” do direito penal, para o qual reforça-se os limites constitucionais garantidores. (Palazzo, 1989).

Em direção similar, Brandão (2007) preleciona,

[...] a tutela de bens jurídicos não pode ser realizada de qualquer modo e a qualquer preço. Em primeiro lugar, essa tutela somente poderá ser realizada e considerada como legítima se forem observados os requisitos impostos pelo Estado Democrático de Direito. [...]. Em segundo lugar, porque a pena retira direitos constitucionais da pessoa humana e somente haverá proporcionalidade se o bem jurídico tutelado tiver guarida constitucional [...] (BRANDÃO, 2007, p.126).

O Estado Democrático de Direito exige que a criação de infrações penais, a cominação da pena e a instituição de medidas de segurança – seja feita somente por lei. Exige, também, que sejam observados os princípios constitucionais na interpretação e na aplicação do direito penal, cuja dimensão política é enfatizada pelo

bem jurídico. Assim, tornar-se possível justificar o poder punitivo estatal, bem como legitimar o Direito Penal sendo que tanto a justificação quanto a legitimação encontram-se diretamente vinculadas à observância dos limites previamente determinados pelo direito.

Cabe ressaltar que as medidas de segurança têm finalidade diversa da pena, já que se destinam à cura ou, pelo menos, ao tratamento daquele que praticou um fato típico e ilícito. Assim sendo, a sentença que aplica a medida de segurança consubstancia a absolvição imprópria, mas há doutrinadores que a diferenciam da genuína absolutória que desacolhe a pretensão punitiva deduzida na peça acusatória, sem que possa o juiz, sequer, aplicar medida de segurança (GRECO, 2017, p.804).

Segundo Tourinho Filho (2001),

A doutrina, sem discrepância, entende que, *in casu*, há verdadeira condenação. [...] . Por isso mesmo, Colin Sanchez, definindo as sentenças condenatórias, conclui afirmando que, por meio delas, o juiz declara o autor “culpable, imponiéndole por ello una pena o *una medida de seguridad* [grifo nosso] (TOURINHO FILHO, 2001, p. 268).

Para Eduardo Ferrari (2001) “A medida de segurança constitui uma providência do poder político que impede que determinada pessoa, ao cometer um ilícito-típico e se revelar perigosa, venha a reiterar na infração, necessitando de tratamento adequado para sua reintegração social” (FERRARI, 2001, p.15).

Saliente-se o conceito de medida de segurança elaborado por Luis Régis Prado (2000) pois, indica o seu caráter penal:

As medidas de segurança são consequências jurídicas do delito, de caráter penal, orientadas por razões de prevenção especial. Consubstanciam-se na reação do ordenamento jurídico diante da periculosidade criminal revelada pelo delinquente após a prática de um delito. O objetivo primeiro da medida de segurança imposta é impedir que a pessoa sobre a qual atue volte a delinquir, a fim de que possa levar uma vida sem conflitos com a sociedade (PRADO, 2000, p. 525).

Ainda no sentido de diminuição ou privação de bens jurídicos, quando da aplicação das medidas de segurança. Afirma Ferrari (2001),

[...] inegável constitui o caráter aflitivo da medida de segurança. [...] Ainda que se alegue que a medida de segurança tem o fim de tratamento – sendo a aflição eventual e não principal, física e não psicológica – casuístico será o argumento de não-aflição ao instituto ora em estudo. Inegável que a sanção-medida restringe o indivíduo em sua liberdade, havendo interferência estatal

na esfera pessoal do doente (FERRARI, 2001, p. 74).

Nas palavras de Yacobucci (2002)

[...] algunos sistemas penales sujetan la aplicación de las medidas de seguridad a criterios materiales de legalidad, vinculando su extensión con el quantum de la pena prevista para el delito, conforme las exigencias del principio de culpabilidad. [...] la imposición de las medidas no depende del grado de culpabilidad, sino del principio de proporcionalidad, que obliga a elegir la medida más adecuada, sea educativa, curativa y con las modalidades de ejecución adecuadas a fin de revertir el diagnóstico de peligrosidad que presenta el sujeto pasivo de la medida [...] debe depender y ser proporcionada a esa peligrosidad y no a la escala penal del delito que en su momento se atribuyó al sujeto pasivo (YACOBUCCI, 2002, pp.351-352).

Assim, se ambas, pena e medidas de segurança, institutos penais, restringem ou privam a pessoa de bens jurídicos, inegável que as garantias e os princípios constitucionalmente assegurados à pena e ao criminoso devem ser garantidos às medidas de segurança.

Ainda que a Constituição Federal, ao cuidar da legalidade, refira-se, somente, à inexistência de crime ou pena sem prévia cominação legal, onde se lê “crime”, deve-se entender “infração penal” (crime ou contravenção penal), e onde está escrito “pena”, deve-se compreender “sanção penal” (pena ou medida de segurança). Recorde-se que a Constituição não emprega a terminologia específica de determinado ramos do Direito.

Ademais, se há um princípio informativo para as sanções penais, vedada está a analogia tanto para o legislador infraconstitucional quanto para juiz de direito em relação às medidas de segurança- consequência penal, instituto sancionador. Cabe exclusivamente à lei, e somente à lei, firmar, definir pressupostos de aplicação e regular medidas de segurança e os procedimentos para aferir a periculosidade da pessoa.

Para Ferrari (2012),

[...] os preceitos primários e secundários – obrigatórios para a imposição das medidas de segurança criminais – deverão ser claros, precisos e determinados, não contendo sempre que possível, tipos abertos, cláusulas gerais e prazos indeterminados, limitando eventual arbitrariedade por parte do julgador ou do intérprete (FERRARI, 2012, p. 84).

Além disso, Yacobucci (2002) é esclarecedor ao afirmar que: “La juridicidad de los principios penales determina su carácter imperativo, su obligatoriedad. En tal

sentido, forman parte del orden jurídico sin perjuicio de su positividad más o menos explícita” (YACOBUCCI, 2002, p.103).

É relevante frisar que o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento que os princípios penais estendem-se à medidas de segurança. Foi assim, no julgamento do HC 84.219 (relator Min. Marco Aurélio), Pretório Excelso reconheceu que a proibição de penas de caráter perpétuo, art. 5º, XLVII, da CF, também deve ser observada em matéria de medidas de segurança. Assim, há de se aplicar às medidas de segurança o limite de cumprimento de pena contido no art. 75 do CP.

Com Yacobucci (2002), podemos afirmar que:

[...] los principios no se estructuran formalmente como la mayoría de las normas [...] Así se entiende el fundamento por el cual Esser explica que un principio jurídico no es un precepto ni una norma en sentido técnico, en tanto no contenta ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un campo específico de cuestiones. Por eso los principios reclaman lo que se denomina “acuñación judicial o legislativa”, aquello que permite otorgar al contenido da forma de positividad propia del ordenamiento jurídico. Los principios se ven entonces necesitados de la determinación, principalmente jurisdiccional, ya que, entendidos como *ratio legis*, su valor normativo aparece en la continuidad jurisprudencial [...] (YACOBUCCI, 2002, p. 105).

Sobre o mesmo tema, em outra passagem, a lição de Yacobucci (2002) afirma,

Sin embargo, en punto a la extensión de la medida, el modo de sus cumplimiento, los controles, etc. Están ligados solamente al principio de proporcionalidad que requiere la existencia de necesidad, eficacia, prudencia y mínima intervención posible según las circunstancias, tal como se ha visto (YACOBUCCI, 2002, p 352).

Palazzo(1989) esclarece:

[...] princípios existem que, necessariamente, reclamam o trabalho de integração-especificação e, portanto, se impõem como princípios e valores resultantes dos princípios generalíssimo encartados no ordenamento constitucional [...] a integração da Constituição no contexto normativo-penal [...] é, em parte, entregue, antes de tudo, ao trabalho fecundo da doutrina e da jurisprudência, à primeira, em especial, que, nesse campo, pode oferecer um acurado sentido orientador [...] (PALAZZO, 1989, p. 28).

2.3.3 Princípio da culpabilidade e medida de segurança

O princípio da culpabilidade veda a responsabilidade objetiva. Compreende três importantes dimensões: a) a proibição de responsabilização penal sem dolo ou

culpa, ou seja, a culpabilidade como princípio correspondente a garantia do Estado Democrático atuando como limite do poder punitivo; b) a vedação de aplicação de sanção penal sem culpabilidade, ou seja, desprovida de imputabilidade que consiste na possibilidade de conhecimento da antijuridicidade e exigibilidade de outra conduta; c) ,a gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato cometido.

Novamente, Yacobucci (2002) assevera,

[...] lós denominados principios penales fundamentales representan lá concessione de principios próprios de lá persona humana em sociedade. [...] En consecuencia, estando fuera de debate que los principios dan legalidad y culpabilidad se presentan en constitucionalismo [...] como pilares del derecho penal de un estado de derecho. [...] es necesario brindarles un contenido axiológico propio a la legalidad y a la culpabilidad. Para evitar el relativismo de ciertas corrientes dogmáticas y el funcionalismo sistémico de otras, se busca recuperar el sentido originario de la legalidad y la culpabilidad (YACOBUCCI, 2002, p.460).

Luisi Luisi (2003) salienta que um dos princípios constitucionais consagrados em muitas Constituições contemporâneas, inclusive a brasileira, é o da responsabilidade subjetiva, ou seja culpabilidade. (LUI SI, 2003, p.32). Criação da ciência penal alemã foi acolhida amplamente pela doutrina italiana e a espanhola (PALAZZO,1989, p.50).

A Culpabilidade apresenta tríplice dimensão: princípio; categoria do delito e medida de aferição de pena.

Segundo Palazzo (1989)

[...] a “*virtude*” constitucional” do princípio de culpabilidade é dúplice, inscrevendo-se ora como fundamento da pena e do próprio *jus puniendi*, ora como limite da intervenção punitiva do Estado. Admitir o princípio de culpabilidade como fundamento da pena significa emprestar a esta caracteres retributivos, compensadores do mal produzido pelo autor, na medida em que esse mal reflete a *cativa voluntá* do réu. A culpabilidade, como fundamento da pena, projeta o sistema penal numa perspectiva eticizante, no centro da qual está o homem, como sujeito de responsabilidade moral, entendido, pois em sua característica capacidade de autodeterminação, para o “mal” e para o “bem”. [...] o princípio de culpabilidade faz penetrar suas raízes constitucionais no superordenado princípio da intangibilidade da dignidade humana [...] (PALAZZO, 1989, pp. 52-53).

Todas as citadas dimensões atribuídas ao princípio da culpabilidade foram adequadamente assimiladas pelo legislador ordinário brasileiro, sendo que o princípio da culpabilidade possui raiz constitucional (implícita), deduzindo-se do inciso LVII do art. 5º (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”) e do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art.

1º), o qual constitui seu fundamento axiológico.

A Culpabilidade, derivada do Princípio da Legalidade e da Dignidade humana, assume importância fundamental no Estado de Direito, haja vista que sem seu reconhecimento não é possível legitimar a legislação penal.

As referências para identificar a capacidade ou incapacidade de culpabilidade são: a higidez mental e o desenvolvimento mental. Caso seja identificada a incapacidade de culpabilidade, duas possibilidades surgem: inimputabilidade ou semi-imputabilidade.

Dentre as teorias que buscam explicar a culpabilidade, tradicionalmente, cabe ressaltar: as psicológicas da culpabilidade e as de ordem normativa. Não obstante, a discussão ainda está aberta.

2.3.3.1 Teoria psicológica da culpabilidade e medida de segurança

Conhecida também por Teoria Clássica ou sistema causal-naturalista de Liszt-Beling. Nesse sistema, o injusto penal, era objetivo e a culpabilidade era considerada o local adequado para o estudo dos elementos subjetivos (dolo e culpa), sendo que a proposição inicial de Beling, em 1906, atribuiu função fundamental ao tipo – descrever objetivamente as condutas e fazer a previsão do resultado. Em conformidade com o Sistema Clássico, ao qual faz parte a Teoria Psicológica da Culpabilidade, o delito era ação típica, antijurídica e culpável. Concebia-se a ação como ato de vontade, causador de um resultado, que, juntamente, com a antijuridicidade, conduta contrária à lei penal, de natureza objetiva, constituía o injusto penal.

Os elementos subjetivos - dolo e culpa – encontravam-se na culpabilidade. Já a imputabilidade, pressuposto da culpabilidade, era entendida como a capacidade jurídica penal exigida para se imputar o fato ao agente. Portanto, antes de aferir dolo ou culpa, exigia-se verificar a imputabilidade do agente. Sendo a imputabilidade pressuposto da culpabilidade, constatada sua inexistência, um portador de transtorno mental mesmo sendo capaz de agir com vontade de praticar um fato ilícito, não poderá agir com dolo ou culpa, em decorrência da ausência de capacidade psíquica para compreender o ilícito. Assim, não se perfaz a relação subjetiva entre conduta e resultado. Sendo o dolo e a culpa duas espécies da culpabilidade.

A Teoria Psicológica da Culpabilidade surgiu na Alemanha, em meados do século XIX, fruto do positivismo¹, baseada na estrutura causalista da ação que compreende o crime num conceito bipartido, composto por elementos objetivos e elementos subjetivos.

Nessa teoria, a culpabilidade é definida como relação psíquica entre o autor e o fato, contendo apenas elementos anímicos, dolo e culpa, contrapondo-se aos elementos objetivos. A tipicidade, a ilicitude e a imputabilidade eram entendidas como a capacidade jurídica penal exigida para que se possa imputar o fato ao agente, ou seja, o pressuposto da culpabilidade.

A culpabilidade por residir numa ligação de natureza anímica entre o sujeito e o fato praticado, fundamenta-se num plano puramente psicológico, desprovida de qualquer valoração. Consequentemente a responsabilidade somente seria atribuída ao autor se seu comportamento psíquico fundamentasse a imputação. Para tanto, necessário analisar a presença ou não do dolo como vontade, intenção de produzir o resultado ou da culpa como inexistência de vontade, de intenção - imprevisão.

Afirma Bettiol (2003):

O dado psicológico, ou seja, o laço psíquico que une o sujeito ao fato é a culpabilidade: esta é dolo, se o agente previu e quis o evento lesivo como consequência da sua ação ou omissão; é negligência, se o evento ocasionado ainda que previsto, é consequência involuntária de uma conduta contrária a regras ou a disciplinas (BETTIOL, 2003, pp. 124-125).

Não constatado o dolo ou a negligência (culpa em sentido estrito), espécies de culpabilidades previstas na teoria meramente psicológica, não há fundamento para qualquer atribuição de responsabilidade ao sujeito por inexistir comportamento psíquico que justifique a imputação. Ademais, sendo a culpa exclusivamente normativa, baseado no juízo que o magistrado faz a respeito da possibilidade de antevisão do resultado, tornou-se impossível, manter sob a mesma perspectiva conceitos diversos – um normativo (culpa) e um psíquico (dolo).

¹ El positivismo jurídico fue el resultado de nueva mentalidad en el ámbito de la doctrina jurídica: vio en el dato real del Derecho positivo el material empírico susceptible de observación científica y adopto 'frente al mismo un método descriptivo y clasificatorio próximo en parte al empleado por las ciencias naturales [...] y un entendimiento de la culpabilidad con base en el determinismo, son rasgos fundamentales de esta vinculación de la construcción de von Liszt a una realidad entiendo naturalísimamente (MIR PUIG, Santiago. **Limites Del Normativismo** In Derecho Penal. Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología. Granada, n.07-18, p.18-1-18-24, 2005. Disponível em: <http://criminet.urg.es/recpc>. Acesso em: 04 set.2016.

Ainda que a concepção psicológica da culpabilidade tenha representado um avanço ao transformar o resultado que, outrora, por si só fundamentava a responsabilidade objetiva, tornou-se condição necessária, mas não suficiente para caracterizar a responsabilidade penal, já que uma nova condição foi inserida para aplicação das sanções - a relação entre o autor e o fato produzido.

A culpabilidade entendida como pura descrição de uma relação sem conter qualquer elemento normativo não explicava os casos de culpa inconsciente, já que nesta inexiste intencionalidade.

Dessa maneira, percebe-se que um portador de transtorno mental jamais seria alcançado por essa teoria. Além disso, compreende-se que a simples vinculação do agente ao fato praticado não podia resolver satisfatoriamente os problemas relacionados com a culpabilidade e, em face das deficiências apresentadas, surgem as bases sobre as quais se desenvolvem a denominada Teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

2.3.3.2 Teoria psicológico-normativa da culpabilidade e a medida de segurança

Analisando o momento histórico do surgimento da Teoria Normativa da Culpabilidade, percebe-se um afastamento do positivismo e um retorno para o âmbito penal de um método próprio das ciências humanas. De simples relação psicológica entre o agente e o fato, a culpabilidade, valorativa, passou a juízo de censura. Para a punição do agente pelo fato típico praticado, não mais suficiente a presença de dolo ou culpa. Exige-se que nas condições em que se encontrava o agente, pudesse ele agir conforme o direito. A reprovação pessoal contra o agente do fato se fundamenta em não omitir uma conduta contrária ao direito, quando podia se abster de praticá-la. Imputabilidade passa a elemento da culpabilidade juntamente com dolo e culpa e exigibilidade de conduta diversa. Ademais, agora exige-se para caracterização do dolo a vontade de realizar o fato típico e o conhecimento sobre a ilicitude. Também aqui, o portador de transtorno mental, mesmo sendo capaz de agir com vontade, mas sem a capacidade psíquica para compreensão do ilícito, sem discernimento quanto à conduta praticada, não será responsabilizado penalmente.

Frank (1907), citado por Brunoni (2008), inovou a concepção de culpabilidade². De mera relação psicológica entre o agente e o fato, a culpabilidade passou, pela primeira vez, a ser concebida como reprovação pelo ato praticado.

Nas palavras de Bettiol (2003)

É a normalidade do ato de vontade, relativamente à normalidade das circunstâncias de fato em que o sujeito quis e agiu, que tem importância decisiva. Sempre que a situação concreta em que o sujeito atua é de molde a não se pode esperar uma motivação diversa da psicologicamente realizada, a culpabilidade está, indubitavelmente, assente. Pense no caso de força maior, no erro de fato, no estado de necessidade e concluir-se-á pela impossibilidade de formular um juízo de culpa, a cargo do sujeito ativo, porque a anormalidade das condições é de molde a não permitir uma motivação normal da vontade (BETTIOL, 2003, p. 132).

A culpabilidade para esta concepção perde sua natureza meramente psicológica e adquire uma dimensão valorativa. O agente não mais carrega a culpabilidade em seu psiquismo, pois a normalidade das circunstâncias em que atua passa a elemento da culpabilidade. Existe, agora, um juízo de valor que recai sobre a reprovabilidade da conduta realizada. O juízo da culpabilidade, emitido pelo juiz, recai sobre o agente como censura, como uma reprovação por ter ele (agente) cometido o fato, porém fica condicionado à concorrência de outros elementos. O primeiro, a imputabilidade, antes vista como pressuposto da culpabilidade na teoria psicológica passa a integrar a culpabilidade como um dos seus elementos.

Também o dolo e a culpa são transformados de espécies de culpabilidade em seus elementos. E ainda, acresce à culpabilidade normativa um elemento fundamental, exigibilidade de conduta diversa.

Nesse sentido, culpabilidade é a desaprovação do comportamento do autor, quando podia e devia comportar-se de maneira distinta da realizada. Consequentemente, ainda que exista o liame psicológico entre o autor e o fato doloso ou culposos, não há culpabilidade, se nas circunstâncias o agente não podia agir de modo diferente.

A culpabilidade passou a ser psicológica (dolo e culpa) e normativa (exigibilidade) cujos elementos são: imputabilidade (capacidade de suportar um juízo

² Para Frank, a culpabilidade não se restringe à relação psicológica do autor com o resultado (saber ou não saber; querer ou não querer), pois inclui ainda elementos de igual hierarquia: a) normalidade mental do sujeito; b) uma concreta relação psíquica do sujeito com o fato ou ao menos a possibilidade dela (dolo ou culpa); c) a normalidade das circunstâncias em que atua o agente (normalidade das circunstâncias concorrentes) (BRUNONI, 2008, p. 143).

de censura pela prática do ato), dolo e culpa (formas de expressão da vontade) e a exigibilidade de conduta diversa. A conduta dolosa pode não ser culpável. Ocorre que o dolo, apenas psicológico (natural) na teoria psicológica, passa a ser dolo normativo, ou seja, composto por “vontade”, “previsão” e a “consciência da ilicitude” (elemento normativo), ou seja, *dolus malus*.

Quanto ao *dolus malus* difere do *dolus bonus* pela qualidade dos motivos determinantes. Distinção que vem do direito romano e pode ter relevo no setor da medida da pena em concreto, como ocorre nos casos de “motivo de relevante valor social ou moral” (Hungria, 1958).

Em decorrência, se um sujeito agisse com vontade, com previsão, mas sem consciência da ilicitude de sua conduta não há que se falar em dolo e, consequentemente não há que se falar em culpabilidade.

Contudo, questionou-se se a culpabilidade e, consequentemente a pena criminal, também seriam afastadas quando a falta da consciência da ilicitude derivasse de uma especial configuração da personalidade do agente.

Edmund Mezger (1949) buscando solucionar a questão elaborou uma doutrina por ele denominada ‘culpabilidade pela condução de vida’. Esta foi considerada por Francisco de Assis Toledo “a primeira e importante elaboração de uma culpabilidade do caráter [...]” (TOLEDO, 2000, p.239). Em decorrência da importância do tema e da pertinência para com o presente estudo, retornaremos ao estudo desta doutrina. Todavia, cabe salientar que Edmund Mezger foi considerado um grande difusor da teoria normativa da culpabilidade. Desenvolveu estudos enfatizando a culpabilidade como ‘reprovação’, não obstante entendesse o dolo ‘como elemento valorado da personalidade do agente’ e não como capítulo da culpabilidade.

Edmund Mezger (1949) ressalta que a culpabilidade é um conjunto de pressupostos da pena que fundamentam, frente ao sujeito, a reprovação pessoal da conduta antijurídica. Salienta, em outro local, concordar com Frank, quando este afirma que a culpabilidade não é algo que exista objetivamente, nem tampouco na psique do autor, mas sim um juízo que se afirma em relação a uma conduta reprovável, consequência de determinados fatos objetivamente existentes.

Nivaldo Brunoni (2008) preleciona que a culpabilidade para Edmund Mezger não constitui uma situação de fato psicológica, mas uma situação de fato valorizada *normativamente*, cujo ponto de referência é uma situação de fato, a qual só se eleva à categoria de culpabilidade por meio de um juízo de valor. Somente em virtude de

uma valoração de certa índole se caracteriza a situação de fato como culpabilidade e, conforme Bettiol (2003):

[...] a formação do caráter constitui objeto de um juízo moral, do mesmo modo pode, também ser objeto de um juízo penal, quando o legislador assim o queira. É isto, e nada mais, que se quer exprimir com a locução: culpa pela conduta da vida. Não se trata, de modo algum, de introduzir no direito penal uma grandeza que repugna às suas características fundamentais, mas de alargar o juízo de culpabilidade da consideração da ação isolada até a de uma pluralidade de ações, que deixam a sua marca na personalidade individual. (BETTIOL, 2003, p.137).

A teoria psicológico-normativa da culpabilidade representou um avanço no sistema causal ao possibilitar que a culpabilidade além de fundamento da pena, se tornasse também um instrumento para a medir.

Não obstante, surge outra concepção acerca da culpabilidade, denominada Teoria normativa pura da Culpabilidade.

2.3.3.3 Teoria normativa pura da culpabilidade e a medida de segurança

A imputabilidade nessa teoria se constitui de dois elementos: intelectivo - capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e volitivo – capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento. Comprovada a total inimputabilidade, a pessoa com transtorno mental deverá ser absolvida, sendo-lhe aplicada uma medida de segurança. Porém, se comprovado que o agente possuía capacidade de entendimento e determinação, ainda que em níveis reduzidos, será condenado pela prática de fato típico, ilícito e culpável, sendo que, em decorrência da perturbação da saúde mental, o juízo de censura que recairá sobre a conduta do agente deverá ser menor. No entanto, mesmo condenado, caso necessite de especial tratamento, poderá o juiz converter a pena aplicada em tratamento adequado.

Teoria Normativa Pura da Culpabilidade em um breve contexto histórico, Alemanha. Primeira metade do século XX, durante o nacional-socialismo, alguns autores argumentam não ser possível aferir a culpabilidade sem recorrer às disposições internas dos envolvidos no fato. Defendia-se um direito penal da mera intenção. Não era preciso praticar uma conduta para ser punido, o modo de ser ou de pensar era suficiente para justificar o juízo de reprovação. Permitia-se punir por dolo aquele que, por ausência de consciência da ilicitude, não agiu dolosamente. Elimina-se o princípio da legalidade, adotando-se o “são sentimento do povo” como

princípio diretor. A culpabilidade entendida como juízo de censura emitido pelo juiz (líder supremo, condutor do povo, *Führer*) recaía sobre o autor por contestar ou não concordar com o espírito do povo. Transformava-se automaticamente em crime tudo o que o *Führer* entendesse atentatório ao 'são sentimento do povo'.³

Neste contexto, Hans Welzel (2003), jusfilósofo e professor na Universidade de Göttingen, mais tarde na Universidade de Bonn, criticou a concepção de culpabilidade desenvolvida pelos penalistas do nacional-socialismo enfatizando a ausência de limites ao poder. Construiu a teoria finalista partindo do pressuposto de que o Direito Penal está fundado em regras básicas que devem ser reconhecidas por todos.

Para o finalismo, toda conduta é dolosa ou culposa, por ser essencialmente dirigida a uma finalidade. A análise das espécies de conduta culposa (imprudência, negligência, imperícia) ou dolosa deve ser realizada no âmbito da tipicidade penal e o tipo penal passa a conter a descrição da manifestação da ação no mundo exterior e também o elemento direcional, a intenção do autor.

Outrossim, para os finalistas a culpabilidade passou a ser puramente normativa, concebida como um juízo de reprovação de caráter pessoal contra o autor do fato, quando este, mesmo podendo comportar-se em conformidade com o direito, opta por conduta diversa.

Na Teoria Normativa pura, a culpabilidade não se caracteriza na relação de desconformidade entre a conduta do agente e o Direito, reprova-se a formação de vontade. O juízo de censura, a reprovação pessoal contra o agente do fato se fundamenta em não omitir uma conduta contrária ao direito, quando podia se abster de a praticar.

Na doutrina finalista toda culpabilidade é culpabilidade de vontade. Somente se pode reprovar alguém como culpável se no momento podia agir voluntariamente

³ Pereira, ao tratar do "são sentimento do povo" preleciona que na Alemanha nazista, o povo engendrava uma unidade incindível, uma coletividade concreta, na qual os indivíduos participavam de um mesmo espírito objetivo, comum a todos. Sendo o condutor da comunidade, o *Führer* encarna esse espírito objetivo, o "são sentimento do povo". Mitiga-se ao extremo o princípio da legalidade. A partir daí o Direito Penal abre as portas para a política criminal nazista, a lei, cuja importância foi nulificada, é colocada em conjunto com o conceito de 'são sentimento do povo', cláusula extremamente aberta para facilitar a implementação da ideologia nazista. Em decorrência da diluição da lei na abstração do sentimento do povo, na Alemanha nazista, é possível compreender que sem legalidade só há liberdade se o indivíduo estivesse em conformidade com o desejo do partido nacional socialista. O próprio absurdo do nazismo é um exemplo contundente da importância da legalidade para a liberdade de cada ser humano. (PEREIRA, Igor. **A Desconstrução da Legalidade no Tribunal de Nuremberg: Uma Abertura para o Kairós do Perdão**. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/rfduerj/article/viewFile/1367/1157>. Acessado em: 28 jul. 2017

(Welzel, 2003).

É de verificar-se, a presença de duas considerações acerca da vontade para esta concepção: a primeira se refere à vontade direcionando a ação, ou seja, vontade atuando sobre os impulsos no sentido de realizar um fim, construindo o tipo; a segunda diz respeito à formação da vontade a ser valorada na culpabilidade, ou seja, se a direção a ser dada aos impulsos consistir em realizar um injusto.

Culpabilidade é a reprovabilidade do fato antijurídico, o que se reprova é a resolução da vontade antijurídica em relação ao fato individual, sendo que a capacidade de culpabilidade apresenta dois momentos específicos: um cognoscitivo ou intelectual, e outro volitivo ou de vontade, isto é, a capacidade de compreensão do injusto e a determinação da vontade conforme essa compreensão, acrescentando que somente os dois momentos conjuntamente constituem, pois, a capacidade de culpabilidade. Já a culpabilidade individual não é mais que a concretização da capacidade de culpabilidade em relação ao ato concreto, de tal forma que a reprovabilidade encontra sua base nos mesmos elementos concretos cuja concorrência em caráter geral constitui a capacidade de culpabilidade. Isto é, o autor tem de conhecer o injusto, ou pelo menos, tem que poder conhecê-lo e tem que poder decidir-se por uma conduta conforme ao Direito em virtude deste conhecimento (real ou possível). A culpabilidade concreta (reprovabilidade) está, pois, constituída por elementos intelectuais e voluntários (Welzel, 2015)

Em síntese, como se depreende, a culpabilidade consiste na falta de autodeterminação, na ausência de decisão conforme o sentido, em um sujeito que era capaz disso. Não é a decisão em favor do mal, mas a omissão com relação a condução por impulsos contrários ao valor. (WELZEL, 2003)

Outrossim, no que se refere ao juízo de censura emitido juiz criminal cabe trazer à colação a preciosa lição de Cezar Roberto Bitencourt (1998). Segundo este penalista:

Censurável é a conduta do agente, e significa característica negativa da ação do agente perante a ordem jurídica. E juízo de censura – estritamente falando – é a avaliação que se faz da conduta do agente, concebendo-a como censurável ou incensurável. Esta avaliação sim – juízo de censura – é feita pelo aplicador da lei, pelo julgador da ação; por essa razão se diz que está na cabeça do juiz. Por tudo isso, deve-se evitar o uso metafórico de juízo de censura como se fosse sinônimo de censurabilidade que, constituindo a essência da culpabilidade, continua um atributo do crime. Enfim, juízo de censura está para a culpabilidade assim como o juízo de antijuridicidade está para a antijuridicidade. Mas ninguém afirma que a antijuridicidade está na

cabeça do juiz (BITENCOURT, 1998, pp. 425-435).

Críticas foram direcionadas à teoria normativa da culpabilidade com base na impossibilidade de demonstrar empiricamente a capacidade de agir de modo diverso na hipótese concreta e, ainda, por não ser possível uma censura contra pessoa a quem o juiz criminal conhece de forma tão rudimentar. Em decorrência, várias fórmulas foram elaboradas pela doutrina sobre a questão da culpabilidade no sentido material.

Entretanto, Brunoni (2008) afirma que “todas as outras propostas em relação ao tema acabam, de uma ou de outra forma, amparando-se na ideia normativa do ‘poder agir de outro modo’” (BRUNONI, 2008, p.15).

Para a Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, todos os elementos que formam o juízo de culpabilidade são normativos, só adquirem significado através normas penais. Tais elementos são: Imputabilidade; Exigibilidade de outra conduta. Potencial consciência da antijuridicidade;

Com o objetivo de melhor compreensão dos elementos da culpabilidade, é necessário proceder, ainda que de forma sumária, um estudo sobre a diferença entre responsabilidade penal e imputabilidade.

2.3.4 Responsabilidade Penal

Por mais que os conceitos de responsabilidade penal e imputabilidade sejam utilizados com a mesma conotação, eles não se confundem, principalmente quanto à aplicação que ocorre de modo diferenciado.

A responsabilidade, em sentido amplo, implica a obrigação de satisfazer, pagar ou reparar o dano causado por conduta própria ou alheia. No sentido jurídico, define-se como a declaração de que uma pessoa deve responder pelo fato, cumprindo uma sanção ou reparando o dano, consequências lesivas produzidas por seu comportamento. Necessário, ainda, para melhor compreensão dos conceitos diretamente ligados a este trabalho, proceder, mesmo que de forma sumária, um estudo da culpabilidade.

Romagnosi (1791), citado por Ponte, estabeleceu distinção técnica entre os conceitos de imputabilidade e responsabilidade.

Una cosa es la imputabilidad y otra la responsabilidad. Por la primera se le atribuye a uno algún efecto determinado, como causa productora de este. Por la segunda se pretende obligar a alguien a resarcir un daño determinado y a sufrir una pena determinada, por motivo de aquel efecto determinado. (ROMAGNOSI, 1954, P.483).

É imprescindível separar conceito de responsabilidade da ideia sociológica, uma vez que os sociólogos positivistas reduziram a responsabilidade a uma relação social. Responsabilidade social ocorre com a prática de um fato típico, ainda que o agente não tenha juízo de reprovabilidade; responsabilidade penal; e responsabilidade civil. Distintas acepções de responsabilidade permanecem unidas em decorrência do caráter de consequência inerente a todas elas. (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1933)

Sobre o mesmo tema, Estefam (2010) afirma,

É preciso ressaltar, por fim, que não se deve confundir a imputabilidade penal com a responsabilidade jurídico-penal. Por responsabilidade jurídico-penal entende-se a obrigação de o agente sujeitar-se às consequências da infração penal cominada. Nada tem que ver, portanto, com a capacidade mental de compreensão e autodeterminação (imputabilidade). Tanto é assim que um inimputável por doença mental, embora desprovido de condições psíquicas de compreender a ilicitude do seu ato e de se determinar conforme essa compreensão, será juridicamente responsável pelo ato delitivo praticado, pois ficará sujeito a uma sanção (a medida de segurança) (ESTEFAM, 2010, p,261).

Há entendimento no sentido de ser a responsabilidade e a imputabilidade pressupostos da culpabilidade; sendo a imputabilidade mais importante, pois diz respeito ao estado de espírito do agente no momento da prática do fato que o capacita a responder pelo fato cometido. Por sua vez, a responsabilidade é dever jurídico do indivíduo imputável de responder pelo fato praticado e dar conta das consequências jurídicas advindas. A imputabilidade representa uma simples possibilidade, já a responsabilidade representa uma realidade. (CUELLO CALÓN, 1973).

Frederico Marques (1956) critica o uso indevido da palavra “responsabilidade” para exprimir o que se designa com o vocábulo “imputabilidade”, referindo à redação do Código Penal de 1940 que incidiu em tal equívoco. Ademais, afirma que apesar de não serem palavras sinônimas, são conceitos jurídicos que se apresentam com significado e conteúdos diversos, e ressalta que “responsabilidade é termo que se refere às consequências jurídicas da conduta: *‘è l’obbligo di subire la a conseguenza giuridica’*, como diz Battaglini. Ou então, focalizada nos domínios jurídico-penais, a obrigação de suportar as consequências jurídicas do crime” (MARQUES, 1956, p.

164).

Basileu Garcia (1966) por sua vez, adverte que,

Responsabilidade não se considera como sinônimo de imputabilidade e sim, mas precisamente, como uma decorrência da imputabilidade. Esta representa um pressuposto daquela, tal qual acontece com a ilicitude do comportamento, a qual também constitui pressuposto da responsabilidade, ou seja, mas condição para que o agente responda pelo seu ato e sofra as correspondentes consequências penais (GARCIA, 1966, p. 324).

Welzel (2015), afirma,

O princípio da responsabilidade torna, por um lado, responsável o sujeito pelo fato de o conteúdo de suas resoluções de vontade não estar conforme o ordenamento jurídico (sempre que o autor, de acordo com a medida de sua capacidade de conhecimento ético-social, possa conhecer a antijuridicidade de sua conduta); por outro lado, limita sua responsabilidade pela realização, de acordo com o cuidado devido, de suas decisões juridicamente irrelevantes ao perigo para bens jurídicos especialmente importantes (WELZEL, 2015, pp. 155-157).

Em outra passagem, afastando a possibilidade de o homem ser considerado um objeto de juízo axiológico para ser agente de sua responsabilidade, Welzel (2015) se refere “[...] à atribuição de responsabilidade como aquele ato pelo qual o homem se eleva para além do mundo dos objetos, da experiência, para converter-se em um sujeito responsável, não pode ser nunca objetivado”. (WELZEL, 2015, p. 130).

O legislador brasileiro sensível às críticas e aos questionamentos apresentados pela doutrina nacional, quando da reforma da Parte Geral do Código Penal, embora, basicamente, tenha mantido a redação do antigo art. 22 do Código Penal (atual art. 26), substituiu, de forma correta, o termo *responsabilidade* por *imputabilidade*.

Cabe ressaltar que não é a finalidade deste trabalho a avaliação da inimputabilidade decorrente da utilização do álcool ou de substância de efeitos análogos, e, também, da inimputabilidade tratada na legislação especial, resultante da menoridade penal. Entretanto, algumas citações a título exemplificativo.

2.3.5 Elementos da culpabilidade e a medida de segurança

2.3.5.1 Imputabilidade e medida de segurança

A imputabilidade pode ser considerada como a qualidade de quem é imputável, ao passo que é considerado imputável todo aquele a quem se possa responsabilizar

por algo.

A imputação é conceito objetivo-formal, consiste na relação pessoa-conduta. Já o conceito de imputabilidade, como pressuposto da imputação, exige juízo de valor para reconhecer a existência de certas condições pessoais que orientaram a conduta em determinada direção, da qual se derivam consequências jurídicas.

Claudio Brandão (2002) ressalta que:

Para que se faça um juízo de reprovação pessoal sobre o sujeito é necessário que ele seja capaz e dita capacidade é determinada na lei. A capacidade de culpabilidade é chamada de imputabilidade e esse conceito é essencialmente normativo. [...] a imputabilidade é o conjunto de qualidades pessoais, as quais são determinadas na norma penal, que possibilitam a censura pessoal (BRANDÃO, 2002, p.142).

A imputabilidade é condição pessoal que confere a alguém a capacidade de entender a antijuridicidade e de determinar-se segundo esse entendimento. Atualmente, a viabilidade de ser reconhecida a responsabilidade penal do “louco infrator” tem permeado a discussão jurídica e o diálogo entre Direito e Ciências psíquicas. Neste percurso, a inimputabilidade e a responsabilidade aparecem como abertura ao diálogo proposto com objetivo de encontrar alternativas às formas de intervenções estatais invasivas e prejudiciais aos direitos dos portadores de transtorno mental, notadamente, os loucos infratores e o reconhecimento de sua cidadania. (PONTE, 2002).

2.3.5.2 Potencial consciência da antijuridicidade e a medida de segurança

A consciência de antijuridicidade consiste em o sujeito agir com conhecimento de que seu comportamento é ilícito. Caso não detenha o necessário conhecimento da proibição, que não se confunde com o desconhecimento da lei – o qual é inescusável, sua ação ou omissão não terá a mesma reprovabilidade.

Não confundir imputabilidade com consciência de antijuridicidade. Cabe ressaltar que imputabilidade refere-se à capacidade da pessoa de entender a antijuridicidade do fato, refere-se às condições mentais, psíquicas, ao passo que potencial consciência da antijuridicidade refere-se à percepção do desvalor do comportamento que viola bem jurídico tutelado pela norma penal.

2.3.5.3 Exigibilidade de outra conduta e medida de segurança

Para afirmar que sujeito praticou conduta reprovável é necessário que se possa dele exigir, na situação em que se encontrava, uma outra conduta, ou seja, na situação em que o fato foi cometido, poder concluir que a pessoa possuía uma alternativa válida de conduta. Caso se verifique que as condições exteriores não davam outra saída ao sujeito senão agir da maneira como agiu, não será passível de reprovação. Logo, ausente a censura em decorrência da falta de culpabilidade, isenção de pena. Neste caso, em conformidade com a Teoria finalista, pode-se incluir a pessoa com transtorno mental, pois, se inimputável não se lhe pode exigir uma conduta conforme o direito.

A exigibilidade de outra conduta funda-se na liberdade, pois a pessoa somente será punida quando podendo determinar seu comportamento conforme o Direito, determinou-se por se comportar de maneira contrária ao Direito.

Para Welzel (2015):

O conhecimento do injusto não pode ainda fundamentar completamente a reprovabilidade da resolução de vontade; só pode fazê-lo quando o autor, na situação concreta, podia tomar uma decisão de acordo com ele. Não se trata aqui da capacidade geral de decisão conforme os fins e, por conseguinte, da imputabilidade, que existe independentemente da situação dada, mas da possibilidade concreta de o autor, capaz de culpabilidade, poder tomar uma decisão de acordo com o conhecimento do injusto. Essa possibilidade concreta de autodeterminação conforme os fins em favor da conduta jurídica é o elemento mais importante da reprovabilidade, ao qual estão subordinados aos elementos intelectuais. Isso porque o conteúdo da reprovabilidade consiste precisamente no fato de que o autor podia e devia adotar uma resolução de vontade conforme o Direito no lugar de sua resolução de vontade antijurídica (WELZEL 2015, pp. 176-177).

Ressalte-se que há penalistas que defendem o abandono do conceito ora analisado, de modo que “[...] a culpabilidade não seria mais reprovabilidade, mas necessidade de manter a vigência da norma, pois, independentemente da gravidade da conduta do agente, este, há de ser punido criminalmente como transgressor da norma penal”. (JAKOBS, 2005, p.17). Outros, ainda, optam por um sentido amplo, com base no “[...] atendimento a finalidades preventivas, prevenir, ao invés de punir: controle mais intensivo do crime pelo Estado [...] fortalecimento (do controle estatal) através de uma abrangente vigilância de todos os cidadão”. (ROXIN, 2008, p.5).

O juízo de reprovação da culpabilidade somente recairá sobre o autor quando puder perceber que sua conduta infringe bem jurídico tutelado pelo lei penal.

2.4 Princípios constitucionais aplicáveis à interpretação das medidas de segurança

A adoção pela Organização das Nações Unidas da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, institui os direitos fundamentais a nível internacional. Direitos individuais, sociais, econômicos, culturais passaram a ser garantidos positivamente pelos ordenamentos jurídicos. Dessa forma, princípios e garantias de direito material e processual penal foram reconhecidos e estendidos à pessoa em respeito à dignidade humana.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, art. 1º, estabelece que a República Federativa do Brasil se caracteriza como Estado Democrático de Direito. Consequentemente, toda a legislação deve observar os princípios e direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, inclusive as normas referentes às medidas de segurança. Ao ser sentenciado à medida de segurança, seu cumprimento, conforme a modalidade aplicada, poderá exigir a permanência do inimputável em hospital de custódia ou psiquiátrico, visando à cessação de sua periculosidade, sendo que deverá ser-lhe assegurado um mínimo de direitos fundamentais.

Assim, ao inimputável, em cumprimento de medida de segurança são garantidos, além do princípio da legalidade citado anteriormente, outros princípios constitucionais que buscam a aplicação de uma sanção penal justa, proporcional à gravidade do ato. Todos atuando na limitação do poder de punir estatal. São eles: dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, intervenção mínima, lesividade, igualdade, individualização das sanções, sem prejuízo dos demais princípios

Sobre o mesmo tema, Muñoz (1985) Conde de forma clara, afirma,

El principio de legalidad queda infringido cuando el presupuesto de la reacción sancionatoria del Estado no está constituido por la comisión de un injusto tipificado en la ley penal, sino por estado de peligrosidad social que ni siquiera van referidos a la comisión de delitos futuros e que además son sancionados con medidas que, materialmente, en nada se diferencian de las penas (MUÑOZ CONDE, 1985, p.54)

2.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana e medida de segurança

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, representa o centro de toda a ordem jurídica brasileira. De caráter irrenunciável, o princípio da dignidade da pessoa humana somente admite limitações ao exercício dos

direitos fundamentais se observadas condições humanitárias. Impedido está o Estado de aplicar sanções que lesionem a constituição físico-psíquica do ser humano, ainda que tenha infringido as normas jurídicas.

Yacobucci (2002) afirma,

El concepto de “dignidad” viene a significar una posición de preeminencia del sujeto al que se refiere. [...] “dignidad humana”, lo que se quiere expresar es el lugar privilegiado que tiene el hombre en relación con los otros seres, es decir, su rango superior y diferente respeto de estos (YACOBUCCI, 2002, p. 206).

Não se questiona se o portador de transtorno psíquico possui ou não direito à dignidade. Ainda que ausentes a autodeterminação e a capacidade de compreensão por parte do inimputável, a intervenção penal através da aplicação de medida de segurança, notadamente, a modalidade internação que o próprio código penal ainda recomenda, deve respeitar um mínimo invulnerável. Há de se assegurar que, somente excepcionalmente, possam ser feitas restrições ao exercício dos direitos fundamentais do inimputável, sem desconsiderar os direitos das demais pessoas enquanto seres humanos.

Como bem consignou Ingo Wolfgang Sarlet (2004)

[...] (temos) por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínima para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destino da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2003, p. 60)

Em relação ao critério aferidor do que seja uma vida saudável, parece apropriado utilizar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde, quando se refere a um completo bem-estar físico, mental e social, parâmetro este que, pelo seu reconhecimento no âmbito da comunidade internacional, poderia igualmente servir como diretriz mínima a ser assegurada pelos Estados (Sarlet, 2003)

Entretanto, direcionando-se especificamente à temática das medidas de segurança detentiva, com predominância recomendada pelo próprio Código Penal brasileiro, é possível discutir limites entre a legítima imputação da sanção-internação em hospital de custódia e a abusiva aplicação dessa mesma sanção penal em hipóteses nas quais: a) o inimputável permanece recluso (internado) por tempo

excessivo, sendo que sua saúde mental já reúne condições para a desinternação e esta não ocorre por inércia do profissional de medicina habilitado na elaboração do laudo médico, ou ainda, do juiz da execução; b) o inimputável permanece interno por período superior a 30 anos, fato que vai de encontro ao art. 75 do Código Penal; c) a detenção (internação) ocorre em condições insalubres e/ou desumanas, inviabilizando a reabilitação do sentenciado portador de transtorno mental, para retorno ao convívio social.

Sendo o inimputável portador de sofrimento mental a ele deve ser garantido um tratamento adequado ao seu caso, condições mínimas de cuidado e acompanhamento médico e psicológico, notadamente, quando da execução da medida de segurança aplicada.

Dessa forma, pode-se afirmar que o princípio da dignidade humana, se por um lado justifica a intervenção penal estatal, por outro limita o poder punitivo a tratamento adequado não desumano nem degradante.

2.4.2 Princípio da proporcionalidade e a medida de segurança

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso impede que as medidas de segurança resultem em meios mais gravosos para o sentenciado do que o necessário, quando analisada a utilidade preventiva e o tratamento a ser aplicado.

Esse princípio incide na cominação, na aplicação e na execução da medida de segurança, também como proibição de excesso. Há neste princípios dois aspectos: a) proporcionalidade em sentido amplo; b) proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade em sentido amplo, configura-se na manifestação de três subprincípios: princípios da necessidade e subsidiariedade – uma lei não deve incidir sobre o cidadão além do imprescindível para proteção do interesse público. Sendo a medida de segurança, uma medida terapêutica, quando aplicada deve ser idônea para alcançar os fins pretendidos- princípio da adequação e suficiência. E o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Ao considerar a necessidade, adequação, limitação e objetivos da medida de segurança, possibilita-se uma graduação dessa medida às condições pessoais de cada sujeito, com revisão periódica para garantir a individualização da medida. Até porque, a mera presença de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado' não pode constituir-se em elemento desfavorável a qualquer infrator, nem consistir em expressão de potencial perigo ou

ameaça para a sociedade.

O princípio da proporcionalidade veda a cominação, a aplicação e a execução de medida de segurança que restrinja direitos fundamentais do portador de transtorno mental infrator de forma desmedida e/ou excessiva em face da gravidade do crime praticado e da periculosidade aferida no agente. Logo, exige a compatibilização entre o interesse público e o interesse privado para alcançar os fins punitivos almejados pelo Estado.

Para Yacobucci (2002),

[...] el principio da proporcionalidad se constituye en la columna vertebral del principio de culpabilidad, al brindarle los referentes que permiten ponderar el reproche. Sin embargo, la cuestión se extiende igualmente a las medidas de seguridad solo que, en este caso, el tema pasa por la consideración de la peligrosidad (YACOBUCCI, 2002, 348).

Assim, ao substituir a culpabilidade, a proporcionalidade entendida como fundamento e limite da própria sanção, passa a ser fundamento da medida de segurança e limite à necessidade de prevenção. Limitada a interferência estatal na esfera da liberdade individual, pelo princípio da proporcionalidade, serão passíveis de contestações as ingerências desnecessárias. Justifica-se, assim, a não adoção de medidas de segurança por prazo indeterminado, internação de caráter perpétuo, visando somente a preservação do bem jurídico. Com base no subprincípio necessidade, a punição deve ser capaz de proteger a coletividade, porém, nos limites fixados pela dignidade humana.

Atento às graves consequências da não observância pelo Estado do mínimo invulnerável, o legislador brasileiro, conforme se extrai do item 158 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, adverte que a pesquisa sobre a condição dos internados deve ser estimulada com rigor científico e desvelo humano. Caso contrário, o descaso conduzirá a problema dramáticos como aflitivos internamentos que, não raro, ultrapassam os limites razoáveis de durabilidade, consumando, em alguns casos, a perpétua privação da liberdade.

Isso não significa liberação de inimputáveis, em crise. Significa, sim, que uma atividade estatal, como sistema público de saúde e demais instituições sanitárias devem apresentar as mínimas condições para acolher “loucos infratores” que ficaram submetidos, durante décadas, a tratamento detentivo em instituição manicomial.

2.4.3 Princípio da intervenção mínima e medida de segurança

O Princípio da intervenção mínima consiste em uma conquista do Estado Democrático de Direito, não expressamente enunciado no ordenamento jurídico. Tal princípio vincula o legislador, na criação de tipos penais, e também, o aplicador, que somente mediante uma violação ao bem jurídico, poderá optar pela intervenção penal.

Luiz Luisi (2003) afirma que “o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima preconiza que [...] só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico [...]. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima”. (LUISI, 2003, p. 39).

Munõz Conde (1985) esclarece que, em relação às medidas de segurança,

El principio de intervención mínima igualmente se infringe, cuando se utilizan medios sancionatorios tan graves como las penas para reprimir estados de peligrosidad no basados en la previa comisión de un delito y que, por lo tanto, no constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos fundamentales (MUÑOZ CONDE, 1985, p.54).

Muñoz Conde (1985) em outra passagem, acentua.

Un sistema dualista en el que junto a la pena limitada por la culpabilidad existe otro tipo de sanciones no limitadas o limitadas por principios e ideas diferentes constituye un peligro para las garantías y la libertad del individuo frente al poder sancionatorio del Estado (CONDE, 1985, p. 59).

A sanção penal a ser aplicada deve ser a menos gravosa possível para atingir o fim almejado. Em se tratando de medidas de segurança, considerado o internamento como a medida mais adequada ao caso concreto, impõe-se, em decorrência do princípio da intervenção mínima, a constante monitoração do estado de saúde mental do sentenciado, na perspectiva de progressão para medida menos gravosa.

Para Ferrari (2001),

Em conformidade com o princípio da intervenção mínima, o Estado e o seu aparelho penal não devem fazer mais do que o suficiente, intervindo apenas quando estritamente necessário. O Estado deve ser minimalista em suas intervenções, pregando um direito pena mínimo, não se constituindo em sinônimo de abolição (FERRARI, 2001, p. 27).

2.4.4 Princípio da igualdade e medida de segurança

A igualdade compreende várias acepções. Uma delas refere-se a igualdade das pessoas, ou seja, inexistência de diferenças; outra alude à igualdade das pessoas perante a lei, no sentido de que ninguém está *acima* da lei, e, por último, em igualdade das pessoas na lei, na acepção de que a lei não pode consagrar desigualdades.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 5^a, enuncia que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Considerando que a existência de desigualdades é inerente aos indivíduos, pelo princípio da isonomia o Estado Democrático de Direito busca meios de igualização, para aproximar a igualdade formal expressa em lei da igualdade material, tratando desigualmente os desiguais. Não implica uma equiparação absoluta entre pessoas, mas uma vedação de privilégios, diferenciações arbitrárias. Todo o acento recai sobre a igualdade em sentido material.

A igualdade perante a lei significa que todos são considerados necessariamente iguais, não podem eximir-se das consequências penais oriundas dos delitos que praticarem. Já a igualdade na lei, consubstancia a igualdade material, consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, princípio basilar da justiça.

Dessa forma, aos portadores de transtorno mental não se pode conceder o mesmo tratamento destinado aos imputáveis, sob pena de atentar contra à dignidade humana e o princípio da igualdade.

Por isso, o *discrímen* na medida de segurança está na determinação de tratamento psiquiátrico, como preceitua o art. 86 e ss. do CP. Nesse sentido, Cardoso (2012) ressalta, “[...] pretende-se reequilibrar a desigualdade criada, no caso concreto, pela enfermidade, aproximando-se virtualmente a situação do doente mental à o agente imputável, objetivando tornar aquele sadio, ou, pelo menos, não periculoso”. (CARDOSO, 2012, p.31).

Para o autor, a desigualdade criada em relação ao inimputável infrator, não se restringe ao agente imputável, pois há desigualdade também em relação ao tratamento psiquiátrico concedido à pessoa com transtorno psíquico, não infratora. E esclarece que a virtualidade da aproximação entre a situação da pessoa com transtorno mental e a do agente imputável, decorre do fato de ser extremamente remota a possibilidade de cura daquele. (CARDOSO, 2012, p, 31). Isso não significa

a impossibilidade de estabilização, mediante tratamento adequado.

2.4.5 Princípio da individualização das sanções penais

A pena pode atingir apenas o sentenciado: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (art. 5º, XLV, CF). Diferentemente do ocorrido no direito pré-beccariano, a resposta penal deve ficar adstrita à dimensão do injusto praticado, sendo vedado se estender a pessoas estranhas ao delito. E ainda, o art. 5º, inc. XLVI da CR/88, estabelece que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

O legislador não excluiu do âmbito de aplicação do referido princípio sanções diversas da pena, tais como as medidas de segurança. Afirmar o contrário é o mesmo que retroceder ao período pré-beccariano.

Para Nucci (2010),

A personalidade de uma pessoa é o espelho fiel de sua individualidade, atributo que a torna singular, única e exclusiva em sua comunidade. Preservar a personalidade é dever do Estado Democrático de Direito, furtando-se a padronização de condutas e imposições” (NUCCI, 2010, p 152).

Do caráter estritamente pessoal da sanção penal decorre que a pena e a medida de segurança – não são transmissíveis a terceiros. (PRADO, 2017, p.90).

Jescheck (1993) define individualização da pena

[...] es la fijación de las consecuencias jurídicas de un delito, según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquellas, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente. La individualización penal no comprende únicamente, como el nombre parece indicar, la fijación misma de la pena, sino también la suspensión condicional de la pena, con las tareas y reglas de conducta, la advertencia con reserva de pena, la renuncia a la pena, la exención de pena, la imposición de medidas de corrección e aseguramiento, y el pronunciamiento de la pérdida de la ganancia y de comiso, así como la imposición de consecuencias accesorias (JESCHECK, 1993, p. 785).

Já a obrigação civil de reparar o dano decorrente da prática da infração penal, encontra-se fora da esfera penal; considerada dívida civil, pode estender-se aos herdeiros do sentenciado falecido, nos limites do patrimônio transferido.

A individualização das sanções penais, regra geral, obedece a três fases: a legislativa; a judicial; a executória. A primeira – fase de cominação – “a lei fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa” (LUIZI, 2003, p.52); na segunda – fase judicial – conforme a cominação legal, o juiz deve fixar qual pena é aplicável e o quantum entre o máximo e o mínimo determinado na cominação, bem como determinar a forma de execução. Na individualização judiciária, ainda que as regras orientadores estejam presente na lei, há uma margem de discricionariedade ao juiz.

Cabe ao Direito Penal atuar na tutela de bens jurídicos, porém, representa a mais severa constrição que sujeito pode sofrer por parte da atuação estatal. Surge, então, uma tensão entre: – Poder punitivo do Estado e Direitos individuais do sujeito. Por isso, a importância de limitação do poder punitivo e a consolidação do reconhecimento dos direitos fundamentais, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana no Direito Penal, evitando a aplicação das sanções penais excessiva, arbitrárias.

Franco (2011) ressalta que tratando-se de dignidade humana é imprescindível a observância e a aplicação do Princípio da Legalidade. E afirma o ilustre Magistrado,

[...] é sua incumbência (juiz) posicionar-se na relação de tensão “Indivíduo-Estado” para assegurar sempre ‘uma esfera individual frente à onipotência do Estado’. [...] É seu dever zelar para que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial dos direitos do cidadão, constitucionalmente protegido. É seu dever, não tolerar, interpretações que acarretem o esvaziamento de sua jurisdição [...] É seu dever também garantir a ampla e efetiva defesa, o contraditório, e isonomia de oportunidades [...] É seu dever invalidar [...] todos aqueles meios de prova que importem ofensa à dignidade da pessoa humana, à integridade pessoal (física ou moral) do arguido e, em especial, os que importem qualquer perturbação a da sua liberdade de vontade e de decisão (FRANCO, 2011, p. 35).

Nesse sentido, o bom juiz deve minimizar o poder punitivo estatal e maximizar as garantias e liberdade. O bom juiz deve se tornar escravo dos princípios fundamentais a legalidade estrita, da culpabilidade, da lesividade, da presunção de inocência, do contraditório, do devido processo legal e principalmente, da dignidade da pessoa humana, corolário do Estado democrático de direito. Mais que um ser

humano o bom juiz deve ser humano. (YAROCHEWSKY, 2016)

Assim, deve o juiz aplicar o princípio da presunção de não culpabilidade e, sua derivação, o *in dubio pro reo*, em caso de exame do mérito da pretensão acusatória, durante o devido processo legal, após a apresentação pelas partes dos fatos e as provas, valorando-as a favor do réu, quando restar dúvidas; se não restar provada a materialidade dos fatos e sua autoria, vedado prevalecer a presunção de “periculosidade” do portador de transtorno mental para subsidiar uma possível privação de liberdade. Ainda que submetido a perícias e exames se persistirem dúvidas quanto à “periculosidade” do acusado, pressuposto para aplicação as medidas de segurança deve o juiz acatar o princípio *in dubio pro reo*, não proferindo a absolvição imprópria com a consequente aplicação da medida de segurança, mas sim, uma sentença condenatória, se comprovada a autoria do ilícito.

Na lição de Yacobucci (2002), os princípios penais

[...] se instalan, pues, en una reflexión abarcadora del “todo” penal”. Constituido por las realidades humanas que lo reclaman, los valores que lo rigen y, necesariamente, como los fines a los cuales se orienta y que resultan ser la instancia última de determinación de todo lo vinculado con el *ius puniendi*. (YACOBUCCI, 2002, p. 132)

3 DAS SANÇÕES PENAIS – PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

A forma de Estado adotada por uma sociedade orienta seu desenvolvimento e repercute em todas as suas instituições, bem como terá consequências diretas nas normas jurídicas, influenciando no sistema punitivo estatal. Inúmeros fatores determinam a existência de pluralidade de modelos de Estado. Decidir por uma delas consiste em manifestação política. Dessa forma, a idoneidade da imposição de sanção jurídica e sua função junto à sociedade se apresentam como tema de constante análise e reflexão por parte dos juristas.

O Estado de Direito se desenvolveu como reação ao Estado absolutista e buscou limitar o poder estatal através do Direito. Assim, tem a pena a função de prevenir o delito e retribuir o crime (mal cometido), pois, até então, “[...] imperaba el criterio de utilidad” (VALDIVIESO, 2014, p.573).

O Estado Social (intervencionista) objetiva intervir na regulação e controle da vida social, econômica, financeira, etc. Nesse sentido, o Estado social constitui um sistema sociopolítico-econômico composto por uma série de condições jurídicas, políticas e econômicas. “En este contexto, el Estado social le otorga a la pena la función de prevención, pues al ser un Estado intervencionista, adopta una postura de lucha contra la delincuencia (fundamento político de la función preventiva de la pena)” (VALDIVIESO, 2014, p.593).

O Estado Social e Democrático de Direito é a concepção sintética que reúne a ideia de Estado de Direito que provém da vontade geral expressa pelo povo e de um Estado social que interfere, direta e imediatamente, no jogo social. Acresce que o Direito Penal num Estado Social e Democrático de Direito não pode ser arbitrário, sem limites. Portanto, deve estar submetido ao princípio da legalidade. (FRANCO, 2011). Para Valdivieso (2014) “[...] de este modelo de Estado, la función de la pena es de carácter preventivo, ya que busca proteger los bienes de los ciudadanos y, a través de ello, busca asegurar el perfecto funcionamiento la vida social”. (VALDIVIESO, 2014, p.626).

Dessa forma, o princípio da legalidade já determina, *nulla poena sine lege*. Portanto, não há sanção penal sem lei. Mas, e quanto às finalidades da pena e da medida de segurança?

As penas e as medidas de segurança, institutos do Direito Penal, são consideradas consequências jurídicas, forma de sanção penal, impostas pelo Estado

àqueles que violam valor tutelado pela lei penal. Afrontado um bem jurídico penal, justificada está a aplicação da reprimenda, da sanção. Assim, o fato ilícito praticado pelo agente deveria ser a ele retribuído na proporção da sua culpabilidade.

No limiar do século XIX, constatado que a intimidação e o castigo eram pouco eficazes para conter a recidiva dos criminosos, a finalidade retributiva da pena passa a objeto de questionamento e, sobrevém o repensar o sistema vigente. Após debates, optou-se por manter o caráter retributivo da pena e criar nova espécie de sanção penal, nitidamente preventiva. Cria-se a medida de segurança, tendo como razões para seu surgimento a crise da pena e a necessidade de defesa social.

Além disso, em nome da prevenção da criminalidade afirmava-se que não bastava reprimir o crime, necessário antecipar-se a ele, preveni-lo. Em consequência, ao conteúdo da pena a ser imposta incorporou-se a finalidade preventiva, como justificativa da pena. Inicialmente, a prevenção teve por fundamento a intimidação. A sanção era imposta para produzir um efeito inibitório à prática de novos crimes, demonstrando aos demais delinquentes que as pessoas que cometessem crimes eram punidas. Ao lado dessa visão negativa da prevenção, surge a prevenção positiva, caracterizada pela ideia de respeito às leis e revalorização do próprio ordenamento jurídico, reforçando a autoridade do Estado (BOSCHI, 2002).

Já a prevenção especial, sob a influência da escola positiva, defendia que o delinquente precisava de tratamento e não de pena que retribuísse o mal cometido. Considerava o fim retributivo da pena, irracional, na luta contra a criminalidade. Afirmava que só através de um tratamento, com rigor científico, seria possível ligar a atividade psíquica do agente com os fatores que nela atuam como freio ao crime, para conduzir a resultados positivos. Somente de forma excepcional, seria admitida a segregação para os delinquentes habituais e incorrigíveis (SOUZA, 1982).

Se, inicialmente, a coação psicológica é a característica dos discursos justificacionistas, as teorias de prevenção especial positiva – emenda ou correcionalista – marcam o sentido da pena no período do início do século XX e perdura até final da década de 1970. Essa mudança no discurso de fundamentação da pena está associada à alteração da forma de intervenção estatal que modificou os modelos de controle social.

Dessa maneira, a pena como instrumento preventivo visa, pela intimidação, à prevenção geral e, subsidiariamente, pela recuperação ou segregação, à prevenção especial. Também as medidas de segurança cuja finalidade era a necessidade de

retirar, afastar do convívio social, os incorrigíveis, tidos como perigosos, adquirem sentido essencialmente profilático (medicinal), já que *o homo criminalis*, constitui-se um indivíduo doente que necessita ser tratado recuperado (CARVALHO, 2013).

Segundo Ferrari, a aproximação entre pena e medida de segurança, mediante incorporação por aquela de ideias de recuperação ao delinquente, adjetiva o agente que praticou o crime, como socialmente perigoso. Assim, a medida de segurança e a pena visam a fim idêntico – a defesa social. Tendo por finalidade a prevenção geral e a prevenção especial positivas, ambas (pena e medida de segurança) têm como pressuposto a prática de ilícito típico e atuam na diminuição ou privação de certos bens jurídicos - como liberdade do indivíduo com caráter aflitivo (FERRARI, 2001).

A diferença marcante entre os institutos, pena e medida de segurança, encontra-se nos pressupostos em que se fundamentam: pressuposto de aplicação da pena é a culpabilidade do agente, já o de aplicação da medida de segurança é a periculosidade. A culpabilidade será sancionada pelo Estado, tendo como consequência a retribuição. Já a periculosidade enquanto probabilidade de o agente vir a praticar novos crimes, terá como consequência não a reprovação pelo Estado, mas tratamento. Aliás, se o delito é um sintoma da periculosidade do agente, compete ao Estado, mediante *terapêutica*, intervir prevenindo a prática de novos crimes. Para tanto, legitimado está o aparato estatal a desenvolver um instrumental capaz de diagnosticar, delimitar o grau, bem como a forma de intervenção visando à efetivação de tratamento voltado à correção dos *déficits* individuais e à remoção das causas que determinam ou potencializam o cometimento de delitos (CARVALHO, 2013).

Nesse quadro, a medida de segurança nada tem de retribuição e aflição, seu fundamento será a periculosidade do agente e não sua culpabilidade. Periculosidade ou estado perigoso entendido como potencial ofensivo do agente às normas jurídicas, apto a se transformar na prática de delito. O fato praticado passa a simples condição objetiva para aplicação da medida de segurança.

Fundadas na periculosidade do agente, as medidas de segurança são impostas (observado tempo máximo de 30 anos) até que cesse a periculosidade, mediante comprovação por laudo médico de que o indivíduo não oferece mais perigo para a sociedade. Assim sendo, somente após identificação da remoção de periculosidade é que o paciente conquista a possibilidade de retorno ao convívio social. Se falho ou incompleto o tratamento será mantida a medida, pois a possibilidade de retorno à liberdade, neste caso, seria a própria expectativa de

reincidência criminal (CARVALHO, 2013). Das críticas e discussões sobre o tempo máximo de 30 anos para casos de medida de segurança surgiram novas proposições, as quais serão objetos de análise, quando do estudo do prazo e duração das medidas de segurança.

Em relação às penas, são três as teorias que buscam explicar a finalidade desta sanção penal: as teorias absolutas, as teorias relativas e as teorias mistas.

Para as teorias absolutas, a pena é um fim em si mesmo. Essas teorias “Fundamentam a existência da pena unicamente no delito praticado. A pena é retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime” (PRADO, 2017, p. 348). Todavia, para Brandão (2002),

[...] O Direito Penal fundamentado no Princípio da Legalidade põe como figura central de seu sistema a pessoa humana, protegida pelo referenciado Princípio. Isto posto, o mal da pena deve transcender a ela para visar a valorização do homem, que é dito como destinatário do Direito Penal e valorizado em sua dignidade humana” (BRANDÃO, 2002, p. 159).

Para as teorias relativas, a pena “é uma medida tendente a impedir o delito” (WELZEL, 2003, pp. 331-332). Fundamenta-se na necessidade de evitar a prática futura de novos crimes. Os fins preventivos, gerais ou especiais, justificam a pena.

A Teoria da Prevenção geral, foi desenvolvida como “*teoria da coação psicológica*”, pelo ideário do Iluminismo. Em sua vertente negativa a intimidação é vista como uma solução pelo fato de que a ameaça de pena e a sua execução impedem o autor em potencial de cometer o crime, Além do temor infundado aos potenciais autores, há a vertente positiva ou integradora que incrementa e reforça a consciência jurídica da norma. (HASSEMER, 2005)

A prevenção especial consiste em atuar sobre o autor, para evitar que volte a praticar novos crimes no futuro.

As teorias mistas ou ecléticas buscam conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena com os fins de prevenção geral e especial (teorias relativas). Estas teorias, combinam a retribuição da culpabilidade com a função reabilitadora da pena, por isso é a corrente onde todos os fins da pena alcançam uma relação de equilíbrio, bem como de conformação com o Princípio da Legalidade e, por melhor expressar a finalidade da pena: aplicação da sanção penal e valorização do homem (BRANDÃO, 2002).

Destarte, a pena, consequência do crime, limita o poder punitivo estatal e é limitada pelos direitos pessoais. Não há pena sem lei. É vedada a aplicação de pena que não respeite a dignidade humana, não podendo subsistir no ordenamento jurídico penal penas cruéis, perpétuas e corporais. O princípio da legalidade, citado anteriormente, denota que tanto a conduta delitiva quanto a sanção penal correspondente devem ser circunscrita em lei antes da realização da conduta, sem o que se feriria a segurança jurídica.

Entretanto, em âmbito doutrinário e jurisprudencial, debate-se sobre a incidência ou não da garantia da legalidade às contravenções penais e medidas de segurança, ou se essa garantia se restringe a crimes e penas.

Atualmente, entende-se pela interpretação extensiva dos termos – crime e pena – utilizados nas normas constitucionais e nas normas penais. Isso para garantir a aplicação do princípio da legalidade às contravenções penais, considerando que crime na dicção legal, tem o sentido de infração penal. No tocante às medidas de segurança, considera-se que pena na dicção legal, tem o sentido de sanção penal, incluindo nesse conceito as medidas de segurança. A prevalecer esse entendimento, forçoso é reconhecer que a incidência do princípio da legalidade (informativo) sobre todas as sanções penais afasta qualquer fundamento ou qualquer justificação para o uso da analogia na aplicação da medida de segurança, instituto penal, formal e substancialmente previsto no ordenamento jurídico penal brasileiro. Espécie de sanção penal que priva ou restringe bens jurídicos individuais, motivo pelo qual cabe à lei, exclusivamente à lei, firmar e regular a medida de segurança, evitando que decisões arbitrárias imponham medidas não previstas expressamente em lei.

Como bem destaca Ferrari (2001) a tipicidade – derivação do princípio da legalidade, exige que na aplicação das medidas de segurança estejam presentes todos os pressupostos de forma integral e descritivas, a fim de não violar outros direitos fundamentais do inimputável. Nas palavras do doutrinador:

[...] os preceitos primários e secundários – obrigatórios para a imposição das medidas de segurança criminais – deverão ser claros, precisos e determinados, não contendo, sempre que possível, tipos abertos, cláusulas gerais e prazos indeterminados, limitando eventual arbitrariedade por parte do julgador ou do intérprete (FERRARI, 2001, p.94).

Não é necessária uma análise minuciosa para verificar a ampla subjetividade envolvendo conceitos atinentes à medida de segurança. Exemplificando, cite-se a

categoria periculosidade, a qual se apresenta dependente de critérios abstratos e indeterminados para sua definição. Neste caso, o legislador não propôs nem mesmo balizas mínimas. Basta verificar o art. 97 e parágrafos do CP, os arts. 171 a 179 da Lei Execução Penal, os quais apresentam a periculosidade como requisito fundamental à internação do imputável, narra os procedimentos afins para a efetivação do internamento, sem contudo, pormenorizar o que é a periculosidade.

O fato da definição de periculosidade atravessar diversas áreas de conhecimento, não impede que o legislador delineie um conceito jurídico, como forma de fornecer bases mais concretas para a aplicação e com o fim de fazer jus ao princípio a legalidade, componente estrutural do Estado de Direito.

No sentido de garantia de direitos, Yacobucci (2002) afirma:

En nuestro tiempo, el reconocimiento del carácter valorativo del fenómeno punitivo ha puesto en evidencia la necesidad de individualizar, identificar y criticar los principios que están en el inicio y justificación de las determinaciones del derecho penal, en cualquiera de sus instancias. El formalismo del positivismo tradicional es incapaz de responder a los interrogantes sobre el ejercicio del *ius puniendi*, tanto en lo que respecta a la ciencia penal o dogmática [...] cuanto a la interpretación judicial de las leyes” (YACOBUCCI, 2002, p. 129).

Por fim, as sanções penais como formas de pacificação social devem ser limitadas e regulamentadas, sendo importante destacar a aplicação dos princípios da legalidade, taxatividade ou reserva de lei, irretroatividade, proporcionalidade e da intervenção mínima ao lado dos direitos de igualdade, humanidade, presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, previstos pela Constituição da República e os direitos e garantias ‘decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacional em que a República Federativa do Brasil seja parte’, artigo 5º, §2º, da Constituição da República de 1988. Por certo, é necessário avançar na realização dos princípios e na consequente contenção e redução do poder punitivo, não faz sentido enclausurar os princípios. (Zaffaroni, 2006). Motivo pelo qual exige-se permanente atualização, como revela a admissão de novos direitos.

4 DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

4.1 Sistemas de aplicação das medidas de segurança

O direito brasileiro conheceu dois sistemas de aplicação e execução das medidas de segurança: o sistema do duplo binário e o sistema vicariante.

O sistema duplo binário também chamado dupla via ou duplo trilho. Neste sistema há a previsão de aplicação da pena em conjunto com as medidas de segurança. Considerada a pena insuficiente para os casos de reincidentes habituais, criam-se as medidas de segurança fundadas na periculosidade do agente. Enquanto a pena se funda na justiça, a medida de segurança tem por base a utilidade.

O sistema vicariante ou substitutivo substitui o duplo binário, após reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984. Neste sistema, a medida de segurança tem função substitutiva da pena, jamais acessória. Ao imputável aplica-se a pena; ao inimputável a medida de segurança e ao semi-imputável, a pena ou a medida de segurança em conformidade com a necessidade terapêutica e a periculosidade no agente.

4.2 Natureza da medida de segurança

A doutrina penalista dominante entende que a medida de segurança constitui espécie do gênero sanção penal, compartilhando com as penas a mesma natureza jurídica. Entretanto, com uma peculiaridade, À natureza de sanção penal, acresce caráter terapêutico à medida de segurança, característica peculiar quando comparada à pena.

Para Luiz Regis Prado (2017), “as medidas de segurança são consequências jurídicas do delito, de caráter penal, orientadas por razões de prevenção especial” (PRADO, 2017, p.425).

No mesmo sentido, Bruno de Moraes Ribeiro ao avaliar o art. 98 do CP que prevê, no caso de semi-imputabilidade, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, em nítida remissão ao sistema vicariante adotado pelo código; E ainda, ao avaliar o art. 107 do Código Penal que prevê, extinta a punibilidade do crime não mais imporá medida de segurança e nem subsistirá a que já tenha sido imposta. (RIBEIRO, 1998).

.A jurisdicionalidade é outro componente da natureza jurídica da medida de segurança, pois a medida só é aplicável mediante provimento judicial.

Outrossim, a imposição de medida de segurança tem como objetivo primeiro, impedir que a pessoa sobre a qual atue, volte a praticar infração penal. Se detentiva a medida imposta, nítido o caráter aflitivo da sanção penal, haja vista que incidirá diretamente sobre bem jurídico do sentenciado, privando-o ou reduzindo sua fruição

Nas lições de Yacobucci (2002),

La imposición de las medidas – se sostiene – no depende del grado de culpabilidad, sino del principio de proporcionalidad, que obliga a elegir la medida más adecuada, sea educativa, curativa [...] y con las modalidades de ejecución adecuadas a fin de revertir el diagnóstico de peligrosidad que presenta el sujeto pasivo de la medida [...] la medida de seguridad debe depender y ser proporcionada a esa peligrosidad y no a la escala penal del delito que en su momento se, atribuyó al sujeto pasivo (YACOBUCCI, 2002, p. 352).

Em síntese, a medida de segurança possui a natureza jurídica de sanção penal, tem caráter terapêutico, aflitivo e jurisdicional, sendo a administratividade inerente à execução de qualquer espécie de sanção penal. Para Ferrari (2001) “haveria assim uma obrigatória natureza jurisdicional-administrativa na qual médicos e juízes exerceriam funções coordenadas e decisórias [...]” (FERRARI, 2001, p. 79).

4.3 Medida de segurança: Espécies e Critério de Eleição

Tomando como referência a sistematização do Código Penal em seu art. 96, são duas as espécies de medidas de segurança existentes na legislação brasileira vigente: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta em outro estabelecimento adequado e tratamento ambulatorial.

Ao inimputável que pratica um injusto penal será aplicada a medida de segurança, detentiva (internação) e restritiva (tratamento ambulatorial).

A medida de segurança detentiva consiste na internação do sentenciado, de caráter terapêutico cuja finalidade é levar a efeito o tratamento do paciente, de forma a evitar que o sentenciado represente perigo para si e para os outros. Deverá ser cumprida em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – ou estabelecimento adequado. Nítida a finalidade segregadora e anulatória de tal providencia.

A restritiva consiste na sujeição do sentenciado a tratamento ambulatorial. Considerada como inovação incorporada pela lei, na reforma da parte geral do Código

Penal realizada em 1984.

Definir acerca de qual medida de segurança será aplicada ao caso concreto, se a detentiva ou a restritiva tendo como referência somente ao disposto no Código Penal, não é tarefa fácil.

Para Ferrari (2001),

Em conformidade com ao art. 96, inc. I, combinado com o art. 97, caput, do atual Código Penal, a internação em hospital de custódia e o tratamento psiquiátrico figura como espécie de medida de segurança detentiva, aplicando-se àqueles indivíduos inimputáveis (art. 26, caput) ou semi-imputáveis (art. 26, parágrafo único) que praticarem um crime apenado como reclusão, restando a ampliação da medida de segurança detentiva, facultativa ao juiz, nos casos de crimes apenados com detenção (FERRARI, 2001, p. 83).

Estabelece o dispositivo que o critério para eleger a medida de segurança é a espécie de pena privativa de liberdade cominada para a “infração penal” praticada pelo inimputável. Se infração punida com reclusão, será aplicada medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Legislador utiliza verbo “determinará”, violando o princípio de individualização da pena.

De outra parte, se infração punida com detenção ou prisão simples, poderá o juiz aplicar tratamento ambulatorial. Há uma faculdade para o juiz escolher a espécie de medida de segurança aplicável ao caso. Entretanto, o critério de gravidade do delito é apenas hipotético, pois não há, na legislação penal, uma plena correspondência da quantidade e da espécie de pena com a gravidade do delito. Essa previsão em abstrato, como critério de definição da espécie de medida de segurança a ser imposta, não se coaduna com os princípios que orientam a aplicação das sanções penais, notadamente, com o Princípio da Legalidade, fundamento do Direito Penal e limite do poder punitivo.

Analisando apenas esse dispositivo, fica claro que na determinação da espécie de medida de segurança no caso concreto, o juízo de periculosidade não foi considerado, já que a decisão judicial vinculou-se diretamente à infração penal praticada.

Pela lei a indicação da espécie de medida de segurança a ser aplicada ao caso concreto condiciona-se apenas à qualidade da pena cominada ao tipo penal.

A doutrina diverge entre si quanto ao critério adotado pelo código.

Entretanto, o entendimento aceito pela jurisprudência do Superior Tribunal de

Justiça e por parte da doutrina é que para a determinação do tipo de medida de segurança cabível no caso concreto, considerar-se-á a periculosidade do agente, ou seja, a potencialidade desse sujeito de prejudicar outrem, e em particular de praticar crimes, e não a vinculação da medida com o crime.

Posicionamento do Supremo Tribunal Federal, mesmo sentido:

EMENTA. AÇÃO PENAL. Execução. Condenação a pena de reclusão em regime aberto. Semi-imputabilidade. Medida de segurança. Internação. Alteração para tratamento ambulatorial. Possibilidade. Recomendação do laudo médico. Inteligência do art. 26, caput e § 1º do Código Penal. Necessidade de consideração do propósito terapêutico da medida no contexto da reforma psiquiátrica. Ordem concedida. Em casos excepcionais, admite-se a substituição da internação por medida de tratamento ambulatorial quando a pena estabelecida para o tipo é a reclusão, notadamente quando manifesta a desnecessidade de internação (HC 85401/RS – RIO GRANDE DO SUL – Julgamento: 04/02/2009)

Dessa forma, a eleição de qual medida de segurança será aplicada ao caso concreto deve ter como sustentação os elementos individualizantes da periculosidade do agente, sendo a internação a derradeira opção. No laudo pericial será apontada qual a medida de segurança indicada ao caso, cabendo ao juiz a decisão final.

4.4 Condições da medida de segurança

A aplicação da medida de segurança ao caso concreto exige o preenchimento das seguintes condições:

4.4.1 Injusto penal (conduta típica e ilícita)

Para que se aplique a medida de segurança é necessário e imprescindível que o inimputável ou semi-imputável pratique um fato ilícito típico e que sejam comprovadas a materialidade e autoria **do** delito. Tais medidas são aplicadas nos casos em que seria cabível a pena, se o sentenciado fosse plenamente imputável ou semi-imputável não perigoso. Enquanto a pena pressupõe a execução de um injusto culpável, a medida de segurança demanda a prática de conduta típica e ilícita, por parte de sujeito não culpável, em decorrência da ausência de capacidade e culpabilidade.

Para Eduardo Ferrari (2001),

O ilícito-típico penal consiste em uma condição *sine qua non* à incidência da medida de segurança criminal, excluindo-se da seara penal toda providência administrativa que não obstante revelar semelhança criminal prescinde da prática do ilícito-penal típico (FERRARI, 2001, p.137).

Assim, se sujeito não culpável, inimputável, praticar uma conduta típica, porém amparada em uma causa exclusão da ilicitude, não se aplica medida de segurança; da mesma forma, no tocante às causas de exculpação diversas da inimputabilidade.

Nesse sentido, Paulo Queiroz (2008) preleciona,

[...] se o juiz contatar que o réu inimputável agiu sob coação mora irresistível, obedeceu à ordem não manifestamente ilegal, etc, hipóteses perfeitamente possíveis, será de todo ilegal a aplicação de medida de segurança, impondo-se a absolvição pura e simples (CPP, art. 386, III e V), visto que, se, nas mesmas circunstâncias, se puder invoca-las em favor do imputável, o mesmo deverá ocorrer, com maior força de razões, quanto ao inimputável, porquanto num sistema democrático de direito as garantias devem ser proporcionais ao grau de vulnerabilidade de quem delas necessitam, os mais débeis (QUEIROZ, 2008, p. 392)

E prossegue afirmando:

[...] sempre que o agente atua amparado por uma excludente de culpabilidade, na medida de segurança já não se justifica finalisticamente, isto é, quer do ponto de vista da prevenção geral, quer do ponto de vista da prevenção especial, pois o inculpável não representa assim perigo algum para a sociedade (QUEIROZ, 2008, p. 392).

Ao inimputável maior que pratica conduta típica e ilícita, sendo sua incapacidade de culpabilidade reconhecida jurisdicionalmente, deve ser aplicada uma medida de segurança, prolatando o juízo a sentença absolutória imprópria que reconhece a prática do injusto penal e aplica a sanção penal cabível – medida de segurança

4.4.2 Inimputabilidade e medida de segurança

Para que uma conduta possa ser relevante para o direito penal, o sujeito que a pratica deve possuir capacidade de estabelecer fins, de eleger os meios adequados para a sua concretização e de colocá-los em prática, rumo ao objetivo desejado.

A definição geral da natureza do homem e de sua liberdade se traduz na autodeterminação em conformidade com os fins e na compreensão dessa determinação. No entanto, a constatação de imputabilidade ou inimputabilidade não se estabelece mediante “um juízo geral sobre a essência, mas de um juízo existencial,

do qual é derivada uma afirmação sobre a realidade individual” (WELZEL, 2017, p. 130). Essa aferição acerca da capacidade de compreensão e autodeterminação é a base para afirmar a imputabilidade ou não do sujeito que pratica uma conduta típica e ilícita.

No ordenamento jurídico brasileiro, a inimputabilidade é o juízo de ausência de capacidade de compreensão e/ou autodeterminação, em relação ao sujeito que no momento da ação ou omissão era incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se conforme esse entendimento. Já a imputabilidade consiste na reunião das condições necessárias de discernimento e autogoverno do sujeito que pratica um ilícito típico.

Entre a responsabilidade penal e a imputabilidade há similitude de significados – a presença de condições mínimas de saúde mental para que alguém seja convocado a responder penalmente pelo delito que praticou. A responsabilidade, aspecto concreto da imputabilidade diante do ilícito penal típico praticado, é a obrigação que o indivíduo tem de arcar com as consequências jurídicas advinda do ato por ele praticado. Essa reponsabilidade depende da imputabilidade, pois só aquele tem consciência da antijuridicidade do fato e, ainda assim, opta por praticá-lo pode ser responsabilizado. Segundo Fuhrer (2000) “a responsabilidade (haftung) diz respeito ao liame que se forma entre o agente ativo do delito e as consequências jurídicas do cometimento do fato típico” (FUHRER, 2000, p. 38)

A imputabilidade é um conceito jurídico que se traduz na plenitude de responsabilidade penal. Condicionada à saúde mental e à normalidade psíquica é a condição de realizar um ato com pleno discernimento, sendo capaz de compreender proibições ou determinações jurídicas e direcionar a atividade psíquica para atos voluntários.

Em suma, segundo Almeida (2004):

Para o Direito Penal, imputável é todo aquele indivíduo capaz de entender o ato delituoso, direcionando sua conduta com discernimento e por livre vontade, sem qualquer interferência da doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A imputabilidade traduz a aptidão para ser culpável, significando juízo de reprovação, fundado na capacidade de estrutura psíquica do agente de entender e querer a prática da ação ilícita. (...) O inimputável, por sua vez, não consegue agir de acordo com esse juízo de reprovação, tendo estrutura psíquica alterada, não sendo capaz de entender e de determinar-se de acordo com a representação social do ilícito (ALMEIDA, 2004, p.97).

A inimizabilidade e a semi-inimizabilidade estão previstas no art. 26 do Código Penal de 1984:

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.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um 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. (BRASIL, 1984).

Assim, pela legislação penal brasileira, ao inimputável será imposta medida de segurança de caráter preventivo e assistencial visando ao tratamento da perturbação ou do retardo e objetivando evitar prática de novas infrações penais.

São duas as referências para identificação da capacidade ou incapacidade de culpabilidade: a higidez mental e o desenvolvimento mental. Ressalte-se que acreditar que as expressões pretendem caracterizar o atingimento ou não da capacidade racional-prática de converter razões em ações no universo valorativo e simbólico social-jurídico. (CARDOSO, 2014).

O instituto da inimizabilidade no direito penal português é muito semelhante ao direito penal brasileiro. Em Portugal a inimizabilidade está prevista no artigo 20º, capítulo I, Pressupostos da punição, Código Penal,

Art. 20º Inimizabilidade em razão de anomalia psíquica

1 É inimputável que, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

2 Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não acidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com sua avaliação sensivelmente diminuída.

3 A comprovada capacidade do agente para ser influenciado pelas penas pode constituir índice da situação prevista no número anterior.

4 A imizabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o facto (Código Penal Português. Versão atual digitalizada, 2015).

Os pressupostos para aplicação de uma medida de segurança são: a prática de um fato ilícito típico, a inimizabilidade e o fundado receio de que o agente venha a cometer outros ilícitos. É o que prevê o artigo 91 do Código Penal português:

1 Quem tiver praticado um facto ilícito típico e for considerado inimputável, nos termos do artigo 20º, é mandado internar pelo tribunal em

estabelecimento de cura, tratamento ou segura, sempre que, por virtude de anomalia psíquica e da gravidade do facto praticado, houver fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie.

2 Quando o facto praticado por inimputável corresponder a crimes contra as pessoas ou a crime de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a cinco anos, o internamento tem duração mínima de três anos, salvo se a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social (Código Penal Português. Versão atual digitalizada, 2015).

Cabe ressaltar a importância do utilitarismo no direito penal português, conforme previsto no número 3; se a pena a ser cominada não for capaz de produzir efeito intimidatório ou de ementa, aplicar-se-á medida de segurança.

Já a França adota o sistema etiológico ou biológico para aferir a inimputabilidade, sendo que, por esse critério o diagnóstico da doença mental ou da insanidade do indivíduo basta para afastar a responsabilidade penal. O conceito de inimputabilidade é trazido pelo Código Penal Francês em seu segundo Título, capítulo II, “Das causas de irresponsabilidade ou de atenuação da responsabilidade”.

Segundo o artigo 122-1, alínea 1 do citado artigo:

N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes (Code Pénal Français, Li 92.683/92).

E no Brasil, cabe ressaltar, antes de adentrarmos na legislação, que o processo pelo qual a loucura foi sendo transformada em doença mental foi reconstituído por Magali Engel, na obra *Os delírios da razão: médico, loucos e hospícios* (2001). A autora analisou “as ideias e vivências da loucura” no Rio de Janeiro, de 1830 a 1930 e, pontua que a noção científica de doença mental foi construída no país através de uma série de “apropriações de imagens da loucura veiculadas pelo senso comum” (ENGEL, 2001: p. 12). Enquanto, na Europa, desde o século XVIII, o médico francês Pinel, já havia sustentado a ideia de que a pessoa que apresentasse alterações psíquicas seria doente mental e deveria ser tratado pela medicina.

As diversas alterações sofridas pelo Código Penal brasileiro retratam esse processo de transformação, em relação aos doentes mentais. Do *uomo delinquente* ao binômio doença/sanidade mental, até a adoção do paradigma de *uomo médio*. Porém, questiona-se: Quem é esse homem médio?

O Código penal do Império, de 1830, determinava que “Não se julgarão criminosos os loucos de todo gênero, salvo se tiverem intervalos lúcidos e neles cometerem crimes” (BRASIL, 1831, s/p).

Não seria excluído o crime se praticado nos intervalos lúcidos, o louco recuperava sua capacidade, podendo ser considerado criminoso.

O Código penal da República, de 1890, art. 27, §§ 3º e 4º, previa:

Não são criminosos: os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação; os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime (BRASIL, 1892).

É no momento do fato que será analisado o discernimento, se pleno ou se inexistente ou reduzido em razão de doença mental. Ainda que loucos, tendo cometido crimes devem ser mantidos em severa vigilância (Louco-culpado).

“Imbecilidade nativa”, “enfraquecimento senil” e “completa privação dos sentidos e da inteligência” expressões não mais utilizadas.

O Código Penal Brasileiro de 1940, art. 22:

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 criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1941).

Com a promulgação do Código Penal de 1940 institui-se definitivamente a sistematização das medidas de segurança no Brasil e, inovou ao introduzir a figura da semi-imputabilidade ou culpabilidade reduzida, prevista no art. 22 do parágrafo único.

O Código Penal brasileiro adotou o critério bio-psicológico normativo ou misto, dentre os três sistemas de aferição da inimputabilidade, refutando o critério psiquiátrico e o critério psicológico.

Em rápida síntese, o sistema psiquiátrico, de inspiração francesa, considera a inimputabilidade sob a ótica das causas biológicas, ou seja, para isentar o “doente” da pena basta o diagnóstico da doença mental ou da insanidade do indivíduo. Isso traz um grave inconveniente, considerar *a priori* a inimputabilidade pelo simples fato de existir um desarranjo psíquico ou mental. Ademais, essa antecipação de juízo desconsidera os momentos de estabilidade, nos quais esse sujeito pode alcançar plena compreensão das proibições ou determinação jurídicas, aferir as repercussões

que sua ação pode acarretar para o convívio social e, ainda, determinar-se em conformidade com esse entendimento. Por sua vez, o sistema psicológico considera apenas o momento psíquico do autor na ocasião do crime. Desnecessária demonstração da insanidade mental. Por este critério admite-se a impunidade considerando um determinado momento de descontrole psíquico.

Já no sistema biopsicológico normativo ou misto, opção do legislador brasileiro, a presença da doença mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não basta para isentar o agente da pena. Necessário, ainda, que a doença ou o retardo mental retire do indivíduo a capacidade de entender e de se determinar perante o caráter ilícito do fato. Esse sistema combina a causa biológica ao efeito psicológico produzido por essa mesma causa (ausência de entendimento ou impossibilidade de portar-se de acordo com ele). Não basta o não entendimento para induzir inimputabilidade penal; a falha de perceber ou de agir deve ser necessariamente produção direta a doença ou retardo mental. Consequentemente delimita o campo de análise jurídica às anomalias psíquicas que influenciam na prática de atos previstos, em lei, como crime. A doença mental ocorrida antes do cometimento do crime é penalmente irrelevante; se posterior ao crime e, desde que ocorrida durante o período de cumprimento da sanção imposta, interessa apenas à execução da pena.

A outra inovação referente à inimputabilidade foi a inserção da figura da semi-imputabilidade ou culpabilidade diminuída. Na semi-responsabilidade o agente é imputável, porém o juízo de reprovação que recai sobre sua conduta é diminuído em decorrência do maior esforço por ele empreendido para entender e autodeterminar-se.

Em tema de inimputabilidade penal, considera-se doença mental todas aquelas que, envolvendo as estruturas psicóticas, neuróticas e perversas, em momento de crise profunda, podem ter como efeito a incapacidade de entendimento e de determinação do agente. Ou, durante as quais, o agente tem capacidade de entendimento e determinação não plena. Neste caso, os indivíduos são chamados fronteiriços, sendo considerados semi-imputáveis.

Também podem ser considerados semi-imputáveis os indivíduos que possuem desenvolvimento mental incompleto, não pleno, mas há certa capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação em conformidade com regras sociais. E, ainda, aqueles que possuem desenvolvimento mental retardado – casos de oligofrenia.

Assim, adotado o critério biopsicológico, a capacidade ou não de entendimento e autodeterminação do agente serão aferidas no momento da prática do crime, e qual a causa de tal conduta. Logo, é possível que um indivíduo seja portador de transtorno mental e imputável. Para tanto, basta que no momento da prática do ilícito o sujeito não esteja em crise psiquiátrica que retire parcial ou totalmente sua capacidade de pautar a conduta de forma diversa do delito.

A possibilidade de um sujeito portador de transtorno mental ser imputável, além de constatar a capacidade de entendimento e autodeterminação do sujeito, quando estabilizado e/ou em tratamento adequado, afasta o estigma de perigoso.

O Código Penal de 1940 sofreu alterações com o advento da Lei nº. 7.209, de 11 de julho de 1984. A inimputabilidade e a semi-imputabilidade, estão previstas no art. 26 do código vigente, o qual foi pouco modificado. Substituição da expressão “caráter criminoso” por “caráter ilícito”.

No caso da semi-imputabilidade, sendo verificada, se condenado, o juiz reduzirá a pena cominada ao fato ilícito de um a dois terços; ou, se o condenado necessitar de especial tratamento curativo, poderá o juiz com base no art. 98 do Código Penal, substituir a pena por medida de segurança.

Já, a expressão saúde mental, prevista no art. 26, caput, é, atualmente, tomada de forma ampla, incluindo todas as moléstias que causem alteração de consciência, seja de cunho orgânico, tóxico, funcional ou estrutural, episódica ou crônica, incluindo estados que não são propriamente doença mentais, como o desmaio e o delírio febril (FÜHRER, 2000).

4.4.3 Periculosidade e medida de segurança

A noção de periculosidade, embora introduzida no Direito Penal pela Escola Clássica, por Feuerbah, teve o conceito e o desenvolvimento de sua teoria, no século XIX, pela Escola Positiva. A escola clássica, maior expoente Francesco Carrara, se caracterizava por entender o delito como um ente jurídico, não natural, visto como infração ao direito e também ao pacto social; pura lógica jurídica que construiu a doutrina penal, voltada apenas para o delito e as penas; preconizava a liberdade de vontade do homem tendo como suporte o livre-arbítrio e, seguindo a filosofia política do liberalismo buscava influir nos rumos da política criminal enfatizando o acento no crime e não no criminoso (ARAGÃO, 1955).

O estudo do direito na escola clássica é realizado idealmente, como também o delito não é considerado resultante de uma combinação de fatores biológicos, físicos e sociais. O método dedutivo era utilizado para aferir a pena, já que o crime era mera infração da lei, possibilitando, assim, a constituição de um Sistema Penal alicerçado na objetividade da responsabilidade. Defensora do livre-arbítrio, do poder que tem o homem de decidir por respeitar ou não a lei penal, considerava a pena como uma retribuição ao delinquente pelo delito praticado, mas não se observa um estudo específico sobre a culpabilidade.

O delinquente não era considerado um ser diferente, a sua vida social e a sua personalidade não eram consideradas, só o fato praticado interessava.

Para esta escola, observa Aragão (1955) “a responsabilidade penal do criminoso se funda na responsabilidade moral, e esta tem por base o livre arbítrio, faculdade inerente à alma humana”. (ARAGÃO, 1955, pp.71-72)

A característica comum a todos os clássicos era o elogio à liberdade, ao individualismo, somado à indignação e revolta para com os abusos e arbitrariedades, frutos do Absolutismo.

Com o tempo, novos métodos de investigação da Natureza surgiam sob a influência das ideias do determinismo. Todos os fenômenos podem ser conhecidos antecipadamente, já que são produtos das leis mecânicas de causa e efeito, a teoria da liberdade de vontade entra em declínio.

Até meados do século XIX, não havia um saber formalizado que relacionava loucura ao crime e, em decorrência à periculosidade. A loucura e o perigoso eram reconhecidos na sociedade por meio de atos e comportamentos dos indivíduos, observados pelo julgamento moral e social.

Com o advento da Escola Positiva, as ciências penais passam a envolver-se e a interessar-se pelas outras ciências humanas. Por volta de 1850, cientistas, incluindo antropólogos, sociólogos, psicólogos e psiquiatras, considerando as teorias evolucionistas e utilizando o método indutivo, iniciam um estudo sobre o crime.

Surge, na Itália, a Escola Positiva preconizando ser a criminalidade determinada por fatores psíquico-orgânicos, a inexistência do livre arbítrio e concebendo o delinquente como ser anormal, não evoluído. Sendo a criminalidade um mero resultado dos motivos determinantes que agiam sobre o homem delinquente, este passou a ser o centro dos estudos desenvolvidos pelos positivistas. Estes buscando as causas acabavam analisando-as concretamente, pois o homem

delinquente consiste em um “tipo definido pela presença constante de anomalias anatômicas e fisiopsicológicas” (BRUNO, 1950, p. 99).

Três foram os fundadores dessa escola: Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo.

O médico Césare Lombroso (1836-1909), autor da obra “*O Homem Delinquente*” (2005), desenvolveu a ideia de que a criminalidade se origina de fatores biológicos. Realizou pesquisas a respeito do homem delinquente, principalmente sob o aspecto anatômico. Posteriormente, agregou às causas da criminalidade a epilepsia e a loucura. O âmbito da criminalidade se restringiu quase que exclusivamente ao patológico. O criminoso passou a ser considerado um anormal e a responsabilidade foi substituída pela periculosidade. Desenvolveu a ideia de que determinadas condições hereditárias e/ou anomalias produziram um tipo humano com predisposição natural para o crime e o denominou “criminoso nato”⁴.

Raffaele Garófalo (1851-1934) procurou criar um novo conceito de delito – delito natural, incorporando fatores psicológicos. Sustenta que o fim da pena é neutralizar o delinquente, afastando-o da sociedade. Na aplicação da pena deve ser analisada não a gravidade do fato, mas a periculosidade do agente⁵.

Enrico Ferri (1856-1929), com a obra “*Sociologia Criminal*” (1999), atribuiu aos fatores antropológicos, físicos e sociais as causas da delinquência. Como os demais deterministas negavam a “responsabilidade moral” decorrente do livre arbítrio, substituindo-a pela responsabilidade social que decorre do fato do homem viver em sociedade, cujo comportamento se encontra condicionada por fatores antropológicos,

⁴ O tradutor do *L'Uomo Delinquente* fez uma síntese do tipo criminoso: “o delinquente completo, reunindo a maioria das características do seu tipo, tem geralmente pequena capacidade craniana, mandíbula pesada e desenvolvida, grande capacidade orbital e índice orbital análogo aos dos cretinos, arcadas superciliares salientes. O crânio é frequentemente anormal, assimétrico. A barba é escassa ou ausente, mas a cabelos é abundante. A inserção das orelhas é normalmente em asa. O nariz é quase sempre torto ao achatado e pequeno. A fisionomia é muitas vezes feminina no homem, viril na mulher. A saliência mongolóide das arcadas zigomáticas não é rara” (LOMBROSO, Cesare. *O Homem Criminoso*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 12).

⁵ Para Garófalo, “o criminalista sociólogo não pode estudar outra coisa: só os verdadeiros delitos interessam à ciência, a qual cumpre estudar suas causas naturais e os seus remédios. Enquanto estes, os verdadeiros delitos, os delitos naturais, ofendem a moralidade elementar de um povo civilizado e revelam anomalias nos que os praticam, os outros atos puníveis violam apenas as leis de uma determinada sociedade, variáveis de país para país e relativas a condições particulares e necessidades de governo, pelo que não se pode mais procurar-lhes causas biológicas, ou imaginar para eles remédios que não sejam castigos também variáveis segundo a maior ou menor necessidade de repressão” (GAROFALO, Rafael. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1925, p. 80-81).

físicos e sociais.

A Escola Positiva advoga a incapacidade do delinquente de responder pelos crimes, por ser um homem determinado a praticar condutas anti-sociais em decorrência de anomalias anatômicas e mesmo psicológicas. A pena consiste em medida de defesa social e sendo aplicada em decorrência da perigosidade deve persistir enquanto houver periculosidade. O delito transmuda-se em um sintoma da personalidade perigosa que precisa ser neutralizada. O castigo dirigia-se ao autor e não ao fato. A reprovação, aferida com base no grau de temibilidade ou perigosidade, passa a incidir diretamente sobre a própria existência do agente e não sobre o ato praticado. O direito penal passa a se fundar exclusivamente na necessidade de defesa social, legitimando o afastamento estatal das garantias e direitos fundamentais. O cumprimento das sentenças passa a depender em grande medida da personalidade do delinquente.

Cabe observar que, em um sentido amplo, os positivistas deslocam o delito do ideal para o real atribuindo-lhe a característica de fato humano e ao homem com todos os fatores psíquicos/orgânicos é reconhecida a responsabilidade, sendo esta alicerçada na capacidade do homem de prever fatos cotidianos e, em conformidade com sua vontade, agir no sentido de provocar ou evitar a ocorrência.

O delito foi transformado em simples episódio de desajustamento social do homem. O livre arbítrio e a responsabilidade moral, figuras criadas pela Escola Clássica, perdem o sentido. O homem é introduzido pela escola positiva como protagonista da justiça penal, não considerando apenas seu ato. O delito passou a revelar dois lados: o do perigo social e o da defesa social.

O perigo social retratado pelo homem com personalidade desajustada por causas orgânicas ou funcionais enquanto o a defesa social retratava o perigo que esse sujeito desajustado representava para a ordem jurídica e para os interesses comuns ameaçando a ordem social e os interesses legítimos consagrados e protegidos pelas normas jurídicas.

Negada a liberdade humana e a responsabilidade como fundamentos da pena, o interesse repressivo se concentrou na periculosidade do agente, apontando suas anomalias e anormalidades mentais, chegando a crer em uma tendência inata do homem para o delito, impedindo a adaptação social do sujeito. Em princípio, buscava-se esclarecer a criminalidade tendo por base somente a Biologia e a Genética, deixando de lado a ação do meio social e cultural. Sendo inviável, altera-se o

entendimento quanto à origem do delito considera-o como complexo de fatores causais, individuais e coletivos, ligando características físicas, psíquicas e sociais de cada sujeito.

A avaliação do estado de periculosidade penal do delinquente baseia-se em noções biológicas e psicológicas. Por que a Periculosidade Penal, constituindo-se como expressão de valores-causais, quer sejam predisponente ou desencadeantes do todo das condições individuais ou ambientais que direta ou indiretamente objetivaram o delito. (BADARÓ, 1972).

Maria Cristina Behelany Dutra, em sua obra *“as relações entre psicose e periculosidade: Contribuições clínicas da concepção psicanalítica da passagem ao ato”* (2002), ao se referir aos caracteres pessoais de uma conduta delitiva, esclarece que esses componentes podem ser representados por ânsia, irritação, instabilidade, intolerância, frustrações, os quais podem ser deflagrados quando em contato com tensões, conflitos, controle ou pressão. Esses caracteres pessoais podem ser chamados de componentes de vulnerabilidade, expressando-se por meio de predisposição ao delito quando se chocam a uma situação social desfavorável.

Além disso, contribuiu para a origem do conceito de periculosidade o princípio da individualização da sanção penal, também sustentado pelos positivistas. Defendiam que a personalidade do homem constitui o elemento básico para uma correta aplicação da sanção penal, sendo necessário adaptar a sanção ao crime e à personalidade do criminoso. A partir daí a aferição do crime e dos motivos que o determinaram somente se completa mediante a integração de condições pessoais, familiares e sociais.

Em decorrência da individualização das sanções penais, graduadas pela conduta do agente, considerando as causas biopsicosociais determinantes da periculosidade, passam a coexistir dois tipos de sanções penais: as penas e a medida de segurança.

Importante aspecto distintivo da pena para a medida de segurança. Fundando-se a pena no argumento de retributividade pela reprovabilidade de conduta ilícita, que, deve ser censurada, pois o sujeito era capaz de discernir entre o bem e o mal, autodeterminando-se de acordo com livre vontade, a culpabilidade do autor do delito afasta a aplicação da medida de segurança. Diferente disso, a medida de segurança foi vinculada e formulada a partir do conceito de periculosidade, somente aplicável aos indivíduos cuja conduta tivesse sido determinada por condições pessoais que

obstasse a aplicação da pena. O juízo de periculosidade substitui o juízo de culpabilidade.

Inadequado seria olvidar que todos os delinquentes apresentam certo perigo para a sociedade. Porém, a noção de periculosidade e o advento da medida de segurança enfatizam é que alguns podem entender o caráter ilícito do ato praticado ou que queiram praticar, enquanto outros assim não conseguem proceder.

A formulação do conceito de periculosidade foi feita por Raffael Garofalo em 1878, denominada temibilidade. Inicialmente, significou perversidade do delinquente e quantidade de mal que se deveria temer. Posteriormente, passou a basear-se na inadaptabilidade social do sujeito. Mas, foram Asuá e Grispigni que consolidaram o conceito de periculosidade.

O temor resultava da gravidade, intensidade e persistência da conduta delitiva e graduava-se pelo perigo futuro. A quantificação da temibilidade corresponde ao resultado ou consequência da periculosidade com probabilidade de delinquir, normatização não adotada pelo sistema penal brasileiro.

A perigosidade é definida juridicamente por Grispigni em 1920 como sendo “um estado de antijuridicidade de um sujeito, que tiene por consecuencia la aplicación al mismo de una sanción criminal” (GRISPIGNI, 1929, p. 4). Assim passa a fundamento do direito de punir, enquanto para Garofalo (1925) consistia em medida da sanção. Distingue-se a periculosidade criminal e social. A periculosidade social consistia na possibilidade de que o sujeito cometesse atos danosos à sociedade, provocando temor. Neste caso, a punição do sujeito encontra seu fundamento na necessidade do Estado de impor medidas preventivas que impeçam que a potencialidade lesiva do agente se concretize em ações prejudiciais ao corpo social. Dessa forma, constatada a periculosidade social desse sujeito é constatada antes e independentemente da prática do ato delitivo. Origina-se a possibilidade da periculosidade sem delito.

Nos estudos realizados por Ferri (1999), a distinção entre o perigo social e perigo criminal conduz à adoção de medidas diversas. Enquanto o perigo social traz consigo o perigo de crime, sendo punível por medidas administrativas de polícia ou de segurança, o perigo criminal traz o perigo de recidiva, sendo punível pela justiça penal. É necessário proteger a sociedade da delinquência. Para tanto, a defesa social deve abranger todos os fatores de criminalidade, mediante ação repressora e profilática de forma a alcançar todos os homens e as condições sociais, ambientais e familiares propulsoras do delito. Qualquer conduta anti-social revela a periculosidade

e deve ser reprimida por medidas eficazes na prevenção e proteção da sociedade.

Sob essa perspectiva, com base em prognóstico, certos indivíduos, tidos como socialmente perigosos, como homossexuais, prostitutas, mendigos e os doentes mentais, mais cedo ou mais tarde, cometeriam ações que causariam dano à comunidade, devendo por isso, a eles serem aplicadas medidas (segregação, tratamento) com o propósito de defender a ordem social de tais atos. Então, a imposição dessas medidas com base na periculosidade social do sujeito, importava no afastamento do convívio social de tal sujeito, dito perigoso e por isso insuportável ao corpo social, já que significava uma ameaça aos interesses legítimos consagrados pelas normas jurídicas.

Consoante o magistério de Eduardo Reale (2001):

[...] a periculosidade criminal funda-se na base legal de que os doentes mentais provavelmente praticarão novos ilícitos-típicos, movidos por certos apetites e impulsos, configurando-se a medida de segurança penal a modalidade sancionatória por excelência para tratá-los ou neutralizá-los (REALE, 2001, pp. 155-157).

Ferri não acreditava na existência de inimputáveis, pois, todos os homens devem responder por seus atos perante as leis. A reprovação social encontra suporte no direito de defesa da própria sociedade. O crime revela a incapacidade do autor de conviver socialmente. A punição consiste no meio jurídico empregado pelo ente organizado na luta contra o crime, representando um instrumento de prevenção e profilaxia apto a afastar do convívio social o incapaz. (FERRI, 1999).

Os positivistas colocavam em plano destacado o criminoso, já que seguiam a fórmula “Primeiro o homem, depois o crime”, elaborada por Ferri. (SOUZA, 1982, p.74)

A colocação do agente com total precedência sobre o ato cometido faz surgir a responsabilidade pelo que se é. Classificam-se os delinquentes não mais com base em sua conduta, mas pelo modo de ser. Desnecessário aguardar o acontecimento, a ocorrência do fato, pois este é apenas uma mostra da periculosidade do indivíduo.

A teoria da defesa social sustenta que a periculosidade evidenciada pela personalidade do sujeito é pressuposto de qualquer sanção, abrangendo tanto o perigo traduzido pelo delito, quanto a periculosidade sem delito, sendo também a responsável pela graduação da medida aplicável. O delito, tomado como sintoma da personalidade do agente, é considerado com uma revelação do seu modo de ser e a sanção associa-se de forma direta à periculosidade do agente. Assim, os maus

hábitos justificam a punição ou neutralização pelo perigo que o sujeito representa à sociedade. E mais, por ser o agente um sujeito perigoso, não se deve castigar o ato que apenas demonstra o desvalor de sua personalidade. A punição deve focar a sua atitude interna corrompida.

Considerando o conceito de estado perigoso como probabilidade de que um sujeito pratique ou volte a praticar crimes, então, diverso será o conteúdo das medidas aplicadas a esse sujeito antes do cometimento de um delito. Até então, a periculosidade tem por fundamento o perigo do delito, o perigo das práticas de novos delitos, ou o perigo *a priori*, evidenciado na possibilidade de crimes futuros. Mas só pode haver certeza sobre o que já se passou, não há saber científico que permita uma previsão infalível, já que existe a contingência. A consequência disso é que as previsões dos experts são, na melhor das hipóteses, continuamente superadas, referem-se sempre ao passado, ou, no extremo, não podem sequer ser chamadas de científicas (MAGALHAES, 2012).

Como se observa, as medidas aplicadas a um agente após a prática de um delito têm como pressuposto a prática de um crime anterior, não se dirigindo sanção alguma a delitos futuros. Caso se pretenda prevenir a prática de crimes futuros, a sanção terá por base a probabilidade, verdade provável – e não possibilidade – direcionada à periculosidade atual. Ao promover a fusão entre o sujeito e a conduta criminosa, o estado de perigo, criação jurídica, que consiste na capacidade ou qualidade do indivíduo, nega ao sujeito a possibilidade de escolha, além de subtraí-lo da reprovabilidade em relação à conduta prática.

Permitir a aplicação de sanções por atos estranhos ao crime, reduzir o agente à condição de ser inferior, incapaz, devendo, por isso, ser neutralizado, constituem aspectos capazes de trazer à lembrança as antigas formas de repressão penal, nas quais, sem indagar a intenção do agente, punia-se o agente somente por ter praticado uma ação danosa. (BRUNONI, 2008).

Por tais razões, resulta inadmissível, a validação de regras jurídicas que se ajustem à concepção de presunção de periculosidade, uma vez que esta afronta diretamente às normas garantidoras dos direitos e das liberdades fundamentais protegidas juridicamente. E, em matéria de direitos humanos, “não se admitem regressões [...] ainda que efetuadas por diplomas jurídicos de hierarquia superior àquele em que foram tais direitos anteriormente declarados”. (COMPARATO, 2008, p. 293).

Ainda que a sociedade deposite toda sua esperança no Direito Penal como instrumento para conter a criminalidade; ainda que o discurso do Direito Penal exerça enorme influência sobre convencimento das pessoas produzindo uma comoção e um apelo insistente por maior proteção, o Direito não pode se compatibilizar com violações desnecessárias aos direitos e liberdades fundamentais. Há limites ao poder punitivo e utilizá-lo como um símbolo de eficiência, de proteção, de eficácia representa uma tentativa de ocultar a ausência de atuação estatal em áreas diversas. Não se pode olvidar que quando da aplicação da sanção penal se coloca em jogo um bem jurídico dos mais importantes – a dignidade da pessoa humana. É preciso insistir na limitação do poder punitivo.

No artigo 26 do Código Penal brasileiro, o conceito de periculosidade restringiu-se aos inimputáveis e semi-imputáveis. Aplicar-se-á medidas de segurança, observado o perigo do sujeito e pena, observada a culpabilidade, abstraindo-se o perigo. Daí “perigoso” pelo ordenamento jurídico brasileiro é somente aquele que não pode ser responsabilizado juridicamente pelo ilícito praticado, em decorrência de não possuir condições pessoais para entender o caráter ilícito do fato e se determinar de acordo com tal entendimento. De outra parte, para o Direito Penal é imputável o sujeito, se possui a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que lhe confere a capacidade de entender a ilicitude do seu comportamento, podendo escolher entre o bem e o mal.

Para Fragoso (1992):

a culpa consiste na reprovabilidade da conduta ilícita de quem tem capacidade genérica de entender e querer e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao direito (FRAGOSO, 1992, p. 196).

Claramente visualiza-se a influência finalista de Welzel, que afirmava ser a essência da culpabilidade a reprovabilidade.

Em alguns casos, o transtorno mental pode impossibilitar a culpabilidade, sendo imposta uma medida de segurança. Logo, a pessoa com transtorno mental não é sempre um “sujeito perigoso”. Os transtornos mentais, por si só, não são causas de inimputabilidade, independentemente de sua gravidade. Ademais, atualmente, são inúmeros os tratamentos e, em sua maioria, essas doenças podem ser estabilizadas, tornando o portador de transtorno mental capacitado para a vida comum.

A gravidade se encontra na generalização da periculosidade, conjugando-a com a inimputabilidade. Isso termina por estigmatizar a pessoa com transtorno mental como sujeito perigoso. Na legislação penal atual, aos casos de inimputáveis que cometem crimes, aferida a periculosidade, é aplicada uma medida de segurança.

Segundo Giuseppe Bettiol (2003), periculosidade, defesa social, medidas de segurança, ressocialização, são expressões menos rudes que retribuição, culpabilidade, pena, emenda, mas são, também, expressão verbal do homem, da vida, da história ligadas à nova defesa social, na tentativa de subverter as exigências do Estado de direito (BETTIOL, 2003, p.224).

Para Aníbal Bruno (1978)

“As medidas de segurança justificam-se porque necessárias à defesa da ordem jurídico-social contra o crime. Alguns autores não se satisfazem com essa justificação e procuram aprofundar a pesquisa em busca de um apoio ético-jurídico. Mas deve-se ponderar que a ordem jurídico-social é um valor que é legítimo em restrição a direitos individuais, desde que esses meios sejam empregados com as garantias asseguradas pelo Direito. Essa necessidade de defesa de um valor primordial para a coexistência humana basta para a justificação jurídica e ética da medida de segurança (BRUNO, 1978, p. 287).

A medida de segurança, antes da reforma da parte geral do Código Penal brasileiro, em 1984, era aplicada aos réus que houvessem cometido fato previsto como crime e que fossem, pelas razões previstas pela Lei, considerados perigosos.

Nas lições de Anibal Bruno (1978),

Pressuposto da medida de segurança é a perigosidade criminal do agente. Ela é que justifica a aplicação desse meio de defesa social contra o crime, para prevenir a realização em ato da ameaça contida no sujeito. [...] Essa condição de perigosidade, que se conceitua juridicamente na fórmula probabilidade de delinquir, é um estado de desajustamento social do homem [...] ao lado dessa perigosidade verificada, a lei admite casos de perigosidade presumida (BRUNO, 1978, p. 290).

Dentre os considerados presumidamente perigosos pela lei: os doentes mentais (inimputáveis) e os semi-imputáveis. Nestes casos, a presunção da periculosidade não admite prova em contrário. Nestes casos, “a presunção da periculosidade tem validade somente para o período mínimo de duração fixado na lei. Para o prosseguimento da execução da medida, o estado perigoso tem de ser sempre verificado pelo juiz” (BRUNO, 1978, p.292).

Em relação às contravenções penais, a sistemática anterior do Código Penal, os sentenciados pela prática de tal infração penal também se submetiam às medidas

de segurança.

Sendo a periculosidade presumida por lei, a atividade pericial consistia apenas e tão-só, na verificação da existência da doença mental. Aos peritos não cabia opinar sobre a existência ou inexistência de uma periculosidade. Já era considerada existente pela lei, presunção absoluta, não admitia prova em contrário.

Contudo, para aplicar medida de segurança, exige que seja verificado o grau de periculosidade do sujeito, bem como a prática de um ilícito-típico. Surge a questão: se há presunção absoluta de periculosidade, como verificar o grau de periculosidade existente no sujeito? Como sustentar que periculosidade consistia na característica de quem é perigoso, representando um risco a si mesmo ou a terceiros.

Dessa forma, necessária foi uma evolução na interpretação. Se todo doente mental infrator era perigoso passou-se a exigir que essa periculosidade se revelasse na prática do ilícito-típico em razão das questões relacionadas à sanidade e desenvolvimento mental, exigindo que o juízo de periculosidade fosse desenvolvido considerando um caso concreto. (QUEIROZ, 2008)

A introdução do juízo de periculosidade no Direito Penal brasileiro deu-se por intermédio dos trabalhos realizados pelo Médico Psiquiatra Heitor Carrilho, uma vez que, os seus laudos psiquiátricos eram considerados “excelentes monografias onde se encontravam os avanços da psiquiatria de seu tempo e a exegese das leis, no trato com o problema dos criminosos psicopatas” (MEDEIROS, 2004, p.96).

A partir disso, a periculosidade vincula-se a um juízo de prognóstico de que o inimputável sentenciado pudesse voltar a praticar ilícito-típico. E, para revogação da medida de segurança, a cessação de periculosidade torna-se uma exigência e prevalece. Permanece a periculosidade sendo aplicada e pressupõe um prognóstico – risco que o inimputável possa representar para si próprio e para terceiros.

4.5 Juízo prognóstico e medida de segurança

A periculosidade é reconhecida através de um juízo projetado para o futuro, compreendido como a probabilidade do cometimento de novos crimes pelo sujeito.

Para aferir a cessação da periculosidade no sentenciado exige-se a avaliação técnica de um profissional de medicina, em conformidade com art. 97, §§ 1º e 2, do CP e, ainda, art. 175, II, da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84). Tal avaliação constitui a única referência eminentemente técnica a subsidiar o juiz da execução na

prolação da decisão sobre a permanência ou não da periculosidade no inimputável.

Outrossim, o fenômeno da loucura é muito mais amplo do que apenas o seu espectro patológico, meramente doentio, perpassa também por causas e estágios relacionados a fenômenos afetivos, emocionais. Nesse aspecto, o médico Philippe Pinel realizou estudo pelo qual desvinculando alienação mental de personalidades criminosas, elevou, pela primeira vez, os doentes mentais à condição de pacientes (CARDOSO, 2012).

É de fundamental importância para o juízo de prognose da pessoa com transtorno mental, avaliação acerca do desenvolvimento psicológico, aprendizagem, percepção, emoção, inteligência, comportamento, em suma, avaliação multidisciplinar.

Atualmente, a prolação da decisão que desinterna o inimputável é feita, com total distanciamento entre o juiz e a realidade vivenciada pelo sujeito com transtorno mental. Não há contato entre o magistrado e a pessoa com transtorno psíquico, inexistindo qualquer participação no processo de avaliação psiquiátrica. Para que se evite insegurança jurídica na aferição da periculosidade criminal, faz-se mister apregoar a multidisciplinariedade prognóstica, subsidiando o juiz com maiores e mais abrangentes informações técnicas no instante da decisão acerca da permanência ou não do critério da periculosidade (CARDOSO, 2012).

Ora, se a medida de segurança criminal, para alguns, configura-se efetivamente como sanção penal, obrigatória será a contínua avaliação e individualização da sentença. Na precisa lição de Ferrari (2001),

Nossa atual Lei de Execução Penal não discrimina a forma de acompanhamento psicológico, social ou médico na evolução do delinquente doente mental, a exemplo da absoluta ausência de contato entre os juízes e os doentes mentais. Psiquiatra e juízes ficam isolados em seus ofícios, esquecendo-se de que há fins inerentes à execução da sanção penal, denominada medida de segurança (FERRARI, 2001, p. 163).

4.5.1 O incidente de insanidade mental e a medida de segurança

Para aferir a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado é necessária a instauração de um processo incidental que, apensado ao devido processo criminal, tem por objeto apreciar questão incidental versando sobre a sua capacidade de compreensão do ilícito ou de determinação de acordo com esse entendimento à época

da infração penal. Após a resolução da questão incidental, o juiz terá subsídios suficientes para, no processo principal, decidir pela absolvição ou condenação do réu, neste caso aplicando a pena adequada e necessária, ou, ainda, pela absolvição imprópria, impondo ao agente a medida de segurança.

O processo incidental é solucionado por meio da realização de uma perícia psiquiátrica, pois, em se tratando de feito em que se discute a sanidade mental do agente, envolvem, na quase totalidade dos casos, conhecimentos que escapam ao magistrado, haja vista inerentes à medicina e, mais específicos à própria psiquiatria.

4.5.2 Da perícia psiquiátrica e a medida de segurança

A verificação da sanidade mental do agente, prevista no artigo 159 do Código de Processo Penal brasileiro, é matéria de interesse do próprio agente, de sua defesa e de toda a sociedade, ante o princípio da defesa social. Mesmo sendo de interesse público, o poder que a lei confere ao juiz de rejeitar as conclusões da perícia médica não chega ao ponto de autorizá-lo a substituir os peritos, os quais nomeados pelo magistrado exercem a função de auxiliar do Poder Judiciário, esclarecendo pontos e traduzindo para a linguagem jurídica um saber científico distante da realizada jurídica.

Ademais, como órgão auxiliar do Poder Judiciário, o perito possui deveres quanto ao prazo para entrega do laudo pericial, ao desempenho técnico, à condução do trabalho pela probidade e pela imparcialidade no caso concreto em que atua.

O exame médico legal não pode ser substituído por outras provas, nem mesmo por inspeção pessoal do juiz e, muito menos por laudo pericial realizado em outro incidente instaurado em ação penal, pois o grau de entendimento e determinação do indivíduo deverá ser aferido no momento da prática do fato.

Segundo De Plácito e Silva (2000) perícia:

(...) designa em sentido lato, a diligência realizada ou executada por peritos, a fim de que se esclareçam o se evidenciem certos fatos. Significa, portanto, a pesquisa, o exame, a verificação, acerca da verdade ou da realidade de certos fatos, por pessoas que tenham reconhecido habilidade u experiência na matéria de que se trata (...) a perícia tem como espécie: os exames, as vistorias, as avaliações (...). A perícia, por via de regra, importa sempre em exame que necessite ser feito por técnicos, isto é, por perito ou pessoas hábeis e conhecedores da matéria a que se refere (DE PLÁCITO E SILVA, 2000, p. 602).

Determinada a realização de perícia médico-legal, objetivando a apuração da sanidade mental, dispõe a lei que, para efeito do exame, o acusado, se estiver preso,

deverá ser internado em “manicômio judiciário”. Se estiver solto, os peritos poderão requerer sua internação em estabelecimento que o juiz julgar adequado.

O exame pericial deverá ser realizado, em princípio, no prazo de até 45 dias. Poderá o perito, entretanto, requerer prazo suplementar que poderá ser concedido pelo juiz. Tal prorrogação pode ser necessária para melhor análise e estudo do caso exigindo contato prolongado com o acusado para garantir que a apuração e a constatação da doença mental ou da perturbação da saúde mental sejam desempenhadas de forma tecnicamente correta.

No Estado de Minas Gerais, as perícias de sanidade mental são feitas no IML – Instituto Médico Legal; no Manicômio Judiciário Jorge Vaz, em Barbacena; no Hospital de Toxicômanos Padre Wilson Vale da Costa, em Juiz de Fora e no Instituto Raul Soares, em Belo Horizonte. Ressalte-se que, diante da sobrecarga de serviço o período entre o pedido de realização do exame e sua efetivação chega a mais de um ano.

Os laudos periciais são baseados em quesitos, perguntas formuladas pelo juiz, pelo promotor de justiça e pela defesa do réu. Aos quesitos o perito deverá responder afirmativa ou negativamente, deve evitar fazer considerações. Isso já não ocorre na conclusão, quando é facultado ao perito maior elaboração. (COHEN; FERRAZ e SEGRE, 1996),

A instauração do incidente de insanidade mental deve ser determinada, presentes indícios concretos de inimputabilidade do sujeito, depois de verificada a materialidade do fato e, se a ele deva ser imputada a autoria do ilícito praticado.

Concluída a perícia, o laudo será juntado aos autos com a resposta aos quesitos e a melhor terapêutica a ser aplicada ao caso concreto, fornecendo ao juiz subsídio técnico para decisão judicial. Dispõe a lei que o juiz criminal não esteja adstrito ao laudo pericial, podendo ou não acatar as conclusões, no todo ou em parte, e decidir de modo diverso do que foi verificada pelos peritos (BRASIL, 2016). Nesse sentido, a jurisprudência:

Consoante entendimento sufragado no âmbito do Excelso Supremo Tribunal Federal, embora “[...] o juiz não fique adstrito ao laudo médico, não pode recusá-lo sem sólidas razões, pelo que, inaceitando-o, cabe submeter o paciente a novo exame médico, para que possam ficar definidas suas condições de dependência” (RHC nº 63, Relator Ministro Aldir Passarinho, in DJ 19/9/86).

E ainda:

Prova. Incidente de sanidade mental. Inimputabilidade afirmada. Não acolhimento pelo juízo sentenciante. Anulação da sentença e determinação de nova perícia. Provimento parcial do recurso. Não pode o juiz, havendo prova pericial afirmativa da inimputabilidade dos réus desprezá-la, com base em considerações pessoais. 2. Em tal situação, novo exame deve ser realizado. Dá-se provimento parcial ao recurso, anulando-se a respeitável sentença (TAPR – AC – Rel. Juiz Moacir Guimarães – *rt* 678/365).

A decisão de mérito em um processo cuja questão incidental versa sobre a determinação da inimputabilidade do agente compete ao juiz criminal, devendo fundamentar suas decisões para efeito de segurança das relações jurídicas e garantia da ampla defesa. Todavia, o artigo 436 do Código de Processo Penal, assegura ao magistrado a possibilidade de decidir de modo diverso ao que foi verificado pelo perito no exame de sanidade mental, já que o juiz não está adstrito ao laudo pericial. Assim, permite a lei que o juiz se oponha às conclusões de profissionais (peritos) indicados pelo próprio Poder Judiciário. Ainda que o juiz, no tocante às provas, conserve sempre a faculdade do livre convencimento, sendo a ciência psíquica alheia aos conhecimentos jurídicos, cabe indagar sobre quais fundamentos poderia o juiz sustentar a contestação de um laudo pericial.

É entendimento majoritário na jurisprudência e doutrina pátria que o julgador não está adstrito às conclusões periciais, podendo delas divergir. Contudo, para que tal divergência ocorra, é necessário e imprescindível que motive fundamentadamente a sua divergência, demonstrando o erro, a imprecisão e a incoerência do laudo. Isso porque livre convencimento não significa arbítrio que se leve a prolatar uma sentença em total desacordo com a prova técnica não invalidada por qualquer outro elemento probatório.

Se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, artigo 154 do Código de Processo Penal, o juiz de execução poderá determinar o recolhimento em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou na sua falta, em outro estabelecimento adequado, computando de acordo com o artigo 42 do Código Penal (BRASIL, 2016) o tempo da internação na duração da pena prevista.

A perícia médica relativa à saúde mental é realizada por técnico, médico psiquiatra, nomeado pelo judiciário para realizar o exame de sanidade mental, avaliando as questões quanto a inimputabilidade e o grau de responsabilidade do agente, cujas conclusões serão encaminhadas ao juiz para decidir.

Saliente-se que a perícia reúne e sistematiza os fatos, sendo que a função do perito consiste em avaliar se o agente, ao praticar o ato, tinha a capacidade de conhecer seu valor e se dispunha de autodeterminação, poder de inibição. Portanto, não é objetivo da perícia constituir provas da materialidade do ato, apenas subsidiar, fornecendo as informações requeridas pelo juiz para a formação da convicção.

Assim, em decorrência da adoção do sistema biopsicológico caberá ao perito: verificação da existência ou não de transtorno mental; avaliação do nexo de causalidade; avaliação da capacidade de entendimento; avaliação da capacidade de determinação. Por essas razões, o papel do perito consubstancia uma limitação ao poder de punir do Estado.

O laudo pericial é o documento regularmente utilizado pelo perito e traz uma série de requisitos, sendo indispensáveis: o preâmbulo, histórico, descrição, conclusão e resposta aos quesitos. Pode-se afirmar que o laudo pericial apresenta a perícia.

Semelhantemente à realização de perícia nos incidentes de insanidade mental cujo objetivo é esclarecer sobre a inimputabilidade do periciado, pode, ainda, ser objeto de perícia a determinação da periculosidade do agente, observados os artigos 158 a 184 do Código de Processo Penal. O perito avalia o estado mental do agente para concluir se ele (agente) em virtude da perturbação mental que o acomete, é perigoso para si e para a sociedade ou, se já verificada a inimputabilidade, analisa o risco da reincidência, o perigo do agente praticar novos atos criminosos. Neste caso, realizar-se-á exame de cessação de periculosidade.

É oportuno mencionar, que a Psiquiatria, em 1830, início século XIX, reivindicou para si o estudo das doenças mentais; assumindo-o, passa a estabelecer entre crime e loucura uma relação de periculosidade. A partir daí, o crime assume e ostenta a condição de objeto de pesquisa e análise psiquiátrica, sempre associada à periculosidade, adequação social e sanção penal a ser imposta.

Nas palavras de Foucault (1998), não mais simplesmente se questiona:

O fato está comprovado, é delituoso? Mas também: o que é realmente esse fato, o que significa essa violência ou esse crime? Em que nível ou em que campo da realidade deve ser colocado? Fantasma, reação psicótica, episódio de delírio, perversidade? Não mais simplesmente: quem é autor? Mas: como citar o processo causal que o produziu? Onde estará, no próprio autor, a origem do crime? Instinto, inconsciente, meio ambiente, hereditariedade? Não mais simplesmente: que lei sanciona essa infração? Mas que medida tomar que seja apropriada? Como prever a evolução do sujeito? De que modo

será ele mais seguramente corrigido? (FOUCAULT, 1998, pp. 20-21).

Para Palomba (1992) ao assumir a função de auxiliar do juiz, quando da realização das perícias, o dever do perito é esclarecer, dirimir dúvidas, e para tanto, foi necessário a psiquiatria forense se adequar ao discurso jurídico para facilitar a compreensão. (PALOMBA, 1992).

Assim, nas perícias juspsiquiátricas percebe-se toda a tônica na verificação se a doença mental está associada a prática do delito e a periculosidade do agente. Contudo, sobre a presunção de perigosidade, destaca-se que pelo critério biopsicológico adotado pela legislação brasileira é possível ser portador de transtorno mental e imputável. Isso porque a análise sobre a periculosidade do agente é feita em momento posterior à comprovação da autoria e materialidade, demonstrando assim, a vedação de presunção de periculosidade.

Determinada a periculosidade, passa-se à apreciação da possibilidade de o agente ser alcançado por uma sanção penal com os seguintes objetivos: impedir a prática de novos delitos, ministrar-lhe um tratamento adequado para ao final reinseri-lo na sociedade.

No campo jurídico, notadamente no âmbito penal, prepondera para a realização das perícias psiquiátricas e elaboração de laudos a designação de médico psiquiatra vinculado a instituições judiciais. Assim, a Justiça espera do perito, elementos e esclarecimentos que somente ele, enquanto perito, poderá fornecer para que, no âmbito jurídico, possa se proceder uma adequada avaliação do caso.

4.5.3 Da cessação de periculosidade e a medida de segurança

A cessação da periculosidade é a finalidade da imposição de uma medida de segurança, decorrente e vinculada ao estado de perturbação da saúde mental do paciente judiciário. Constatada a cessação, a manutenção da medida de segurança não mais se justifica. Cessada a periculosidade, a continuidade do tratamento, como coerção sob vínculo de uma relação judicial é prejudicial à saúde do sujeito, além de não se coadunar com seus direitos fundamentais.

A verificação da cessação da periculosidade, avaliação do estado perigoso do agente, é feita através do exame de cessação de periculosidade. Este exame irá informar se, em decorrência da perturbação da saúde mental que acometeu ou ainda

acomete o paciente judiciário, perduram riscos da prática de novos delitos ou se pode retornar ao convívio familiar e social.

No momento da realização do exame de cessação de periculosidade, pressupõe-se que tenha sido efetivado um acompanhamento psicoterapêutico, algum tipo de tratamento, benéfico para o sujeito, algo que apresente efeito positivo sobre o “perigo” que representa, haja vista que a finalidade da sanção penal é o retorno do inimputável ao convívio social. Tanto a prevenção quanto a terapêutica, finalidades da medida de segurança, decaem se não efetivado o tratamento adequado. Ausente este ou negligenciados os cuidados necessários, os sintomas não são interrompidos e, consequentemente perpetua-se a periculosidade como inacessível.

Estudos recentes, como os de Andreoli (2013), sobre inimputabilidade, mostram os presos nos estabelecimentos penitenciários sem remédios específicos, nem acompanhamento médico adequado. São pessoas que cometeram crimes, ausente a consciência do caráter ilícito do ato que praticaram ou se encontravam, no momento da ação ou omissão, em pleno surto psicótico. Ressalta que a prevalência de distúrbios psíquicos no sistema penitenciário paulista é duas vezes maior do que na população em geral. O primeiro levantamento em grande escala sobre o perfil epidemiológico no cárcere aponta que 12% dos detentos possuem transtornos mentais severos. O estudo foi feito com base na análise de cerca de 1.800 presos no estado de São Paulo. E, ainda, por vezes, “Eles passam por todo o processo judicial sem que sejam identificados como pacientes graves. Não existe uma triagem” (ANDREOLI, 2013), afirma Sérgio Baxter Andreoli (2013), professor da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) e autor do estudo.

O prazo mínimo para reavaliação do estado perigoso será determinado, regra geral, ao término do prazo mínimo estabelecido pelo juiz no incidente de sanidade mental. A partir de então, observar-se-á o artigo 97, § 2º do Código Penal: “§2º. A perícia médica realizar-se-á ao término do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução” (BRASIL, 2016).

Também regulada pelos artigos 175 a 179 da Lei de Execução Penal (LEP), o exame de cessação da periculosidade, poderá ser requisitado a qualquer tempo, se determinar o juiz da execução. Art. 176 da LEP:

Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da media de segurança, poderá o juiz da execução, diante do requerimento fundamentado do Ministério Público, ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior (BRASIL, 1984).

O exame de cessação também consiste na realização de uma perícia médica, por psiquiatra. Segundo Palomba (1992)

Esse exame é, tecnicamente, um parecer psiquiátrico-forense [...] trata-se de um juízo psicológico e lógico, que depende de quem o emite, motivo esse que nos obriga a estabelecer critérios para a sua uniformização, critérios-guias, base segura para a determinação do que se pretende estabelecer (PALOMBA, 1992, pp. 50-51).

Deverá o exame informar se o agente é ainda portador de algum sofrimento mental, qual o grau da anomalia e se cessou ou não o estado perigoso. Isso é o que se pode extrair dos quesitos apresentados pela promotoria e defesa quando da perícia.

Diante de questões tão complexas, as perícias acabam, contando, segundo Palomba (1992, p. 51) com “critérios para a sua uniformização, critérios-guias, base segura para a determinação do que se pretende estabelecer”.

Nas lições de Prado (2017),

No que diz respeito à permissão para a interveniência do médico particular (art. 43, LEP) no exame de verificação da cessação da periculosidade, apesar da omissão da lei a respeito, a doutrina tem se manifestado favoravelmente a que ele possa participar como assistente técnico, com base no princípio constitucional da ampla defesa [art. 5º, LV] (PRADO, 2017, p.432).

Problema a ser enfrentado pelos psiquiatras ou qualquer outro profissional, no momento da realização da perícia de cessação de periculosidade, consiste na ausência de indicativos de persistência do estado perigoso. Há ainda um campo nebuloso quanto ao entendimento das expressões cessação de periculosidade e cura efetiva da doença mental.

E mais, debate a doutrina sobre a certeza em relação aos riscos futuros quanto a prática de delitos, dentre as questões discutidas, maior realce são destinadas as seguintes: se há possíveis garantias para a sociedade quanto à prováveis condutas lesivas; se tais garantias podem ser dadas pela medicina ou qualquer outro campo do saber. Discussões de *lege ferenda*.

Concluído o exame de cessação de periculosidade, não sendo configurada a cessação, deve ser mantida a medida, repetindo-se anualmente o exame. Constatada a cessação da periculosidade, o juiz da execução converterá a medida imposta em liberação condicional, que somente será efetivada após o trânsito em julgado da sentença que declarar cessada a periculosidade.

Nesse sentido, as lições de Basileu Garcia (1966)

Não se revoga a medida de segurança pessoal detentiva, estabelecida com um mínimo legal de duração [...] Terminado esse lapso de tempo, é o enfermo submetido a exame pericial. Será posto em liberdade, se se apurar haver cessado a sua periculosidade. Caso contrário, continuará segregado no manicômio, passando a ser submetido periodicamente a novos exames – e só quando desaparecer a sua periculosidade, de acordo com a afirmação dos peritos, é que será restituída à liberdade. Assim mesmo, permanecerá durante um ano, pelo menos, sujeito a outra medida de segurança: a liberdade vigiada. (GARCIA, 1966, p. 331).

4.6 A modulação das medidas de segurança

O artigo 97, § 4º, do Código Penal aduz ainda que “em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos” (BRASIL, 2016). Neste caso, já se iniciou a execução da medida de segurança aplicada. Mesmo que o crime praticado seja punido com medida de segurança restritiva, pode o agente ser internado por determinação judicial, após os elementos individualizantes da periculosidade do agente apontarem a necessidade do internamento.

A medida de segurança, modalidade internação pode e deve, sempre que possível, ser modulada para tratamento ambulatorial, E este último converter-se em internação se os elementos individualizantes apontar ser necessário um tratamento mais intensivo. Isso porque a medida de segurança aplicada não é definitiva e modula-se de acordo com a avaliação da periculosidade do agente.

Toda cautela é necessária, pois é marcante a forma penitenciária dos hospitais de custódias, sendo que em alguns estabelecimentos ainda vige procedimento manicomial punitivo, bem como caráter prisional em detrimento da assistência à saúde do interno. Para comprovar, basta verificar a proporção entre funcionários da segurança e a equipe de saúde mental dessas instituições. Prepondera os serviços de segurança. Tamanho é o descaso para com os direitos dos internos que, por vezes, parece ser necessário em determinados estabelecimentos, refundar o Estado de

direito, bem como os direitos fundamentais na tentativa de concretização dos programas constitucionais.

Segundo Basaglia (2001), se a instituição do manicômio revelou o caráter profundamente antiterapêutico de suas estruturas, qualquer transformação que não seja acompanhada de um trabalho interno que coloque em discussão sua própria base torna-se inteiramente superficial. O manicômio voltado como está para a eficiência do sistema, um sistema coercitivo-autoritário, inevitavelmente passou a ver o doente como um objeto, quando o doente devia ser sua única razão de ser (BASAGLIA, 2001, p. 122).

4.7 Prazo e duração das medidas de segurança

A medida de segurança somente pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença absolutória imprópria, conforme artigo 171 da LEP. Para início da execução exige-se a expedição da guia de internamento ou de tratamento ambulatorial (art. 173, LEP). Tal procedimento, segundo o item 153 da Exposição de Motivos da Lei de Execuções Penais, visa a “reafirmação da garantia individual da liberdade que deve existir para todas as pessoas, independentemente de sua condição, salvo as exceções legais”.

Merece destaque a questão dos prazos de duração das medidas de segurança e a problemática que alcança tanto o prazo mínimo quanto o prazo máximo.

Segundo Costa (2002), parece que o Código Penal pretendeu atrelar as medidas de segurança ao juízo de periculosidade, a partir de um viés utilitário, que pretendia afastar do convívio social os sentenciados inimputáveis que praticassem ilícitos penais e que fossem perigosos. Essa periculosidade, pois, seria o limite temporal da duração das medidas de segurança (COSTA, 2002, p.373).

A quantidade (tempo) de medida de segurança será determinada no segundo momento da atividade judicial na absolvição imprópria, após a eleição da modalidade da medida de segurança, internação ou tratamento ambulatorial a ser aplicada.

Estabelece o artigo 97, § 1º, do Código Penal:

A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos (BRASIL, 2016).

A primeira questão a ser enfrentada, refere-se ao tempo máximo da medida de segurança, uma vez que, para o legislador brasileiro a não determinação prazo máximo de submissão à sanção penal surge como solução para o melhor tratamento do portador de transtorno mental infrator.

A indeterminação das medidas de segurança tem por fundamento a periculosidade social, o estado perigoso do agente, sendo difícil avaliar quando ocorrerá a cessação ou mesmo uma redução da periculosidade. Também há o argumento de estabelecer uma diferença entre pena e medida de segurança – esta de caráter terapêutico e preventivo, por isso desnecessário fixar prazo de duração; aquela sempre determinada.

Entretanto, em um Estado Democrático de Direito é imprescindível na aplicação de sanção penal a presença de justificativa racional e moral. Não se admite a imposição de medida de segurança tendo por base o utilitarismo. O princípio da limitação da intervenção estatal na esfera da liberdade individual deve ser observado, sendo até mesmo inconstitucional a indeterminação de prazo no caso de medida de segurança. A não imposição de limites máximos de cumprimento de medida de segurança é sanção penal retributiva e marcadamente discriminante.

A intervenção estatal deve ser regulada e limitada previamente para que seja resguardada a segurança jurídica indispensável ao exercício dos direitos e garantias individuais. Os princípios constitucionais, notadamente, os relacionados às sanções penais devem ser observados e efetivada a compatibilização entre o tratamento jurídico das penas e o das medidas de segurança. O caráter sancionatório e punitivo das medidas de segurança impõe que o texto constitucional seja interpretado de forma ampla, considerando sanções penais, pena e medida de segurança. Assim, o comando do art. 5º XLVII, b, da Constituição, que veda a perpetuidade da pena passa a alcançar as medidas de segurança.

Neste sentido, assumindo a natureza de sanção penal das medidas de segurança, a doutrina majoritária – ao menos parece – e os tribunais Superiores nacionais entendem que a indeterminação do prazo para essas sanções penais é inconstitucional, por violar a garantia de limitação das penas e a vedação das penas de caráter perpetuo. Isso porque as penas e medidas de segurança encontram-se contidas na mesma categoria dogmática aplicar-se-ão para ambas as mesmas compreensões. Ademais, as medidas de segurança precisam de limitação temporal. Contudo, são vários os entendimentos acerca do tema, trataremos a seguir.

4.8 Limites da medida de segurança

A aplicação do art. 75, do Código Penal estampa como primeira possibilidade de limitação máxima das medidas de segurança, ou seja, impossibilita que o limite temporal dos 30 (trinta) anos de reclusão ou detenção seja ultrapassado. Até por aplicação e respeito ao princípio da proporcionalidade, já que penas e medidas de segurança, constituem espécies de um mesmo gênero. O próprio Supremo Tribunal Federal, em algumas decisões paradigmáticas, determinou o limite máximo das medidas de segurança em 30 (trinta) anos.

Este é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal,

PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRENCIA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBISTENTE. TRANSFERENCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10216/2001. WRIT CONCEDIDO EM PARTE. I – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Na espécie, entretanto, tal prazo não foi alcançado. II Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal). III – Laudo psicológico que reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição da medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio. IV – Ordem concedida em parte para determinar a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequado ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.216/2001, sob a supervisão do Ministério Público e o órgão judicial competente. (HC107432/ RS RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS – Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Julgamento 14/05/2011)

Atualmente, este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça,

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 155, CAPUT. DO CCÓDIGO PENAL. INIMPUTÁVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA (TRATAMENTO AMBULATORIAL) PELO PRAZO MÍNIMO DE 01 (UM) ANO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMIAÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO AO MÁXIMO DA PENA ABSTRATAMENTO COMINADA, PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA, NA HIPÓES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1- Nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 98, § 1º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia e da proporcionalidade. Assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado, bem como ao máximo de 30 (trinta) aos. Precedentes. 2. Na hipótese, o Juízo de primeiro grau proferiu sentença absolutória imprópria, aplicando à Paciente medida de

segurança, consistente em tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 01 (um) ano. Considerando que, nesse caso, a prescrição é regulada pelo o máximo da pena abstratamente cominada ao delito, não se verifica a extinção da punibilidade estatal, a teor do art. 155, c.c. o art. 109, inciso IV, ambos do Código Penal. 3. Ordem de habeas corpus denegada. (STJ – HC: 250717 SP 2012/0163628-3, Relator: Ministra LAURIATA VAZ, Data de Julgamento: 11/06/2013, T5- QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2013).

Entretanto, a dogmática nacional tem se inclinado, atualmente, para restringir a medida de segurança ao limite correspondente ao máximo de pena privativa de liberdade cominada no tipo penal imputado ao portador de transtorno mental. Argumenta-se não ser razoável manter o inimputável, sobre quem nem pesa juízo de reprovação da conduta, sob sanção mais dura do que aquela que caberia ao imputável. Em recentes decisões, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado:

A compreensão de que o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, com fundamento nos princípios da isonomia e da proporcionalidade (Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 122.522, rel. Min. Fernandes, j. 18 de set. de 2010).

Dessa forma, busca-se reduzir a desproporcionalidade entre o tempo de internação do agente e o dano por ele causado, já que é possível constatar casos de pessoas submetidas a longos períodos de internação em manicômio judiciário por crimes de menor potencial lesivo, por danos de pouquíssima expressão. Para exemplificar: crime de ameaça, crime de lesão leve. Não se pode olvidar que a aplicação da sanção penal requer a análise da lesividade da infração.

Há entendimentos pela adequação do limite máximo da medida de segurança à pena que seria aplicável no caso concreto, ao agente se não fosse considerado inimputável. Na sentença (absolvição imprópria) o julgador realiza a dosimetria da medida de segurança como se fosse pena, atento às circunstâncias incompatíveis com a inimputabilidade.

Essa vertente argumenta que seriam evitadas situações de ruptura com os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade da sanção penal em relação ao fato praticado e ao resultado produzido. Assim, seria possível garantir uma isonomia maior entre a punição de imputáveis e inimputáveis que praticam delitos.

Já na França as medidas de segurança são impostas por prazo indeterminado e sua extinção depende da evolução do quadro psíquico e da remoção da periculosidade do agente enquanto na Espanha a imposição de uma medida de segurança de internamento é limitada ao tempo de duração da pena que seria imposta

ao agente se fosse ele imputável ou penalmente responsável, artigos 101 e 102, ambos do Código Penal Espanhol.

A França foi pioneira na elaboração de legislação de proteção ao doente mental, servindo de inspiração para outras leis em diversos países do mundo.

O médico francês Philippe Pinel foi o primeiro a classificar as doenças mentais e a reivindicar condições para tratamento diversas das existentes. Isso fez com que um dos seus discípulos, Ferrus, elaborasse uma proposta de reformulação dos hospitais. Nessa proposta Ferrus apurou abusos sofridos pelos doentes mentais e demonstrou que o progresso civilizatório não aceitava mais a colocação de alienados com outros tipos de doentes ou delinquentes.

Nesse contexto, surge a lei francesa de 30 de junho de 1838, impondo deveres para as autoridades e criando regras para a internação dos doentes mentais. Reconhecido o direito à assistência e à atenção dos doentes mentais, cria-se o primeiro corpo de médicos e funcionários especializados. Pela primeira vez, proibiu-se a prisão de doentes mentais, necessitando de internação. Esta somente em hospitais específicos destinados aos portadores de transtorno mental. E ainda que internação voluntária, somente ocorreria, após solicitação contendo a qualificação do indivíduo e a especificação da doença mental.

Atualmente, no Direito francês, a expressão “medida de segurança” não é praticamente utilizada. O legislador optou por utilizar as expressões medidas de investimento, de vigilância, de assistência, de cuidados (Pradel, 1995). Em relação à aplicação dessas medidas, poderá ocorrer assim que for percebido um simples “estado de perigo”, antes mesmo da prática de qualquer delito, conforme artigo L.355-1 e seguintes do Code de La Santé Publique (C.S.P.) – que permite impor tratamento de desintoxicação álcool antes do cometimento de qualquer infração – porém, exige-se que tudo transcorra sob o controle judiciário. Ainda que haja, na legislação francesa a previsão de aplicação de medidas de segurança *ante delictum*, somente ocorrerá em caso de extrema necessidade.

Após essa breve incursão no Direito francês, cabe ainda analisar o sentido e os critérios de determinação do tempo mínimo da medida de segurança previsto no ordenamento jurídico penal brasileiro.

O Código Penal brasileiro estabelece que o julgador, na sentença, defina prazo mínimo da medida de segurança, que não poderá ser inferior a 1 (uma) ou superior a 3 (três) anos (BRASIL, 2016).

Esse prazo mínimo deve ser fixado pelo judiciário, na sentença, considerando os elementos individualizantes da periculosidade no agente e o tratamento aplicado ao inimputável. Além disso, tal prazo funcionaria como marco para a realização do primeiro exame de cessação de periculosidade no sentenciado.

Partindo da premissa de que o fundamento da medida de segurança é a periculosidade e o objetivo do tratamento é a sua cessação cabe questionar sobre a determinação de um prazo mínimo da medida e, ainda, sobre a justificativa de sua existência, ou seja, qual seria o motivo para fixar esse prazo mínimo das medidas de segurança.

Novamente a resposta não é fácil. Se o próprio Código estabelece que as medidas de segurança gravitam ao redor do conceito de periculosidade, somente esta poderia justificar a manutenção de tais medidas.

Como justificar a execução de medida de segurança detentiva, quando, no momento da execução, o paciente se encontra estabilizado, já cessada a periculosidade, ou ainda, já estando o sentenciado em condições favoráveis a prosseguir em cumprimento de uma espécie de medida menos invasiva, diversa da imposta pela sentença.

Entretanto, prolatada sentença impondo medida de segurança segue ela seu cumprimento. Se aplicada medida de internação, ainda que o sentenciado não mais necessite clinicamente dessa modalidade, em princípio, deve internado, aguardar o término do prazo mínimo para realização do exame ou, ainda, esperar o resultado da perícia de cessação de periculosidade que indique a modulação da medida de segurança imposta para outra prática terapêutica, menos invasiva.

Assim, estabilizada a saúde psíquica do sujeito, a explicação que resta para elucidar o prazo mínimo fixado pelo Código penal, seria um fim retributivo, já que estabilizado o sujeito, desnecessária a finalidade especial preventiva e terapêutica. No entanto, essa retributividade apresenta-se incompatível com a terapêutica da medida de segurança. Porém, ainda que se alegue que a medida de segurança tem o fim de tratamento e não retribuição, inegável que sua aplicação e execução, constituem interferência estatal na esfera pessoal do sujeito e restringe o indivíduo em sua liberdade, de forma legítima se respeitados os limites fixados ao poder punitivo.

Clara a distinção de tratamento concedida aos inimputáveis ou semi-imputáveis em cumprimento de medida de segurança e aos apenados. Enquanto as penas são determinadas considerando a gravidade do bem jurídico lesado, as medidas de

segurança recebem dupla valoração - a gravidade do ilícito cometido juntamente com o grau de periculosidade aferido no sujeito. Disso decorrem consequências e graves, sendo comum caso de inimputáveis que, mesmo tendo praticado crimes de menor potencial ofensivo, encontram-se privados de liberdade por tempo superior aos apenados por crimes hediondos.

O prazo mínimo parece ser marca retributiva que acompanha as medidas de segurança, instaurando-se nas intermitências da legitimação do discurso do tratamento da doença mental. Apesar da absolvição (imprópria) e o reconhecimento da incapacidade do sujeito, é o cometimento do crime que permanece como uma etiqueta, como um rótulo a acompanhar o sujeito. Em decorrência, algo de retributivo, mesmo que mínimo deve ser imposto (Carvalho, 2013).

Sendo a periculosidade a condição absoluta de determinação da medida de segurança, os limites mínimos devem observar a cessação do “estado perigoso”. Cessada a periculosidade, a medida de segurança perde sua função legal.

Nesse sentido, Paulo de Queiroz (2008) afirma que:

Mas que fazer se antes de transcorrer o prazo mínimo restar clara a sua desnecessidade em virtude de cessão da perigosidade do agente? É evidente que nesse caso a medida de segurança perde sua razão de ser, parecendo-nos que o constrangimento deva cessar prontamente, em homenagem aos princípios da humanidade das penas e proporcionalidade especialmente (QUEIROZ, 2008, p. 395)

Não diverge Salo de Carvalho (2013) ao ressaltar que,

[...] se o fundamento da medida de segurança é a periculosidade e o objetivo do tratamento é a sua cessação, parece ser contraditória a determinação legal (prazo mínimo). Imaginem-se os casos em que o sujeito, ao longo de um processo criminal que pode durar anos, submeteu-se a tratamento psiquiátrico e psicológico, e, no momento da sentença, está em plenas condições de convívio social, não apresentando risco de reincidência maior do que aquele inerente a todas as pessoas. [...] o prazo mínimo parece indicar a marca retributiva que acompanha as medidas de segurança. Marca retributiva que se instaura nas intermitências da legitimação do discurso do tratamento da doença mental (CARVALHO, 2013, p. 515-516).

Na mesma direção, a Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de o exame de cessação de periculosidade ocorrer antes do prazo mínimo de 1 (um) ano – em qualquer tempo, ainda no decorrer prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procuradores ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação de periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo

anterior” (art. 176 da Lei de Execução Penal, BRASIL, 1984).

4.9 Desinternação e liberação condicionais

Novamente a periculosidade aparece como critério determinante nos incidentes e intercorrências na execução das medidas de segurança. Assim, se o fundamento da medida de segurança é a periculosidade e a finalidade do tratamento é a sua cessação, ressalta-se então a importância de um tratamento adequado para a estabilização do sentenciado.

De acordo com o art. 97, § 3º do Código Penal, a desinternação e a liberação são condicionais. Conforme preceitua esse dispositivo legal verificada a cessação da periculosidade do agente, ainda assim não será a medida extinta de imediato, mas condicionalmente suspensa, pelo prazo de um ano. No decurso desse prazo será verificada, se o sentenciado volta a praticar qualquer fato indicativo da persistência da periculosidade. Caso contrário, ao término do prazo, será revogada a medida de segurança e extinta a punibilidade.

Verificada a permanência da situação de periculosidade do agente, e consequentemente inalterado o quadro de saúde psíquica, a medida de segurança imposta será igualmente mantida. Se verificada redução da periculosidade, atestada por critérios médicos e psicológicos, a medida de segurança deverá ser modulada e, conforme o caso, o sentenciado deve passar da internação para tratamento ambulatorial ou, encontrando-se em tratamento ambulatorial, medida restritiva, deve ser liberado. Por fim, verificada a cessação da periculosidade, imediatamente, o sentenciado deve passar a desinternação ou liberação, ambas condicionais.

A desinternação consiste na liberação do sentenciado que cumpre medida de segurança detentiva, ou seja, internação em hospital e custódia e tratamento psiquiátrico. Já a liberação consiste na cessação do tratamento médico-ambulatorial para o sentenciado que cumpre medida de segurança restritiva, tratamento ambulatorial. De acordo com os artigos 131 e 132 da Lei de Execução Penal, a liberação ou a desinternação sempre será submetida a condições impostas pelo juiz, pelo prazo de um ano, devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente voltar a praticar qualquer comportamento que evidencie a periculosidade. Transcorrido o prazo sem evidências de persistência da periculosidade, cumprida a medida de segurança.

Questionam-se quais são os indicativos da persistência da periculosidade? A lei não elenca, ficando à discricionariedade do juiz o restabelecimento da medida. Novo questão – Qual o juiz competente, nesse caso? Juiz da execução, mediante decisão fundamentada.

Após cumprimento da medida de segurança, prescrita e extinta está qualquer intervenção estatal para manutenção da sanção penal aplicada. Caso o inimputável necessite de tratamento, o que é muito provável, será realizado na rede pública de saúde mental, sem coação da justiça penal, exercendo seu direito à saúde assegurado constitucionalmente.

O direito penal português, como o direito penal brasileiro, também prevê um prazo mínimo de duração da medida de internação, sendo necessária a constatação da cessação da periculosidade, para liberação do sujeito. Inovação, trazida pela lei portuguesa, refere-se à necessidade de reexame dos pressupostos que fundamentam a aplicação da medida de internação, se decorridos dois anos da data da decisão que a decreta. Tendo também como causa de inimputabilidade a anormalidade psíquica.

Já o Código Penal Espanhol trata a inimputabilidade como causa de exclusão da responsabilidade penal, encontra-se inserida ao lado das demais excludentes de ilicitude.

Capítulo II “De Las Causas que eximen de La responsabilidad Criminal”, artigo 20:

Están exentos de responsabilidad criminal:

1 El que al tempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2 El que al tempo de cometer la infracción penal de halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3 El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la consciencia de la realidad (Código Penal Español, {s.p.l., s.d.p.}).

“Ao se referir a “qualquer anomalia ou alteração psíquica”, “intoxicação completa” ou alterações de percepção congênita ou desenvolvidas na infância”

percebe-se que, em decorrência da abertura semântica, qualquer fator que altere a percepção psíquica do agente poderá justificar isenção de responsabilidade.

Determinada a isenção de responsabilidade, pode ser aplicada, se necessária, medida de internação para tratamento médico ou educação especial em estabelecimento adequado ao tipo de anomalia ou alteração psíquica que acomete o agente. Ou, outra dentre as medidas restritivas previstas no parágrafo 3º do artigo do Código Penal Espanhol.

Quanto ao tempo de duração de uma internação imposta, a legislação espanhola afirma em seu artigo 101, 1, alínea 2ª:

El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijara en la sentencia ese límite máximo (Código Penal Español, {s.p,l,,s.d.p.})

O prazo de duração da medida de segurança aplicada corresponde ao prazo de duração da pena que seria imposta se o agente não fosse considerado isento de responsabilidade.

Na Espanha, são pressupostos para aplicação da medida de segurança - a isenção de responsabilidade, de acordo com artigo 20 já citado e, ainda, a ocorrência das seguintes circunstâncias:

- 1 Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito;
- 2 Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (Biblioteca de Derecho Legislo. Código Penal. Fecha de cierre de edición y de actualización: 15 de julio de 2016. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del. Código Penal.)

4.10 Desinternação progressiva

Desinternação progressiva e a legislação penal brasileira. O Código Penal brasileiro, prevê, no art. 97, §4º, “Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, podendo o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos”.

Pode-se extrair desse dispositivo que, a qualquer tempo, em razão das finalidades terapêuticas da Medida de Segurança, o juiz pode determinar a internação do sentenciado que esteja submetido a tratamento ambulatorial. Todavia, a lei não

prevê o contrário, ou seja, a passagem da internação para o tratamento ambulatorial.

Considerando essa peculiaridade, a doutrina passou a nomear de desinternação progressiva, a passagem da internação em Hospital de Custódia e Tratamento psiquiátrico para o tratamento ambulatorial, porém sem a liberação do acompanhamento médico.

Sobre a desinternação progressiva, Nucci, (2009),

Muitas vezes, o agente pode não revelar periculosidade suficiente para manter-se, internado, mas ainda necessitar de um tratamento acompanhado. Assim, valendo-se da hipótese deste parágrafo, pode o magistrado determinar a desinternação do agente para o fim de se submeter a tratamento ambulatorial, que seria a conversão da internação em tratamento ambulatorial. Não é, pois, a desinternação prevista no parágrafo anterior – porque cessou a periculosidade – médico, sob outra forma. Essa medida tornar-se particularmente importante, pois há vários casos em que os médicos sugerem a desinternação, para o bem do próprio doente, embora sem que haja a desvinculação do tratamento médico obrigatório (NUCCI, 2009, p,527).

4.11 Causas Extintivas de punibilidade

As medidas de segurança se submetem as causas extintivas de punibilidade, prevista no Código Penal brasileiro. Justifica-se esse entendimento porque tais medidas somente serão aplicadas nos casos em que for possível imposição de pena, exceto pela inimizabilidade do sujeito. Logo, praticado um injusto penal por sujeito imputável, por incidência de uma das causas legais de extinção de punibilidade, não será imposta sanção. Assim sendo, idêntico tratamento deve ser concedido ao inimputável, praticando uma conduta típica e ilícita, amparado por uma das causas legais de extinção de punibilidade, não será imposta medida de segurança.

Dentre as causas de extinção de punibilidade, suscita uma certa dificuldade para adequação às medidas de segurança, a prescrição. Isso pelo fato de todas as espécies de prescrição ter por base a duração da pena. São duas as modalidades de prescrição existentes na legislação penal brasileira. De um lado, a prescrição da pretensão punitiva, que se verifica da data do fato até o trânsito em julgado e a prescrição da pretensão executória, que começa a correr do trânsito em julgado para a acusação, até início do cumprimento da sanção imposta.

Não há dúvida quanto à incidência da prescrição da pretensão punitiva com relação às medidas de segurança, devendo o cálculo de o lapso temporal partir-se

como determina o artigo 109 do Código Penal, pelo máximo da pena abstratamente cominada ao tipo penal violado.

Entretanto, há controvérsias com relação à prescrição da pretensão executória, como deve ser calculada. A celeuma funda-se na inexistência de regra específica em lei. Com efeito, a prescrição, nesse caso, é regulada pela pena imposta e, em havendo medida de segurança, não há pena.

Mesmo diante da falta de previsão legal, a medida de segurança, sujeita-se à prescrição da pretensão executória. Do contrário, o fato seria imprescritível e violaria a Constituição Federal (art. 5º, XLVII e XLIV).

Para tanto, doutrina e jurisprudência têm apresentado opções, dentre as quais entenda-se deva prevalecer a menos prejudicial ao sujeito com transtorno mental, submetido à medida de segurança.

No tocante ao semi-imputável o prazo prescricional será calculado com base na pena imposta e substituída na sentença, cuja natureza é condenatória.

Para o inimputável por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o prazo prescricional terá como parâmetro a pena máxima cominada ao crime, porém a contagem deverá iniciar desde a última causa interruptiva (recebimento da denúncia ou queixa), já que a sentença que impõe a medida, nesse caso, não interrompe a prescrição (pois é absolutória e não condenatória.). No entanto, se entre a data do trânsito em julgado da sentença que aplicou a medida de segurança e o início de seu cumprimento transcorrer tempo superior ao prazo mínimo (um a três anos), seu cumprimento ficara condicionado à verificação da persistência da periculosidade, mediante perícia médica.

O Supremo Tribunal Federal, firmou posicionamento no sentido de que a prescrição da pretensão punitiva regula-se pelo máximo da pena abstrata cominada para a infração penal atribuída ao réu. Sendo a prescrição executória, prevalece o prazo máximo de duração admitido pelo próprio STF para os casos de medida de segurança, trinta anos, art. 75 do Código Penal.

Já o Superior Tribunal de Justiça, de forma diversa, entende que a prescrição da pretensão punitiva, bem como a prescrição da pretensão executória, a contagem de prazo será a mesma, o máximo da pena abstrata cominada para a infração penal praticada pelo sujeito inimputável.

Tanto o STF quanto o STJ estão de acordo que a prescrição da pretensão punitiva, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade abstrata cominada

para o delito praticado pelo inimputável. Porém, divergem no tocante a prescrição da pretensão executória.

Para o STF a prescrição da pretensão executória adota o critério do limite das penas, previsto no art. 75, assim, todas as medidas de segurança prescrevem em 30 anos, sob perspectiva da possibilidade de sua execução. São várias as críticas apresentadas tendo por base que todas as medidas de segurança prescreverão em 30 anos e por colocar o inimputável em uma condição pior do que o imputável.

Dessa forma, menos prejudicial ao portador de transtorno mental sentenciado a medida de segurança, parece ser a adoção do critério do artigo 109, do Código penal, para ambos os casos.

Parte da doutrina, afirma que tais dificuldades na integração das medidas de segurança no sistema de sanções penais decorre da diversa natureza dessas medidas em relação à pena. Alegam que medida de segurança não tem natureza de sanção penal.

Para Basileu Garcia (1945), tanto as penas como as medidas de segurança se direcionam aos mesmos bens jurídicos. E, ainda, as disposições legais que disciplinam as medidas de segurança, a razão de ser da sua atividade restringe à liberdade ou o patrimônio do delinquente, sendo que o mesmo acontece quando se impõe uma pena. Há identidade de natureza dos bens jurídicos a que se endereçam as duas modalidades de combate ao delito. “A diferenciação não é muito convincente. Não importa proclamar-se que a medida de segurança não castiga, quando é certo que ao impô-la se obriga, por exemplo, um homem a privar-se da liberdade, por anos a fio” (GARCIA, 1945, pp. 79-82).

Ademais, a natureza penal das medidas de segurança aplicadas em decorrência da prática de um injusto penal, não podem se eternizar, devem, pois, se submeter a termo final.

4.12 Direitos do internado

O Código Penal, em seu artigo 99, prevê a tutela dos direitos das pessoas submetidas a medidas de segurança, prescrevendo que “o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento”.

Dessa forma, busca evitar que o inimputável seja recolhido à cadeia ou ao presídio comum, não recebendo o tratamento psiquiátrico adequado em hospital ou em local com dependência médica adequada.

Também na Lei de Execução Penal, há previsão expressa no sentido de garantir aos internados todos os direitos inerentes à sua condição de pessoa humana, observadas as restrições decorrentes da sentença e da lei.

4.13 Reincidência e medida de segurança

Em se tratando de recidiva pelo portador de transtorno mental infrator, Ferrari colaciona duas correntes sobre configuração da capacidade de reincidência do inimputável.

A corrente liderada por Ferrari (2001) defende – ser impossível configurar-se a periculosidade criminal do inimputável com a probabilidade na reiteração específica do delito, pois além de ausente a capacidade genérica do inimputável, inviável será a aferição da periculosidade específica. Nas palavras do autor:

[...] não há sentido em compreender a periculosidade criminal no inimputável como uma provável reiteração do ilícito-típico da mesma qualidade, vez que se já duvidoso o juízo de prognose em relação aos ilícitos-típicos genéricos, maior será a dificuldade nos ilícitos-típicos específicos [...] Em nossa concepção, não há nenhum elemento indicativo que justifique a afirmação no sentido de que um doente mental que possua a probidade de reiterar uma idêntica espécie de ilícito –típico apresente maior perigosidade do que aquele que tiver probabilidade em praticar outros ilícitos-típicos de diversas espécies (FERRARI, 2001, pp.159-160).

Em sentido diverso, Ferrari (2001) cita Figueiredo Dias, cuja corrente acredita que para a configuração da periculosidade criminal, imprescindível que além da prática do delito anterior, será a probabilidade na repetição da mesma natureza do ilícito-típico anterior, aplicando-se as medidas de segurança criminais somente quando se verificar o fundado receio de que o agente possa vir a praticar ilícitos-típicos penais da mesma espécie (FERRARI, 2001, pp.159)

4.14 Conversão da pena em medida de segurança

O Direito Penal Brasileiro, após a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984, adotou o sistema vicariante. Neste, a medida de segurança, em regra, é

aplicável aos inimputáveis, porém dependendo da situação em que se encontra o agente, poderá ser aplicáveis aos semi-imputáveis. Entretanto, é importante ressaltar que aos imputáveis, mesmo que perigosos, não se aplica medida de segurança. Uma vez mais, conforme já dito, a imputabilidade, como capacidade de culpabilidade, é verificada no momento da ação ou omissão, ou seja, se nesse momento o agente possuía discernimento e capacidade de autodeterminação. Constata a plena imputabilidade, não se aplica ao agente medida de segurança. Tais medidas mantem correlação com a gravidade do crime.

No entanto, pode acontecer que, durante execução de sentença privativa de liberdade, sobrevenha transtorno psíquico e o sentenciado necessite de tratamento médico adequado. Direito assegurado por lei. Pena tem escopo preventivo. Não existe entre as penas e as medida de segurança, ontologicamente, nenhuma diferença de conteúdo. Entrelaçam-se os objetivos e efeitos de uma s e de outras.

Sobre o assunto, a Lei de Execução Penal prevê, nos artigos 120 e 121, deve ser autorizada pelo diretor da unidade prisional em que se encontrar detido o sentenciado, saída deste para tratamento médico, pelo tempo que for necessário. Estando o estabelecimento prisional aparelhado para tal assistência, deve ela ser prestada, sem óbice burocrático ou legal, artigo, 14 da LEP.

A Lei de Execução Penal, em outros dois artigos refere-se também ao assunto:

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

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

Esses dois dispositivos, têm sido interpretados pela doutrina como situações diversas, fundadas em circunstâncias diferentes, consequentemente com efeitos distintos.

Para Nucci (2012), há situações passageiras de perturbação da saúde mental, que, embora, necessitam de tratamento especializado, não geram a conversão da pena em medida de segurança, sendo, necessário um tratamento temporário. Nesse caso, o sentenciado é transferido do estabelecimento penal comum para o Hospital de Custódia e Tratamento psiquiátrico pelo tempo necessário à sua recuperação, tornando em seguida para o presídio.

Assim, não há interrupção da execução da pena, o período de tratamento médico-psiquiátrico é computado como pena cumprida, para todos os efeitos. No tocante ao art. 183, refere-se aos casos de transtorno psíquico identificados como duradouros, necessitando de cuidados médicos contundentes.

Ainda as lições de Nucci (2012),

Caso tenha havido conversão, é justo que a medida de segurança aplicada respeite o limite estabelecido pela condenação, o sentenciado cumprirá a medida pelo máximo da pena. Terminado o prazo continuando doente, tornar-se um caso de saúde pública, merecendo ser interditado, como aconteceria com outra pessoa que sofresse enfermidade mental, mesmo sem praticar crime (NUCCI, 2012, 2012B, p. 354).

Verificada a cessação da necessidade de intervenção médica, o sentenciado volta a cumprir sua pena, já que imputável, pelo prazo que lhe restar, sendo o período de medida de segurança convertida da pena privativa de liberdade contada como pena cumprida, para qualquer efeito. Se ultrapassar a pena imposta, sem alta médica, com Nucci, não mais será o caso tratado como Penal, mas civilmente. Assim, “a lógica, pois, é da substituição e não da transformação” (COSTA: 2002, p. 390).

Mirabete (2004), comentando o assunto, externava opinião diversa. Afirmava ele:

Convertida a pena em medida de segurança por superveniência de doença mental, não mais se cogita da pena imposta. A medida de segurança é regida por normas próprias e a execução parecer-se-á enquanto não verificada a cessação de periculosidade (MIRABETE: 2004, p. 776).

Tal entendimento tem por fundamento a própria ideia de conversão. Convertida a pena em medida de segurança, faz sentido que passe a observar as normas desta, durando até a cessação da periculosidade, até o prazo dos trinta anos, de acordo com já pacificado pelo STF e STF.

Na jurisprudência, diversos são os julgados, em que a conversão da pena em medida de segurança, de acordo com art. 183, da LEP, pressupõe duração limite à pena que substitui.

A solução que se apresenta, com base na Lei nº 10.216/2001, consiste em - independente da pena cominada ao crime, detentiva ou restritiva, concede-se ao juiz, conforme evidenciado pela conclusão pericial, a faculdade de optar pelo tratamento mais adequado ao caso. Na determinação das espécie de medida de segurança, o

que deve orientar o julgador é a indicação do tratamento que mais benefícios possa trazer para o restabelecimento psíquico do paciente judiciário, ou seja, para o sujeito de direito, processado ou sentenciado no sistema penal. Dessa forma individualizada a medida e a promovendo o tratamento adequado às especificidades do caso, assegura-se a dignidade da pessoa através da concretização da justiça material. Yacobucci (2002) afirma que,

[...] es importante remarcar el sentido fuertemente objetivo del concepto de 'dignidad humana' frente a corrientes que intentan reducir la noción a ciertas expresiones o actividades emergentes del ser humano o igualaría con supuestos derechos de los animales o cosas (YACOBUCCI, 2002, p. 208).

Nesse mesmo sentido, Jescheck (1993) diferencia conceito formal e material do Estado de Direito.

En sentido formal, destacan en el Derecho penal aquellos elementos del principio del Estado de Derecho que deben garantizar la **seguridad jurídica**. [...] En sentido material, el principio del Estado de Derecho indica cómo ha de configurarse el contenido del Derecho penal para corresponderse lo más posible con la idea del Estado justo. Ahí se encuentra, en primer plano, la **salvaguardia de la dignidad humana**. [...] De la dignidad humana se deriva la exclusión de penas crueles o degradantes, así como la prohibición del tratamiento indigno de los internos durante la ejecución penitenciaria [...] (JESCHECK, 1993, p., 21-22).

A conformação do procedimento de modulação da medida de segurança poderá resultar mais eficiente e mais eficaz quanto maior a integração entre a equipe multidisciplinar que cuida do agente, seus familiares e o Judiciário. Isso possibilitará a adequação e individualização da medida aplicada, durante toda a execução. Preceitua o §2º do art. 4º da Lei n. 10.216/2001:

Art. 4º [...]

2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtorno mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais de lazer, e outros; o fundamento da medida de segurança é a periculosidade e a finalidade do tratamento é a sua cessação, ressalta-se então a importância das práticas terapêuticas modernas para a estabilização do sujeito e efetivação da justiça no caso concreto.

Dado o exposto, o laudo pericial deveria contar com a participação dos profissionais da psicologia, assistentes sociais, terapeutas ocupacionais e outros que, efetivamente, atuem no tratamento do sentenciado, deixando de ser competência exclusiva do profissional da medicina psiquiátrica.

A decisão de mérito que versa sobre a determinação da inimputabilidade do

agente ou da cessação ou não da periculosidade compete ao juiz criminal, devendo fundamentar suas decisões para efeito de segurança das relações jurídicas e garantia da ampla defesa. Todavia, há a possibilidade do magistrado decidir de modo diverso ao que foi verificado pelos peritos devido a faculdade do livre convencimento, desde que fundamentada a decisão.

Cessada a periculosidade, a liberação ou desinternação será sempre submetida a condições impostas pelo juiz, de acordo com os artigos 131 e 132 da Lei de Execução Penal, pelo prazo de um ano, devendo ser restabelecida a situação anterior, conforme art. 97, § 3º do Código Penal, se o agente antes do decurso desse prazo praticar qualquer fato indicativo da persistência da periculosidade. Caso contrário, ao término do prazo, será revogada a medida de segurança e extinta a punibilidade.

No tocante à legitimidade da atividade penal, afirma Silva Sanchez (1992),

[...] un análisis acerca de los fines que ha de cumplir el Derecho penal, para ser legítimo, tiene que proyectarse, además de sobre las normas, sobre determinados principios suprapositivos de aplicación de las mismas. Tales principios contribuyen a la atribución de sentido a tales normas e en ellos, asimismo, puede hallarse la expresión de determinados fines legitimadores del Derecho penal (SANCHES, 1992, p. 196).

Importante ressaltar, que o caráter suprapositivo de alguns princípios materiais do direito penal não constitui óbice para que, de certa forma, estejam presentes em uma interpretação constitucional. E mais, as limitações ao poder punitivo surgem justamente da dignidade humana, do livre desenvolvimento da pessoa, dos direitos inerentes a pessoa humana, os quais exigem interpretação que transcende os enunciados normativos.

4.15 Medida de segurança e lei antidrogas (Lei n. 11.343/2006)

A Lei de Drogas refere-se à imposição de medida de segurança no art. 45. Este declara isento de pena quem, em razão de dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Prevê a norma que se o juiz absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava à época do fato, as condições referidas acima, poderá

determinar, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado, no caso de constatar a inimputabilidade em razão da dependência. Entretanto, quando se trata de inimputabilidade decorrente de caso fortuito ou força maior, nenhuma providência poderá ser tomada pelo juiz em relação ao réu (Mendonça; Carvalho, 2012).

Indaga-se: esse tratamento adequado consiste em medida de segurança?

A Lei de Drogas inovou substancialmente. A sistemática na antiga Lei n. 6368/1976 era diversa, pois o magistrado, reconhecida a dependência, deveria determinar tratamento compulsório do agente, seja em caráter ambulatorial ou de internamento. Contudo, a nova Lei, partindo da premissa de que o tratamento somente poderá produzir efeitos se o agente a ele voluntariamente aderir, não mais determina tratamento compulsório. A linha de não impor tratamento como sanção, também deve ser observada no art. 28 dessa mesma Lei, que se refere ao caso de usuário, devendo ser mantida em qualquer hipótese de absolvição por dependência. Especificamente sobre o tratamento da dependência, a nova Lei trouxe modificações. O legislador reconheceu que o tratamento é medida especial e não deve ser aplicado, indiscriminadamente. Além disso acatou a reivindicação da área de saúde para admitir que o tratamento somente será eficaz se estiverem presentes a vontade e a colaboração do usuário (MENDONÇA; CARVALHO, 2012).

Diante do exposto, o juiz poderá não determinar o tratamento se a absolvição decorrer de uso de drogas; se, porém, decorrer de doença mental a única e inafastável consequência é a da imposição de medida de segurança que é, no caso, o tratamento. Flagrante violação ao princípio da isonomia.

Segundo Mendonça; Carvalho (2012) a doutrina vem se posicionando pela manutenção da possibilidade de aplicação de medida de segurança ao inimputável-dependente. (MENDONÇA; CARVALHO, 2012).

5 REFORMA PSIQUIÁTRICA (LEI N. 10.216/2001 E MEDIDA DE SEGURANÇA)

5.1 Contextualização

Durante o século XX, a catástrofe humanitária realizado pelo Estado nazista e o advento das duas grandes guerra, demonstraram a necessidade de um novo paradigma, impondo a revisão de conceitos, métodos e processos aplicados até então. Sendo assim, surgem movimentos direcionados a construção de uma sociedade mais solidária e a criação de medidas eficazes para resguardar a dignidade da pessoa humana.

No processo de evolução dos direitos humanos é possível identificar a etapa de especialização ou especificação, pela qual a generalização dos direitos humanos é substituída pela especificação subjetiva, isto é, o conteúdo dos direitos ganha diversidade em relação aos seus titulares substituindo o homem abstrato das primeiras declarações. Essa especificação reconheceu como titular de direito os deficientes mentais proclamando a necessidade de proteção e de reintegração na vida social norma (SAMPAIO, 2010).

Nesse contexto, surgiram novas maneiras de compreender a loucura, bem como as primeiras propostas mais sistematizadas de reforma psiquiátrica. Inicialmente, a psiquiatria preventiva propôs mudança de paradigma – termo “doença mental” é substituído por “saúde mental” que passa a ser adotado pela Organização das Nações Unidas. Com a criação da Organização Mundial de Saúde – OMS – define-se novo campo de reflexão, no qual saúde deixa de ser apenas inexistência de patologia e passa a um estado de bem-estar físico, mental e social. A saúde mental adota essa definição de saúde proposta pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Em 1953, há um marco significativo para a saúde mental, um singular momento. Eis que a Organização Mundial de Saúde, em relatório sobre a situação da saúde mental, prioriza diretrizes psiquiátricas terapêuticas com o fim de manter-se a individualidade do doente, estimulando a responsabilidade e iniciativa na sua ressocialização e reintegração social. Com essas nova diretrizes estabelecidas para a Saúde Mental não mais se coaduna o isolamento e a exclusão que caracterizavam a forma de tratamento através de internações longas. Novas formas de assistência psiquiátrica entram na pauta de discussão, tendo por objetivo a criação e utilização de serviços substitutos ao hospital psiquiátrico, sob a forma de tratamento ambulatorial a

ser realizado em instituições tais como: Centro Referência em Saúde Mental (CERSAM), centro de convivência, hospital-dia, hospital-noite. Posteriormente, os hospitais psiquiátricos aderem às discussões. (ALMEIDA, 2000),

Em 1963, nos Estados Unidos iniciou-se oficialmente uma política preventiva ou comunitária, mediante decreto do então Presidente Kennedy. Anos após, em 1973, na Itália, a Psiquiatria Democrática Italiana levou a discussão para toda a sociedade, evitando assim, que se restringisse ao âmbito técnico.

A relevância do tema foi reconhecida na legislação brasileira. A comissão responsável pela elaboração do Código Penal de 1984, atenta aos movimentos e às novas práticas buscou inovar os dispositivos penais. Consta da Exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal a inclusão de artigos inovadores, merecendo destaque a inclusão da medida de segurança ambulatorial. Segundo o relator da comissão, a inclusão dessa modalidade de medida, teve como motivação as atuais tendências de “desinstitucionalização”. E, ainda, permitir uma maior adequação da legislação ao caso concreto.

Mesmo com o advento do novo Código Penal e a incorporação de novos institutos penais, isso não foi suficiente para garantir a extinção dos mecanismos de exclusão e segregação. Tímidas e quase ineficazes foram as transformações iniciadas. Os processos manicomiais continuam a causar danos ao “louco infrator” submetido à medida de internação.

Talvez seja importante neste momento, entrever novo caminho e buscar construir para o “louco infrator” um lugar diverso que não seja o da periculosidade, irresponsabilidade, anormalidade, louco perigoso. Para tanto e, com responsabilidades compartilhadas no sentido de garantir os direitos fundamentais da pessoa com transtorno mental infratora, necessário desconstruir e construir novos conceitos; rever legislações, construir novas possibilidades de cidadania real; construir práticas de inclusão e construir a solidariedade cujos reflexos irão transformar o imaginário social em relação à loucura.

A Lei de Reforma Psiquiátrica – Lei n. 10.216/2001, de 06 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. Essa nova política de saúde mental brasileira, processo iniciado nos anos 80, culminou com a promulgação da Lei nº 10.216/2001, que reformou o sistema até então vigente e que tinha por base a legislação de 1934, a qual se caracterizava precipuamente pela hospitalização e o

asilamento do portador de transtorno mental, refletindo os anseios sociais pela manutenção da segurança e da ordem.

Há 16 anos em vigência, a Lei 10.216/2001 apresenta positivos resultados práticos alcançados. No entanto, verifica-se, ainda, algumas resistências por parte da doutrina, quando da confrontação do novo modelo de abordagem e tratamento do “louco infrator” com o previsto no Código Penal e as diretrizes estabelecidas. Entretanto, merece destaque o fato de que a Lei da reforma psiquiátrica, constitui uma lei específica e recente, datada de 06 de abril de 2001, enquanto o Código Penal brasileiro foi submetido à reforma de sua parte geral, em 1984,

Em 1987, instalou-se em São Paulo, o primeiro Centro de Atenção Psicossocial (CAPS); em 1989, na cidade de Santos o primeiro Núcleo de Atenção Psicossocial (NAPS). Em ambos a assistência aos pacientes era prestada de portas abertas. Serviços de terapia ocupacional, psicoterapia e abrigo diurno e noturno eram oferecidos para alguns pacientes. Não tardou e o Ministério da Saúde encampou o modelo, e ainda, regulamentou, financiou e implantou demais serviços que tivessem a mesma concepção e compartilhassem mesma diretriz.

Dessa forma, em 1989, o então Deputado Federal Paulo Delgado, apresentou à Câmara de Deputados, o Projeto de Lei n. 3657/89. Tal projeto regulamentava os direitos dos portadores de transtorno mental e assegurava uma progressiva extinção dos hospitais psiquiátricos na proporção em que os novos programas assistenciais fossem implantados. Durante a tramitação, muitos debates e várias emendas.

O projeto foi aprovado por unanimidade no Plenário no Congresso Nacional. A Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001, conhecida com a Lei de Reforma Psiquiátrica, base para a Política Nacional de Saúde Mental, cujo objetivo consiste na consolidação de um método de atenção à saúde mental aberto e de base comunitária, foi publicada.

A lei n. 10.216/2001 veda a internação em instituições com características asilares, institui que o regime de internação deva oferecer assistência integral ao paciente, dentre outros, serviços médicos, psicológicos, ocupacionais, de assistência social, de lazer.

Saliente-se que a referida lei não veda ou extingue o recurso terapêutico da internação, porém esse recurso somente será utilizado, em caráter excepcional, em momentos de crise e de forma temporária.

Ademais, conforme já referido anteriormente, no processo de evolução dos direitos humanos, identifica-se uma etapa de especialização pela qual a generalização

dos direitos humanos é substituída pela especificação subjetiva. Nesta etapa, o conteúdo dos direitos ganha diversidade em relação aos seus titulares substituindo o homem abstrato das primeiras declarações. Essa especificação reconheceu como titular de direito os deficientes mentais proclamando a necessidade de proteção e de sua reintegração na vida social normal (SAMPAIO, 2010). Cabe registrar que a Convenção sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência da ONU foi inserida no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto nº 6.949, de 25.08.2009, que a promulgou. Sua incorporação em nosso ordenamento se deu com status constitucional, pois observado o rito estipulado nela Emenda Constitucional nº 45/04.

A Organização Mundial de Saúde, dentre as diretrizes priorizadas, ressalta a necessidade de investimentos em meios de prevenção e no tratamento de doenças mentais.

A adoção da ideia de reinserção do sujeito em seu meio social apartada do estigma de perigoso permeia toda a Lei de Reforma Psiquiátrica. Esta lei não oferece conceito de doença mental, conforme o empregado tradicionalmente, por considerá-lo fator de estigmatização. Tratar-se-á o portador de transtorno mental como sujeito de direitos. Para tanto, prepondera a dignidade da pessoa humana e o respeito ao pluralismo humano, princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais destes sujeitos.

Enfatiza-se que a Carta Magna e as normas internacionais de proteção aos direitos humanos, a partir do rol de direitos e garantias fundamentais, asseguram o mínimo de respeito à pessoa humana, pois, a dignidade é atributo de todo ser humano, não podendo lhe ser retirada nem mesmo em razão de atos praticados.

O respeito aos direitos fundamentais das pessoas com transtorno mental infratora deve ser reivindicado. Apesar dos avanços obtidos, ainda se observa práticas tradicionais manicomiais.

6 INDIVIDUALIZAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA EM FACE DA REFORMA PSIQUIÁTRICA (LEI N. 10.216/2001)

A fiel observância dos princípios penais cuja finalidade é garantir a preservação da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, determina que a sanção penal seja permanentemente individualizada. Portanto, deve adequar-se à singularidade do sentenciado de forma a efetivar a garantia dos direitos não atingidos pela sentença e garantir a preservação do seu livre desenvolvimento, tendo por objetivo fundamental restituir-lhe a liberdade. Segundo Yacobucci (2002) “en ese orden prevalece la idea de armonía o unidad del sistema jurídico, integrando los principios y garantías sin que entren en conflicto” (YACOBUCCI, 2002, p. 442).

O artigo 1º da Lei nº. 10.216/2001 estabelece que:

Art. 1º, Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, posição política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.

A saúde como um dos direitos fundamentais da pessoa humana, independentemente de sua situação jurídica, deve ser efetivada concretamente pelas ações do Estado e, especialmente, realizada como um dos fatores estratégicos a realização da Justiça Social. Por isso a legislação de saúde desempenha um importante papel, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, na medida em que pode refletir ou direcionar a saúde pública ou saúde mental como segmento da função social do Estado.

Com o objetivo de efetivação de direitos, o artigo 2º da Lei n. 10.216/2001 reorientou o modelo de justiça criminal atinente aos portadores de transtorno mental e, adotou perspectiva humanista, com a finalidade de garantir-lhes tratamento respeitoso. Destaque foi concedido ao direito à saúde e imprescindível a efetivação desse novo modelo, pois, a urgência é manifesta.

Dentre as modificações trazidas pela Lei n. 10.216/2001, ressalta Carvalho (2013),

A criação de uma nova *gramática da loucura* ultrapassa o mero simbolismo e se constitui como importante mecanismo de mudança. As formas de nominar o *louco* e a *loucura* expõem o que é encoberto nas práticas psiquiátricas e a mudança da linguagem constitui um importante passo na desconstrução da

lógica manicomial. A redesignação do *louco* como *sujeito portador de sofrimento psíquico ou usuário do sistema de saúde mental* carrega consigo, portanto, uma nova postura perante estas distintas construções da subjetividade (CARVALHO, 2013, p. 518).

Em relação ao estado perigoso, Gomes (2010) de forma clara, direta e objetiva, ao se referir ao art. 67 do Código Penal afirma:

O art. 67 do CP é iminentemente subjetivista, porque atrelado a condições subjetivistas do autor do fato. É dispositivo fundado em direito penal de autor (não no Direito penal do fato). Isto é resquício do positivismo criminológico de Lombroso, Ferri, e Garófalo que serviu de base para nosso Código Penal fascista de 1940. [...]. Hoje considerando o modelo de Estado que elegemos (o constitucional e humano-centrista do direito, já não faz sentido [...] o disposto do art. 67 do CP, que prioriza as condições subjetivas, em detrimento das objetivas. A aplicação automática do art. 67 revela posicionamento ideológico tendencialmente positivista que não se coaduna com o atual modelo de sociedade e de direito (assim como o de Estado) que adotamos⁶ (GOMES, 2010, s.p.).

É importante registrar que não há no texto da lei 10.216/2001, distinção entre portadores de transtorno mental perigoso ou não perigoso. Essa omissão justifica-se por si só, pois considerar a periculosidade fundamento legal significa aplicação de sanção penal ao inimputável até cessar o “estado de perigo”, ainda que, observado o limite de trinta anos, de acordo com Supremo Tribunal Federal.

O legislador penal brasileiro optou por um conceito indireto da imputabilidade; conceituou a inimputabilidade, ausência de responsabilidade penal do autor do fato ilícito em razão de uma peculiar característica que o envolve. Logo, por exclusão, aquele que não for inimputável, será considerado imputável. Então, se inimputabilidade etária, casos de adolescentes em conflito com a lei, aplicar-se-á medidas socioeducativas, resposta sancionatória, previstas no art. 112 da Lei n. 8.089/1990. Entretanto, se inimputabilidade psíquica será imposta medida de segurança. Em decorrência da menoridade ou de grave sofrimento psíquico, a legislação prevê a isenção de pena (CP, art. 26, *caput*).

Não obstante, a Lei n. 10.216/2001 ao conceder novo *status* ao portador de transtorno mental, respeitando-o como pessoa, um verdadeiro sujeito de direitos e obrigações, retirou-o da posição de objeto de tratamento. Atente para o texto da lei, o legislador não manteve nem mesmo a locução *doença mental*.

⁶ GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Agravantes e atenuantes: preponderância das circunstâncias subjetivas**. In Críticas, 2010. Disponível em <<http://lfg-teste.tempsite.ws/public>> acesso em 28 de nov. de 2010.

Segundo Mattos (2015) o que agora se exige, por força de lei, em relação ao sujeito com transtorno mental é o direito constitucional à igualdade na sua diferença, já que não há fundamentação científica para o que possa vir a ser “periculosidade”, nem mesmo a positivação de sua cessação, via laudo psiquiátrico. (MATTOS, 2015).

Se pela legislação pátria o “louco infrator” foi retirado da posição de objeto de tratamento para assumir condição de pessoa, registre-se a título de exemplo que o Código Penal mexicano adota a concepção unicista da pena e da medida de segurança, dando-lhes o mesmo significado, fundamentos e fins, artigo 24:

Las penas y medidas de seguridad son:

1 Prisión (...)

2 Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos (Estados Unidos Mexicanos – Código Penal Federal. Augitas Encoding and publishing mouse. Nuevo Código Publicado en el Diario Oficial de La Federación el 14 de agosto de 1931 Texto vigente última reforma publicada).

A inobservância da Lei n. 10.216/2001 acarreta uma intensificação de danos ao sujeito com transtorno psíquico. Ignorar as mudanças trazidas pela Lei da Reforma Psiquiátrica, inviabiliza que seja ofertado ao sujeito com transtorno psíquico infrator o mesmo tratamento conferido ao sujeito com transtorno mental não infrator, tratamento adequado às singularidades do caso. Isso porque, ainda hoje, ao considerar os cuidados em saúde mental dos ditos “loucos infratores”, depara-se com práticas manicomiais violadoras de direitos fundamentais desses sujeitos.

Nesse sentido, Mendonça e Carvalho (2006) expõem outra situação de divergência de tratamento, apresentando críticas ao disposto na Lei n. 11.343/2006, nova Lei de drogas. Se a dependência é vista pela nova Lei como um estado patológico, o ordenamento jurídico acabará por tratar de forma diversa os estados nosológicos: se absolvido com fulcro no art. 26 do CP, em razão de alguma doença mental, o agente se submeterá à medida de segurança até a cessação da periculosidade; porém, caso se constate que é dependente e agiu na situação do art. 45 da Lei de Drogas, não sofrerá qualquer reprimenda e sequer será submetido a tratamento compulsório. (MENDONÇA; CARVALHO, 2006).

Enquanto não se alcança a isonomia e não se efetiva a modificação na estrutura em prol do cumprimento das finalidades das medidas de segurança ou à proteção dos direitos fundamentais e respeito aos princípios penais básicos, muitos seguem reivindicando a efetivação e o respeito aos direitos do louco infrator como

sujeito de direitos.

Ressalta Barros-Brisset (2006)

A sentença de inimizabilidade decretada a um cidadão e a consequente presunção de periculosidade é a mais violenta violação dos direitos humanos em vigor nestes tempos que correm. Esses cidadãos não nos deixam esquecer que pregar comportamento e agregar valores absolutos foi uma prática muito usada para condenar pessoas na Santa Inquisição. Nos casos dos loucos infratores, a modernidade ainda se orienta pela mesma lógica, deslocando apenas o seu destino como forma de segregação (BARROS-BRISSET, 2006, p.42).

Assim, ampliar a inclusão, defender a pluralidade, romper com a associação entre loucura e violência, são ações que possibilitarão o resgate da dignidade e cidadania do portador de transtorno mental, restituindo-lhe a palavra e a singularidade que consiste em uma característica de todo ser humano.

Preceitua o art. 3º da Lei n. 10.216/2001,

Art. 3º. É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais (BRASIL 2017).

O tratamento será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros. Importante, novamente, salientar a vedação de internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, desprovidas dos recursos especificados na Lei n. 10.216/2001 e que não assegurem aos pacientes os direitos elencados na respectiva Lei.

Na esteira da reforma psiquiatria, em 1995, foi aprovada, em Minas Gerais, a Lei Estadual n. 11.802 que:

Dispõe sobre a promoção de saúde e da reintegração social do portador de sofrimento mental; determina a implantação de ações e serviços de saúde mental substitutivos dos hospitais psiquiátricos e a extinção progressiva destes; regulamenta as internações, especialmente a involuntária e dá outras providências (MINAS GERAIS, 1995).

Indaga-se, ainda, sobre a possibilidade da construção de novas ressignificações no âmbito jurídico que priorize a cidadania do “louco infrator”. Para

tanto, necessário se faz revisitar a aplicação, a individualização e execução das medidas de segurança.

6.1 Espécies de internação previstas na Lei n. 10.216/2001

Atualmente, no ordenamento jurídico pátrio, há três tipos de internações psiquiátricas: a) internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; b) internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro, ambas somente podem ser autorizadas por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento e, por fim, c) a internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Cabe aqui indagar: E o louco infrator? Qual a sua realidade? Qual é o tratamento concedido ao “doente mental” que cometeu um delito?

No caso do “louco infrator” continuam as técnicas de confinamento, seja em manicômios judiciais, seja em prisões comuns, locais em que praticamente não há possibilidade de realizar tratamento, muito menos tratamento adequado ao caso. Eis o paradoxo de novas ideias, velhas práticas. De um modo geral, permanecem sendo priorizadas internações em hospitais psiquiátricos, por períodos relativamente longos, recorrendo à periculosidade como justificativa.

Na precisa lição de Sanches (2001), “[...] la inseguridad conduce, pues, inexorablemente al ‘Estado vigilante’ o ‘Estado de la prevención’ [...] En este contexto policial-preventivo, la barrer de intervención del Estado en las esferas jurídicas de los ciudadanos se adelanta de modo substancial” (SANCHEZ, 2001, p. 138).

Assim sendo, a garantia de direitos que fundamentam as ações que representam forma de tratamento direcionadas ao portador de transtorno mental, parece divergir e, até mesmo, se contrapor ao tratamento destinado ao portador de transtorno mental infrator.

Aqui cabe colacionar a lição de Bobbio (2004) quando assevera que o problema fundamental de nosso tempo, em relação aos direitos do homem “não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004, p. 43).

Nesse sentido, também nos alerta Sampaio (2010),

Temos que aceitar dos pragmáticos a lembrança das limitações [...] não acharemos, por mais que tentemos, provas conclusivas de que os seres humanos tenham direitos em sentido moral e até mesmo existencial. Resta o conforto dos pensadores que a exemplo de Cohen [...] e Bobbio, chama mais para o agir, para a concretização dos direitos, do que para buscar as razões da crença. Se o último fundamento é uma crença e se confunde com a própria ação, o que temos a fazer? (SAMPAIO, 2010, p. 125).

No que se refere ao “louco infrator”, considerando que a igualdade impõe a necessária identificação das diferenças das pessoas e por isso, requisita uma especialização de natureza subjetiva, há que prevalecer uma relação de participação entre Estado-indivíduo-sociedade no processo que restitua ao sujeito sua identidade, seus direitos e sua própria palavra, possibilitando o acesso aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988.

O tema medida de segurança e internação compulsória, no paradigma do Estado Democrático de Direito, foram projetados com maior amplitude no plano dos direitos fundamentais, como reflexão do direito à diferença. No caso específico dos portadores de transtorno mental, como condição necessária para o exercício de sua cidadania. No entanto, em relação ao direito penal, há tendência de restringir alguns aspectos da Lei da reforma psiquiátrica, por meio de debates que envolvem a natureza jurídica de institutos previstos na citada lei, ainda que deles decorram consequências constitucionais fundamentais.

Em relação a internação compulsória, o artigo 9º da referida lei preceitua que: “A internação compulsória é determinada, de acordo com a **legislação** vigente, pelo juiz **competente**”. Eis o dispositivo que condensa o debate acerca do alcance penal da Lei de Reforma psiquiátrica.

Ressalte-se que as referências genéricas à Justiça e à legislação vigente deixam margem à interpretação de que a ordem possa emanar da Justiça Penal e de que as normas penais também estão aí abrangidas. Ou então, ocorreu um grave equívoco do legislador ao não destacar a inaplicabilidade da Lei da Reforma no campo penal ou, ainda, se ocorreu devido à necessidade de melhor alcance de cada um desses direitos. Sabe-se que não se discute a cindibilidade dos direitos previstos na lei, pois, são direitos de pessoas com transtornos mentais, não discriminando entre os direitos dos “loucos” que não praticaram crimes e os direitos do “louco infrator”.

Notadamente em relação ao “louco infrator”, os direitos que já lhes foram

atribuídos pela Constituição Federal, encontram-se agora, realçados pela Lei n. 10.216/01.

Para Carvalho Netto (2005) a lei da reforma psiquiátrica “é tomada como mote para demonstrar a forma irradiante dos direitos fundamentais na dinâmica constitucional, como um processo permanente de aprendizado coletivo, embora sem qualquer garantia de não-retrocesso” (CARVALHO NETTO, 2005, p.1).

Quanto às críticas dirigidas à Lei nº 10.216/2001, o mesmo autor ressalta que para asseverar a legitimidade do instituto não basta remeter à validade formal dos dispositivos legais que o define (Código penal, Código processual penal). Não se pode mais crer que as normas seja autoaplicáveis. Elas sempre demandam por parte do intérprete avaliar os contornos das situações concretas para aplicar a norma mais adequada. Em se tratando de portador de transtorno mental, considerando o desenvolvimento auferido com a Lei n 10.216/2001, a norma adequada a todo portador de sofrimento psíquico é a lei de reforma psiquiátrica. Não há razão para que se estabeleça uma diferenciação apriorística em prejuízo da loucura criminalizada atribuindo-lhe sempre institucionalização. Mesmo antes da promulgação da Lei nº 10.216/2001 – que trouxe a questão para o plano das regras jurídicas, dotadas de poder sancionador – a Constituição já apontava na direção de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º).

Jacobina (2008) acresce que, não há nem mesmo resposta para a pergunta se a medida de segurança é sanção penal ou tratamento terapêutico. E afirma, com outros autores, que, o instituto da medida de segurança sequer foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e pelos princípios do Estado Democrático de Direito, notadamente, os princípios a igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. (JACOBINA, 2008)

Novas práticas de assistência em saúde mental com natureza distintas das práticas manicomiais devem ser adotadas, uma vez que as práticas manicomiais rompem com os laços familiares e sociais e, conseqüentemente anulam a singularidade do sujeito. Já as práticas inovadoras de assistência em saúde mental se constituem em uma rede de serviços com a finalidade de promover um espaço de convivência com a diferença e uma maior integração social.

Assim, na aplicação da medida de segurança, comprovada a materialidade e autoria do injusto penal, realizado o exame que deverá informar se o agente é

portador de algum transtorno mental, informando o grau da anomalia, a modalidade internação somente será imposta, excepcionalmente, em caso de crise e, ainda assim, de forma temporária. Isso porque “a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra hospitalares se mostrarem insuficientes” (Lei nº 10.216/01, art. 4º).

6.2 Medida de segurança e execução

Novo debate doutrinário surge acerca da aplicação da Lei nº 10.216/2001 e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84). Questiona-se acerca de uma possível derrogação pela Lei da Reforma dos dispositivos atinentes ao processo de execução da medida de segurança previstos na Lei de Execução Penal ou seria somente um conflito aparente de normas?

Nas lições de Jacobina (2008),

[...] a lei não excepciona do seu texto os portadores de transtorno que tenham cometido crime, de modo que também esse são atingidos por ela. Não há motivo para excluí-los da aplicação desse diploma, sem promover uma discriminação que não tem o menor suporte na Constituição Federal (JACOBINA, 2008, p. 104).

Entretanto, argumenta-se que a Lei da Reforma não derogou explicitamente a Lei de Execução Penal, então, presente um conflito aparente de normas. Nesse sentido, Jacobina (2008) afirma que,

O primeiro passo seria ir à Lei Complementar nº 95m de 28 de fevereiro de 1998, que regulamenta o art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal e determina que “a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou as disposições legais revogadas” (art. 9º, com redação dada pela Lei complementar nº 107/2001. Ocorre que a Lei Complementar nº 107/2001 é de 26 de abril de 2001, tendo entrado em vigor nessa data, enquanto a Lei de Reforma Psiquiátrica é de 6 de abril do mesmo ano. Sendo-lhe anterior, não estaria obrigada a seguir seus ditames. Note-se que a redação original desse artigo na Lei Complementar nº 95/1998 (em vigor no momento da promulgação da Lei da Reforma Psiquiátrica) determinava apenas que sendo necessário a lei nova explicitasse quais dispositivos estava expressamente revogando) (JACOBINA, 2008, p. 109),

Tal discussão é reconhecida como debates de formalidades. A regra de hermenêutica a prevalecer seria a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Desta decorre que a incompatibilidade lógica da lei anterior com a lei posterior implica revogação, ainda que não haja cláusula expressa.

Ainda assim, não se firmou a derrogação da Lei de Execução Penal acerca da

medida de segurança. As medidas de segurança, modalidade internação, seguem sendo aplicadas. Afinal, sabe-se que uma lei por si só ou a conquista de um texto legislativo é somente o início e, ainda, que plano legislativo e legitimidade não se confundem.

Diante disso e das desumanidades que se propagam nos estabelecimentos de custódia e tratamentos psiquiátricos (manicômios), a questão assume caráter de urgência que transcende a legalidade infraconstitucional para alcançar nível de realização dos direitos humanos que permeia a Constituição da República de 1988.

O sentenciado à medida de segurança, modalidade internação, ou seja, em situação manicomial é o de maior urgência e gravidade. Nesse caso, é imprescindível que lhes sejam garantidos pelo menos o que o artigo 4º, § 2º da Lei n. 10.216/2001, assegurada aos internados de modo geral, uma assistência integral.

Demonstra-se, através dessa Lei, a força normativa da Constituição na efetivação dos direitos fundamentais, direitos que são princípios abertos, passíveis de revisão e aprimoramento, aptos a acompanhar e provocar processo de desenvolvimento humano, dentre outros. Com seus fundamentos dinâmicos, sua forma inclusiva, a Carta Magna propõe-se a lidar de forma racional com questões controversas ainda existentes no âmbito jurídico, seja na criação do direito, seja na sua aplicação administrativa ou judicial.

Com o objetivo de garantir a cidadania das pessoas com transtorno mental, instituiu-se a excepcionalidade da internação, que até então, era considerada regra, notadamente para o “louco infrator”. Estabeleceu a proteção aos direitos do portador de transtorno mental contra abusos no tratamento, reconheceu o paciente como sujeito de direitos, conferindo-lhe acesso a um tratamento de saúde digno, bem como a sua reinserção social

Aos poucos as conquistas da Lei. N. 10.216/2001 devem alcançar os pacientes judiciários. Consolida-se, de forma gradual, que a execução da medida de segurança deve pautar-se pelas diretrizes da Reforma, notadamente, no que concerne ao aspecto da desospitalização. Dentre alguns avanços, pode-se mencionar: Resolução nº 133, de 20 de abril de 2010, pela qual o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece que “O juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível buscará implementar políticas antimanicomiais, conforme sistemática da Lei n. 10.216/2001, de 06 de abril de 2001. (artigo 17).

No mesmo sentido, a Recomendação nº 35, de 12 de julho de 2011, pela qual

o CNJ resolve recomendar aos tribunais que, “na execução da medida de segurança, adotem a política antimanicominal, sempre que possível, em meio aberto”.

Nessa mesma direção, a Resolução n. 633 de 3 de maio de 2010 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Programa Novos Rumos, sendo o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário, PAI-PJ, parte integrante daquele Programa.

Na individualização da medida de segurança, há que se observar os preceitos da Lei da Reforma que dispõe “sobre a proteção e os direitos das pessoas portadores de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”. Dentre outros objetivos previstos na Lei n. 10.216/2001, destaca-se a desinstitucionalização, conforme art. 5º,

Art. 5º- O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário (BRASIL, 2017).

A desinstitucionalização refere-se a processo que integra a nova política de saúde mental, cujo objeto é a reinserção social da pessoa portadora de transtorno mental. Esse processo se desenvolve por instrumentos terapêuticos e de assistência social à pessoa com transtorno psíquico. Dentre os instrumentos utilizados para desenvolvimento do processo, conforme já citado, encontram-se os CAPS – Centros de Atendimento Psicossocial, inaugurados no Brasil em 1987, como uma alternativa ao hospital psiquiátrico fechado.

Toda a reforma veio contrapor-se à sistemática até então vigente, na qual a periculosidade considerada intrínseca ao próprio estado de doença mental faz com que todo alienado represente um perigo para si mesmo e para a sociedade. Para salvaguardar a sociedade do estado de perigo inerente a tais pessoas, justificava-se necessidade de acentuada intervenção estatal nos direitos dos portadores de transtorno mental. Com o fenômeno expansivo do Direito Penal intensificou-se ainda mais a atuação estatal em relação às pessoas com transtorno mental.

Ripólles (2016) ao se referir à periculosidade que embasa a medida de segurança, afirma que:

A legitimação do princípio da periculosidade cumpriu um ciclo completo no séc. XX: à sua rápida implementação nos anos 1930 segue-se uma consolidação que entra em crise no último terço do século e que ao final o levou a encontrar seriamente questionado” (RIPÓLLES, 2016, p. 148).

Encontrando-se o sentenciado interno, em cumprimento de medida de segurança, para a desinternação será realizado o exame de cessação de periculosidade, cujo laudo que apresenta a perícia, aponta se constatada ou não a cessação de periculosidade. É de extrema importância diferenciar a cessação de periculosidade da cura do transtorno mental, vez que, em alguns casos, pode a cura acontecer, contudo, em outros, seja impossível. Nos casos em que não há previsão de cura, possível referir-se à estabilização.

Atualmente, em caso de doença mental ou perturbação da saúde mental, elementos presentes no Direito Penal como entidades passíveis de cura ou de perigo, sendo que, no caso de perigo poderá haver a cessação quando curada sua causa, há que se ressaltar não ser mais possível se referir à cura de doença mental. Desse modo, a cessação do estado perigoso terá por base a estabilização da crise psiquiátrica. Em decorrência poderá o juiz assegurar-se quanto à manutenção da estabilidade, observando o comprometimento do sujeito para com a realização do tratamento necessário.

Isso porque doença mental e loucura hoje são concebidas como crises psiquiátricas passíveis de ocorrer em todas as estruturas de constituição dos sujeitos. Sendo construções possíveis: a psicose a neurose a perversão. (ROUDINESCO; PLON, 1988).

Cessada a periculosidade, ocorrendo a liberação ou desinternação, sempre submetida a condições imposta pelo juiz, conforme artigos 131 e 132 da LEP, pelo prazo de um ano, restabelecida a situação anterior, art. 97, §3º do CP, se o agente antes do decurso desse prazo praticar qualquer ato indicativo da persistência da periculosidade. Caso contrário, ao término do prazo, será revogada a medida de segurança e extinta a punibilidade. Na imposição dessas condições, deve o juiz estar atento às peculiaridades do caso, à especificidade do sujeito, com o fim de individualizar as medidas as quais o sentenciado ficará submetido.

Saliente-se, ainda, a importância de integração entre família, equipe de saúde e, neste caso específico, juiz da execução. Subsídios poderão ser fornecidos ao juiz para resolver sobre a permanência ou revogação a medida de segurança. Determina o art. 3º, da Lei nº 10.216/2001,

Art.3º. “É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais”. (BRASIL, 2017).

Nesse sentido é o trabalho do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário (PAI-PJ) sendo verificados inúmeros casos de modulação de medida de segurança e de indicações sobre a melhor medida terapêutica para o caso, alcançando significativos progressos clínicos. O PAI-PJ através de uma política de atenção integral, através do acompanhamento caso a caso, considerando a singularidade clínica, social e jurídica do paciente, busca novas formas de modulação da medida de segurança para (re) inserção do sujeito em sua rede de relações.

No estado de Goiás, o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI) visa o atendimento e a inclusão dos portadores de transtornos mentais que estão submetidos a medida de segurança, preferencialmente, no Sistema Único de Saúde (SUS).

Em agosto de 2016, foi implantado no estado do Piauí, o Programa de Cuidado Integral do Paciente Psiquiátrico, visa ao atendimento das pessoas com transtorno mental em conflito com a lei para garantir um padrão de assistência mínimo às pessoas em situação de privação de liberdade.

O Direito Penal ao romper com o arbítrio, adotou nova perspectiva de instrumento de materialização da dignidade da pessoa humana - o princípio da legalidade que representa a garantia em face do poder punitivo juntamente com a compreensão do caso reconhecendo a especificidade nele presente e singularidade da parte envolvida.

Yacobucci (2002) com peculiar clareza preleciona,

[...] el principio de legalidad no solo es la carta magna del delincuente sino del ciudadano común que puede esperar la defensa eficaz de sus derechos humanos más significativos sin exclusiones ideológicas por las cuales se mediatizan la vida, las creencias, el desarrollo normal de los más débiles [...], la protección de la libertad y de la propiedad como ciertas expresiones de esta (YACOBUECCI, 2002, p. 462)

Em conformidade com a nova perspectiva penal, a aplicação e a execução das medidas de segurança a partir do modelo proposto pela Lei n. 10.216/2001, possibilita uma terapêutica (penal) individualizada, sob a perspectiva da singularidade, bem

como construir a cidadania do portador de sofrimento mental juntamente com a sociedade. Isso por meio de um processo de reconhecimento e proteção institucional das diferenças como efetivação da igualdade, possibilitando a prática de inclusão do portador de transtorno mental. Subsídios teórico-científicos aportados ao mundo jurídico, com a finalidade de instrumentalizar uma ampla compreensão do caso, podem possibilitar ao portador de transtorno mental infrator a mesma política de saúde mental aplicada ao portador de transtorno mental não envolvido em prática delitiva, promovendo, concomitantemente, o tratamento adequado e a sua responsabilização, respeitando suas especificidades.

Novamente, Yacobucci (2002) afirma que “El principio de dignidad humana establece que un instrumento de tan fuerte impacto en la existencia personal de los ciudadanos solo se emplee de manera subsidiaria o frente al fracaso de otros controles sociales – *ultima ratio*” (YACOBUCCI, 2002, p. 462).

Os pacientes judiciários devidamente assistidos pela saúde mental podem se conscientizar da necessidade do tratamento e, mediante adesão dar continuidade a sua realização. E mais, do fato de comparecerem em juízo periodicamente, pode advir a implicação e a responsabilização pelo ato ilícito praticado e, por consequência afastar a reincidência.

A mensagem é clara, o portador de transtorno mental infrator necessita de tratamento e tratamento adequado às suas especificidades e não práticas de isolamento, grades, castigos ou prisões. Ademais, a Carta Magna além de reconhecer e assegurar o direito à saúde, incluindo a saúde mental, atribui ao Estado o dever de prestá-lo. Trata-se da materialização de direitos gestados na Constituição como atitudes do Estado, que só teoricamente foram atribuídos ao doente mental infrator.

Jacobina (2008) salienta que,

Não se pode defender que a revisão dessa concepção antiquada de direito penal, remanescente no instituto da medida de segurança, implique irresponsabilização total do sujeito portador de transtorno mentais. Ao contrário, urge construir um sistema de responsabilização que leve em conta o modo peculiar de ser, de agir e de pensar desses cidadãos, e que vise realmente à sua reintegração, quando ele passar ao ato, vale dizer, quando agir de forma que venha a prejudicá-lo ou a prejudicar injustamente a um terceiro. Que essa solução não deva passar pelo direito penal, isso parece claro no entanto, não parece claro por onde ela deva passar. Somente um diálogo multilateral, interdisciplinar e democrático – que inclua, ademais, a participação desses cidadãos com necessidades especial – pode nos apontar um caminho para a construção de uma cidadania que se ajuste ao seu peculiar modo de existir [...] (JACOBINA, 2008, p.136)

Com Barros-Brisset (2010) “Não estamos entre aqueles que acreditam que a questão do louco infrator é um problema exclusivo da Saúde, fora do campo de competência do Direito [...]” (BARROS-BRISSET, 2010, p. 37).

E ainda:

A nossa experiência ensina que o fato de alcançar o direito de ter acesso ao tratamento de saúde que corresponda a singularidade clínica e social do cidadão, no ambiente universal e democrático do SUS, não o dispensa do dever de responder pelo seu crime, segundo a orientação do texto normativo em vigor. A possibilidade de responder pelo crime cometido é uma condição humanizante, um exercício de cidadania que aponta para a responsabilidade e para a capacidade do sujeito de se reconhecer como parte de um registro normativo que serve para todos (BARROS-BRISSET, 2010, p. 36).

Dessa forma, a aplicação e a execução da medida de segurança a partir do modelo proposto pela Lei n. 10.216/2001, sob a nova perspectiva do Direito Penal de romper com o arbítrio e adotar a compreensão do caso a caso, promoverá a individualização da terapêutica (penal) e garantirá a efetividade dos direitos fundamentais do portador de transtorno mental infrator.

7 UMA REFLEXÃO ACERCA DA PERICULOSIDADE

7.1 Periculosidade: a lenta e irreversível desconstrução

A ideia de periculosidade se mostra incompatível com o princípio da legalidade, previsto na Constituição de 1988, além de não apresentar respostas às indagações sobre a quantificação da probabilidade para se verificar a periculosidade do sujeito e, em quais condições poderá aferir da periculosidade do indivíduo.

A periculosidade é questão amplamente discutida, por vezes, confundida com a temibilidade, outras com perversidade, ora considerada critério de política criminal, ainda que não prevista legalmente. A periculosidade penal normalmente se refere a uma tendência, atitude, disposição própria do indivíduo para praticar infrações, consiste em um modo de ser da pessoa, sua própria condição psíquica de periculosidade. Mais adiante, conclui que a remoção do estado perigoso está associada à imposição de medidas de segurança que submeta o agente à confinamento e à constante supervisão e advertência, ainda que em liberdade condicional. Mesmo diante de debates, da positivação dos direitos fundamentais e do desenvolvimento técnico-científico das possibilidades de tratamento, estabilização apresentadas pela saúde mental, o conceito de periculosidade pouco se modificou. Permanece como conceito indefinível sem qualquer possibilidade de mensuração. Às questões que lhes são dirigidas obtém-se respostas padronizadas. Perseverar na perigosidade do portador de transtorno mental é manter o “louco infrator” como homem perigoso e que a qualquer momento poderá voltar a delinquir. A medida de segurança necessita se adequar ao desenvolvimento técnico-científico (PETROCELLI, 1940).

Sob a justificativa de se estar cumprindo a lei, viola-se a própria lei, no caso do portador de transtorno mental infrator, pois, ainda que na sua criação a medida de segurança tenha surgido como instituto de proteção, não cumpriu sua finalidade, pois, da forma como está sendo aplicada e executada gera dupla segregação.

Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 116) afirmam que: “todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor (...)”. Em outro momento, com sua peculiar propriedade, novamente, Zaffaroni (2004) aborda a questão da periculosidade e adverte que o Estado, num determinado momento, passou a dizer ser a vítima dos delitos; seus primeiros inimigos foram os hereges, feiticeiros, os curandeiros; quando

a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo satã; conta para isso com o apoio da ciência médica – Lombroso, sobretudo. –O Direito penal de autor ao se fundar na periculosidade se coaduna com uma exigência tipo repressivo-intimidatória, própria de sistema autoritário que busca controlar até mesmo a esfera interna do indivíduo em prol da segurança da sociedade. (ZAFFARONI, 2004).

Importante assinalar, ainda que de forma sucinta, a diferença entre direito penal e sistema penal.

O direito penal é um conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime e a aplicação e execução das sanções cominadas; já o sistema penal é um grupo de instituições, ou seja, a instituição policial, a judiciária e a penitenciária, comprometido com a proteção da dignidade humana, que se incumbe de realizar o direito penal. (BATISTA, 2007).

Firmada tal distinção, cabe registrar que na construção de um sistema punitivo é possível tomar por base o *fato* ou o *autor*. O acento no fato ou no autor é que irá determinar a caracterização do sistema. Quando o fato é tomado de forma exclusiva, surge o que a doutrina denomina de ‘Direito Penal do fato’.

Direito Penal do fato, segundo Toledo “está construído sobre o fato-do-agente”, eis que “a estrutura dos tipos penais descreve um modelo de conduta proibida e não um tipo criminológico de autor” (TOLEDO, 2000, pp.235-236). Ressalte-se que o elemento que transforma o ilícito em crime é a decisão política – o ato legislativo – que o vincula a uma pena; no momento da aplicação da norma penal, através de uma decisão judiciária – que é também um ato político – o crime se põe como condição de existência da pena.

O Direito Penal fundamentado sobre o fato praticado pelo agente (direito penal do fato), é o resultado de uma longa e difícil conquista da humanidade. Salienta Toledo (2000):

O direito penal moderno está moldado segundo princípios elaborados, lenta e prenomine, através dos séculos [...] o *nullum crimen nulla poena sine lege*, o direito penal do fato e a culpabilidade do fato alinham-se imponentemente, [...] como colunas de sustentação de um sistema indissolivelmente ligado ao direito penal de índole democrática (TOLEDO, 2000, p. 253).

E prossegue enfatizando que por ser o poder estatal propenso a violar os direitos fundamentais da pessoa humana o âmbito de atuação deve se limitar a um

programa de intervenção penal para tutelar os direitos individuais. (TOLEDO, 2000).

Para tanto, destaca-se Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, a qual intensificou a afirmação do homem como pessoa, preconizou-se a necessidade de tornar público, por meio de leis, o direito penal e as penas a serem aplicadas (princípio da legalidade) (BECCARIA, 1999).

Já com a secularização o conceito de pessoa se tornou laico e consolidou-se a ideia de limitação dos poderes, evidenciando como núcleo de proteção a pessoa humana.

Diante de tantas conquistas por que não estendê-las ao louco infrator?

No século XIX, novas modificações em relação a posição central da pessoa humana. Afasta-se a concepção de indivíduo e a pessoa humana passa a ser considerada parte de um todo social. Contudo, por meio do constitucionalismo a individualidade da pessoa humana ser-lhe-á assegurada, bem como seu valor superior ao do próprio Estado. (SARMENTO, 2004).

Do reconhecimento da dignidade como valor inerente a todo ser humano resultou imperioso compreender o homem como pessoa e ao Estado atribui-se a competência de reconhecer e proteger a pessoa ainda que tenha cometido crimes.

Novamente as lições de Zaffaroni e Pierangeli (2004)

Todo homem é pessoa [...], em decorrência o Estado não pode pretender impor uma "moral", mas o Estado pode reconhecer um âmbito de liberdade moral, possibilitando deste modo a conduta moral de seus habitantes, porque o mérito moral surge justamente quando se teve a possibilidade do imoral (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, pp. 88-89).

Luigi Ferrajoli (2002) no mesmo sentido, ensina que "as proibições penais [...] necessariamente pressupõem a possibilidade de serem observadas ou violadas por parte de seus destinatários [...]" (FERRAJOLI, 2002, p. 393).

Cabe lembrar, desde o período científico, também denominado criminológico passou-se a entender que a prática de um crime sempre decorre de razões suficientes que a determinam. O delito passa a ser considerado um fenômeno biológico. Com a Escola Positiva e uma nova concepção do direito – de preexistente ao Homem passa a ser o resultado da vida em sociedade – apresentando variações no tempo e no espaço (FUHER, 2005).

O fato praticado já não apresenta tanto valor, pois o perigo advém da pessoa do agente. Este, sim, deve ser analisado com proeminência, já que representa um

perigo para os demais, passando, assim, a ser o problema central do direito penal.

O 'Direito Penal de autor' revela-se quando toda ênfase recai sobre o sujeito da ação, sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. E, ainda que o fato ocorra, o acento não se desloca, pois, conforme lições de Toledo (2000), o autor permanece "com inteira precedência lógica sobre o fato, considerada este último mero fenômeno sintomático [...]" (TOLEDO, 2000, p. 236).

Punições nem sempre se apresentaram como consequência do fato praticado pelo agente. São revelados pela história casos em que a pena constituía uma consequência da conduta de vida do agente, do perigo que representava para a ordem e segurança social, sancionava-se aquilo que o agente era, seu modo de ser, segregava-o em nome da tranquilidade social. Ainda hoje, no ordenamento jurídico penal brasileiro são encontradas, disposições que nos remetem à Escola Positiva.

Entretanto, diante da constitucionalização do direito penal que se evidencia por meio da influência que os princípios constitucionais exercem sobre esse ramo do direito, altera-se o significado e a realidade da aplicação e da execução das medidas de segurança.

Assim, conforme já dito é possível constatar que a ideia de periculosidade se mostra incompatível com o princípio da legalidade, previsto na Constituição de 1988.

Mesmo diante de debates, da posituação dos direitos fundamentais e do desenvolvimento técnico-científico das possibilidades de tratamento, a estabilização do portador de transtorno mental, apresentadas pela saúde mental, o conceito de periculosidade pouco se modificou. Ainda vige a necessidade de aplicação das medidas de segurança visando a prevenção da prática de futuros delitos pelo portador de transtorno mental.

Por todo o exposto, periculosidade – a lenta e irreversível desconstrução.

8 BREVES INCURSÕES HISTÓRICAS ACERCA DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Nos primórdios da humanidade, os grupos sociais envolvidos em um ambiente de magia e religiosidade, consideravam os fenômenos naturais um castigo divino pela prática de atos passíveis de reparação, por inexistir um sistema organizado de princípios gerais. Neste período, a responsabilidade pelos atos entre os homens era objetiva, impessoal e solidária, o simples nexo causal entre a conduta e o resultado bastava para ensejar a vingança privada, desprovida de qualquer limitação ao poder punitivo. Entre os grupos sociais predominava o domínio do mais forte, sempre com violências e excessos.

Nas lições de Nelson Hungria (1958)

Entre os povos da remota antiguidade, não se indagava, para fins de castigo, se o causador de um mal era culpado. A retribuição do mal atendia a um raciocínio sumário: “Tu me fizeste um mal; logo, deves também sofrer um mal”. Não se distinguia entre o fato voluntário e o involuntário” (HUNGRIA, 1958, p. 113).

As medidas com finalidade preventiva eram aplicadas em sua forma mais rudimentar, ou seja, o indivíduo indesejado era expulso do clã, afastando-se possíveis revides por parte daqueles que foram por ele ofendido. Restabelecia-se a harmonia do grupo.

No período da Antiguidade, entre os gregos, citam-se pensadores como: Confúcio (551-478 a.C.) com a reflexão: ‘tem cuidado de evitar os crimes para depois não ver-te obrigado a castigá-los’; isso demonstra o senso moral de que era possuidor, como, também o conhecimento da pena como gravame a uma má ação; Hipócrates (460-355 a.C), considerado ‘Pai da Medicina’ asseverou que ‘todo vício é fruto da loucura’, do que se deduz ter pretendido ainda que de forma implícita, argumentar que “todo crime também é fruto da loucura”, pois, se sob o ponto de vista ético-moral, existem vícios considerados criminosos e outros não, evidencia-se que o vício, comportamento menos grave sendo produto de alienação mental, por sua vez, a conduta mais grave que consiste no crime, também o seria (FERNANDES; FERNANDES, 2002). Já Platão apregoava que o criminoso se assemelha-se a um doente e, ainda, ressaltou a existência de causas econômicas em certos delitos (PLATÃO, 2013). Aristóteles asseverou que “a pobreza é a mãe da revolução e do crime” (ARISTOTELES, 2016, p.90). Ademais, para o Estagirita, o homem não é

completamente livre, ainda que pudesse sê-lo, ao submeter seu desejos e instintos à razão, esta, por conseguinte, dominaria a sua sensibilidade. (ARISTÓTELES, 2016).

Em Roma, período clássico, indivíduos considerados como perigosos ao convívio social, deveriam ser afastados por meio do banimento ou exílio que consistia em afastamento temporário ou perpétuo. Em relação aos loucos, avaliado o grau de insanidade, a indicação era que ficassem sob a guarda da família ou de parentes. As exigências em relação à guarda se intensificavam quanto aos loucos criminosos, permitindo-se a contenção por correntes, se necessário. Equiparados aos menores eram considerados penalmente incapazes e o Estado eximia de aplicar punição sob a fundamentação de que essas pessoas já teriam sido apenas suficientemente pela própria doença que os tornavam totalmente irresponsáveis. (ALVIM, 1997).

Na idade média, permanecia o entendimento de que os doentes mentais eram penalmente incapazes e deveriam ficar sob a guarda de seus familiares, sem serem apenas ou castigados. Previa, ainda, o antigo Direito Canônico, punição para a família que negligenciasse a custódia desses indivíduos (ALVIM, 1997).

Em conformidade com a noção de segregação do Período Clássico Romano, em 1532, a Constituição Criminal Carolina estende a aplicação de medidas preventivas, até então restrita aos loucos e menores, a outros indivíduos classificados como anti-sociais, incluindo sob essa qualificação os ébrios habituais, vagabundos, mendigos. (SANTOS, 1974). Justificava-se a segregação alegando não representarem um bom exemplo para a sociedade, argumentava-se ser a medida um instrumento de proteção social e, em decorrência da finalidade a ser alcançada não se exigia qualquer prática delituosa antecedente (RIBEIRO, 1998).

Durante o momento histórico da expansão geográfica, a Europa fez uso do degredo para afastar os indivíduos indesejáveis. Essa exportação compulsória dos indesejáveis para um lugar fora dos limites territoriais da metrópole acrescia ao caráter preventivo da medida a finalidade de contribuir para o povoamento das colônias. Constatou-se, porém, a ineficácia do degredo como medida recuperativa, pois os indivíduos degredados mantinham sua errância nas colônias para as quais foram enviados. Em decorrência, surgiam movimentos de rejeição cujos organizadores e participantes eram os membros das comunidades recém-criada. Para justificar tais movimentos, os membros da comunidade apresentavam alegações consubstanciadas na afirmação de que os degredados não poderiam contribuir na consolidação dos bons costumes nas colônias.

A utilização de prisões surge como meio de penalidade e como busca de solução para a ineficácia do degredo. Reclusos, os loucos infratores eram mantidos junto aos demais presos e sofriam as mais diversas arbitrariedades. Em decorrência da prática de abusos, os loucos são separados dos demais detentos. Posteriormente, nova separação, agora entre louco comum e louco infrator que enviado a “hospícios penais” era submetido, ainda que inimputável, à rigorosa disciplina vigente nas prisões e ao tratamento imposto nestes asilos, por prazo indeterminado. Ademais, para a sociedade, o louco criminoso representava a probabilidade de cometimento de novos crimes e a internação era instrumento hábil a remover a periculosidade e consequentemente efetivar a prevenção criminal.

No final do século XIX, constata-se a ineficiência da pena privativa de liberdade como expoente de sanção criminal, incapaz de construir projeto recuperativo e ineficaz em relação à reincidência. Tal constatação contribui, sobremaneira, para a instalação da “crise da justiça penal” que pela divulgação de dados estatísticos propiciou maior visibilidade a criminalidade crônica e o grave problema da reincidência, acentuando o perigo e a ameaça que os criminosos perigosos, os desajustados socialmente, representam para o convívio social.

O sistema punitivo criado para retribuir o mal do crime pelo mal da pena não apresentava apto a conter os avanços da criminalidade. A pena com finalidade retributiva, justificada e aferida em conformidade com a gravidade do crime praticado e a culpabilidade do agente, se mostrava ineficaz aos fins práticos de segurança. Em decorrência surge a questão: defesa da sociedade em um polo e no outro o crime que no sistema legal vigente era um ente jurídico cujos elementos e as consequências eram fixadas em lei.

Para Souza citando Carrara, expoente máximo da Escola Clássica, o crime é uma infração da Lei do Estado promulgada para proteger cidadãos. Resulta de ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso. Sendo a pena um mal justo que se opõe ao mal injusto do crime a ser imposta ao agente com capacidade de entender e de querer. Ao direito penal cabe o direito de defesa, defesa social; praticado o primeiro crime, mas existindo a certeza moral de que o agente não praticaria novo delito, a sociedade não teria direito de apená-lo. Assim, o ato delituoso recebia um conceito jurídico de delito e não um conceito natural que compreende o crime como fenômeno complexo composto de elementos antropológicos, psíquicos e sociais. A partir disso, o crime era entendido como fruto

da vontade humana cuja consequência para seu autor, moralmente responsável, era a pena como castigo, de caráter retributivo e aflitivo da sanção penal. (SOUZA, 1982).

No entanto, o Direito Penal deveria ser também um instrumento de defesa da sociedade a par da proteção concedida aos indivíduos. Pesquisas e estudos em relação à delinquência angariaram adeptos, dentre os quais, destaca-se na Itália, *Ferri*, um dos fundadores do positivismo criminológico e na Alemanha, Von Liszt, na escola moderna. Apontavam novo fundamento para a delinquência - o determinismo (SOUZA, 1982). Tamanha era a influência da sociedade no comportamento do criminoso que, sem liberdade ou alternativa, resta-lhe tão-somente delinquir; conseqüentemente, o fim retributivo da pena diante da impossibilidade de adotar comportamento diverso torna-se injusto. Com isso, emergem novas questões sobre a sanção penal.

Estudos em relação à delinquência constataam que o criminoso necessita de tratamento e não de punição. Assim, seria indispensável o surgimento de nova sanção penal ou a modificação de sua finalidade retributiva para preventiva seria suficiente.

O consenso entre os estudiosos se restringia à insuficiência do fim retributivo das penas para prevenir a criminalidade. Prosseguia o debate sobre a criação de penas acessórias a figurarem junto às penas principais, ou a criação, ao lado da pena, de nova medida de cunho preventivo, medida de segurança. Para tanto, ampliou-se o campo de estudo, alcançando a investigação sobre o crime e suas circunstâncias que influem no castigo a ser aplicado, acresce outros aspectos sobre o agente criminoso.

A Escola Positiva enfatizou a influência da lei da causalidade sobre o homem e a capacidade de privá-lo da plena liberdade de decisão, já que, por circunstâncias internas e externas, determina sua vontade transformando seus atos em conseqüências inevitáveis da atuação dos motivos preponderantes.

Ao adotar a ideologia do tratamento e eleger a prevenção como instrumento útil e eficaz destinado a impedir a reiteração dos delitos, a escola positiva reconhece na personalidade do agente, na sua periculosidade e na capacidade de adequação ao convívio social, o fundamento da pena. Tais opções evidenciam os pilares que sustentam as ideias positivistas – Defesa Social, Determinismo, Periculosidade, Utilitarismo (FERRARI, 2001).

O prestígio das ciências naturais florescia dando nova dimensão ao estudo do homem. A partir de pesquisas e trabalhos de *Cesare Lombroso*, o crime passa a ser estudado como fenômeno incluindo aspectos antropológicos, sociológicos,

psicológicos e psiquiátricos e o delinquente passa ao centro das investigações. Formam-se as chamadas ciências criminológicas que exigem na determinação das medidas de defesa, a consideração de dados positivos e da personalidade do agente.

Ao contrário do preceituado por *Carrara*, através do método dedutivo ou lógico-abstrato, que o delito é um ente jurídico e a pena resposta ou reação à ação do agente, o mal justo que se opõe ao mal injusto do crime, com a utilização do método indutivo e de experimentação, da corrente criada por *Lombroso* e por ele denominada de Antropologia Criminal, o delito passa a ser realidade humana e social.

O delito como simples violação de um direito e não ente de fato, passa a ser compreendido como ato humano, manifestação de desajustes e anomalias graves que denunciam a existência de fatores de conduta anti-social e inviabiliza a adequação e adesão dessas pessoas às normas de convívio em sociedade. Sob a alegação de serem “pessoas perigosas” e visando assegurar a proteção social, intensificam-se a vigilância e o controle sobre esses indivíduos, notadamente, os loucos. Ademais, praticado ato violador de direito e ausente capacidade plena de entender e de querer o ato, inviável era a aplicação da pena que se fundava na responsabilidade moral e culpa do agente. Porquanto, a especificidade do caso, agir sem culpa, isentava de pena e exigia a aplicação de medida de defesa em conformidade com as condições peculiares da personalidade do agente (SOUZA, 1982).

Não obstante as polêmicas travadas com a Escola Clássica, que atribui maior ênfase ao crime que ao criminoso, considerando este como indivíduo igual aos demais, repudiando o determinismo ao não admitir que indivíduo nasça voltado para a prática do crime, a Escola Positiva, nascida na Itália, ganha adeptos e defensores que, como Von Lizst, na Alemanha, apoia a ideologia e as medidas dos positivistas italianos, dentre as quais se destacam: se o homem está destinado a praticar delitos, a sociedade está igualmente determinada a defender-se dos que a ameaçam e a justiça consiste em buscar e aplicar uma relação de adequação entre o ato perigoso e o delinquente, com o objetivo de impedir que o crime se repita; a pena cujo pressuposto passa a ser a periculosidade social deve ser instrumento de defesa social, eficaz e útil a prevenir a reiteração de delito e não medida exclusivamente punitiva, de caráter retributivo (SOUZA, 1982).

O positivismo penal edificou sua teoria de defesa social e a apresentou ao mundo científico como uma das manifestações alicerçadas nas leis biológicas que à época logravam obter larga aceitação. O crime como doença social precisava,

segundo os adeptos da Escola Positivista, ser tratado e para alcançar à cura dessa enfermidade foi proposta a criação e a aplicação de sanção penal com a finalidade de tratamento (SOUZA, 1982). No final do século XIX, Franz von Liszt criou a medida de segurança como mecanismo de defesa social.

Em 1893, o Projeto de Código Penal Suíço, elaborado por Carlos Stooss, apresenta pela primeira vez o sistema de medidas de segurança, denominado “medidas de correção e segurança”, com vistas principalmente à prevenção individual, servindo de padrão às demais codificações. A periculosidade figura como fundamento das medidas de segurança, aplicadas não apenas aos irresponsáveis como também aos criminosos habituais, diferenciando-se da pena pelos fins específicos – segregação e emenda – como também pela forma de sua aplicação. Esse projeto foi sancionado somente em 1937. Com isso, foi como Código Penal italiano de 1930 que o capítulo das medidas de segurança encontrou plena consolidação no Direito legislado. O Código Rocco, inspirador de vários estatutos repressivos em vigor, inclusive o brasileiro de 1940, constitui a fase decisiva na evolução do instituto. Segue-se período de intenso discurso favorável às medidas de segurança principalmente face aos atos praticados por doentes mentais, menores, ébrios habituais e reincidentes (SOUZA, 1982).

No Projeto suíço de STOOSS, a medida de segurança foi apresentada como um complemento da pena. Logo depois, foi elaborado o Projeto alemão, que mesmo fundando-se no estudo do projeto suíço, aproximou bastante a pena da medida de segurança, tornando os traços distintivos tênues, a ponto de afirmar expressamente, em sua ‘Exposição de motivos”, não existir qualquer diferença entre pena e medida de segurança. Em decorrência, se intensificaram os debates em torno da seguinte questão – A medida de segurança deve substituir a pena ou simplesmente complementá-la? De um lado, os adeptos do monismo penal, defendem uma única forma de sanção no combate à criminalidade; de outro lado, os dualistas estabelecem uma nítida separação entre pena e medida de segurança. Na busca de uma solução, em 1953, foi realizado, em Roma, o VI Congresso Internacional de Direito Penal, no qual foi aprovada uma forma conciliadora para a questão – em relação aos delinquentes para quem a pena aflitiva possa apresentar-se inadequada ou insuficiente como meio de reeducação, em vez de se acrescentar à pena uma medida de segurança distinta, submetendo o sujeito a diversos e sucessivos tratamentos, dever-se-á desde o primeiro momento estabelecer um tratamento o mais possível unitário e

adaptado às diferentes categorias de indivíduos. Logo, limitou-se a condenar o sistema do “duplo binário” (SOUZA, 1982).

No Brasil, bem antes do código Suíço de 1937, o ordenamento jurídico já previa medidas preventivas. Em 1824, o Código Penal do Império determinava que os loucos que cometessem fatos tipificados como crime deveriam ser recolhidos para casas especiais ou entregues para as respectivas famílias. Em 1890, o Código Penal da República no que se refere ao inimputável, ou seja, os indivíduos isentos de culpabilidade, considerados inimputáveis, em decorrência de doença mental eram entregues às respectivas famílias, ou internados em hospitais de alienados. Tais medidas tinham por finalidade sempre a garantia da ordem pública e à segurança social. Em 1932, com a Consolidação das Leis Penais permaneceu inalterada a internação aplicada ao louco infrator, se necessário fosse para a defesa da segurança do público (FUHRER, 2000).

Nessa esteira, surge no sistema penal brasileiro a medida de segurança, introduzida pelo Código Penal de 1940. Ao lado e como complemento das penas, que têm finalidade repressiva e intimidante, as medidas de segurança são essencialmente preventivas, tendo por finalidade a segregação e a emenda. Sua aplicação, como forma de tratamento ao indivíduo considerado perigoso, sucedia a execução da pena, pelo mesmo fato praticado, adotando-se, assim, o denominado sistema duplo binário (FUHRER, 2000).

O Código Penal brasileiro de 1940 elencava determinados delinquentes considerados presumidamente perigosos. Casos em que a periculosidade era presumida pela lei de forma absoluta: inimputáveis, semi-imputáveis acometidos de doença mental, ébrio habitual condenado por crime praticado em estado de embriagues, reincidente em crime doloso e condenado por crime praticado em associação, bando ou quadrilha. Nestes casos, medidas de segurança pessoais e patrimoniais eram passíveis de aplicação, ressaltando-se a internação obrigatória para o louco infrator, uma vez que sua periculosidade era presumida por lei (FUHRER, 2000).

Em 1984, mediante a publicação da Lei n. 7.209/84, a Parte Geral do Código Penal brasileiro foi totalmente reformada. Buscou o legislador extinguir o sistema do duplo-binário e a aplicação de medidas de segurança para os imputáveis considerados perigosos, admitindo a ineficácia das medidas de segurança em cumprir suas finalidades, tratamento e prevenção.

No ordenamento jurídico brasileiro atual, vige o denominado sistema vicariante. Aos inimputáveis aplicar-se-á isoladamente medida de segurança; aos semi-imputáveis aplicar-se-á pena ou medida de segurança. Porquanto, cabe ao juiz decidir ou não pela aplicação de medida de segurança, se o semi-imputável necessitar de especial tratamento. Para tanto, deverá o aplicador do direito motivar sua decisão em laudo pericial de sanidade mental, que fixe a periculosidade do indivíduo, pressuposto para aplicar a medida de segurança. Como se observa, persiste e reafirma-se o caráter preventivo da medida de segurança, coloca-se na mesma posição dos inimputáveis o semi-imputável (FUHRER, 2000).

9 DA ASSISTÊNCIA PSICOTERAPÊUTICA NO BRASIL

9.1 Breve relato histórico

A criação no Brasil dos primeiros hospitais psiquiátricos surgiu, praticamente, como busca de solução para problemas de outro estabelecimento de assistência e, tempos depois de eclodir na Europa os asilos e manicômios.

Segundo Resende (1992) “[...] a doença mental no Brasil parece ter permanecido silenciosa por muito tempo, suas manifestações diluídas na vastidão do território brasileiro”. Ou melhor, somente no final do século XVIII, relata-se a presença dos loucos pelas ruas, acolhidos pela caridade pública, ou, ainda, escondidos pela família (RESENDE, 1992, p.31).

A Europa, já no século XVII, contava com grandes locais de internamento. Inicialmente na França, em 1656, foi criado o Hospital Geral, que não era um local de tratamento médico, mas uma instituição da ordem monárquica ao dispor da burguesia. A princípio, possuíam caráter de assistência e repressão e os internos eram os pobres. Segundo Foucault, “[...] a instituição atribua-se a tarefa de impedir ‘a mendicância e a ociosidade, bem como as fontes de todas as desordens’ (FOUCAULT, 20012, p. 64).

A partir do século XVIII, instala-se em toda a Europa a crise econômica. Inicia-se o encarceramento dos loucos ou insensatos. Instaure-se a prática da exclusão social e o isolamento da loucura. Apesar de todas as medidas tomadas para evitar o desemprego e a queda dos salários, a pobreza não deixava de aumentar. Momento em que, pobres, vagabundos, desempregados, doentes, criminosos, velhos, moças-incorrigíveis, eram também internados e junto aos “loucos” segregados. Porém, fora dos períodos de crise, ao internamento é atribuída uma nova utilidade:

Não se trata mais de prender o sem trabalho, mas de dar trabalho aos que foram pesos [...] A alternativa é clara: mão-de-obra barata nos tempos de pleno emprego e de altos salários; e em período de desemprego, reabsorção dos ociosos e proteção social contra a agitação e as revoltas (FOUCAULT, 2012, p. 67).

Contudo, os loucos não se adaptaram de forma satisfatória ao trabalho, como os demais internos. Afirma Foucault (2012)

Internação é uma criação institucional própria ao século XVII. Ela assumiu desde o início, uma amplitude que não lhe permite uma comparação com a prisão tal como esta era praticada na Idade Média. Como medida econômica

e precaução social, ela tem valor de invenção. Mas na história do desatino, ela designa um evento decisivo: o momento em que começa a inserir-se no texto dos problemas da cidade. As novas significações atribuídas à pobreza, a importância dada à obrigação do trabalho e todos os valores éticos a ele ligados determinam a experiência que se faz da loucura e modificam-lhe o sentido (FOUCAULT, 2012, P.78).

É no interior dessas instituições que Pinel, no século XIX, encontrará os loucos. A saber, desde a metade do século XVII, a loucura esteve ligada a essa terra de internamentos, e ao gesto que lhe designava essa terra como seu local natural (FOUCAULT, 2012).

A grande internação em crise no século XVIII e, considerando que até então, não havia forma de tratamento médico e de hospitalização para loucura, surge a necessidade de buscar uma forma de tratamento médico para os loucos.

Percebe-se, nesse momento, o surgimento de um sistema de inclusão e exclusão simultâneas. Nesse particular, interessante mencionar:

No contexto da Revolução Francesa, com o lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, o alienismo veio sugerir uma possível solução para a condição civil e política dos alienados que não poderiam gozar igualmente dos direitos de cidadania mas que, também, para não contradizer aqueles mesmos lemas, não poderiam ser simplesmente excluídos. O asilo tornou-se então o espaço da cura da Razão e da Liberdade, da condição precípua do alienado tornar-se sujeito de direito (AMARANTE, 1995, p. 491).

No século XIX, surge a Psiquiatria, nova especialidade médica que reivindicava para si a loucura como objeto de estudo. Tendo Pinel, médico francês, como seu principal representante, um setor da classe médica, a partir de então, iria diagnosticar e propor tratamento para os casos de doentes mentais. Surge, então, a separação dos “loucos” dos demais “presos” nas instituições de internamento. Essa separação dar-se-á mediante a classificação dos internos: loucos cujos distúrbios são provenientes do caráter e aqueles cujos distúrbios se originam de uma natureza “deficiente”, ou seja, perturbadores do grupo, objetos da percepção social. Dessa distinção entre os internos decorre a necessidade de diferentes estabelecimentos para internação.

O asilo passa a se tornar parte essencial do tratamento da loucura, enquanto as prisões destinam-se aos criminosos. Tais instituições foram transferidas para locais ermos, mais isolados dos espaços urbanos, inegavelmente, ainda mais excluídos do convívio social. Salvo o espaço físico, não há diferenças significativas entre as

instituições.

Nessa época, havia uma função comum a ser desempenhada por todos os profissionais. Ainda que os médicos, os enfermeiros, os policiais, os educadores e os demais profissionais, parecessem mais preparados cientificamente e mais humanizados para cuidar dos doentes mentais, a vigilância dos internos preponderava significativamente e todos a exerciam. A segregação e a profilaxia social determinavam a diretriz dos trabalhos. À internação se atribui caráter terapêutico e o isolamento total dos loucos é necessário para o tratamento, eis uma eficiente solução higienista, à época. Nessas instituições, os loucos foram vítimas de técnicas desumanas, inspiradas pelo discurso da cientificidade e ocultadas sob o discurso da cura e do tratamento.

Segundo Foucault (2012) a partir do século XIX, o objeto da medicina é a doença mental constituindo-se como a unidade do sujeito juridicamente incapaz, objeto do direito, e do homem reconhecido como perturbador do grupo, aspectos antes considerados em separado. Porém, com distintas formas de alienação. O sujeito cercado pelo reconhecimento jurídico de sua incapacidade, pelo decreto de interdição e pela definição da doença, despojado de sua liberdade, era submetido à hospitalização; o outro envolvido pelo escândalo social, era submetido ao internamento. (FOUCAULT, 2012).

Assim, possível perceber a forma apurada pelo qual o Direito se ocupava da loucura. Com isso, a própria consciência médica, embora não inexistente, mas também não autônoma, era utilizada pelo Direito como instrumento para subsidiar a análise da capacidade jurídica do indivíduo, em conformidade com o sistema das obrigações (FOUCAULT, 2012).

Ainda no século XIX, mesmo após a Psiquiatria reivindicar para si o estudo e a cura das doenças mentais, o direito se mantém atuante, sendo possível dizer que é sobre o fundo de uma experiência jurídica da alienação que se constituiu a ciência médica das doenças mentais. Decide-se que o louco deve ser colocado no hospital e curado por ato terapêutico (FOUCAULT, 2012).

No Brasil, o recolhimento dos considerados loucos atendeu, inicialmente, reclamações contra seu trânsito pelas ruas. Desprovidos de responsabilidade jurídica sobre seus atos, fugiam aos padrões de normalidade com hábitos inconvenientes e grotescos, constituíam uma ameaça a ordem social cujo modelo de funcionamento fora idealizado.

As Santas Casas de Misericórdia passaram a incluir entre seus pacientes, os loucos, para os quais se reservava um tratamento diferenciado dos demais, pois ficavam em porões, sem nenhuma assistência médica. Outros eram encarcerados em prisões comuns junto aos criminosos. Entretanto, há uma finalidade comum, remover dos locais de circulação social os elementos perturbadores, situação que denuncia o caráter preventivo e a higienização social de uma realidade, justificando o encarceramento na garantia da ordem social.

Diversas solicitações foram endereçadas à autoridade pública, com o objetivo do Estado assumir a assistência aos doentes mentais. Fundamentavam as formulações o fato de o Brasil ter se consagrado um Estado laico e, também, as concepções modernas trazidas pela medicina e pela psiquiatria que não se coadunam com concepções religiosas.

O primeiro hospício brasileiro ergue-se no Rio de Janeiro, em 1841, fundado pelo Imperador D. Pedro II que leva seu próprio nome, sendo destinado para o tratamento exclusivo de doentes mentais. Novos hospitais foram construídos em várias cidades do Brasil, especialmente aquelas que reclamavam da presença de loucos pelas ruas. A suntuosidade dos prédios contrastava a ausência de assistência médica, inabilitação do pessoal, alta mortalidade, rápida superlotação, com a deficiência de alimentos, falta de água, inadequação das instalações, ausência de leitos e o surgimento de pavilhões onde a norma era *leito chão* (CORREA, 1999).

A tendência de situar os hospícios nos pontos mais distantes dos centros urbanos levou o governo, em 1938, a decidir pela transferência do Hospício Nacional de Alienados, nome que recebeu o Hospital Pedro II, após a Proclamação da República, para local mais afastado, haja vista que para a sociedade, com seus receios e temores, a proximidade e o comportamento imprevisível dos internos simbolizavam ameaça e perigo permanente ao convívio social. Ademais, já ressaltava Foucault que “O louco é o outro em relação aos outros: o outro – no sentido da exceção – entre os outros - no sentido universal”. (FOUCAULT, 2012, p. 183).

Novas práticas passam a ser adotadas nos hospitais, com base no modelo originário do princípio da ordem, inicialmente encontrado no hospício organizado por Pinel, sendo a regularidade uma característica marcante, assim instituída: Horas fixas para abrir as celas, momento em que o guarda visitava cada uma com objetivo de verificar as condições de higiene; refeições servidas em horários absolutamente regulares; fechamento das celas no início da noite; até a meia-noite um vigia realizaria

a ronda por todo o hospital de meia em meia hora. Pela manhã recomeçava a ação dos outros funcionários da instituição, para vigiá-los em sua limpeza e de suas celas, e para obriga-los na realização dos seus outros *deveres* (Birman, 1978).

Ao descrever os hospitais, com espanto, Du Camp manifestou:

(...) não se pode imaginar; era o cárcere da Idade Média naquilo que ele tinha de mais terrível; era de vez uma masmorra, uma casa de correção, uma penitenciária, um hospital; assassinos, devassos, doentes, indigentes, aleijados viviam misturados (...); numa palavra era uma cloaca (DU CAMP *apud* BIRMAN, 1978, p. 6).

Ressalta Birman que o espanto intelectual em relação aos hospitais, se duplica em espanto moral, a que se articula a condenação do passado por sua insana punição do louco, ao confundi-lo com a indigência, a delinquência e a devassidão. (BIRMAN, 1978, p.6)

Sob a perspectiva da ordem, se o objetivo consiste em controlar, necessário uma divisão entre os controladores – equipe dirigente e de supervisão – e os controlados – internos. Tal controle deveria ser exercido de forma permanente e total. Para tanto, cria-se um regulamento contendo regras pretensamente universais, instituídas pelas pessoas que portavam o poder. Fixa-se um espaço social meticulosamente controlado, restrito ao interior da instituição, já que contato com o mundo externo quase inexistente. Nesses termos, estabelece-se o modelo da *ordem absoluta*, no qual seria *disciplinado o uso do tempo e do espaço dos internados*. Seria preciso demarcar todos os espaços físicos e sociais do hospício, fixar-lhes nos seus usos, regular cada minuto do tempo de vida do internado, não deixando para este qualquer tempo livre para vivesse a sua realidade interior. Assim era construída a hegemonia da realidade externa, pela demarcação e controle totais. Critérios cuja perspectiva é transformar, mediante regulamento, o interno em um futuro homem útil (BIRMAN, 1978).

Tudo isso foi magistralmente captado por Goffman (1987) que deu a tais estabelecimentos o nome de: “*Instituições totais*”. (GOFFMAN, 1987).

Goffman (1987) também avalia as características e a ‘vida íntima da instituição’. Segundo o autor,

ao entrar no estabelecimento, o interno é imediatamente despido da concepção de si mesmo, concepção que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Isso porque a ruptura com o passado, precisa ser efetivada em tempo relativamente curto. Uma vez

despojado de seus bens, o estabelecimento providencia pelo menos algumas substituições padronizadas para o internado e, em alguns casos, são recolhidos em intervalos regulares para serem desinfetados de identificações. Também será despido de sua aparência usual, bem como dos equipamentos e sérvios com os quais se mantém o que provoca a desfiguração pessoal. buscas e confiscos periódicos de propriedade pessoal reforçam a ausência de bem; proibição de visitas e saídas dos estabelecimentos. Com isso inviável o retorno ao convívio social (GOFFMAN, 1987, pp. 23-25).

O não cumprimento das regras pelos internos trazia como consequência a punição – a grande lei vigente. Assim, o interno devia abrir mão de sua liberdade, de sua vontade, de sua singularidade, doando-as para os que portavam o poder a fim de que dissesse como devia fazer a sua vida para se tornar um senhor de si mesmo, *dócil* e útil. Nesse sentido, Cohen e Marcolino afirmam: “o paciente, porém, sempre deveria aceitar o que o médico lhe indicasse, pois era esse quem sabia o que era melhor para o paciente” (COEHEN; MARCOLINO, 1996, p. 18).

As regras constantes no regulamento da instituição têm desdobramentos quantos aos objetivos: efetivação de tratamento, imposição moralizadora, manutenção da ordem, reeducação e normalização, sendo utilizado como instrumento – a punição: punição em prol do tratamento; punição em prol da moralização; punição em prol da ordem; punição em prol da reeducação e, finalmente, punição em prol da normalização. Não atingida a finalidade última – normalização – permanece o uso do instrumento, agora em prol da manutenção do sistema de exclusão social.

Surge nova questão envolvendo a loucura. E se a loucura permanecer calada, silenciada? Se a sua formulação em linguagem fosse obstada?

Ainda sob a perspectiva do princípio da ordem, outro desdobramento em relação à loucura pode ser formulado. Se antes, através desse princípio se buscava banir a loucura, sendo matéria de punição, de castigo, possível entrever o estabelecimento de uma proibição: “é proibido ser louco num asilo de loucos” (BIRMAN, 1978, p. 407).

A partir disso, a loucura pode até persistir, porém limitada a seu espaço interno, sem acesso a qualquer forma de linguagem. Gritos!? Nenhum. Agora, silêncio. Realce no dever de não manifestação, predomina a obrigação em se abster de palavras ou de atos relacionados com seu delírio. Dessa forma, ausentes as manifestações ou reduzidos os surtos e os delírios, a loucura, agora calada, não mais se revela. No entanto, para que assim permaneça, deve a loucura ser disciplinada e silenciada.

A ordem e as suas relações com a nova caracterização da loucura,

notadamente do louco, trouxe como consequência interações prolongadas incompatíveis com preservação de laços familiares e sociais.

Ressalte-se, ainda, a manifestação eufórica com o uso de produtos químicos, pois, instalada a era dos psicofármacos. Com o amplo uso dessas drogas os hospitais psiquiátricos tornaram-se lugares mais sossegados. A contenção, agora, era química. A loucura não era mais retratada através de seus delírios e gritos, mas por meio de um silêncio absurdo, por vezes não conseguindo o paciente nem se mover em decorrência dos efeitos das drogas. O uso indiscriminado das drogas no tratamento psiquiátrico teve então como efeito aliviar um pouco o sofrimento do sujeito, mas serviu ainda mais aos objetivos da ideologia estatal, o controle efetivo, atendendo de forma plena aos ditames da defesa social. Não há como negar a contribuição para a melhoria da assistência ao portador de sofrimento mental, mas também não se pode negar que serviu aos objetivos da ideologia do controle, da defesa social e da eterna busca da paz estatal (JACOBINA, 2008).

No final do século XIX, a situação das instituições psiquiátricas é de tamanha precariedade, que as críticas se intensificam, sobremaneira. A função eminentemente disciplinar e carcerária e a consequente negligência para com a função terapêutica passam a objetos de denúncia, demonstrando a insuficiência do paradigma, até então, adotado. Paradigma é explicado por Thomas Kuhn, como um modelo, um padrão raramente suscetível de reprodução, porque, “é um objeto a ser mais bem articulado e precisado em condições novas” (KUHN, 2000, pp. 43-44). Já Carvalho Neto, *confere* ao paradigma um duplo aspecto: possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo de rupturas e/ou, que se verifica mediante rupturas, por meio da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo. Consubstanciados no pano-de-fundo das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, limitam e condicionam o nosso agir e a percepção de nós mesmos e do mundo”. (CARVALHO NETO, 1999).

No século XX, a catástrofe humanitária realizada pelo Estado nazista e o advento das duas grandes guerras, demonstraram a necessidade de um novo paradigma, impondo a revisão de conceitos, métodos e processos aplicados até então. Sendo assim, surgem movimentos direcionados a construção de uma sociedade mais solidária e a criação de medidas eficazes para resguardar a dignidade da pessoa humana. Formas de atuação das mais diversas ordens articulam-se na

busca de novas alternativas, de novo paradigma.

Nesse contexto histórico, surgiram novas maneiras de compreender a loucura e as primeiras propostas mais sistematizadas de reforma psiquiátrica. Para isso, contribuiu a descoberta de novas substâncias farmacológicas, eficazes na redução dos distúrbios e com reduzidos efeitos colaterais.

Com a criação da Organização Mundial de Saúde – OMS – define-se novo campo de reflexão, pelo qual a saúde deixa de ser apenas inexistência de patologia, mas um estado de bem-estar físico, mental e social. A saúde mental adere a essa definição de saúde proposta pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Em 1953, registre-se um marco significativo para a saúde mental, um singular momento do estabelecimento de um novo paradigma. Atribui-se tal inovação à Organização Mundial de Saúde, quando em seu relatório de 1953 que dispõe sobre a situação da saúde mental, prioriza diretrizes psiquiátricas terapêuticas de forma a manter a individualidade do doente, estimulando a responsabilidade e iniciativa na ressocialização e reintegração social do mesmo. (ALMEIDA, 2000).

Interessante é a intenção de modernizar e humanizar as instituições, atribuindo-lhes uma natureza mais dinâmica e mais aberta. Com as novas diretrizes estabelecidas para a Saúde Mental não mais se coaduna o isolamento e a exclusão, que caracterizavam as formas de tratamento através de internações longas. Com a reforma psiquiátrica e com os movimentos antimanicomiais, novas formas de assistência psiquiátrica entram na pauta de discussão, tendo por objetivo a criação e utilização de serviços substitutivos ao hospital psiquiátrico, sob a forma de tratamento ambulatorial a ser realizado em instituições, tais como: CERSAMs, centro de convivência, hospital-dia, hospital-noite.

A relevância do tema foi reconhecida na legislação brasileira, mediante a publicação da Lei 10.216/01, base para a Política Nacional de Saúde Mental, cujo objetivo consiste na consolidação de um modelo de atenção à saúde mental aberto e de base comunitária.

A discussão sobre as novas formas de assistência psiquiátrica se intensificam e os hospitais psiquiátricos aderem aos debates e discussões.

Já para o “louco infrator, continuam as técnicas de confinamento, seja em manicômios judiciais, seja em prisões comuns, locais em que praticamente não há possibilidade de realizar tratamento, muito menos tratamento adequado às peculiaridades do caso concreto. A imagem social da loucura associada à

agressividade e à periculosidade sustentam e conferem suporte a segregação e o encarceramento dos loucos infratores.

Leuret (1930) ao se referir ao tema, expôs o destino social e institucional que merecem esses indivíduos:

Um homem ameaça a vida de seus semelhantes, ele perdeu seu livre arbítrio como resultado de uma doença mental. Tranque-o, mas que seja como medida de tratamento para ele, de segurança para a sociedade, e não em punição de um crime que não existe” (LEURET *apud* BIRMAN, 1978, p.9).

Birman (1978) por sua vez, ao considerar a exposição de Leuret, acentua que:

“Se por um lado, o que deve ser objeto de tratamento e cuidados e o que deve ser objeto de correção e punição, parece claro e livre de qualquer contradição, por outro, contudo, surge como um campo confuso e conflitivo, em que a Psiquiatria e o Direito disputam a sua competência” (BIRMAN, 1978, pp. 9-10).

Vejamos como o louco infrator passa então a ser considerado quando da aplicação e da execução de medida de segurança, a qual o regula, após reconhecida a inimputabilidade, não sem antes mencionar as atuais e reais condições dos Manicômios Judiciários.

9.2 Dos manicômios judiciários

A palavra “manicômio” deriva do grego: “mania”, loucura e “komêin” significa curar. Assim, infere-se manicômio como instituição com finalidade de tratamento das pessoas com doenças mentais. O termo se refere a dois tipos de hospitais psiquiátricos, um destinado a “cura” dos doentes mentais e o outro definido como manicômio judiciário, este voltado para o “doente mental criminoso”.

Historicamente, desde o século XVII, para acolhimentos dos loucos, dos condenados com transtorno mentais existiam cadeias comuns ou hospícios. Nestes eram recolhidos todas aquelas pessoas que simbolizavam ameaça à lei e à ordem social.

Final do século XVIII, com a Revolução Francesa nasce nova dimensão de direitos de cidadania, cuja titularidade plena não poderia ser reconhecida aos loucos, entretanto, eles não poderiam ser tão-somente excluídos de um considerado progresso na normatização e concepção dos direitos do homem. Em decorrência, aumentam as denúncias contra às internações arbitrárias dos doentes mentais e seu

confinamento junto aos marginalizados socialmente. Reconhecia-se, ainda, a necessidade da criação de espaço específico para os doentes mentais infratores.

Em 1830, na França, dentro das próprias prisões, foram destinados pavilhões específicos para loucos já condenados. Outros países, tais como: Itália, Inglaterra, adotaram idêntico procedimento.

Os primeiros debates sobre a necessidade e a natureza do manicômio judicial ocorreram entre 1890 e 1920. Sendo que este foi o ano de sua criação. Tal instituição tomou para si como seu objeto o “louco infrator”, o qual receberia cuidado e tratamento psiquiátrico necessário e sistemático. Porém, ocultamente e mediante segregação e exclusão, tendo por finalidade a “cura”. Assim, o manicômio judiciário mais que qualquer outra instituição se torna o destino da loucura, isolando aquilo que ela representa: perigo social e doença mental. Ademais, esse local se transforma em um terreno em que diversos atores, doente, médico, operador do direito, troquem suas diferentes linguagens.

Em 1903, foi publicada no Brasil, lei especial que institui a organização da assistência a doentes mentais no Distrito Federal. Regulamentada pelo Decreto nº 1.132/1903, o modelo para a organização desses serviços deve ser adotado nos diversos estados da União (Decreto nº 1.132 de 22/12/1903). Previa o tratamento em domicílio, desde que fossem dados os cuidados necessários; vedava a manutenção de doentes mentais em cadeias públicas ou entre criminosos; e, determinava que enquanto os Estados não possuíssem manicômios judiciários, os doentes mentais (delinquentes/condenado) somente poderiam permanecer em instituições psiquiátricas públicas ou em pavilhões que especialmente lhes são destinados.

A partir da legislação de 1903, na cidade do Rio de Janeiro, o Hospício Nacional de Alienados, cria uma seção especial para os doentes mentais. Posteriormente, com a reforma passa a hospital psiquiátrico. Eis que surge o Manicômio Judiciário no Rio de Janeiro, primeira instituição do gênero no Brasil.

Posteriormente, em 1929 foi instituído o Manicômio Judiciário Jorge Vaz na cidade de Barbacena, Minas Gerais, criado pelo Decreto nº 7.471 de 31 de janeiro de 1927, quando em 1987 passa a novo nome – Hospital Psiquiátrico e Judiciário Jorge Vaz.

São evidentes as modificações legislativas ocorridas, por outro lado é preciso reconhecer que uma lei, por melhor que seja não é capaz de sozinha alterar a

realidade dos fatos, notadamente, quando há conceitos já enraizados no convívio social. A incapacidade de traduzir na prática os benefícios das políticas e das leis em relação ao louco infrator permanece operante. Característica comum às instituições destinadas ao louco infrator.

O problema é incrementado quando a resposta perpassa pelo nascedouro do manicômio criminal, cuja origem decorre da fusão de duas instituições totais clássicas – a prisão e o manicômio - criados pela sociedade para punir as formas consideradas mais graves de não adaptação às regras sociais.

Considerados o surgimento e as alterações legislativas, chama atenção as condições de assistência e tratamento destinados aos doentes mentais condenados. Classificados como doente mental, perigoso para si ou para os outros permanecem encarcerados sem acesso a tratamento, perdendo contato com familiares e amigos, além de receber a marca, o estigma de louco infrator, pessoa perigosa. De modo geral, ao considerar a prática adotada nessas instituições em relação ao louco infrator, é possível constatar similaridade.

No manicômio judiciário instalado no Rio de Janeiro, remover e excluir marcava a ideologia da instituição; denúncia de maus-tratos, superlotação, sujeira, falta de assistência médica; internações por prazo indeterminado, decorrente de sentença judicial; julgamentos sobre indisciplina, amoralidade, acompanhados de punição.

Já no manicômio judiciário instalado em Barbacena, segundo Arbex (2013), fome e sede eram sensações permanentes no local onde o esgoto que cortava os pavilhões era fonte de água. A alimentação racionada e empobrecida não era a única a debilitar o organismo. Pacientes, mesmo em dias de chuva, tinham que acordar às 5 horas e seguir para o pátio, pois o pavilhão era entre em ordem ao próximo plantão às 7 horas. Eram os pacientes colocados no pátio houvesse o frio que fosse. O frio cortava a pele exposta, fazia os músculos enrijecerem e a boca ressecar até ganhar feridas. A nudez não era opção. No pátio vagavam juntos, com os braços unidos, para que o movimento e a proximidade ajudassem a aquecer. (ARBEX, 2013).

Em relação ao tempo de internação, observa Arbex (2013) que “outros ex-pacientes [...] tentam, juntos, construir uma nova história. Institucionalizados por cerca de trinta anos, eles buscam recuperar a dignidade que lhes foi subtraída”. (ARBEX, 2013, p. 135).

O manicômio judiciário do Rio de Janeiro e o de Barbacena, este criado em 1929, que a partir de 1987 passou a chamar-se Hospital Psiquiátrico e Judiciário Jorge

Vaz, ainda hoje, nos trazem exemplos de internações que já duram mais de 30 anos, demonstrando a cruel situação de segregação dos loucos infratores. Exemplificando a situação de exclusão a qual encontram-se submetidos, indica o caso do paciente judiciário Febrônio Índio do Brasil, que foi mantido internado no manicômio judiciário do Rio de Janeiro por 57 anos, num exemplo das aberrações jurídicas sobre as quais o Poder Judiciário pouco ou nada se pronuncia como se desconhecesse por completo as mazelas. (ALMEIDA, 2000),

No Brasil, para essas instituições são encaminhadas as pessoas em estado de sofrimento mental submetidas à medida de segurança e lá são mantidas. Idêntico encaminhamento é reservado àqueles que perturbam a normalidade prisional.

Afirma Mattos (2015) que “se a inclusão do portador de sofrimento mental que comete um fato definido como crime vem a bordo das medidas de segurança, melhor a destruição dessa inclusão. Seria algo mais eficaz, mais palatável, menos cruel e cínico” (MATTOS, 2015, p. 155).

Ressalta-se que, atualmente, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2010), o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do Código Penal, ou seja, trinta anos.

Não obstante, uma pesquisa realizada pelo censo dos Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs), no ano de 2011, apresentando dados que traçam a realidade nacional e também a realidade local dos ECTPS, demonstra a existência de dezoito pessoas internadas em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico há mais de 30 anos.

Reiterando alegações anteriores, a simples aprovação de uma lei não significa efetivação dos resultados nela previstos e esperados, nem, tão pouco, uma simples modificação de terminologia resultará em benefícios práticos e reais. Demonstrando a inoperância de uma simples modificação terminológica, cite-se a reforma penal ocorrida em 1984, através da qual o manicômio judiciário passou a ser denominado Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Nova denominação, mas a estrutura e as condições de tratamento não se alteraram, pelo contrário, há uma continuidade do modelo anteriormente adotado nos manicômios judiciais, cujas características são a exclusão e segregação do paciente internado.

Louis Althusser, professor de filosofia, pensador marxista, ao se referir ao internamento do doente mental afirma que a menos que o paciente consiga se matar continua evidentemente a viver, mas no isolamento e no silêncio do hospício e sob

sua pedra sepulcral, ele é como um morto, morto-vivo, ou melhor, nem morto nem vivo, não podendo dar sinal de vida. E, ainda, ressalta que, ao falar dessa estranha condição, é porque a vivenciou e, que ainda a vive. Pois, ressalta que mesmo libertado após dois anos de internação psiquiátrica, permanece sendo para uma opinião que o conhece, um *desaparecido*. E narra que, em novembro de 1980, em momento crise, matou a própria esposa, tendo sido impedido pelo procedimento jurídico de toda e qualquer explicação pública e que cada um (médicos, público, imprensa, instituições) pode falar em seu lugar, sendo-lhe vedado o contraditório. Por esse motivo, após a desinternação, decidiu-se explicar publicamente, com a publicação do livro: *O Futuro Dura Muito Tempo*, “a fim de levantar essa pesada pedra sepulcral que repousa sobre mim [...]” com a qual “fui obrigado a sobreviver e aprender a viver” (ALTHUSSER, 1993, pp.29-33).

Ao elaborar a obra, Althusser foi contestado sobre tal decisão, alegando alguns amigos que seria melhor se calar e deixar no passado o fato praticado. Porém, o autor, em resposta, afirma a necessidade de se colocar em pauta as numerosas questões jurídicas, penais, médicas, psicanalíticas, institucionais, ideológicas e sociais como forma de contribuir para com os contemporâneos a fim de enxergar um pouco mais claramente os grandes temas e efeitos produzidos por questões envolvendo o louco infrator, o internamento, o silêncio e a exclusão aos quais são submetidos. (ALTHUSSER, 1993, pp. 30-31).

Correa ao analisar a situação do paciente internado num hospital psiquiátrico, esclarece que ele (paciente) é uma pessoa sem direitos, submetido ao poder da instituição. Acresce que a relação entre o interno com as pessoas que o assistem é forçosamente objetual, na medida em que a comunicação entre ambos ocorre através do filtro de uma definição, de um rótulo que não deixa qualquer possibilidade de apelo. Ressalta que o sistema de domínio compreende os hospitais psiquiátricos, e se referem à ideologia do doente mental e da custódia. Sobre tal ideologia, legitimam-se as organizações de violência que se ocupam dos indivíduos cujo desvio é atribuído à doença mental. Ideologias que não se restringem às infâmias dos hospícios, assim como não é o único modo pelo qual a repressão organizada irá se expressar. Assim, a imagem cultural da loucura e de sua repressão não se restringe à teorização especializada em defesa do homem sadio, justificativa já apresentada; mas serve, também, para reorientar as necessidades de liberdade em contraposição à loucura, que é a imagem de uma liberdade não tolerada. (CORREA, 1999).

A assistência prestada pelo Estado nos hospitais psiquiátricos continua a favorecer uma assistência custodial que dificulta ou impossibilita a (re)inserção da pessoa ao convívio social e o respeito aos seus direitos individuais previstos na Constituição Brasileira. Considerando a saúde mental dos internos, tais instituições devem se adequar às diretrizes e à reorientação do cuidado da loucura, de modelo asilar para o ambulatorial, pois o direito à saúde e à saúde mental como segmentos figuram na Carta Magna como direito fundamental; considerando, ainda, o garantismo penal, tais instituições devem incorporar as alterações ocorridas no Direito Penal e demais leis extravagantes, com a finalidade de preservar os direitos da pessoa em estado de sofrimento mental em cujo desfavor tramita processo penal e/ou em cumprimento de sanção penal.

O direito ao tratamento humanizado, individualizado e adequado ao louco criminoso, figurando a internação psiquiátrica como último recurso terapêutico a ser adotado, terá como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio. A internação só é excepcionalmente admitida, para momentos de grave crise, quando recursos extra-hospitalares se revelarem insuficientes. Além disso, o tratamento em regime de internação, como medida excepcional, temporária e de curta duração, para possibilitar a continuidade do efetivo tratamento que sempre promoverá a reinserção social do portador de sofrimento ou transtorno mental e não o seu isolamento (CARVALHO-NETTO, 2005).

A peculiaridade desse momento, do reconhecimento do direito do doente mental infrator a tratamento adequado e seus desdobramentos jurídicos, políticos e sociais, foi bem captada por Cristina Pereira de Almeida ao esclarecer que a necessidade de adequar a estrutura dos manicômios judiciários à nova diretriz apresentada pela reforma psiquiátrica, consiste em problema mais político-social que burocrático-administrativo e segue afirmando que, em relação ao tratamento do interno, tratamento individualizado e adequado ao caso concreto, se o discurso jurídico não vislumbra a possibilidade da norma – tratar – se desdobrar infinitamente no caso a caso, é necessário que o discurso psiquiátrico e analítico repense seu lugar e a responsabilidade de se retomar a questão. O manicômio judiciário precisa se adequar às diretrizes da reforma psiquiátrica. Necessário, ainda, investir em profissionais capacitados para trabalhar com a saúde mental e que estejam dispostos a pensar saídas clínicas para a especificidade do doente mental infrator. (ALMEIDA, 2000).

A ideia de tratar o agente ou sentenciado só agora vem sendo aceita pela maioria daqueles que se dedicam profissionalmente ao mister e por pouquíssimas instituições prisionais. Muito escassos são os estabelecimentos abertos, sendo os que melhor contribuem para a melhora do paciente. Há necessidade de humanização do tratamento daqueles que cometeram crime, pelo respeito ao valor humano, independentemente do delito cometido. (CARVALHO, 1986).

Considerando a especificidade do doente mental infrator, ressalte-se que: se já não são responsabilizados por seu ato ilícito e isento de pena, por que oferecer a esses sujeitos um “tratamento” simplesmente de pura e simples punição? O tratar deve ser igual para todos os portadores de sofrimento mental. O mito da periculosidade não pode servir de obstáculo para que os profissionais de saúde trabalhem diferente com esses sujeitos. Se o tratamento ideal não é possível por não se enquadrar nas normas do discurso jurídico, cabe às equipes de saúde mental levar aos operadores do direito as necessidades de modificação. (ALMEIDA, 2000).

A comissão responsável pela elaboração do Código Penal de 1984 promoveu a inclusão de artigos inovadores, merecendo destaque a medida de segurança ambulatorial. Segundo o relator da comissão, a inclusão dessa modalidade de medida, teve como motivação as atuais tendências de “desinstitucionalização” e permitir uma maior adequação da legislação ao caso concreto.

Mesmo com o advento da nova Parte Geral do Código Penal e a incorporação de novos institutos penais, não garantiu a extinção dos mecanismos de exclusão e segregação. Tímidas e quase ineficazes foram as transformações iniciadas. Os processos manicomiais continuam a causar danos ao louco infrator submetido à medida de internação.

Com o advento da reforma psiquiátrica e dos movimentos antimanicomiais, em 1987, novos paradigmas na concepção de saúde mental e uma nova compreensão das relações institucionais vem se desenhando, com a finalidade de contribuir para garantir a cidadania e os direitos fundamentais do portador de transtorno mental infrator. Assim, alguns apontamentos sobre os avanços e tendências atuais da reforma psiquiátrica.

9.3 Breves apontamentos: Leis específicas de proteção do doente mental

A saúde é um estado de bem-estar inerente a todo ser humano; essencial para a execução de outros direitos, notadamente, no que diz respeito a efetivação de uma vida digna. Pode ser considerada: bem da personalidade humana ou um dos seus direitos. Logo, é reconhecida independentemente de qualquer norma concreta, sendo inalienável, irrenunciável, somente se extingue com a morte do titular. O direito à saúde é reconhecido pela Organização Mundial de saúde com um dos valores essenciais à condição humana e direito fundamental. Sem a efetivação do direito à saúde, diversos outros direitos são violados.

O estado moderno não pode mais ficar alheio aos direitos sociais, dentre os quais figura o direito à saúde pública. É um direito assegurado no Brasil pela Constituição de 1988, presente na Segunda Dimensão de direitos fundamentais e como tal deve ser preservado a todas as pessoas, constituindo-se em um dever do Estado. No desempenho desse dever, ao desenvolver a função social do direito à saúde, o Estado deve gerar e cumprir os dispositivos legais de forma interativa com a sociedade.

A legislação de saúde desempenha um papel importante, na medida em que pode estabelecer pontos de reflexão ou questões que precisam ser debatidas ou, ainda, fornecer diretrizes para saúde pública, incluindo a saúde mental.

9.3.1 As leis específicas de Roma

Em Roma, possivelmente a Lei das XII Tábuas, Tábua V, das Heranças e das Tutelas, criadas por volta de 462 a.C. tenha sido uma das primeiras leis a se referir aos doentes mentais. Presente a proteção de bens de indivíduos que fossem acometidos por doença mental ou para protegê-los de quem tentasse dilapidar seu patrimônio (Zaffaroni et al, 2003).

Os doentes mentais eram interditados pelo pretor romano e estabelecia-se a curatela para administrar seus bens. Curatela é o instituto do direito civil romano que tempo por objetivo a proteção e assistências das pessoas físicas incapazes, ou seja, das pessoas loucas, pródigas e menores de 25 anos. Para designar o que hoje denominamos louco os romanos empregavam as palavras *furiosus*, “demens” ou “insanus”. O *furiosus* alterna período de lucidez com crises de loucura, totalmente

incapaz, sem condições para administrar o patrimônio. Já o “demens” ou “insanus”, o louco permanente, sem intervalos de lucidez (Cretella Júnior, 2009).

9.3.2 Decreto brasileiro n. 1.132, de 22 de dezembro de 1903

No Brasil, a primeira lei específica de proteção ao doente mental. Prescrevia as condições que deveriam ter os hospícios e casas de saúde para receber os alienados e previa o tratamento domiciliar quando possível.

Proibiu a prisão ou manutenção de doentes mentais junto a outros criminosos, estabeleceu que somente pudessem ingressar em hospícios ou casas expressamente destinadas a seu tratamento. Determinou a construção de manicômios judiciais criminais para abrigar os alienados encaminhados pela justiça e os condenados alienados.

Esse decreto não produziu os efeitos esperados, notadamente, em relação a construção de manicômios judiciais. Entretanto, inovações como a possibilidade de tratamento do doente mental em domicílio ou quando prevê a possibilidade de o alienado ou interessado requerer exame de sanidade, cessando possíveis constrangimentos de liberdade.

9.3.3 Decreto n. 24.559, de 3 de julho de 1934

Segunda lei de proteção ao doente mental e, considerada a lei mais ampla sobre a proteção dos doentes mentais no Brasil. Dispõe sobre a prevenção, profilaxia e proteção dos internados ou em tratamento domiciliar; incentiva a interação do meio acadêmico com os hospitais; cria estabelecimentos fechados para internação, abertos com tratamento ambulatorial e mistos. Contudo, excede ao prever a realização de exames de sanidade mental em todos os estrangeiros que ingressem no país.

O termo alienado foi retirado do ordenamento jurídico, que passou a referir-se somente ao psicopata, considerado uma denominação mais ampla. Institui o Conselho de Proteção aos Psicopatas, não colocado em prática.

Proibiu a manutenção de doentes mentais em hospitais de clínica geral que não possuísssem unidades especialmente destinadas a eles. A internação em manicômio judiciário somente mediante ordem judicial.

9.3.4 Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001

Essa lei dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtorno mental, redirecionando o modelo assistência em saúde mental no Brasil.

A partir de uma concepção que valoriza a cidadania e a dignidade do portador de transtorno mental, regula as internações psiquiátricas, promove mudança no modelo assistencial aos pacientes portadores de sofrimento mental.

A saber, o tratamento da pessoa em estado de sofrimento mental deve ser compreendido no sentido político e social e garantir ao paciente mais dignidade e condições de reinserção social. Deve, ainda, se concentrar na Rede de Atenção Psicossocial, estruturada em unidades de serviços comunitários abertos, de forma a preservar o convívio com a família e a comunidade.

Essa rede de atenção é composta por: Centro de Apoio Psicossocial (CAPS) instituições destinadas a acolher os pacientes com transtornos mentais, estimular sua integração familiar e social, apoiando-lhes em suas iniciativas de busca da autonomia, e, ainda, prestar serviços médico e psicológico, acompanhamento terapêutico, terapia ocupacional, sendo o internamento uma medida excepcional, temporário e transitória, destinada a momentos de crise, caso as demais formas de tratamento se mostrem insuficientes. Ademais, busca-se modificar a forma de abordar o louco, questionando a incapacidade e a periculosidade constantemente a ele associadas, para que possa exercer os direitos de que é titular, efetivando sua cidadania.

No programa de Saúde Mental, cabe ao Estado papel fundamental tanto no plano social como no individual para atingir a comunidade e a pessoa humana. No processo de planejamento surge a política de saúde governamental, nos níveis federal, estadual e municipal com o objetivo de instituir a assistência à população.

Ao compromisso do Estado com a saúde pública corresponde igual compromisso com a saúde mental, como segmento da Função Social do Estado a exigir do Estado, por dever para com a Sociedade, a execução de ações de promoção, prevenção e reabilitação da saúde.

A saúde como um dos direitos fundamentais da pessoa humana deve ser efetuada concretamente pelas ações do Estado e, especialmente, como um dos fatores estratégicos à realização da Justiça Social. Por isso a legislação de saúde desempenha um importante papel, na medida em que pode refletir ou direcionar a saúde pública ou saúde mental como segmento da função social do Estado.

Historicamente, a participação estatal na assistência ao doente mental foi caracterizada pela custódia e pela incapacidade de traduzir na prática resultados previstos em leis e políticas, benéficos para a população assistida. Apesar disso, atualmente, acompanhando o progresso científico, surgem propostas de novas formas de assistência não hospitalares que privilegiem a humanização das relações das pessoas em estado de sofrimento mental com as demais pessoas. Assim, o paciente readquire a titularidade de cidadão, com direitos, obrigações e deveres a ela inerentes.

Essa é a atual política utilizada para tratamento das pessoas em estado de sofrimento mental. Em apertada síntese, a regra consiste tratamento ambulatorial, internações só excepcionalmente e por menos tempo, tratamento medicamentoso complementado com acompanhamento psicológico, terapia ocupacional, acompanhante terapêutico, inserção do paciente em programas de saúde e políticas públicas, preservação do convívio familiar e social.

Assim, alerta Paulo Jacobina que, “repensar a abordagem jurídica concernente à questão da loucura, em matéria criminal, implica repensar os próprios alicerces filosóficos do direito penal: os fundamentos e a função social do direito de punir” (JACOBINA, 2008, p. 139).

A potencialidade de prejudicar outrem, e em particular de cometer crime, é da essência da pessoa humana, *louca ou sã*. Perigosos somos todos, em tese – ainda que não se possa negar que haja a possibilidade de prever que o ser humano, submetido a determinadas condições, tenha maior probabilidade de cometer crimes. Entretanto, essa é uma ilação probabilística. Não pode servir de base filosófica para a construção de todo um sistema repressivo independentemente da noção de culpa como fundamento da responsabilidade penal (JACOBINA, 2008, p.142)

Nesse sentido, busca-se concretizar com a efetiva prática social uma sociedade mais justa e solidária, que respeite radicalmente as diferenças. Tal prática se norteia pela perspectiva da transformação social que abrange modificações culturais, ideológicas, políticas e jurídicas. Pressupostos necessários para a humanização das relações entre portador de transtorno mental, a sociedade e as instituições.

10 CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve a proposta de reconhecer que a aplicação e a execução da medida de segurança necessitam de adequação da terapêutica (penal), mediante a efetivação do princípio constitucional da individualização da sanção penal imposta ao sentenciado. Vedada a imposição de tais medidas de maneira simplesmente legal.

Com base no estudo realizado pode-se apresentar algumas constatações e possíveis soluções para os questionamentos levantados.

O controle social-terapêutico, pautados em internamentos a longo prazo ou por prazo indeterminado, naturalizou a exclusão, a segregação, a tortura e todos os tipos de violência em relação ao portador de transtorno mental infrator, através de asilamentos, de vigilância e de tratamento medicamentoso, apenas.

No Brasil, o processo legislativo no âmbito penal teve fortes influências nesse campo da psiquiatrização do crime. Como pôde se verificar, já no final século XIX, os códigos penais apresentavam indicativos, porém foi em 1940, que a criminologia positivista trouxe forma definitiva ao aporte do Código Penal, com a implantação das medidas de segurança ainda no modelo duplo binário. Em 1984, as medidas são reconhecidas como sanções autônomas.

Novas características são atribuídas às medidas de segurança: o controle das práticas delitivas (prevenção) e o desempenho do seu papel original – afastar do convívio social as pessoas consideradas perigosas em decorrência de sua condição biopsicopatológica.

As críticas à forma pela qual a medida de segurança vem sendo aplicada no sistema brasileiro e as violações perpetradas aos direitos dos portadores de transtorno mental não se esgotam no que foi apresentado. Sabe-se que os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico ou manicômios judiciais representam a fusão do que de pior há na prisão com o que de pior há no manicômio.

Percorrendo os locais em que se julga e onde se cumprem essas sanções penais, constatou-se, também, que a medida de segurança, em sua forma atual de aplicação e execução, reflete a operacionalização máxima do alcance penal, mediante atuação do Estado Penal e todo seu aparato de captura, vigilância e exclusão. A análise crítica conduz à constatação de que quanto mais cresce o Estado de Polícia menos efetivo o estado de direito.

Os conceitos e as estruturas criticadas, no que se refere às medidas de segurança, mantêm-se ainda como mito de tratamento e ressocialização, tendo-se como base, a construção positivista da periculosidade, relativizando o princípio da legalidade. A justificativa para a manutenção do clássico “tratamento” é proporcionada pelo “homem perigoso”. E assim prossegue o discurso da contenção penal-psiquiátrica do portador de transtorno mental infrator.

Atualmente, inúmeros são os tratamentos em conformidade com as diretrizes da Organização Mundial de Saúde com vistas a reduzir o tempo de internação somente a períodos de crise, buscando a implicação do sujeito na continuidade do tratamento, sua responsabilização para com o ato praticado e pela condução de sua vida. Com isso reforça-se a cautela exigida, quando do uso generalizado da periculosidade.

Nesse contexto, surge a Lei n. 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtorno mental, redirecionando o modelo de assistência em saúde mental.

Assim, modifica-se o estatuto jurídico e a forma do tratamento das pessoas com transtorno psíquico, rompendo, assim, com a lógica perigosista, pela qual o portador de transtorno mental representava apenas objeto de intervenção, de contenção. E ainda, redimensiona o trabalho não apenas dos operadores do direito cuja participação é imprescindível e sem a qual prevalece a ineficácia da norma – mas de todos os profissionais da área, médicos, psicólogos, enfermeiros, cuidadores, além do próprio usuário do sistema e seus familiares.

Contando com o devido acompanhamento pelos profissionais da Saúde Mental e por uma rede de cuidados própria que proporcione a inclusão social, não há que se dizer de periculosidade do portador de sofrimento mental infrator. Nesse contexto, por meio dos subsídios prestados pela equipe técnica, a efetivação da lei dar-se-á com observância das peculiaridades do caso. Isso porque o juiz ao compreender o caso alcança melhores condições para, interpretando no conjunto o ordenamento, verificar a adequabilidade dos princípios e regras pertinentes, e decidir o caso concreto de acordo com a singularidade apresentada, primando pelo princípio da segurança jurídica e da dignidade humana

Nesse contexto, a individualização da medida de segurança poderá resultar mais eficiente e mais eficaz quanto maior a integração entre a equipe interdisciplinar que cuida do agente, seus familiares e o Judiciário, viabilizando a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa portadora de sofrimento psíquico, sujeito de direitos.

Constatou-se que não constitui ativismo judicial a busca pelo aprimoramento das decisões judiciais, haja vista que a efetividade da Constituição de 1988, exige que se atribua às normas força normativa e, para tanto, ao decidir caso concreto, imprescindível uma postura condizente por parte do Judiciário de modo a tutelar várias dimensões da pessoa humana.

Insistir na periculosidade, como probabilidade da prática de novos delitos é manter no imaginário social a loucura como plena ausência de razão.

Não se está a defender um novo espaço alheio ao jurídico-penal para análise e aferição da responsabilidade jurídica do inimputável. Não é isso que se pretendeu no trabalho. A proposta é que na análise do caso concreto, seja aplicado o princípio da individualização da sanção penal e do tratamento adequado. Para tanto, necessário maior diálogo entre os operadores jurídicos e profissionais das Ciências relacionadas à saúde mental, viabilizando o desenvolvimento de articulação do ordenamento jurídico penal com as modernas práticas de tratamento. Sob essa perspectiva e, com adoção das terapêuticas atuais, torna-se possível a efetivação de um tratamento igualitário entre o inimputável e o imputável, requisito essencial à medida terapêutico-penal em um Estado Democrático de Direito.

É imperioso que se repense a abordagem jurídico penal da loucura e, considerando a integridade do ordenamento jurídico, construir um sistema de responsabilização do louco infrator coerente com os avanços terapêuticos e com a Constituição de 1988 que, logo no primeiro artigo, elege como fundamento da República Federativa do Brasil – a dignidade da pessoa humana. Repensar a questão de insanidade, de inimputabilidade numa interface com a cidadania e com a dignidade humana implica repensar os próprios fundamentos do Direito Penal, bem como os limites e a função social do poder punitivo.

Afinal, a dignidade da pessoa humana não admite discriminação e, ainda que o sujeito venha a cometer delitos, independentemente de sua idade, de sua saúde mental, deverá ser respeitada a sua dignidade, sem prejuízo de certas consequências jurídicas que lhes serão aplicadas.

Diante do exposto, acredita-se que o desenvolvimento desse estudo possa fornecer subsídios para a aplicação e execução da medida de segurança a partir do modelo proposto pela Lei n. 10.216/2001 efetivando a individualização da terapêutica (penal) do sujeito portador de sofrimento psíquico infrator como garantia de direito fundamental. Recomenda-se que novas pesquisas tenham como tema a aplicação e

a execução das medidas de segurança a partir do novo modelo assistencial em saúde mental, considerando os escassos estudos que se aprofundam nas inúmeras questões que surgem na abordagem desse campo tão importante quanto controverso.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Cristina Pereira de. **A Aplicação e Eficácia das Medidas de Segurança**. Projeto nº 99/415. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2000.
- ALMEIDA, Cristina Capanema Pereira de; SILVA, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. **Inimputabilidade, periculosidade e medidas de segurança o enfoque jurídico da atual intervenção penal frente aos problemas de saúde mental**, 2004. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.
- ALTHUSSER, Louis. **O Futuro Dura Muito Tempo**. São Paulo: Companhia das Letras. 1993.
- ALVIM, Rui Carlos Machado. **Uma Pequena História das Medidas de Segurança**. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- AMARANTE, Paulo. Novos sujeitos, novos direitos: o debate em torno da reforma psiquiátrica. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 491-494, set. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1995000300024&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X1995000300024>.
- ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. São Paulo: Geração Editorial, 2013.
- ANDREOLI, Sérgio Baxter. **Estudo da relação entre prevalência de transtornos mentais e perfil criminal de uma amostra da população carcerária de São Paulo**. UNIFESP, 2011-13. Disponível em : <<http://www.bv.fapesp.br/pt/bolsas/128062/estudo-da-relacao-entre-prevalencia-de-transtornos-mentais-e-perfil-criminal-de-uma-amostra-da-popul/>>, Acesso em 19 de ago. de 2016.
- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré. **As três escolas penais: Clássica, Antropológica e Crítica**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.
- ARENDT, Hanna. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mário W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2016.
- ASUA, Luiz Jimenez de. **O estado perigoso nova fórmula para tratamento penal e preventivo**. Tradução de J.Cantría e A.Blav. São Paulo: Brasil, 1933.
- BADARÓ, Ramagem. **Inimputabilidade, periculosidade e medidas de segurança**. São Paulo: Juriscredi, 1972.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução**

à sociologia do direito penal. 3. ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. **A Individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARROS, Fernanda Otoni de. **Por uma razoável cidadania do “Louco Infrator”**. 2000 – (Plano de Trabalho para o processo de seleção do Doutorado em Ciências Humanas: Sociologia e Política) – Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2000.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. **Por uma Política de Atenção Integral ao Louco Infrator**. Contribuições a partir da experiência do PAI-PJ. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. **Por uma Política de Atenção Integral ao Louco Infrator**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASAGLIA, Franco. **A instituição negada**. 3ª, ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica a direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BEADE, A. Gustavo; MARTÍ, Luiz José. **Discusiones sobre la filosofía del Derecho Penal**. Bogotá: Universidade externado da Colombia, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale: parte generale**. 2. ed. Padova: Palermo, 1950.

BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Tradução e notas Ricardo Rodrigues Gama. Camponas: LZN Editora, 2003.

BIRMAN, Joel. **A psiquiatria como discurso da moralidade**. Rio de Janeiro: Graal 1978.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Munõz. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de Aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do direito penal. IN: PRADO, Luiz Regis. (org.) **Direito penal Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Prof. José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal: Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. **Código Criminal do Império**. Rio de Janeiro. Seignot Planchert, 1831.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. **Código Penal da República dos Estados Unido do Brasil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1892.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1941.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n. 1.132, de 22 de dezembro de 1903. Reorganiza assistência a alienados. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 dez. 1903.

BRASIL. Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de execução Penal (LEP). **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1984.

BRASIL. Lei n. 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 União**, Brasília, 09 abr. 2001.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral**. Tomo 3º. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade: considerações**. Curitiba: Juruá, 2008.

CALON, Eugênio Cuello. **Derecho Penal**. 9ª. ed. Mexico: Edinal, 1973.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao estudo do direito**. 3ª. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDOSO, Danilo Almeida; PINHEIRO, Jorge de Medeiros. **Medidas de segurança: Ressocialização e a Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2012.

CARVALHO NETTO e MATTOS, Virgílio de. **O novo Direito dos Portadores de Transtorno Mental: O Alcance da Lei 10.216/2001**. Belo Horizonte: Conselho Federal de Psicologia, [19--?].

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, p. 475, mai. De 1999.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva: 2014.

CARVALHO, Tasso Ramos de. **Tratamento do Criminoso**. Belo Horizonte: Lemi S.A., 1986.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos: processos histórico-evolução no mundo, direitos fundamentais - constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 35 de 12 jul.** 2011, 2011.

Code Pénal Français (Loi 92.683/92). Disponível em:

www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=EFE04CB29A253F4FC6E542C7B06A394F.tpdila10v_2?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006692836&dateTexte=20160824&categorieLien=cid#LEGIARTI000006692836, Acesso em 23 ago. 2016.

Código Penal Federal. Aegitas: Nuevo Código Publicado em el Diario Oficial de La Federación el 14 de agosto de 1931.

Código Penal Espanhol. Fecha de cierre de edición y de actualización: 15 de julio de 2016. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre de 1995.

Código Penal Português. Versão atual digitalizada. 2015. Vítor Manoel Freitas Vieira

(Org.), 2015.

COHEN, Claudio; FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco. Org(s). **Saúde Mental, Crime e Justiça**. EDUSP: São Paulo, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONDE, Francisco Munõz. **Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Tradução. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2005.

CORREA, Joel Machado. **O Doente Mental e o Direito**. São Paulo: Iglu, 1999.

COSTA, André de Abreu. **Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Criminologia**. Vol. II Comportamento, Violência, Crime. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

COUTO NETO, Silvio. **O Movimento de “Lei e Ordem” e a Iniquidade do Controle Social pelo Sistema Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano: O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro no Novo Código Civil**. Ed. rev. acrescida com casos práticos dos Tribunais de Roma. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 17^a. ed. atual. Nagib Salibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DIAS, José de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

DOTTI, René Ariel Dotti. **Movimento antiterror e a missão da magistratura**. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2005.

DUTRA, Maria Cristina Behelany. **As relações entre psicose e periculosidade: Contribuições clínicas da concepção psicanalítica da passagem ao ato**. Belo Horizonte: FUMEC, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ECO, UMBERTO. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ENGEL, Magali Gouveia. **Os delírios da razão: médicos, loucos e hospícios [1830-1930]**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2001.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961;

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª. ed. rev., amp. e atual., Salvador: JusPODIVM, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauxi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª. ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. 2. ed. Campinas: BookSeller, 1999.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. Princípio da proporcionalidade: **Uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Dictum editora. 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. *In* **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1998.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. São Paulo: Perspectiva, 2012.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**. 7ª. ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 14ª. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal**: crime natural e crime de plástico. São Paulo: Malheiros, 2005.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal v.I**, 4ª. ed.São Paulo: Max Limonad, 1966.

GARCIA, Basileu. Medidas de Segurança. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66041>. Acesso em 09 abr.2017.

GAROFALO, Raphael. **Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal**. ver. portuguesa com prefácio original por Julio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1925.

GIORDANI, Mário Curtis. **História do Direito Penal Entre os Povos Antigos do Oriente Próximo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. 2ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987.

GOMES. Luiz Flávio, SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Agravantes e atenuantes: preponderância das circunstâncias subjetivas. *In Críticas*. s.l., s.d. Disponível em <<http://lfg-teste.tempsite.ws/public->>, Acesso em 28 nov. 2010.

GOMES, Romina Moreira de Magalhães. O lugar do perito e o lugar do analista na abordagem do louco infrator. **Ágora (Rio J.)**, Rio de Janeiro, v. 15, n. spe, p. 481-492, Dez.. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982012000300009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 13 set 2016.

GRISPIGNI, Felippo. **La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato**. Milão: Soc. Edit. Libreria, 1920.

GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. Tradução de Juarez Tavares. **Revista Brasileira de Ciência Criminais**. São Paulo, a. 6, n. 24, p.79-92, out./dez. 1988.

HABERMAS. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2. ed. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O Sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karan. Niterói: Luam Editora, 1993.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: (Decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940). v. I, Tomo II arts. 11 a 27. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito Penal da Loucura**. Brasília, ESMPU, 2008.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. 2. ed. Tradução de Gercélia Bastia de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari; col. Lúcia Kalil. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2003a.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003b.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrick. **Tratado de derecho penal: parte geral**. 4. ed. Tradução de José Luis M. Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Algunos planteamientos dogmáticos em la teoria jurídica dell delito em Alemania, Itália y Espanha**. s.l., s.d. Disponível em: <<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/02>>, Acesso em: 21 jan. 2011.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: 1983.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª.rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor 2003.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Abolicionismo criminal**. s.l., s.d. Disponível em: <www.direitofba.net/mensagem/josebarroso/cr-abolicionismocriminal.doc> Acesso em 29 nov. 2010.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal**. V.II, São Paulo: Saraiva, 1956.

MATTOS, Virgílio. **Crime e Psiquiatria: uma saída**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. Vida e Obra do Professor Heitor Carrilho: Breves considerações. In. MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira. (Org.) **Saúde Mental e o Direito: Ensaio em homenagem ao professor Heitor Carrilho**, São Paulo, Método, 2004.

MENDONÇA Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo**. Rio de Janeiro: Método, 2012

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. 2. ed. Tradução. José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado.1949.

MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo en derecho penal. **Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia**. Granada. N. 7-18, p.18:1-18:24, 2005. Disponível em: <<http://criminnet.urg.es/recpc>>. Acesso em: 04 set. 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Vol. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ªed. ver.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Metrópole, 1989.

PALOMBA, Guido Arturo. **Psiquiatria Forense: Noções básicas**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1992.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção Judicial nas Políticas Públicas: O Problema da Legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Igor. **A Desconstrução da Legalidade no Tribunal de Nuremberg: Uma Abertura para o Kairós do Perdão**. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/rfduerj/article/viewFile/1367/1157> . Acessado em: 28 jul. 2017.

PEREIRA, RODOLFO VIANA. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PETROCELLI, Biagio. **La Pericolosità Criminale e La sua Posizione Giuridica**. Padova: Cedam. 1940

PLATÃO, **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2013.

PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, PUC Minas, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acessado em: 20 nov. 2010.

PRADEL, Jean. **Droit Pénal Général**. Paris: Cujas, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. v.I, 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed.rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Medidas de Segurança**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

RIBEIRO, Wallace de Lima. **Atenção Psicossocial – Entre o Transtorno Mental e o território**. Vitória: UFES, 2009.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A Racionalidade das leis penais: Teoria e Prática**. Trad. Luiz Regis Prado. 2ª. Ed.rev.atual.e ampl.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ROMAGNOSI, Giandomenico; ROMAGNOSI, Gian Domenico. **Genesis del Diritto Penale**. Primary Source. In Stamp. del R.I. Monst. di S. Salvatore, 1791.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Tradução de Vera Ribeiro e Lucy Magalhaes. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009.

ROXIN, Claus. **Estudo de Direito Penal**. Tradução Luís Greco. 2ª. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. Los indesejados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae. **Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia**, num. 09-01, p. 01:1-01-18, 2007.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona, José Ma. Bosch, 1992.

SANCHES, Jesús-Maria Silva. **La Expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª.ed. rev. Y ampl. Madrid, Civitas, 2001.

SANTOS, Carolina. Marino Barbero. Consideraciones sobre el estándar peligroso y las medidas de seguridad, com particular referencia a los derechos italiano y aleman. *In Estudios de criminología y derecho penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1974.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: Lúmen Juris, 2008.

SARLET, Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social – (pós-modernidade constitucional?). *In Crise e desafios da constituição*. Org. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Ed. Del Rey., 2004.

SILVA, Evandro Lins. De Beccaria a Filippo Gramática. *In Sistema penal para o terceiro milênio*: Atos do Colóquio Ancel. Org. João Marcello de Araújo Junior. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

SOUZA, Moacyr Benedicto de Souza. **A influência da escola positiva no direito penal brasileiro**. São Paulo: Universitária de Direito, 1982.

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

TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário (Orgs.). Cidadania e Loucura: Políticas de saúde mental no Brasil, *In Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica*. Rio de Janeiro: Vozes, 1992.

VALDIVIESO, Flora de Maria Madelaíne Poma. **Determinación Judicial de La pena**. Lima: Campo Letrado ed., 2014.

VOLPE FILHO, Carlos Alberto. Quanto mais comportamentos tipificados penalmente menor o índice de criminalidade?. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 10, nº 694, 30 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6792>> Acesso em: 10 nov. 2010.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. São Paulo: Ed. Romana, 2003.

WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Tradução e notas por Yarochevsky, Leonardo Isaac. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

YACOBUCCI, Guillermo A. **El sentido de los principios penales**: Su naturaliza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2002.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**

brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. 4. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro.** vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.