



ARTIGOS

Medidas de Segurança e o Estado Democrático de Direito

Álvaro Mayrink da Costa

Doutorado (UEG). Professor Emérito da EMERJ. Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. A Constituição, como norma fundamental de cada comunidade e impondo, assim, os seus *princípios*, a todo o ordenamento jurídico, é a fotografia das concepções predominantes na sociedade em determinado tempo, espelhando o que há de mais dominante e consensual. A Carta Política de 1988 ressalta a relação entre o Estado de Direito, princípios penais constitucionais e a restrição da área penal ao *mínimo* indispensável, deixando clara a *ilegitimidade* da tutela penal de valores *sem* relevância penal que limitam o poder criminalizador.

A *universalidade* e a *indisponibilidade* constituem características definidoras dos *direitos fundamentais*. A definição entre *direitos* e *garantias* é de suma importância nos planos teóricos e metateóricos, neste em um papel descritivo, crítico e normativo da ciência jurídica em relação ao seu objeto. Assinale-se a necessidade de distinguir entre possibilidades de *realização técnica* e *política*. Ferrajoli, em *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, destaca que o *garantismo* é um conjunto de técnicas idôneas para assegurar o grau máximo de efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos.



ARTIGOS

Os valores constitucionais deverão ser o quadro máximo de uma legítima intervenção penal, em conjugação com o respeito ao *princípio da proporcionalidade*.

Ferrajoli, em *Direito e Razão*, com propriedade, advoga que “*os direitos fundamentais correspondem a valores e carências vitais da pessoa historicamente e culturalmente determinados e é da sua qualidade, quantidade e grau de garantia que pode ser definida a qualidade de uma democracia e pode ser mesurado o seu progresso*”.

Karel Vasak, em *The International Dimensions of Human Rights*, trata da realidade jurídica dos direitos do homem, indicando três condições necessárias: **a)** que exista uma sociedade organizada, sob a forma de um Estado de Direito; **b)** que, no interior do Estado, os direitos do homem sejam exercitados em um quadro jurídico pré-estabelecido, variável em função da natureza desses direitos por seus titulares; **c)** que sejam acompanhados de garantias jurídicas precisas e previstos recursos que permitam obter os seus respeitos.

No Seminário Internacional de Direito Penal e Processo Penal (1998), sob o tema “*O Direito Penal na Constituição*”, em *Temas de Direito Penal*, defendeu-se que o desafio das democracias ocidentais situa-se, nos limites de nossa ótica, na busca primária e contínua de conciliar o exercício da liberdade imprescindível à dignidade da pessoa humana, com os reais reclamos, cada vez mais presentes, da coexistência de políticas e linhas de ação de segurança pública no contexto das macrossociedades.

A Constituição, ao consagrar o princípio democrático, não



ARTIGOS

se decidiu por uma teoria em abstrato, buscou uma teoria normativa para o país e para uma realidade histórica. Como princípio normativo em suas várias facetas, *política, econômica, social e cultural*, aspira tornar-se impulso dirigente de uma sociedade. Registra Canotilho que “*o regresso a uma teorização defensivo-liberal do Estado de Direito sugere o abandono do conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais, conquistados ao cabo de complexas lutas sociais e políticas*”.

É evidente que o Direito Penal de um Estado totalitário jamais poderá almejar se igualar a de um Estado democrático; enquanto naquele se tenderão a impor padrões de conduta mesmo a nível ideológico e moral, neste, haverá como diretriz o máximo de pluralismo e tolerância compatíveis com a preservação das condições de convivência macrossocial e de desenvolvimento digno da pessoa humana.

Em um Estado de Direito formal, o Direito Penal deverá proteger penalmente uma *liberdade* e uma *igualdade* meramente formais. Enquanto nos Estados de direito material há a preocupação em dar conteúdo material a estes valores (trabalho, saúde pública, economia, educação e cultura). Repetindo Roxin, em um Estado moderno é sua função assegurar, se necessário, através da tutela penal, prestações públicas, no domínio da assistência social. Cita-se Vives Antón: “*O Direito, num Estado de direito democrático, é visto como uma ordem de coexistência de liberdades*”.



ARTIGOS

2. A questão do Estado de Direito e das medidas de segurança passa diante de um plano lógico e de um plano histórico. O primeiro trata de estabelecer quais as relações conceituais entre “Estado de Direito” e “medidas de segurança”; ao passo que, o segundo, das relações concretas entre o ordenamento jurídico e os princípios constitucionais que formam os fundamentos garantistas e a disciplina normativa.

Desde a Antiguidade as medidas cautelares eram conhecidas e aplicadas aos menores e aos doentes mentais. Os estudiosos do tema divergem quanto às origens mais remotas das medidas de segurança, ora apontando o Código de Manu, ora as Pandectas, citando que o imperador romano Marco Aurélio ao tomar ciência de um parricídio praticado por um doente mental, diante da perda da capacidade penal, determinou que fosse colocado em custódia para evitar a reprodução de outros atos e garantindo a ordem social. No Direito romano os doentes mentais eram considerados penalmente irresponsáveis; na Idade Média respondiam pelos seus atos, sendo-lhes atribuídas conotações demoníacas. Recorde-se que no Direito romano os menores impúberes ficavam sujeitos à *verberatio*, que consistia em uma medida de admoestação. Na época clássica os *furiosus* eram equiparados aos *infans*, e aplicadas medidas *ad cautelam* e *jus securitatem proximorum*. Sustentava o jurisconsulto Pompônio que o ato praticado por uma pessoa louca deveria ficar impune (*impune est admittendum, quod per furorem alicuius accidit*). Esta situação começa a alterar-se a partir do século XVI, e no



ARTIGOS

século XVIII fala-se já da necessidade de *tratamento* dos doentes mentais, que, como *doentes*, não eram responsáveis pelos seus atos, e, no processo evolutivo, nem sempre foram insuscetíveis de culpa.

Na Idade Média puniam-se criminalmente animais e, em certos casos, até objetos, razão pela qual não se pode fazer qualquer paralelo com o Direito Penal da atualidade. A ideia de medidas de segurança começou a germinar na Idade Média. No século XVI, notadamente na *Constitutio Criminalis Carolina* encontram-se as primeiras manifestações (*Peinliche Gerichtsordnung*), prevendo um internamento de segurança (*Sicherungsverwahrung*) por tempo indeterminado.

No panorama do século XVIII, embora o Direito canônico afirmasse que os doentes mentais eram incapazes de delinquir, era tétrico o quadro, pois se não eram mortos eram encarcerados nas piores condições físicas e sociais, nos *asilos de loucos*. O *Ospizio de San Michele* (prisão-hospital), fundado pelo Papa Clemente XI, no ano de 1703, e o *Reformatório de Elmira*, pelo *New York Act* (1877), como pioneiro, formam a exceção.

É de lembrar-se que os *manicômios* tiveram sua origem na Inglaterra (*Criminal Lunatics Act*, de 1800), após o Rei Jorge III ter sido vitimado por um atentado praticado por um doente mental, o qual foi internado por garantia pública por tempo indeterminado. Assinale-se o movimento liberal na Inglaterra com a instituição de manicômios criminais, em virtude da edição do *Criminal Lunatic Asylum Act* de 1860 e da edição do *Trial of Lunatic Act* de 1863 e nesta direção o *Inebriate Act* de 1898 e o



ARTIGOS

Children Act de 1908. Nos estabelecimentos penais americanos, desde 1844, praticava-se o *isolamento dos doentes mentais*. Mais tarde, poucos estados permitiram a transferência de doentes mentais infratores para os manicômios e, em 1859, New York abriu o primeiro hospital para *criminal insane*. Loke, Montesquieu e Voltaire proclamam no século XVIII os *princípios do respeito à pessoa humana*, e o livro do Marquês de Beccaria tem o poder de uma dedução rigorosa com a ruptura com um passado omissos, no qual o *pensamento* é perseguido e punível, o processo fundado no anônimo, o segredo e a confissão logrados pela tortura. É a ruptura com o Direito Penal para o qual *inexistia* diferença entre o delito e o pecado e no qual a pena não está regulada por uma ideia objetiva e moderada de retribuição, mas sim pela vingança através dos fins de expiação mediante o sofrimento físico.

No século XIX, visava-se a substituir a pena privativa de liberdade, diante da constatação de sua pouca eficácia frente ao crescimento da criminalidade, procurando uma resposta penal efetiva e completa de defesa social. As ideias positivistas preventivas contribuíram para a visão da execução das medidas de segurança como instrumento de *inoculação e tratamento*, diante de portadores de anomalias mentais considerados *perigosos ao convívio social*. Era necessário enfrentar o fracasso da pena em razão da necessidade imperativa da defesa social.

Logo, surgem duas estratégias imediatistas: **a)** aumento das penas privativas de liberdade para infratores habituais; **b)** penas acessórias para reincidentes. Neste quadro, a



ARTIGOS

pena privativa de liberdade continua como resposta penal *retributiva* e desponta uma nova ferramenta de enfrentamento do conflito com *finalidade específica preventiva*: a pena *não* teria mais como finalidade somente *punir* o autor do delito, mas procurar *evitar* a realização de novos injustos penais. A *concepção unitária* defendia que ambas as sanções, pena e medidas de segurança, formariam um só instrumento estatal através de uma *pena de segurança*, na dicção de Mezger, não se exigindo duas espécies de sanções na proposta unitária por meio de uma unificação das sanções no mesmo código.

De outro lado, a *concepção dualista* defende que as penas e as medidas de segurança possuíam uma característica diferenciada, negando às medidas de segurança a configuração de sanção e descortinando nas penas motivos e finalidades diversas das medidas de segurança. Estas possuem características que diferenciavam da pena privativa de liberdade, ambas possuindo características autônomas e próprias. As diferenças, assinaladas no sistema dualista, são negadas por vetores da Escola Positiva Italiana, ao sustentar que possam existir diferenças secundárias, mas não há uma substancial (utilitarismo). Surge uma visão *unitária, retributiva-preventiva*, para atender os anseios de segurança social. Situava-se na doutrina do início do século XX a *distinção* entre a pena privativa de liberdade e as medidas de segurança como dois *vetores paralelos e justapostos*, mas não contraditórios, porque ao Direito Penal se reservava a *repressão*; ao passo que, destinava-se às medidas de segurança, a *prevenção* (que à época não seria



ARTIGOS

propriamente penal, mas administrativa).

Eduardo Reale Ferrari, em *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, deslumbra uma *sanção preventiva de defesa social*. Os anseios de substitutivos sancionatórios eficazes para a tranquilidade social faz surgir os novos contornos das medidas de segurança. Com Karl Stooss (1894) e Von Liszt surgem as medidas de segurança, codificadas penalmente como estratégia a suprir a ausência de responsabilidade penal por inexistência de culpabilidade pessoal. Pode-se afirmar que a orientação da União Internacional do Direito Penal, fundada em 1888 por Von Liszt, Prins e Van Hamel, trouxe reais dividendos para apagar os dissensos históricos que inspiraram Karl Stooss e vieram à luz entre 1884 e 1899 sob a denominação correta de *Strafgesetzgebung der Gegenwart* (“legislação penal da atualidade”).

Registre-se que Stooss foi o *sistematizador* e Von Liszt, com sua teoria da pena-fim, o *idealizador*, das medidas de segurança. Assim, este com sua *pena-defesa social* advoga um tipo único de sanção abarcando fins preventivos e retributivos, ao passo que, aquele, defende a substituição da pena pela medida de segurança, para a proteção social e o tratamento do infrator perigoso.

Quando, em 1894, Stooss compôs a *Parte Geral* do projeto suíço, transformado no Código Penal suíço de 1937, colocou junto à pena de natureza retributiva outro instrumento legal para o fundamento do injusto, denominado *Sichernden Massnahmen* (medida de segurança), destacando na sua natureza jurídica três



ARTIGOS

diferenças básicas: **a)** a pena se estabelece e se impõe ao autor culpável em razão da realização do delito, ao passo que as medidas de segurança são impostas diante do dano ou perigo do autor, cujo caráter está relacionado com o fato punível; **b)** a pena é um meio de produzir sofrimento ao autor culpável, ao passo que as medidas de segurança são um instrumento assecuratório que vai acompanhado de uma privação da liberdade ou de uma intromissão nos direitos de uma pessoa sem o objetivo de causar-lhe sofrimento; **c)** a pena é determinada de acordo com a importância do bem jurídico lesionado, a gravidade do dano e a culpabilidade do autor, nos termos legais, e fixado o tempo de duração, ao passo que as medidas de segurança são determinadas na lei e com a sua finalidade, mas a sua duração é estabelecida em termos gerais, de tempo indeterminado, cessando quando lograda a ressocialização, emenda ou inocuidade. Completando, observa que as medidas de segurança não se impõem por uma ação determinada, mas pelo estado de uma pessoa.

Em uma fotografia do direito comparado à época, vê-se que as medidas de segurança aparecem na legislação germânica no anteprojeto do Código Penal de 1909, inspirados nos postulados da Escola de Política Criminal, objetivando proteger a sociedade e ao mesmo tempo o autor do injusto penal. Na busca histórica poderia apontar os Projetos de 1913 e 1919, nos quais tiveram a denominação *medidas de correção e segurança* (*Massregeln der Besserung und Sicherung*), que não tiveram sucesso, e a realidade colocava como imperativo demonstrar a necessidade de luta contra a delinquência nas



ARTIGOS

suas formas mais perigosas, daí ser promulgada a Lei de 24 de novembro de 1933 contra os infratores habituais e perigosos; e diante de medida de correção e segurança onde se incluía a *castração* como um sistema protetor do povo contra o perigo da delinquência sexual. Com a introdução do *Tätertyp*, o perfil do violador da norma se descreve como um sujeito perigoso cujos atos típicos são índices do seu *estado* (doença mental), diferenciando-se as penas privativas de liberdade das medidas de segurança na compatibilidade do *perigo futuro* e da indeterminação temporal de duração. Caminhava-se para a *subjetividade* do Direito defendida por Mezger e Bockelmann; contudo, a imposição de uma medida de segurança tinha como *pressuposto* a prática de um injusto penal, sendo, portanto, todas as medidas *pós-delitivas*.

A medida de segurança de *castração* foi abolida na Alemanha, pela lei promulgada em 30 de janeiro de 1946. A sexta Lei da Reforma, de 26 de janeiro de 1998, do Código Penal alemão estabelece seis espécies de medidas de segurança: **a)** internamento em residência psiquiátrica; **b)** internamento em estabelecimento de desintoxicação; **c)** internamento em estabelecimento de segurança; **d)** vigilância orientadora; **e)** retirada da posição de conduzir veículos; **f)** proibição de exercer um ofício. No que interessa ao estudo do direito comparado, a regra do § 62 (*princípio da proporcionalidade*) traduz que se poderá, com o significado dos atos cometidos ou esperados pelo autor, precisar o grau de perigo que parta dele.

A *internação em residência psiquiátrica*, tanto no estado de incapacidade como no de culpabilidade atenuada,



ARTIGOS

decorrerá da *apreciação conjunta do autor e sua ação, devendo-se esperar, como consequência de seu estado, atos ilegais, e que por isso seja perigoso para a sociedade*. A nova codificação passou a tratar com especial atenção a aplicação das medidas de segurança para drogados em estabelecimento de segurança (“quando alguém for condenado por um delito premeditado a uma pena temporal de, ao menos, dois anos, o *tribunal disporá junto à pena de um internamento em um estabelecimento de segurança* em determinadas situações”).

Na Áustria as medidas de segurança foram reguladas pela Lei de 3 de junho de 1932, embora desde a Lei de 24 de maio de 1885 fossem internados os vagabundos e mendigos. Na Bélgica, em abril de 1930, o Parlamento aprovou a Lei de defesa social, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1931, seguindo as linhas gerais do Projeto de 1926, objetivando a readaptação e educação social dos infratores em estado perigoso, mas não a sua eliminação. Aliás, desde a Lei de 27 de novembro de 1891, dava-se o internamento de mendigos em *casas de refúgio* e em *depósitos de mendigos*. Na Dinamarca, o Projeto do Código Penal de 1923 admitia a substituição da pena privativa de liberdade por medidas de segurança para certas categorias de *infratores normais em aparência, mas insensíveis à influência da pena, a julgar por sua conduta*. O Código Penal dinamarquês de 15 de abril de 1930, que entrou em vigor em 1933, admite as *casas de custódia* e as *casas de trabalho*.

Quanto à França, em virtude do fenômeno da reincidência, deu-se a promulgação da Lei de 27 de maio de 1885, que



ARTIGOS

visava a eliminar o *reincidente perigoso*, transferindo-o para o território colonial de forma perpétua e irrevogável. A Lei de 6 de julho de 1942 estabeleceu o internamento dos *renegados* em território metropolitano com uma duração mínima de três anos, daí podendo outorgar-se a liberdade condicional. Com a Lei de 3 de junho de 1938, os *declarados penalmente irresponsáveis* passaram a ser internados em *asilos de alienados*. Contudo, a primeira legislação francesa sobre medidas de segurança surgiu em 15 de maio de 1934 e classificava-as: **a)** privativas de liberdade; **b)** restritivas de liberdade; **c)** de ordem patrimonial. As medidas privativas de liberdade consistiam no internamento em sanatório, relegação (constituía-se na internação em um estabelecimento de trabalho sobre regime de readaptação social) e colocação em depósito de mendigos. É de notar, que na França as medidas de segurança que formavam majoritariamente *medidas de neutralização*, são contemporaneamente em sua maior parte medidas de tratamento e assistência. O Centro Francês de Defesa Social preparou em 1955 um projeto relativo aos doentes mentais infratores adotando o *sistema misto*. A medida preconizada era denominada “detenção de defesa social”, com característica “médico-repressiva”.

Na Inglaterra, o *Prevent of Crime Act* promulgado em 1908 distingue a internação em um instituto Borstal mediante tratamento educativo-correcional a jovens e a *preventive detention* aplicável depois da execução da pena, que deveria durar no mínimo cinco e no máximo dez anos, destinada aos reincidentes mais perigosos. Contudo, o



ARTIGOS

projeto de *Criminal Justice Bill* reduzia o regime correcional de quatro a dois anos de duração, para condenados de 21 a 30 anos de idade, mas não se chegou a transformar em lei. Só pelo *Criminal Justice Act* de 1948 é que se estabeleceu uma distinção entre a *educação correcional* e a *detenção preventiva*. Os doentes mentais (*quit but insane*) declarados pelos tribunais seriam internados com *kings pleasure lunatics* em *manicômio criminal*.

Na Itália, surge em 1921, com o Projeto preliminar do Código Penal, baseado em *princípios positivistas*, a substituição da *impunidade* pela *periculosidade* como pressuposto da justiça penal, sob a genérica denominação de *sanções* que abrigavam as medidas aplicáveis aos imputáveis e aos inimputáveis. Mussolini definiu em seu programa a pena como meio de *defesa social* com função intimidativa e correcional, indicando a necessidade de promover meios preventivos e terapêuticos para combater a delinquência. Surgem os postulados *dualistas* por Rocco e é promulgado o Código Penal em 19 de outubro de 1930. Estas medidas foram frutos da necessidade da conservação do Estado. Com a queda do regime fascista, surge a Comissão de Reforma Penal, Biagio Petrocelli, pelo decreto de 2 de janeiro de 1945, sendo acordada a manutenção da *dualidade das penas e das medidas de segurança*, reflexos institucionais dos fins repressivos e preventivos do ordenamento. O projeto apresentado em 1949 estruturava a *periculosidade criminal* e as *medidas administrativas de segurança*. Cogita-se da acumulação *sucessiva* e não *alternativa*, em que primeiro se executa



ARTIGOS

integralmente a pena privativa de liberdade (retributiva) e após, a medida de segurança (preventiva), no caso dos denominados delinquentes habituais. São *sanções sucessivas* pelo mesmo fato violando o *princípio do ne bis in idem*. Tal projeto, sem inovar, procurava um melhoramento do Código *dualista*, em direção científica superada. A legislação peninsular, quando trata da aplicabilidade das medidas de segurança, diz que só podem ser aplicadas em pessoa *socialmente perigosa*, inimputáveis ou não puníveis, bem como aquelas que diante da lesividade do bem jurídico exista a *probabilidade* do cometimento de novos atos previstos na lei como crime. Assim, os indicadores de individualização da pena são os mesmos indicadores de avaliação judicial de aplicação das medidas de segurança.

2.1. O nosso Código Penal do Império, de 1830, no capítulo relativo a *Dos crimes e dos criminosos* não fazia referência às medidas de segurança, porém considerava inimputáveis os *loucos de todo gênero*”, salvo se “*tiverem lúcidos intervallos e nelles commetterem o crime*”, como também “*os delinquentes que, sendo condemnados, se acharem no estado de loucura, não serão punidos enquanto nesse estado se conservarem*”, prescrevendo que “*os loucos que tiverem cometido crimes serão recolhidos ás casas para elles detinadas, ou entregues ás suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente*”. Já a doutrina do Direito Romano sustentava: “*Cum injuria ex affectu facientis consistat, cousequens est furiosus injuriam fecisse non videri.*” A expressão normativa



ARTIGOS

“*loucos de qualquer espécie*” é empregada genericamente, quando as legislações europeias questionavam as palavras *loucura*, *demência* e *alienação mental*. Os comentadores do Código indagavam como seria possível demonstrar a lucidez de um *intervalo* em uma doença mental. Rogron, autor do projeto do Código Penal para a Baviera (1807), ao referir-se à *prova pleníssima* do estado de lucidez, comentava: “*Ce qui est toujours difficile.*”

O Código de 1890 estatuiu que: “*Os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de afecção mental serão entregues às suas famílias, ou recolhidos a hospitaes de alienados, se o seu estado mental assim exigir para a segurança do público*”, não fazendo referência expressa aos *semi-imputáveis*, embora ressaltando: “*Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime.*” O Código considerava *não criminosos*, também, “*os que, por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, fôrem absolutamente capazes de imputação*”.

Os maiores de 9 (nove) anos e menores de 14 (catorze), que tivessem atuado com discernimento seriam recolhidos a *estabelecimento disciplinar* até a idade de 17 (dezesete) anos.

Frente ao monismo das teorias absolutas (utilização exclusiva da pena) surge o sistema da *dupla via* como instrumento para que o Direito Penal pudesse cumprir seus fins: **a)** a *pena*, conceituada como um castigo, fundamentada na *culpabilidade do autor* do delito, de essência retributiva e orientada, *na medida do possível*, diante dos fins preventivos (prevenção geral e especial); **b)**



ARTIGOS

a *medida de segurança*, conceituada como uma ascética privação de bens jurídicos fundamentada na *periculosidade do autor* do injusto penal, de essência preventiva e orientada exclusivamente para fins de prevenção especial. A *dupla via* foi a ferramenta para conciliar clássicos e positivistas.

O Código Penal de 1890 previa para os vadios e capoeiras o *internamento* em colônia penal e o *internamento curativo* de toxicômanos ou intoxicados habituais, como também de ébrios nocivos ou perigosos, em estabelecimento correccional. Várias tentativas foram realizadas no sentido de melhorias através dos projetos Vieira de Araújo, Galdino Siqueira e Virgílio de Sá Pereira, neste presente a figura do *inimputável*, adotando o sistema do *duplo binário* (cumprimento *cumulativo* da pena e medida de segurança), seguindo a orientação do Código Penal italiano de 1930. À época, questionava-se a denominação do estabelecimento destinado ao inimputável doente mental, se *hospital de alienados* ou *asilo judiciário*. João Vieira de Araújo, em seu *Código Penal Comentado*, apontava a *diferença* entre os dois estabelecimentos, o primeiro, destinava-se ao “louco honesto”, ao passo que o segundo, o “*hospital penal*” era para abrigar o “louco assassino, incendiário e estuprador”, que *não* poderiam se misturar, pois a segurança e a vigilância de um “*hospital penal*” *não* é a mesma de um *hospital comum*, “este é uma casa de saúde, aquele um verdadeiro cárcere embora de natureza especial”. Ataliba Nogueira, em *Medidas de Segurança*, sustentava que o Código Criminal de 1890 não as desconhecia, o impróprio



ARTIGOS

caráter de penas principais ou acessórias ou meros efeitos da condenação, arrolando entre outras, o recolhimento de inimputáveis a hospitais de alienados.

Na Consolidação das Leis Penais de 1932, “*os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de afecção mental serão entregues as suas famílias ou recolhidos a hospitaes de alienados, se o seu estado mental assim exigir para a segurança do público. Enquanto não possuírem os Estados manicômios criminaes os alienados delinquentes e os comndenados alienados somente poderão permanecer em asylos públicos, nos pavilhões que especialmente se lhes reservarem*”. O Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934, dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e a proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências, regulando as internações de doentes mentais que *não* tenham praticado injusto penal.

O projeto Alcântara Machado inovou com o *princípio da legalidade* para as medidas de segurança, estabelecendo, como espécies, medidas de segurança de natureza detentiva e não detentiva, adotando o *critério dualista* diante do impedimento constitucional da pena indeterminada. O Código de 1940 tratava sob o título “*Da responsabilidade, os Irresponsáveis e a Redução facultativa de pena*”, regendo-se as medidas de segurança pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa a lei vigente ao tempo da execução. Conforme a lição de Hungria, o Código de 1940 *não* deu uma definição positiva de imputabilidade, sob o ponto jurídico-penal, limitando-se a declarar os casos em que esta deveria ser considerada



ARTIGOS

excluída, rejeitando a discussão entre *responsabilidade* e *imputabilidade*, por entender ser *bizantina* e *inútil*.

O Código de 1940 admitia *aplicação provisória* de medida de segurança. Assim, os inimputáveis, os ébrios habituais ou toxicômanos ficavam a elas sujeitos durante o processo, sendo o tempo de duração da aplicação provisória computado no prazo mínimo de duração da medida de segurança imposta. Com a edição da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, pertinente a outras medidas cautelares diversas da prisão, incluiu-se no art. 319, VII, do Código de Processo Penal a “internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável ou houver risco de reiteração”. Seguindo o modelo do Código Penal italiano de 1930, adotou o denominado *duplo binário*, executavam-se as medidas de segurança *depois* de cumprida a pena privativa de liberdade e, *suspensa* a execução, quando o indivíduo tivesse que cumpri-la pena privativa de liberdade. Cuidando-se de inovação como sistema, teve a cautela de assegurar o *princípio da legalidade*, a aplicação *post delictum*, embora se excepcionasse em relação ao crime impossível e às hipóteses de ajuste, determinação ou instigação impuníveis, e a *periculosidade* do autor do injusto, admitindo a *presunção juris et de jure*, nas seguintes hipóteses: **a)** inimputáveis por doença mental ou retardo; **b)** condenados por crime em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez; **c)** os reincidentes em crime doloso; **d)** os



ARTIGOS

condenados por crime que hajam cometido como filiados à associação, bando ou quadrilha de malfeitores. Quando a *periculosidade* não era presumida *ex lege*, o magistrado avaliaria como *perigoso* diante do elenco relativo: **a)** aos antecedentes, personalidade, motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados, modo de execução, intensidade do dolo ou grau de culpa, que autorizam a *suposição de que venha ou torne a delinquir*; **b)** se, na prática do fato, revela torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral.

Com o advento da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, houve alteração em relação aos casos em que a presunção de periculosidade *não* prevaleceria: **a)** se, entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e o crime posterior, tiver ocorrido período de tempo superior a 10 (dez) anos na hipótese de *inimputáveis*, ou de 5 (cinco) anos, nos demais casos; **b)** a medida de segurança *não* será iniciada sem a *verificação da periculosidade*, se da data da sentença decorrerem 10 (dez) anos, no caso dos *inimputáveis*, nos outros, pelo de 5 (cinco) anos, ressalvada a hipótese de extinção, quando executada pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados da pena, se o condenado, nesse período, não comete novo crime.

O Código Penal de 1940 consagra a *sistematização* das medidas de segurança, adota o *duplo binário*, tendo como *pressupostos*: **a)** prática de fato tipificado como crime, embora se admita na tentativa impossível; **b)** na *inimputabilidade*, possui o único fundamento da periculosidade; **c)** com a finalidade alternativa de complementar a pena privativa de liberdade quando se



ARTIGOS

refere a imputáveis perigosos, ou substituí-la, na hipótese de inimputáveis.

As medidas de segurança são divididas, segundo a sua *espécie*, em dois grupos: *patrimoniais* e *pessoais*. As *patrimoniais* eram: **a)** *interdição* de estabelecimento comercial ou industrial, ou sede de sociedade ou associação, se serve de meio ou pretexto para a prática de injusto penal; **b)** *confisco*, ainda que *não* apurada a autoria, dos instrumentos e produtos do injusto penal, desde que consistam em coisas, cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua ato ilícito. Já as *pessoais* se subdividiam em: **a)** *internação em manicômio judiciário*, pertinente aos inimputáveis plenos, em período mínimo de internação, sendo que o sujeito à medida de segurança não poderia tê-la revogada enquanto *não* se verificasse, mediante exame individual, “*que deixou de ser perigoso*”. Registre-se que a internação tinha uma *duração mínima* em relação direta com a *quantidade* e a *natureza* da pena cominada ao tipo penal: **a.** de 6 (seis) anos, se a lei comina pena de reclusão não inferior, no mínimo, a 12 (doze) anos; **b.** de 3 (três) anos, se a lei comina ao crime pena de reclusão não inferior, no mínimo, a 8 (oito) anos; **c.** de 1 (um) ano em outros casos (poderia ser substituída a internação pela liberdade vigiada); **b)** *internação em casa de custódia e tratamento*, não sendo aplicada outra medida detentiva aos condenados. As medidas *não* detentivas eram: **a.** liberdade vigiada; **b.** proibição de frequentar determinados lugares; **c.** exílio local (que consistia na proibição de residir ou permanecer durante um ano, pelo menos, na localidade, município ou comarca, em que o



ARTIGOS

crime fora praticado); **c)** *internação em colônia agrícola, ou instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional*.

Perante a legislação de 1940, a *execução* das medidas de segurança (duplo binário) dava-se: **a)** depois de cumprida a pena privativa de liberdade; **b)** no caso de absolvição, o condenado à pena de multa, depois de passado em julgado a sentença. A execução da medida de segurança era *suspensa*, quando o condenado tivesse que cumprir pena privativa de liberdade. A medida de segurança detentiva precedia a não detentiva.

O quadro *não* era de medidas de segurança em relação à *periculosidade criminal*, mas a *periculosidade social*, *não* possuindo autonomia de natureza sancionatória penal, o que permitia a *perpetuidade* sob o *rótulo do tratamento* (tinham o tempo mínimo obrigatório, mas o legislador não fixou o tempo máximo), tendo só a *etiqueta da defesa social* (a medida podia ser aplicada a pessoas que não tivessem praticado qualquer injusto penal). Apresentava o *caráter aflitivo* e não de *tratamento psiquiátrico* ao portador de anomalia mental; era, tão só, segregatória, diante da *temibilidade social*. Direccionou-as em termos da *prevenção geral positiva*. Eduardo Realí Ferrari, em *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, conclui que no Código Penal de 1940 o legislador não objetivava com sua imposição a recuperação, preferiu “escamotear a perpetuidade da sanção-pena, denominando de *benéfico tratamento*”.

Nossa legislação não enfrentou a realidade do sistema nacional de custódia em que os *manicômios* ficaram



ARTIGOS

limitados a uma função de *prisão-hospital*, olvidando-se que não deve prevalecer o critério estático quando se trata da dinâmica hospitalar. Os *cubículos-masmorras* ainda estão presentes para atestar uma época pré-pineliana de um entendimento de fixação no conceito de segurança da orientação ou critério de segregação, quando tal entendimento reside na compreensão do fato de que o autor, objeto da lesão ao bem jurídico, deve, se possível, ir se reabilitando de *forma progressiva*, por meio de procedimento técnico-científico, até que possa ser *desinternado* e *progressivamente* ter a possibilidade de inserção para a sua adaptação ao meio social.

O Código de 1969, que não entrou em vigor, deu um grande passo em relação aos semi-imputáveis, com a substituição do *duplo binário* pelo *sistema vicariante*, para a aplicação ou da pena ou das medidas de segurança, terminando com a aplicação sucessivamente da pena e das medidas de segurança. A Exposição de Motivos salienta que a medida de segurança de internação em casa de custódia (*Sicherungsverwahrung*) é mal pior que a pena, uma vez que é por *tempo indeterminado*. Termina com o defeituoso sistema de medidas de segurança *detentivas* para *imputáveis*. Assinala que tanto a pena como as medidas de segurança têm por finalidade a “*recuperação social do delinquente*”. As únicas medidas de segurança detentivas eram a internação em manicômio judiciário e a internação em estabelecimento psiquiátrico, anexo ao manicômio judiciário ou a estabelecimento penal.

A questão entre o Estado de Direito e as medidas de segurança aflora nos tempos contemporâneos. Registre-se



ARTIGOS

que estas nasceram com a finalidade de segregação dos “*incorrigíveis*”, pois a pena perdera a sua eficácia e elas passariam a constituir-se em uma *sanção* legitimada ao escopo de *proteção e inoculização*, segregando o doente mental infrator por *critério de presunção*. Com a evolução das ideias humanitárias de respeito à *dignidade da pessoa humana*, tal concepção perde espaço para a ideia do binário *tratamento-recuperação*, constituindo-se a ressocialização no fim principal e obrigatório. O Estado de Direito afasta a segregação pela segregação para possibilitar a tentativa de recuperação. O *princípio da legalidade* foi revitalizado pela Reforma de 1984, não mais se admitindo a aplicação de medidas de segurança por fato *não* criminoso, com a supressão do “duplo binário”, passando a Lei de Execução Penal a regulá-la. As medidas de segurança *não* poderiam ser destinadas aos autores *imputáveis*, somente aos *inimputáveis* ou *semi-imputáveis*. Assim, a Reforma de 1984, que incorporou as inovações do Código de 1969, pôs termo ao denominado “*duplo binário*” e adotou o “*vicariato*”, rendendo-se ao princípio da legalidade de forma absoluta, estabelecendo como pressupostos a periculosidade criminal *post factum* com a prática de um injusto penal. Restou abolida a *periculosidade social*, substituída pela *criminal*.

A Reforma enfrenta a questão da *desinstitucionalização* e o Estado de Direito, quando consagra a inovação de prever a medida de segurança *restritiva* consistente na sujeição do agente a *tratamento ambulatorial*, cumprindo-lhe comparecer a hospital nos dias que lhe forem determinados, a fim de ser submetido à modalidade



ARTIGOS

terapêutica prescrita. Conclui o item 90 da Exposição de Motivos que corresponde à inovação às atuais tendências de “*desinstitucionalização*”, sem exagero de se eliminar a internação. Faz a ressalva de que “Pelo contrário, o Projeto estabelece limitações para a hipótese de tratamento ambulatorial, apenas admitido, quando o ato praticado for previsto como crime punível com detenção”, e o *doente mental “infrator”* poderá ser transferido em qualquer fase do tratamento ambulatorial para o *detentivo*, consistente na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, se a conduta revelar a necessidade de fins curativos (EM-93).

Com a Carta Republicana de 1988 instituindo um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos individuais, recepcionado a Lei de Execução Penal, as medidas de segurança passam a serem regidas pelos *princípios* da legalidade, irretroatividade, proporcionalidade, lesividade, intervenção mínima, igualdade, humanidade e presunção de inocência, como espécie de sanção penal.

A Reforma Penal de 1984 trata da questão sobre o título correto *Da imputabilidade penal* e, nos casos de *semi-imputabilidade*, faculta ao magistrado, diante do *sistema vicariante*, a redução da pena de um a dois terços para cumprimento em estabelecimento penitenciário *ou* a sua substituição por *especial tratamento curativo*, pelo prazo mínimo de um a três anos, pela internação ou tratamento ambulatorial. Desaparece completamente o *duplo binário* e as medidas de segurança para o *imputável*, reservando a este, tão só, a pena. Passam a ser somente *pessoais*, sendo



ARTIGOS

de *duas espécies*, *internação* em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado e de sujeição a *tratamento ambulatorial*. Extinta a punibilidade, *não* se impõe medida de segurança nem subsiste a quem tenha sido imposta.

O *internado* tem o direito de ser recolhido a estabelecimento dotado de *características hospitalares* e submetido a *tratamento psiquiátrico*. A legislação pátria obteve um grande avanço em relação às medidas de segurança, pois os condenados *imputáveis não* mais estão a elas sujeitos. Assim, só os *inimputáveis*, que *não* possuem capacidade de culpabilidade, desde que sejam autores de injustos penais, e apresentem *periculosidade*, ficarão a elas sujeitos. Possuem caráter meramente *preventivo e assistencial*, reservadas aos inimputáveis. Ao autor de um delito, perigoso e culpável, inexistente razão para a sua aplicação, na prática de uma *pena* eufemisticamente denominada de medida de segurança.

Nosso Código prevê duas espécies: **a)** *internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico*, de caráter detentivo, mais gravoso, e que na sua falta permite o legislador que a execução seja realizada em outro *estabelecimento adequado* (particular ou de rede oficial); **b)** o *tratamento ambulatorial* é medida de segurança *restritiva*, devendo o paciente comparecer ao hospital nos dias determinados pelo setor médico para o acompanhamento da terapia e análise do quadro individual. Nos tempos atuais o paciente só deve ficar internado em situações de *surto*, evitando-se a *cronificação pela hospitalização indeterminada*. O grande



ARTIGOS

problema é a rejeição familiar do doente mental que cumpre medida de segurança.

No projeto que altera a *Parte Geral* (2000), ficam mantidas as duas espécies principais de medida de segurança: **a)** internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; **b)** sujeição a tratamento ambulatorial; sendo substituída a expressão *em outro estabelecimento adequado por outro estabelecimento público que lhe proporcione tratamento médico adequado*. Portanto, a regra é do cumprimento em estabelecimento *público* e não *particular*. Na mesma direção, o *tratamento ambulatorial* deverá se dar em *hospitais, postos de saúde ou outros estabelecimentos públicos*.

O projeto, todavia, permite que a *internação* ou o *tratamento ambulatorial* sejam efetivados em *estabelecimentos privados*, desde que: **a)** inexistência de estabelecimento público adequado; **b)** o estabelecimento privado seja conveniado com o sistema público; **c)** o estabelecimento privado tenha autorização do Juízo da Execução. Busca conciliar a realidade brasileira em relação à rede pública de saúde e a não descaracterização das medidas de segurança pelo cumprimento em estabelecimentos inadequados diante da capacidade econômica do paciente (*princípio da isonomia*). De outro lado, possibilita a aplicação da medida restritiva de *tratamento ambulatorial* quando o injusto penal tem a pena máxima cominada *não* superior a 4 (quatro) anos, fazendo desaparecer corretamente a distinção *reclusão-detenção*. Estabelece a obrigatoriedade da realização da perícia médica a cada 6 (seis) meses, ou por determinação



ARTIGOS

judicial, a perícia que poderá ser realizada a *qualquer tempo*. O principal marco proposto diz respeito à *abolição da periculosidade como pressuposto de aplicação da medida de segurança* (“*A medida de segurança interromper-se-á quando for averiguada, mediante perícia médica, a sua desnecessidade, ou cessação da doença*”). Portanto, cessada a doença mental, *não* há necessidade das medidas de segurança, pois cessada *também* a periculosidade.

O *tempo de duração* das medidas de segurança *não* será superior à *pena máxima cominada* ao tipo legal de injusto; fim do prazo máximo e *não* cessada a doença por comprovação pericial, será *declarada extinta* a medida de segurança, *transferindo-se* o internado para o tratamento comum em estabelecimento médico da *rede pública* se não for suficiente o *tratamento ambulatorial*, cuja competência é privativa do Juízo da Execução. O texto acompanha as exigências da nova realidade. Aduza-se ainda a admissão da *progressividade* possibilitando a *saída terapêutica para a visita à família* ou a *participação em atividades* para a sua integração social. Em qualquer fase de *tratamento ambulatorial* poderá ser determinada judicialmente a *internação* do paciente, se essa providência *for necessária para sua melhoria*. O projeto diz que “*a alta será sempre condicionada ao tratamento indicado, devendo ser estabelecida a situação anterior se o paciente antes do decurso de um ano pratica fato indicativo da persistência da doença*”. No que tange aos *semi-imputáveis*, o projeto contorna as dificuldades do art. 183 da Lei das Execuções Penais (substituição da pena por



ARTIGOS

medida de segurança), observadas as regras inseridas. O *exame de verificação da periculosidade real do semi-imputável* não desaparece diante da nova sistemática, em que a periculosidade não mais figura como fundamento das medidas de segurança.

Com a edição da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001 (lei antimanicomial), o art. 4º reza que “a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. § 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio; § 2º O tratamento em regime de internação 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; § 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições de caráter asilar, ou seja, aquelas desprovidas de recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos das pessoas portadoras de transtorno mental”. Assim, deu um grande passo para terminar com o triste *sistema manicomial*, coloca na esfera da excepcionalidade o *regime permanente de internação*, ao proteger as pessoas portadoras de transtornos mentais, indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, devendo o tratamento ter como finalidade a *reinserção social* do paciente em seu meio. A Lei de Execução Penal cuida ainda do *hospital de custódia e tratamento psiquiátrico*, no sistema penitenciário e não no de saúde, e da execução das medidas de segurança.



ARTIGOS

2.2. A Proposta de Alteração da Lei de Execução Penal (2013) destaca que “na aplicação das medidas de segurança deverão ser observados os direitos das pessoas com deficiência, inclusive os previstos na legislação específica”. Há grave retrocesso diante do Estado de Direito, quando em relação à sua *duração*, no que tange ao art. 96, § 3º, estabelece que “atingido limite máximo a que se refere o parágrafo anterior” (“*b. de 30 (trinta) anos, nos fatos criminosos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo se a infração for de menor potencial ofensivo*”) poderá o Ministério Público ou o responsável pela pessoa, requerer, no juízo cível, o seu “*prosseguimento*” da internação. Significa a *perpetuidade* da medida de segurança da internação. Se o condenado necessitar de *especial tratamento curativo*, a prisão pode ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial pelo tempo da pena de prisão, que após poderá ser requerida a *interdição civil* (curatela). A Proposta revoluciona diante do Estado de Direito ao sugerir a exclusão da referência às medidas de segurança, no que trata o art. 4º da Lei de Execução Penal, no que tange a *cooperação da comunidade na execução da pena*, sugerindo um contexto mais amplo como a questão da saúde mental é tratada, portanto, pela Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, e suas próprias modalidades de internação. Por via de consequência, não há mais *hospitais de custódia* e fica revogado o capítulo pertinente à cessação de periculosidade. Transitada em julgado a sentença que aplica as medidas de segurança, será



ARTIGOS

determinada a expedição de guia à autoridade de saúde competente, provendo-se a inserção de dados no cadastro nacional de saúde. Enfim, no que tange aos *direitos do internado*, ratifica que será recolhido a estabelecimento de características hospitalares (não hospital-prisão), e que será submetido a tratamento, observados os direitos das pessoas com deficiência.

3. A *doença mental*, pressuposto biológico da inimputabilidade, engloba *todas* as alterações mórbidas da saúde mental independentemente da causa. No estudo do transtorno psíquico patológico, que compreendem transtornos psíquicos debitados a causas corporais-orgânicas, incluem-se as psicoses *endógenas* ou *congenitas* (esquizofrenia, paranoia, psicose maníaco-depressiva) ou *exógenas* (demência senil, paralisia geral progressiva, epilepsia), como também as neuroses e os transtornos psicossomáticos, sendo que estes, como formas de reação psíquico-criminal determinadas por conflitos internos ou intensas pressões motivais do exterior, dificilmente atuam sem sentido da realidade, salvo nos períodos de breve crise (histeria). A antiga questão dos *intervalos de lucidez* perde o destaque legislativo em razão de ser uma manifestação complexa interrompida do estado patológico. A disritmia cerebral não constitui excludente. Nos denominados *transtornos psíquicos patológicos* (psicoses exógenas) faz-se referência às enfermidades oriundas de transtornos exógenos (psicoses traumáticas por lesões cerebrais; psicoses por infecção, como a



ARTIGOS

paralisia progressiva; as doenças convulsivas orgânico-cerebrais, como a epilepsia; casos de desintegração da personalidade com patamar orgânico-cerebral, como a arteriosclerose cerebral e a atrofia cerebral; a meningite cerebral, os tumores cerebrais e as afecções metabólicas do cérebro). Talvane de Moraes, em “*Medidas de Segurança e Tratamento Psiquiátrico*”, defende a expressão clássica “doença mental” substituída em texto legal por “transtorno”, que é ampla e vaga.

O desenvolvimento mental *incompleto* abriga os menores de 18 anos, bem como os surdos-mudos não educados e os índios (sentido impróprio), que ainda não se tenham adaptado ao convívio de nosso grupo social. O *índio* é imputável, desde que seja *aculturado* e possua desenvolvimento mental, que lhe permita compreender a antijuridicidade de seus atos. O fato de o índio se encontrar em processo de integração *não* o torna inimputável. No caso do não aldeado, que vive em grande centro urbano, só lhe é conferida a atenuante, isto é, a fixação da pena no mínimo legal e o seu cumprimento no regime semiaberto. O Projeto de Reforma (2012) estatui que se aplique as regras do erro sobre a ilicitude ao índio, quando este o pratica um injusto penal agindo de comum acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo. O magistrado deverá levar em consideração, para esse fim, o comprovado no laudo de exame antropométrico. No parecer Vital do Rêgo (2014), “*Deverão ser respitados os métodos aos quais os povos indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros, desde que compatíveis com o sistema*



ARTIGOS

jurídico nacional e com os direitos humanos”. A pena de prisão será cumprida na unidade mais próxima da habitação do índio ou local de funcionamento do órgão federal de assistência. Conforme a gravidade do fato, a culpabilidade e as sanções impostas pela respectiva comunidade indígena, o magistrado pode deixar de aplicar a pena ou reduzi-la até 2/3 terços. No desenvolvimento mental *retardado* situam-se os *oligofrênicos* (idiotas, imbecis e débeis mentais), que apresentam anomalias no processo de desenvolvimento mental e *déficit* intelectual. Roxin conclui que o melhor paradigma é a *capacidade de compreensão e de inibição*.

O *transtorno profundo da consciência* abarca deficiências de capacidade de controle que *não* possuem causa patológica ou psicologicamente anômala (*estados hipnóticos e estados passionais graves*). Os transtornos psíquicos patológicos *não* devem excluir a capacidade de culpabilidade de qualquer conduta (a mesma pessoa pode ser inimputável em determinado momento e não sê-lo em relação a outros fatos). A *inimputabilidade* é avaliada através de perícia médico-legal que será realizada sempre que existir *dúvida* quanto à saúde mental do imputado, *não* ficando o julgador adstrito às conclusões do laudo de exame de sanidade mental, mas deve sempre se valer de *nova* avaliação pericial, pois o magistrado não é psiquiatra.

Na Reforma de 1984, preferiu-se *não* definir a *imputabilidade*, conceituando-a através de *critério biopsicológico-normativo*. Não é suficiente o estado patológico, que é mera presunção de imputabilidade. O



ARTIGOS

primeiro pressuposto é a *imputabilidade penal*, a sanidade mental do autor do fato punível; e, o segundo, a *maturidade*. A expressão correta *doença mental* é abrangente das enfermidades que vulneram as funções intelectivas e volitivas. Os tribunais reconhecem a inimputabilidade originária de doença mental, nos casos de senilidade, epilepsia, esquizofrenia e embriaguez patológica. Extinta a punibilidade, *não* se impõe medida de segurança *nem* subsiste a que tenha sido imposta. O nosso legislador *não* adotou o modelo peninsular que se refere à *capacità di intendere e di volere*, mas parcialmente o suíço, visto que *não* aduziu *ou d'une grave altération de la conscience*. A ausência absoluta da capacidade de *querer e entender* retira a capacidade penal do autor do fato punível. Os clássicos e os neoclássicos partiram da ideia do *livre-arbítrio*, estimando que a *responsabilidade penal* estivesse fundada sobre a *responsabilidade moral*; ao passo que os positivistas, não adeptos do livre-arbítrio, declararam que a responsabilidade penal é uma *responsabilidade social*, uma *responsabilidade legal*.

Evolui-se, após, para a adoção de uma atitude de neutralidade, colocando de lado a questão do livre-arbítrio. As legislações antigas são mais influenciadas pelos neoclássicos, subordinando a responsabilidade do delito à condição de que a ação seja *livre*. Já os modernos subordinam os fatos *à consciência e à vontade*. Se o autor do fato punível for mentalmente *são e desenvolvido*, e possuir capacidade para avaliar o caráter antijurídico do fato cometido e determinar-se de acordo com esse entendimento, possuirá *capacidade psíquica de*



ARTIGOS

culpabilidade. Com efeito, o momento de tal entendimento é o da *prática do fato*, isto é, na linguagem normativa, “*ao tempo da ação ou omissão*” (conduta).

O *inimputável por doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado* é o sujeito ativo do delito que, em razão de tal quadro de *ausência* de capacidade psíquica de culpabilidade, é *inteiramente* incapaz de entender o caráter antijurídico do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento no momento da conduta. Como é também *pressuposto* da culpabilidade, a *inimputabilidade* retira a reprovação do atuar desvalorado. Sendo o réu *impropriamente* absolvido pela inimputabilidade, não há que se indagar para todos os efeitos da circunstância genérica pertinente à reincidência. Não se pode perder de vista que a sentença é condenatória (*absolvição imprópria*). Pondera em nível normativo que ao inimputável aplica-se a *medida de segurança*.

O Código Penal estabelece que o reconhecimento da inimputabilidade conduza à absolvição por ausência de culpabilidade, sendo imposta, diante da *periculosidade presumida*, a medida de segurança detentiva de *internação obrigatória* em “*hospital de custódia*” (sustenta-se a retirada dos hospitais psiquiátricos do sistema prisional, transferindo para o sistema de saúde) e *tratamento psiquiátrico*, se o tipo penal objetivamente adequado (violação normativa) for sancionado com pena de *reclusão*, salvo se presente causa de justificação. Se, ao contrário, a sanção privativa de liberdade for de *detenção*, o magistrado submeterá o inimputável a *tratamento ambulatorial* e, em qualquer fase, poderá determinar a



ARTIGOS

internação (o laudo de exame de sanidade mental é que deverá indicar a espécie de medida de segurança no caso concreto), se tal providência for imperativa para fins *curativos* e não *repressivos*. Mesmo que o fato seja apenado com *reclusão*, sendo *desnecessária a internação*, deve o magistrado admitir a *indicação médica* do regime *ambulatorial*.

A Lei nº 10.216, de 16 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de *transtornos mentais* e abre um pálido caminho para superar o modelo hospitalcêntrico, causador da exclusão social do doente mental, *não pôs termo à internação involuntária* mesmo sem ordem judicial. Zaffaroni, na *A Questão Criminal*, escreve que “*O resultado prático mais importante da antipsiquiatria foi a desmanicomialização, ou seja, a redução da institucionalização ao mínimo para evitar a deteriorização das pessoas*”. O Projeto de Reforma (2012) se limita a *doença mental* o desenvolvimento mental incompleto, esquecendo-se do “ou retardado”. Já a Proposta de Alteração da Lei de Execução Penal (2013) dá um avanço à *contemporaneidade desmanicomial* ao extinguir os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico colocando-os sob a égide das secretarias estaduais de saúde. Há um avanço com a necessidade de autorização médica e a notificação compulsória do Ministério Público, nos casos em que o *internamento* ocorra contra a vontade do paciente. A declaração de incapacidade através da *interdição civil* objetiva a proteção do enfermo ou deficiente mental. A legislação penal, após a Reforma de



ARTIGOS

1984, faz aplicar a medida de segurança, diante do *sistema vicariante*, de *internação* em hospital de custódia e tratamento, ou em *tratamento ambulatorial* no caso de inimputabilidade, e dá opção ao magistrado de diminuir a pena ou de convertê-la por uma daquelas duas medidas de segurança, se o condenado necessitar de *especial tratamento curativo*, na hipótese de semi-imputabilidade.

A *psicopatia* é uma das entidades clínicas mais controvertidas devido à confusão existente entre aspectos conceituais e terminológicos. Nas últimas décadas, há uma evidência clínica para definir indivíduos que, a causa de seu caráter frio, manipulador e impulsivo, de sua agressividade e violação persistente das normas sociais, entram em conflito permanente com o entorno social. Aduz-se que na literatura do século XIX destaca-se uma variada terminologia em torno do *conceito de psicopatia* (sociopatia, personalidade dissocial ou transtorno antissocial da personalidade). Os principais sistemas contemporâneos de classificação psiquiátrica utilizam as denominações *transtorno dissocial* e *transtorno antissocial* da personalidade. Rafael Torrubia Beltri/Àngel Cuquerella Fuentes, no “*Psychopathy: a controversial clinical entity but a forensic psychiatry necessity*”, destacam que a *psicopatia* não pode ser considerada como um fator causal direto da violência.

O diploma legal prevê o direito de acesso ao melhor tratamento consentâneo com as suas necessidades, e que pode *não* ser a *internação*, sendo a recuperação pela reinserção à família o objetivo a ser alcançado. A expressão da legislação penal “*por tempo indeterminado*”,



ARTIGOS

mesmo com o prazo mínimo de três anos, herança do positivismo de Garofalo, em *Criminologia*, com base no conceito de *terribilidade*, fere os princípios constitucionais de *legalidade* e *igualdade*.

Não se pode deixar de mencionar neste tópico a *desinternação progressiva* e a *progressão das medidas de segurança*, diante do amparo constitucional da igualdade de todos perante a lei, e, analogicamente, da individualização de qualquer sanção-medida. As *saídas terapêuticas* resultam na oportunidade de o paciente se integrar fortalecendo sua relação família e sociedade. O regime de hospital-noite, ao paciente que permanece, diretamente, fora das dependências do hospital de custódia, pernoitando na instituição, com o efetivo controle e acompanhamento do tratamento, possibilita uma concreta análise individual no processo progressivo de inserção social. Busca-se quebrar os hábitos do *hospitalismo*, agravando a patologia, originando um estado de dependência contínua.

O *tratamento ambulatorial* é uma autêntica medida alternativa, substitutiva ao aprisionamento deletério do enfermo ou deficiente mental. Pela Lei de Execução Penal, o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no art. 26 e parágrafo único do Código Penal. Trata-se de um *hospital-presídio* que desenvolve dois objetivos: o *tratamento* e a *custódia* do internado. O estabelecimento deve apresentar *características hospitalares específicas* para atender ao seu objetivo primeiro e prioritário.

No *hospital de custódia e tratamento psiquiátrico*,



ARTIGOS

também é internado o *apenado* que, no curso da execução da pena privativa de liberdade, vier a eclodir *doença mental* ou apresentar *perturbação da saúde mental*, por *conversão* da pena em medida de segurança. Na primeira hipótese, a execução é regida pelas normas pertinentes às medidas de segurança; ao passo que na segunda ocorrerá o fenômeno da *detração* pela computação do tempo de internamento na duração da pena privativa de liberdade que lhe fora imposta. Entende-se que a medida de segurança *não* poderá ter prazo superior ao restante da pena de prisão substituída em respeito à *coisa julgada*. Se ao término da *medida de segurança substitutiva* o condenado por suas condições mentais *não* puder retornar ao convívio social, o juiz da execução o colocará à disposição do *Juízo cível* para as medidas de proteção adequadas ao caso concreto (interdição). Na hipótese da *inexistência de estabelecimento adequado* ou de *falta de vagas*, o internado deverá ser remetido para outro hospital, quer da rede *pública* ou *particular*.

Com a Reforma de 1984 desaparece o *sistema binário* e passa-se a adotar o *sistema vicariante* ou denominado também *unitário*, isto é, em rápidas palavras: **a)** aos *imputáveis* aplicam-se as *penas* previstas na legislação penal (reclusão, detenção, prisão simples, multa, multa substitutiva, penas restritivas de direitos e a medida de execução penal do *sursis*), **b)** ao passo que para os *inimputáveis* impõem-se as *medidas de segurança* (*internação obrigatória* ou *regime ambulatorial*) e **c)** aos *semi-imputáveis*, *pena* ou *medida de segurança*. Por força do Estado de Direito, as *medidas de segurança* se limitam:



ARTIGOS

a) ao princípio da legalidade; b) à proibição da retroatividade *in pejus*; c) ao processo de jurisdicionalização; d) a objetivar na sua aplicação a recuperação e inserção social do interno e não a sua punição; e) a garantir todos os direitos não catalogados na legislação específica (direitos em geral); f) não podem ultrapassar o tempo de conjunto limitado a 30 anos de internação. O *exame psiquiátrico* e os demais exames necessários ao tratamento dos condenados são de *natureza obrigatória* para todos os internados.

Deve-se fazer distinção entre *exame criminológico* e *exame da periculosidade*. O *exame de cessação da periculosidade* é obrigatório a todos os *internados* que cumpram a *medida de segurança detentiva*. A “*periculosidade*” deve ser entendida como *risco de conflito* diante da *probabilidade* (reiteração) do cometimento de novos atos típicos.

O art. 175 da Lei de Execução Penal trata da *cessação de periculosidade* que deverá ser apreciada no fim do prazo mínimo da medida de segurança através do exame das *condições pessoais* do internado. Sabe-se que a *internação* e o *tratamento ambulatorial* são executados, dependendo de perícia médico-psiquiátrica para a avaliação da *cessação da periculosidade* do internado. O *prazo mínimo* fixado pelo juiz da cognição é de um a três anos, conforme a gravidade do ato típico e o “*grau de periculosidade*” do seu autor. Na hipótese de *conversão* da pena em medida de segurança, em razão de *superveniência de doença mental* ou *perturbação da saúde mental* à época do cumprimento da pena privativa imposta, o *prazo* continua



ARTIGOS

a ser de um a três anos de internação. A *conversão* é irreversível; já se for de *conversão de tratamento ambulatorial* em internação obrigatória, o *prazo mínimo* será de um ano.

A regra geral é da remessa de um minucioso relatório, pela autoridade administrativa prisional, de ofício, até um mês antes de findar o prazo de duração da medida de segurança, ao juiz da execução, que o habilite a decidir sobre a *revogação* ou *permanência* da medida de segurança. O relatório é obviamente instruído com o laudo psiquiátrico (*laudo de exame de verificação de cessação da periculosidade*). São aplicáveis, à hipótese, as regras das perícias em geral.

Na hipótese de *antecipação do exame, a qualquer tempo*, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá (*deve*, se tiver elementos plausíveis) o juiz da execução ordenar o adiantamento do exame para que se verifique se já ocorreu a *cessação da periculosidade*. Esta será avaliada no *final do prazo mínimo* de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do paciente. Ainda no decorrer do prazo mínimo, poderá o magistrado, diante de requerimento fundamentado, antecipar a perícia.

A Proposta de Alteração da Lei de Execução Penal (2013) revoga o “exame de cessação da periculosidade”. Não se pode esquecer que a *desinternação é condicional*, como na hipótese de livramento, ficando sujeita à extinção da medida por cláusula resolutiva pelo prazo de um ano. A medida de segurança *não* pode ter prazo *absolutamente indeterminado*, diante da redação constitucional da prisão



ARTIGOS

perpétua, devendo a ela ser aplicada a norma inscrita no art. 75 do Código Penal, que *impõe o prazo máximo de cautela de 30 anos*.

A vulnerabilidade do sistema situa-se na *prisionalização* do doente mental violador da norma penal, que sob a alegação de inexistência de vagas nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, permanecem nos estabelecimentos penais comuns em lista de espera “cumprindo a medida de segurança” imposta.

O Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013, concede *indulto* às pessoas submetidas à medida de segurança que, até 25 de dezembro, *independentemente da cessação de periculosidade*, tenham suportado privação de liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal, por período igual ao remanescente da condenação cominada.

O art. 7º do Decreto nº 8.940, de 22 de dezembro de 2016, dispõe que “*O indulto será concedido às pessoas submetidas a medida de segurança que, independentemente da cessação de periculosidade, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos da substituição prevista no art. 183 da Lei nº 7.210, de 1984, por período igual ao remanescente da condenação cominada, garantindo o tratamento psicossocial*”



ARTIGOS

adequado, de acordo com a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Parágrafo único. A decisão que extinguir a medida de segurança com base no resultado da avaliação individualizada realizada por equipe multidisciplinar e, objetivando a reinserção psicossocial, determinará: I - o encaminhamento a centro de Atenção Psicossocial ou outro serviço na região de residência, previamente indicado pela Secretaria de Estado de Saúde, com a determinação para a busca ativa, se necessário, e com atendimento psicossocial à sua família caso de trate de medida apontada no projeto terapêutico singular, quando houver indicação de tratamento ambulatorial; II - o acolhimento em serviço residencial terapêutico, nos moldes da Portaria nº 106/GM/MS, de 11 de fevereiro de 2000, do Ministério da Saúde, previamente indicado pela Secretaria de Saúde do Estado ou Município da última residência, quando não houve condições de acolhimento familiar ou moradia independente; III - o encaminhamento ao serviço de saúde em que receberá o tratamento psiquiátrico, indicado previamente pela Secretaria de Estado da Saúde, com cópia do prontuário médico, e determinação de realização de projeto terapêutico singular para alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, nos termos do art. 5º da Lei nº 10.216, de 2001, quando houver a indicação de internação hospitalar, por critérios médicos ou por ausência de processo de desinstitucionalização; e IV - ciência ao Ministério Público do local de residência do paciente para acompanhamento da inclusão do paciente



ARTIGOS

em tratamento de saúde e para avaliação de sua situação civil”.

Cogita-se de questão polêmica, visto que parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade ao argumento de que a Carta Política autoriza o Presidente da República apenas a *indultar e comutar penas* e não medidas de segurança, ainda mais *sem* a comprovação da cessação da periculosidade avaliada através de laudo pericial. Quanto à natureza jurídica da medida de segurança são *sanções* de gênero diferente e diante do *princípio da realidade fática* não se pode perder de vista o *caráter humanístico* do objetivo perseguido.

4. A *internação psiquiátrica* somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Há três *tipos de internação psiquiátrica*: **a)** *voluntária*, que se dá com o consentimento do usuário. O término da *internação voluntária* dar-se-á por solicitação escrita do paciente ou por determinação do médico assistente; **b)** *involuntária*, que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro sendo comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento; **c)** *compulsória*, a determinada pela Justiça.

Com a edição da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, passou a prever a *internação provisória do acusado* nas hipóteses de crime praticado com violência e grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração (art. 319, VII,



ARTIGOS

CPP). O Superior Tribunal de Justiça decidiu que “*A medida de segurança se insere no gênero sanção penal, do qual figura como espécie, ao lado da pena. Se assim o é, não é cabível no ordenamento jurídico a execução provisória da medida de segurança, à semelhança do que ocorre com a pena aplicada aos imputáveis, conforme definiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau*” (STJ, HC 226.014/SP, 5ª T., rel.^a Min.^a Laurita Vaz, j. 19.4.2012). As medidas de segurança *não* são penas e, por isso, não são submetidas ao *princípio da culpabilidade*, mas ao *princípio da proporcionalidade*, diante do Estado de Direito. Jescheck, no *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ressalta que mesmo que as transgressões normativas sejam irrelevantes, as medidas de segurança ocupam o primeiro plano na necessidade de segurança e paz pública.

As medidas de segurança, diante do *princípio garantista*, implicam em comprometimento de bens jurídicos fundamentais, com mais extensão que as próprias penas privativas de liberdade, pois os *hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico*, onde a convivência é *per se* causa de deterioração psíquica e dessocializações irreversíveis.

As *características diferenciais* entre a pena privativa de liberdade e as medidas de segurança são: **a)** a *pena* é consequência da *culpabilidade*, ao passo que as *medidas de segurança* são impostas pela *periculosidade do autor* do injusto penal imputável; **b)** a *pena* é *determinada* e as *medidas de segurança* são *relativamente indeterminadas* (prazos de duração prorrogáveis); **c)** as *medidas de*



ARTIGOS

segurança são sanções de natureza preventiva, ao passo que a pena privativa de liberdade tem o caráter preventivo-repressivo.

Há duas *espécies* de medidas de segurança: **a) internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico:** objetiva a proteção da sociedade para possíveis atos antissociais futuros de doentes mentais graves, *autores de injustos penais* (STJ, HC 175.774/MG, 6ª T., rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, j. 6.12.2011), bem como submete o doente mental internado a tratamento psiquiátrico obrigatório. A medida de *internação* em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico é uma ferramenta de proteção, diante de pessoas que devido ao estágio de gravidade, inimputáveis, colocam em *risco* a segurança pessoal e pública; **b) tratamento ambulatorial:** a sujeição a tratamento ambulatorial, como nos casos do hospital dia ou noite, possibilitando a convivência familiar e a possibilidade de trabalho dependerá do quadro psíquico apresentado pelo paciente (STJ, HC 113.016/MS, 6ª T., rel.^a Min.^a* Jane Silva, j. 18.11.2008). As *saídas terapêuticas* são as pontes para a *progressividade* da medida de segurança.

Na *guia de internação ou de tratamento ambulatorial* deverá constar a data em que terminará o prazo mínimo de internação, ou de tratamento ambulatorial, sendo retificada sempre que sobrevier modificação do prazo. A guia de internação ou de tratamento ambulatorial *não* pode ser expedida *antes* do trânsito em julgado. Todavia, *não* pode ficar o *doente mental* recolhido à *prisão comum*, sem assistência especial e colocando em risco os demais



ARTIGOS

encarcerados, aguardando o prazo do trânsito em julgado. Na hipótese de *foragido*, deve ser expedido *mandado de prisão* para o recolhimento em hospital de custódia.

Em qualquer fase do *tratamento ambulatorial*, diante do quadro do paciente, em razão de *prévia perícia médica* na direção de sua necessidade, o magistrado poderá determinar a sua internação para *fins curativos* pelo prazo mínimo de 1 (um) ano (art. 184, parágrafo único, da LEP).

5. A *internação* em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico e a submissão ao tratamento ambulatorial possuem por *finalidades*: **a)** *submeter* o doente mental que cometeu injusto penal, e como tal considerado *presumidamente perigoso* pelo Estado, observado sempre o *princípio da dignidade humana*, a tratamento psiquiátrico específico objetivando a melhora da sua saúde mental; **b)** *proteger* a sociedade contra prática de novos injustos penais garantindo a segurança e a paz social. A finalidade de *prevenção especial* possui uma dupla função, de segurança e de socialização. Figueiredo Dias, no *Direito Penal. Parte Geral*, ressalta que “o propósito socializador deve, sempre que possível, prevalecer sobre a finalidade de segurança”, em um Estado de Direito contemporâneo.

A Lei nº 10.216/2001, 6 de abril de 2001, de caráter civil e administrativo, coloca a *excepcionalidade* da internação, quando dispõe sobre a proteção das pessoas portadoras de transtornos mentais, só indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostram insuficientes, devendo o



ARTIGOS

tratamento ter como finalidade permanente a *reinserção social* do paciente em seu meio familiar e social. É a abertura para a *desinstitucionalização*, quando o quadro real é o da *prisionalização* do doente mental, no sistema penal, “cuidado” por inspetores penitenciários e, portanto, *fora* do sistema de saúde. É incompatível com o sistema penal o tratamento do doente mental. Enquanto na *prevenção especial positiva* pretende-se legitimar o poder punitivo com uma função positiva de melhoramento do realizador do injusto penal, embora se saiba que a prisão como instituição penal é *deletéria*, constitui processo de degradação da convivência social, não melhora ninguém, e a *prevenção especial negativa* opera não para a melhoria da pessoa criminalizada, mas como efeito neutralizante para a *inoculização* dos “*incorrigíveis*”. O Superior Tribunal de Justiça ratifica o posicionamento ao salientar que “*a medida de segurança tem finalidade preventiva e assistencial, não sendo, portanto, pena, mas instrumento de defesa da sociedade, por um lado, e de recuperação social do inimputável, por outro*” (STJ, HC 108.517/SP, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16.9.2008).

A *legitimação* das medidas de segurança decorre da finalidade global de defesa social, da prática de injustos futuros. Roxin, em *Derecho Penal. Parte Generale*, ao defender o *princípio da ponderação de bens conflitantes*, lembra que a liberdade de uma pessoa só pode ser reprimida ou limitada, quando seu uso conduza, com *grande probabilidade*, prejuízo às outras, que na sua globalidade tem mais relevância que as limitações que o causador do perigo deve sofrer com a medida de



ARTIGOS

segurança. Figueiredo Dias, no *Direito Penal. Parte Geral*, coloca que o *princípio de defesa social* assume a sua *função legitimadora* quando conjugado com o *princípio de ponderação de bens conflitantes*.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária pautou através de resoluções a partir de 2004 a implantação das normas contidas na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, com a finalidade permanente da *reinserção* do paciente submetido às medidas de segurança ao meio social. Assim, deverá ser cumprida em hospital estruturado ofertando assistência *integral* (médica, social, psicológica, ocupacional e de lazer). Destaca-se a adoção da *política antimanicomial*, evitando-se as internações, e priorizando o *meio aberto*, a *progressividade* e as *saídas terapêuticas*. Enfim, a desconstrução do *aprisionamento* do doente mental, *ainda* confinado em “*hospital-prisão*”.

No que tange a *execução* das medidas de segurança, transitada em julgado a sentença penal absolutória que a aplicou, expedir-se-á *guia de internação* ou de *tratamento ambulatorial* em duas vias, remetendo-se uma delas à unidade hospitalar incumbida da execução e outra ao juízo da execução penal.

5.1. A Proposta de Alteração da Lei de Execução Penal (2013) sugere a *extinção* dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, inexistindo fundamento para a sua manutenção, na Lei de Execução Penal, em relação à disciplina pertinente às medidas de segurança. Deverá ser proporcionada ao internado, no curso da execução das medidas de segurança, a possibilidade de trabalho



ARTIGOS

educativo e produtivo (laborterapia). A autoridade responsável pela custódia deverá preservar o *sigilo* sobre a vida privada e a intimidade, principalmente, no que tange a sua internação. O Estado deve recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução das penas e não mais “das medidas de segurança”. Assim, sugere que, com o trânsito em julgado da sentença que a aplica, será expedida *guia de execução* endereçada à *autoridade de saúde competente*, com a devida inserção dos dados no Cadastro Nacional de Saúde.

6. Como princípio geral, tem-se como regra que sejam estabelecimentos públicos dotados de características hospitalares e, por excepcionalidade, à sua falta ou de vagas, efetivadas em estabelecimentos privados devidamente conveniados e autorizados pelo Juízo de execução. Inadmite-se estabelecimento prisional alojando em celas separadas portadores de distúrbios mentais. Exige-se a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/2001 (STF, HC 98.360/RS, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 4.8.2009). O recolhimento do inimputável ou semi-imputável autor de injusto penal submetido à medida de segurança colocado em *lugar inadequado* configura o crime de constrangimento ilegal que pode ser reparado por mandamental de *habeas corpus*. Talvane de Moraes, em “*Medidas de Segurança. Hospitais e Manicômios. Crise da Saúde Mental*”, com acerto lembra que para o paciente



ARTIGOS

a medida de segurança de internação e a pena privativa de liberdade são a mesma coisa, pois as diferenças entre os antigos manicômios e as prisões são mínimas.

A Lei de Execução Penal garante a liberdade de contratar *médico de confiança pessoal* do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o seu tratamento. As divergências entre o médico oficial e o particular serão decididas pelo Juiz da execução.

7. A *imputabilidade* é a capacidade psíquica de ser sujeito da reprovação de compreender o injusto do ato e de determinar-se conforme esse entendimento. A imputabilidade penal significa capacidade de *conhecer* e *valorar* o dever de respeitar a norma e a capacidade de *atuar* ou *determinar-se* conforme tal compreensão. O juízo de imputabilidade significa *juízo de autorresponsabilidade*, entendido como *pressuposto da culpabilidade* a constatação de uma elementar determinação da vontade. A *capacidade de culpabilidade* é o *elemento* e não o *pressuposto* da culpabilidade. Pressupõe um poder de atuar de outro modo na direção da determinabilidade por meio da norma. Compreende dois planos: **a)** *cognitivo ou intelectual* (capacidade de compreender a antijuridicidade do ato); **b)** *volitivo ou de determinação da vontade*, atuação conforme o Direito. A *incapacidade de culpabilidade* (livre determinação da vontade) é um juízo de caráter judicial e *não* médico ou psiquiátrico. O legislador brasileiro adotou o *critério*



ARTIGOS

biopsicológico normativo ou misto. Relevante o momento da conduta, pois pode ocorrer intervalo de lucidez que seja considerado imputável, embora doente mental. O momento em que deve existir a capacidade de culpabilidade é o da comissão do fato, ou seja, o momento em que o autor atua, sendo neste momento que se lhe exige a capacidade de entender o caráter criminoso do ato e de determinar-se, conforme esse entendimento.

Quer de internação, quer de tratamento ambulatorial, não se vislumbram características de prevenção geral positiva. A fundamentação é que, no ataque aos bens jurídicos por inimputáveis e semi-imputáveis, em relação aos injustos de menor potencial ofensivo, que se comina pena de detenção, seria aplicada a medida de segurança da espécie de tratamento ambulatorial. Já nos de maior gravidade, cominada a pena de reclusão, seria a de internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico ou especial tratamento curativo. Discorda-se da aplicação obrigatória, tendo como referência a espécie da pena cominada ao tipo penal violado. O paradigma deve ser a necessidade ou não de internação ou tratamento ambulatorial, frente ao quadro da doença mental do paciente. E, sob o mesmo argumento, coloca-se a imposição da determinação do prazo mínimo de cumprimento da medida, objetivando a paz social.

O inimputável não possui capacidade de elaboração de um juízo valorativo sobre a antijuridicidade do ato motivo pelo qual não é responsável. A questão gira em torno do princípio da proporcionalidade entre o injusto realizado e a espécie de medida de segurança aplicada, objetivando a



ARTIGOS

proteção de destinatário de sanção excessiva. O legislador visa a *proteger* o inimputável destinando tratamento específico diante de sua incapacidade e ao mesmo tempo *também* garantindo a paz social. Sustenta-se, diante do *sistema antimanicomial*, em que a internação só deva ser procedida em *situações de excepcionalidade*, deve caber liberdade à perícia psiquiátrica de informar ao magistrado o que é melhor para o tratamento do paciente: a *internação* ou o *regime ambulatorial*, e, não ficar o magistrado em uma camisa de força normativa (reclusão e detenção). A posição do Superior Tribunal de Justiça ainda é nos limites estritos da norma do Código de 1940 (STJ, HC 142.180/PR, 5ª T., rel.^a Min.^a Laurita Vaz, j. 2.9.2010; HC 143.016/SP, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 9.2.2010).

8. Questão relevante, em um Estado de Direito, diz respeito à duração das medidas de segurança, quer de internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico, quer para tratamento ambulatorial. Tanto a pena como as medidas de segurança visam a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado. O Código Penal estabelece o prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos para a internação ou tratamento ambulatorial, todavia, sendo *indeterminado* o prazo de duração da medida de segurança, enquanto *não* for realizada a *perícia médica* para a verificação da periculosidade. Prevalece, na Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que o *tempo de duração* da medida de segurança *não* deve ultrapassar o limite máximo da pena



ARTIGOS

abstratamente cominada ao delito praticado, com fundamento nos princípios da isonomia e da proporcionalidade (STJ, HC 143.315/RS, 6ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. 5.8.2010). Repita-se que diante da extensão do *princípio da legalidade* às medidas de segurança o *tempo prorrogado máximo de duração* fica *limitado* a não ser superior a 30 (trinta) anos *ex vi* do art. 75 do Código Penal. A posição do Supremo Tribunal Federal, em respeito à garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas é na direção de que *as medidas de segurança devem perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitadas, contudo, ao período máximo de 30 anos* (STF, HC 97.621/RS, 2ª T., rel. Min. Cezar Peluso, j. 2.6.2009). Recorde-se, como lembrado por Talvane de Moraes, o triste episódio do Manicômio Judiciário Heitor Carrilho, no Rio de Janeiro, em que o internado Febrônio Índio do Brasil lá permaneceu até a morte, durante 46 anos. Assim, após tal prazo, se necessário, deverá ser procedida a *interdição* no juízo de Órfãos e Sucessões e transferido o *curatelado* para *hospital psiquiátrico do sistema de saúde* (não “*hospital penal*”, de que falava João Vieira de Araújo), prosseguindo-se a internação não mais custodiado por razão de medida de segurança.

O *prazo mínimo* de cumprimento está vinculado à *cessação de periculosidade*, possibilitando a realização do exame de cessação da periculosidade a *qualquer tempo* (STJ, AgRg no REsp 1.124.698/RS, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 21.6.2011). Havendo medida de segurança substitutiva de pena privativa de liberdade, a sua duração



ARTIGOS

não pode ultrapassar ao tempo determinado para cumprimento da pena (STJ, HC 56.828/SP, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 3.8.2006). Para o Superior Tribunal de Justiça o tempo de cumprimento das medidas de segurança de internação ou tratamento ambulatorial deverá ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao tipo de injusto, bem como ao máximo de 30 (trinta) anos (STJ, HC 147.343/MG, 5ª T., rel.^a Min.^a Laurita Vaz, j. 5.4.2011).

8.1. A Proposta de Reforma Penal (2012) sugere que: **a)** cumprido o prazo mínimo, a medida de segurança perdurará enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade, desde que não ultrapasse o limite máximo da pena cominada ao fato criminoso, ou de 30 (trinta) anos, nos fatos criminosos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo se a infração for de menor potencial ofensivo; **b)** atingido o limite máximo, poderá o Ministério Público ou responsável legal pela pessoa requerer, no Juízo Cível, o “*prosseguimento*” da internação (entenda-se como sendo a continuação do tratamento humano do portador de transtornos mentais e *não* na *perpetuação* das medidas de segurança).

9. O magistrado da cognição poderá determinar o *exame de sanidade mental* para avaliar a inimputabilidade ou não do periciado, sua capacidade ou não de culpabilidade. Justifica-se o indeferimento da realização do incidente de



ARTIGOS

insanidade mental, quando ausentes quaisquer indícios mínimos razoáveis aptos a denegrir a higidez mental do agente. O magistrado *não* fica adstrito à conclusão pericial, mas *não* pode substituir-se ao perito, por não ser psiquiatra. Na hipótese de *discordância* sobre o laudo, deverá determinar a realização de *nova perícia* por *junta médica*. O juiz da execução poderá determinar nova perícia ainda no prazo de duração mínima da medida de segurança (de um a três anos), ou no decorrer do prazo mínimo poderá ser avaliada a *cessação da periculosidade*. A *perícia médica* realizar-se-á ao tempo do prazo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a *qualquer tempo*, se determinado pelo juiz da execução *ex vi* do art. 97, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

Não tendo o órgão acusatório recorrido da sentença condenatória, é defeso ao tribunal determinar a realização de exame médico-legal *ex officio*, pois afronta o Enunciado 525 da Súmula do STF (“*A medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido*”). O Supremo Tribunal Federal, majoritariamente, acentuou não ser lícito, na esfera de âmbito de recurso exclusivo da defesa, que não requerera a realização do mencionado exame, sua fixação *ex officio* (STF, HC 111.769/SP, 2ª T., rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, j. 26.6.2012).

A *qualquer tempo*, poderá o juiz da execução determinar que seja procedido *novo exame* de *cessação de periculosidade*, mesmo *antes* do prazo fixado, em sua prorrogação. Exige-se a *fundamentação do pedido*. As medidas de segurança são *relativamente* indeterminadas,



ARTIGOS

perdurando enquanto o paciente demonstrar *periculosidade*, devendo estar sempre sendo observado no *hospital de custódia* (enquanto mantidos), a fim de que não seja *esquecido* e nele mantido quando inexistente quadro do *risco social de conflito*. Diante do alto grau de incerteza, cogitando-se de *juízo de probabilidade* do cometimento de futuros injustos penais relevantes devem os pacientes ser *periodicamente* reavaliados para diminuir o *risco de violação de garantia* do paciente e da sociedade.

Contemporaneamente, a matéria é questionável e, diante das pesquisas de campo realizadas pelos professores da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Cezar Augusto Rodrigues Costa e Kátia Mecler, a baixa rescidiva dos inimputáveis *não* se deve à ausência de suporte familiar ou baixo grau de escolaridade, mas sim da *ausência* do tratamento no momento do ato.

10. A *periculosidade* pode ser *presumida* ou *real*. É *presumida* por força da norma, como no caso dos *inimputáveis*, que sendo absoluta impõe a aplicação de medida de segurança, diante da realização do injusto. *Real*, reconhecida pelo magistrado no caso concreto quando se trata de *semi-imputável*, que necessita de “*especial tratamento curativo*”. A “*periculosidade*” do autor do injusto penal é um dos *pressupostos* da aplicação das medidas de segurança, em razão de sua *doença mental* constituindo-se na *probabilidade* de vir a realizar novos injustos colocando em risco a sua própria integridade



ARTIGOS

pessoal e os bens jurídicos. O *juízo de periculosidade* não é um juízo de *certeza*, mas só de *probabilidade*. A *presunção de periculosidade* consiste em um juízo lógico de *probabilidade pós-delitual* da realização, por inimputáveis, de *novos injustos penais*, colocando em risco real e efeito sua integridade pessoal e a segurança e a paz da sociedade.

A *avaliação da periculosidade criminal* (critério vago e político), princípio basilar das medidas de segurança, reclama providências especiais por parte do Estado de Direito, diante dos princípios constitucionais da *legalidade* e da *dignidade da pessoa humana*, resultado de *presunção legal* (arts. 26 e 97 do CP), ou por exceção, de *determinação judicial* (arts. 26, parágrafo único, e 98, do CP), observados os *princípios defluentes de necessidade* e de *proporcionalidade*, em razão do interesse público preponderante, pois *não* há fórmulas mágicas de certeza, não se podendo olvidar a exigibilidade de constatação, no caso concreto, da história do autor, com destaque ao real e efetivo *risco de repetição* da realização de novos injustos penais. Não é possível falar mais em *periculosidade de imputável* (*grau de risco de transgressão normativa*).

A *cessação de periculosidade* é a avaliada no fim do prazo *mínimo* de duração da medida de segurança imposta no julgado, observado: **a)** a *autoridade administrativa* terá o prazo até 1 (um) mês antes de expirar o prazo mínimo de duração da medida para remeter ao *juiz da execução minucioso* relatório instituído com *lado psiquiátrico* que o habilite a decidir sobre a *revogação* ou *permanência* da medida de segurança; **b)** a *autoridade judiciária*, prolatará



ARTIGOS

a sua decisão no prazo de 5 (cinco) dias da conclusão dos autos, após cumprido o devido processo legal, com a realização das diligências requeridas e da manifestação do órgão do Ministério Público e do curador ou defensor, nos prazos legais. Abre-se a exceção de ser realizado o exame de periculosidade *durante o prazo mínimo*, mediante requerimento do Ministério Público ou do interessado.

11. No que concerne às medidas de segurança para semi-imputáveis (cogita-se de *perturbação* da saúde mental e não de ser *inteiramente* incapaz de entender ou determinar-se por doença mental). Devem ser periciados diante do *dolo do autor* no momento do ato praticado. A *capacidade relativa* ou de *motivação diminuída* limita a capacidade de compreender o injusto ou de agir conforme essa compreensão tendo como característica a maior dificuldade de dirigibilidade normativa. Trata-se de causa *obrigatória* de diminuição de pena, observado o poder discricionário apenas em relação ao percentual, dentro dos marcos legais (STJ, HC 50.210/SP, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 17.8.2006). No caso do *semi-imputável* pode-se proceder à substituição da pena por medidas de segurança quando o condenado necessitar de *tratamento especial curativo*, podendo a pena privativa de liberdade ser convertida pela *internação* ou *tratamento ambulatorial*. Durante o *tratamento ambulatorial*, em qualquer fase, o magistrado poderá, a conselho da perícia médica, determinar a *internação* do paciente se for *necessária* para *fins curativos*.



ARTIGOS

Ao *semi-imputável* sempre será aplicada a pena de prisão com a *redução obrigatória* adequada ao injusto praticado, só havendo *conversão* em caso de *especial tratamento curativo*. Adota-se o entendimento de que, diante do sistema vicariante, a pena privativa de liberdade imposta e convertida em medida de segurança pela opção do magistrado pelo “*especial tratamento curativo*”, não pode ser *reconvertida*, abatido o tempo de cumprimento da medida de segurança para o *restante* da pena privativa de liberdade originariamente imposta.

Heitor Piedade Junior, na *Personalidade Psicopática, Semi-imputabilidade e Medida de Segurança*, se refere à *psicopatia* como sendo a descrição de um tipo de transtorno de personalidade caracterizada por distúrbios crônicos de conduta, falta de sentimento de culpa e inadaptabilidade com valores éticos. Ressalta, ainda, que “*é uma alteração da personalidade, ou mais precisamente uma alteração de caráter, o que vem constituir um transtorno da relação da pessoa com o mundo exterior, manifestando-se pela falta de adaptação aos postulados éticos, em determinado tempo e lugar*”. Conclui que “*não se pode falar em ‘reeducação’, ‘cura’, ‘ressocialização’, enfim, de reconstrução da personalidade do agente desse ‘mínimo ético’ reclamado pela ordem jurídica*”.

No que tange à *conversão* aplicam-se as normas pertinentes às medidas de segurança *ex vi* dos arts. 96 do Código Penal e de sua execução *ex vi* dos arts. 171 a 179 da Lei de Execução Penal. Se o condenado praticou injusto penal a que se cominaria pena privativa de liberdade de *detenção*, a *conversão* deve ser para o *regime*



ARTIGOS

ambulatorial ex vi dos arts. 97, *caput*, 2ª parte c/c 98, todos do Código Penal. Vale dizer que se for o *transtorno mental transitório*, dever-se-á proceder à transferência para hospital ou casa de saúde especializada. A *conversão* do tratamento ambulatorial em internação só deverá ser feita com *critérios clínicos*, não sendo bastante para justificá-la a ausência de suporte sociofamiliar ou comportamento inadequado.

A *substituição* e a *conversão* das medidas de segurança estão previstas: **a)** no art. 41 do Código Penal (o condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, na falta, a outro estabelecimento adequado); **b)** no art. 183 da Lei de Execuções Penais (quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o magistrado, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança). Nesta hipótese, sustenta-se que a *duração* é o tempo restante da pena privativa de liberdade a ser cumprida. Se, após o tempo de duração, ainda persistir o quadro de doença mental deverá ser colocado à disposição do magistrado cível (*interdições*), transferindo-se para a *órbita do sistema de saúde* e não mais custodiado no sistema penitenciário (*desprisionalização*).

Há que se fazer a *distinção* entre a *conversão* do apenado: **a)** que cumpre pena privativa de liberdade; e, **b)** que cumpre pena pecuniária. Na primeira hipótese, quando no curso da execução sobrevier doença mental ou perturbação



ARTIGOS

da saúde mental, o apenado deixa de ter capacidade para submeter-se às imposições do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta, dando-se, pois a *conversão* em medida de segurança; já na segunda hipótese ocorrerá a *suspensão da execução da pena de multa*, a qual será declarada extinta diante do decurso de prazo equivalente ao da prescrição da pretensão executória.

O *sistema vicariante* adotado permite que a pena privativa de liberdade, inicialmente aplicada, possa ser convertida ao semi-imputável por força do disposto no parágrafo único do art. 26 do Código Penal, pela medida de segurança, que substitui o velho *binário*, deixando ao magistrado a *opção* entre *reduzir* a pena privativa de liberdade ou *aplicar* a medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial). O art. 98 do Código Penal autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança ao condenado semi-imputável que necessitar de *especial tratamento curativo*, aplicando-se o mesmo regramento das medidas de segurança para inimputáveis (STJ, REsp 863.665/MT, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 22.5.2007). O Supremo Tribunal Federal decidiu diante da *prisionalização* de semi-imputável submetido a especial tratamento curativo, *custodiado por tempo maior* que o disposto na sentença, que deve se destacar parte da ementa: “III – Passados quase três anos do recolhimento do paciente em estabelecimento prisional, o Estado não lhe garantiu o direito de cumprir a medida de segurança estabelecida pelo juízo sentenciante. IV – Segundo consta no Relatório de Internações, emitido em 11/10/2013 pela Vara de



ARTIGOS

Execuções Criminais da Comarca de São Paulo, o paciente está na 698ª posição e permanece recolhido na Penitenciária de Franco da Rocha III. V – Diante da falta de estabelecimento adequado para internação, o paciente permaneceu custodiado por tempo superior ao que disposto pelo juízo sentenciante e não foi submetido ao tratamento médico determinado no decreto condenatório, o que evidencia a manifesta ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem” (STF, HC 122.670/SP, 2ª T. rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 5.8.2014). Tem-se dificuldade da eficácia do resultado do “*especial tratamento curativo*”, diante de seus eventuais destinatários no campo da semi-imputabilidade (neuróticos, epiléticos, psicopatas e psicóticos). Sustenta-se que *inexiste “especial tratamento curativo”* para os semi-imputáveis, que deveriam cumprir pena privativa de liberdade, diminuída diante de sua capacidade relativa, em estabelecimento penitenciário especial. O Superior Tribunal de Justiça ressalta que, *inexistindo* a necessidade de tratamento psiquiátrico, diante do autor que tenha diminuída a sua capacidade de entendimento e determinação, por força de laudo pericial, *não* cabe substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança (STJ, HC 94.660/RJ, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.11.2008).

11.1. A Proposta de Reforma Penal (2012) sugere que no caso de necessidade de *especial tratamento curativo*, a prisão pode ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial, pelo tempo da pena de prisão, atingido o



ARTIGOS

limite máximo poderá o Ministério Público ou responsável legal pela pessoa requerer, no Juízo Cível, o *prosseguimento* da internação.

A Proposta de Alteração da Lei de Execução Penal (2013) exclui as medidas de segurança da esfera de âmbito da comunidade na execução da pena, inserindo em seu contexto mais amplo de resignificação como *gestão de saúde* tratada na lei antimanicomial e suas próprias modalidades de internação.

12. *A desinternação hospitalar ou liberação ambulatorial do doente mental* (portador de transtorno mental) ficam dependentes do cumprimento das obrigações impostas na liberdade condicional, são as mesmas dos imputáveis em relação ao livramento condicional. As medidas de segurança previstas no Código Penal, quando aplicadas ao inimputável ou semi-imputável ainda no processo de conhecimento, *pode ter prazo indeterminado*, perdurando enquanto *não* for averiguada a *cessação da periculosidade*. Há ausência de limite temporal para a desinternação condicional e, diante da prática de *novo delito*, há possibilidade de sua restauração, com a reinternação enquanto não for verificada a cessação de periculosidade (STJ, HC 48.187/SP, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 13.12.2005). A *liberação* deverá ser sempre *condicional*, devendo ser restabelecida a situação anterior se, antes do decurso de 1 (um) ano, houver a prática de fato indicativo de sua periculosidade.



ARTIGOS

A *conversão* da internação em *tratamento ambulatorial* durante o cumprimento da medida de segurança, para que se adapte ao meio externo, e à responsabilidade de dar continuidade ao tratamento quando em liberdade (STJ, HC 89.212/SP, 6ª T., rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, j. 27.3.2008). A *desinternação progressiva* se constitui em medida de política específica de alta planejada, objetivando a reabilitação psicossocial assistida fora do âmbito do hospital de custódia para tratamento psiquiátrico, principalmente, quando se trata de paciente com longo período de internação psiquiátrica (STF, RHC 100.383/AP, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 18.10.2011).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, diante da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, é na direção de que o prazo razoável para a *desinternação progressiva* deva ser de 6 (seis) meses, na ausência de prescrição normativa.

Após a *desinternação*, desde o primeiro ano, o paciente deverá ser *assistido* no serviço de saúde local, paralelamente ao tratamento ambulatorial, objetivando construir *laços terapêuticos* em sua comunidade (Resolução nº 5, de 4 de maio de 2004, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária).

13. Após o *trânsito em julgado da sentença absolutória* que aplicar ao inimputável ou semi-imputável medida de segurança, será ordenada a *expedição de guia para a execução* de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. A *guia de internação* ou *tratamento ambulatorial*, extraída pelo escrivão, que



ARTIGOS

rubricará todas as folhas e subscreverá com o magistrado, será remetida à autoridade administrativa, incumbida da execução. A guia conterá: **a)** o inteiro teor da denúncia e da sentença; **b)** a certidão do trânsito em julgado; **c)** a data do término do prazo mínimo de internação ou tratamento ambulatorial; **d)** laudo de exame de sanidade mental. O *início da execução* se dará com o *recolhimento e sujeição* ao tratamento. O magistrado competente para a execução, sempre que possível, buscará implementar políticas antimanicomiais, conforme a sistemática dada pela Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.

Operada alguma das causas de extinção da punibilidade pertinente, *não* mais se impõem medidas de segurança, *nem* subsistem as que tenham sido impostas.

A Corte Suprema firmou que “*A prescrição da medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o marco interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos, conforme a jurisprudência pacificada do STF. Precedentes: HC 107.432/RS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 24/5/2011; HC 97.621/RS, Relator Min. Cezar Peluso, Julgamento em 2/6/2009*” (STF, RHC 100.383/AP, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 18.10.2011). Ainda, cita-se: “*Prescrição a ser calculada com base na pena máxima cominada ao tipo penal debitado ao agente (no caso da prescrição da pretensão punitiva) ou com base na duração máxima da medida de segurança, trinta*



ARTIGOS

anos (no caso da prescrição da pretensão executória). Prazos prescricionais, esses, aos quais se aplicam, por lógico, os termos iniciais e marcos interruptivos e suspensivos dispostos no Código Penal. 2. Não se pode falar em transcurso do prazo prescricional durante o período de cumprimento da medida de segurança. Prazo, a toda evidência, interrompido com o início da submissão do paciente ao ‘tratamento’ psiquiátrico forense (inciso V do art. 117 do Código Penal)” (STF, HC 107.777/AP, 2ª T., rel. Min. Ayres Britto, j. 7.2.2012).

O Superior Tribunal de Justiça assentou a *impossibilidade* de computar o *mínimo* da pena cominada em abstrato, para efeitos prescricionais: “*A medida de segurança se insere no gênero sanção penal, do qual figura como espécie, ao lado da pena. Por tal razão, o Código Penal não necessita dispor especificadamente sobre a prescrição no caso de aplicação exclusiva de medida de segurança ao acusado inimputável, aplicando-se, assim, nestes casos, a regra inserta no art. 109 do Código Penal*” (STJ, HC 41.744/SP, 5ª T., rel.ª Min.ª Laurita Vaz, j. 2.6.2005).

No decreto nº 8.380, de 24 de dezembro de 2014, as pessoas submetidas à medida de segurança, que até 25 de dezembro, *independentemente da cessação de periculosidade*, tenham suportado privação de liberdade, internação ou tratamento ambulatorial pelo período igual ou superior ao máximo da pena cominada a infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de *substituição* prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal, por período igual ou remanescente da condenação cominada.



ARTIGOS

14. A Reforma de 1984 introduziu disposição expressa relativa aos direitos do internado, estatuidando que “*O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento*” (art. 95 do CP), e a Lei de Execução Penal complementa que “*Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*” (art. 3º da LEP), finalizando que se aplica ao submetido às medidas de segurança, no que couberem, *todos os direitos do preso* (arts. 41 e 42 da LEP).

A questão *não* se simplifica na internação em *estabelecimento dotado de características hospitalares*, pois quando a administração prisional só prioriza a *disciplina carcerária*, os *doentes mentais* ficam recolhidos às *celas em regime de tranca* só com direito ao banho de sol, assistidos não por enfermeiros e médicos, mas por guardas penitenciários não qualificados para a tarefa. Ficou garantida a *liberdade da família* do internado de contratar *médico de confiança pessoal* para assistir e orientar o internado submetido à medida de segurança de internação ou a tratamento ambulatorial. As divergências entre o médico oficial e o particular serão decididas pelo juiz da execução (art. 43 e parágrafo único da LEP).

O legislador se preocupou com o recolhimento em *local adequado*, como garantia do inimputável diante do *princípio da dignidade da pessoa humana*. É dever constitucional, pois “*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticos sociais e econômicos*”



ARTIGOS

que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e com acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196 da CF/88).

Nas diretrizes para o cumprimento das medidas de segurança, adequando-as à previsão contida na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária estabeleceu através da Resolução nº 5, de 4 de maio de 2004, que *“O internado deverá ter acesso ao melhor tratamento consentâneo às suas necessidades, de mesma qualidade e padrão oferecidos ao restante da população”*. Passado uma década, o que se vê são *“hospitais-prisão”* e os pacientes encarcerados em condições violadoras da dignidade da pessoa humana.

A legislação brasileira deu um grande avanço sobre a proteção e direitos das pessoas portadoras de transtorno e deficiência mental redirecionando o modelo assistencial em saúde mental (Lei nº 10.216/2001). Perante um Estado de Direito, são assegurados os direitos e proteção contra qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos, grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra (o doente mental que cumpre medida de segurança, possuindo *periculosidade presumida*, é *duplamente discriminado*).

Nos direitos da pessoa portadora de transtorno e deficiência mental ressaltam o tratamento com humanidade e respeito e o interesse de beneficiar a saúde,



ARTIGOS

objetivando a inserção na família, no trabalho e na comunidade. Talvane de Moraes, em “*Medidas de Segurança e Tratamento Psiquiátrico*”, sustenta que a aplicação das medidas de segurança, justificada como imperativo legal diante da presunção de periculosidade dos inimputáveis, em razão da existência de transtorno mental, *não* mais se apresenta consentânea com a existência do tratamento psiquiátrico contemporâneo, em razão de *novos recursos terapêuticos*, especialmente *medicamentosos*, sendo perfeitamente *controlável* o paciente, *não* mais *necessitando* de longas internações hospitalares.

O *internado*, submetido às medidas de segurança, *conserva* os direitos inerentes à sua condição humana e jurídica. São seus *direitos*: **a)** visita à família (saída terapêutica); **b)** contratar médico de confiança pessoal, de seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento; **c)** os mesmos direitos do preso, salvo se a administração do estabelecimento, *segundo parecer médico*, entender *não* recomendável. No âmbito do *Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão das Nações Unidas*, observam-se os princípios números 24, 25 e 26: **a)** a pessoa detida ou presa deve beneficiar-se de um exame médico adequado tão breve quanto possível e dos tratamentos médicos sempre que tal se mostre necessário a título gratuito; **b)** o direito de solicitar um segundo exame médico ou opinião médica; **c)** ao ser submetido a exame médico, saber o nome do médico e o resultado, que devem ser devidamente



ARTIGOS

registrados. O acesso à sociedade através da *saída terapêutica* deve ser garantido em termos dos direitos da pessoa privada de liberdade: **a)** visita à família; **b)** na esfera do possível, a frequência a curso supletivo, profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do juízo da execução; **c)** participação em atividades que concorram para o *retorno e adaptação* ao convívio social.

Note-se que, quando a unidade não estiver aparelhada para promover a assistência médica necessária (de qualidade), poderá o condenado recebê-la em unidade médica pública ou particular. Não se poderá classificar de privilégio o condenado que possui *seguro de saúde* ser atendido em hospital conveniado para tratamento médico de qualidade (princípio humanitário). Em situações graves é cabível a concessão da prisão-albergue domiciliar *ex vi* do art. 117, II, da Lei de Execução Penal, aos submetidos à prisão aberta.

O *internado* tem assegurados todos os seus direitos *não* atingidos por sentença, decisão judicial ou lei. Reitera-se que, se houver *divergência* em relação ao tratamento realizado por *médico particular ou oficial*, o juiz da execução decidirá o conflito, *não* com base na oficialidade do parecer, mas com patamar científico do trabalho que pode ser dado por junta médica imparcial. O *tratamento* será sempre realizado em estabelecimento dotado de *características hospitalares*. Os pacientes com longo tempo de internação em hospital de custódia, que apresentarem quadro clínico e/ou neurológico grave, com profunda dependência institucional e sem suporte



ARTIGOS

sociofamiliar, deverão ser objeto de “*uma política específica de alta planejada e de reabilitação psicossocial assistida*”.

A Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, estabelece em seu art. 2º, parágrafo único, que são *direitos da pessoa portadora de transtorno mental*: **a)** ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; **b)** ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo e beneficiar sua saúde, vindo a alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; **c)** ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; **d)** ter garantia de sigilo nas informações prestadas; **e)** ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; **f)** ter acesso aos meios de comunicação disponíveis; **g)** receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; **h)** ser tratado em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; **i)** ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Desde a edição da Lei nº 10.216/2001, a *internação*, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, visando o tratamento e, como *finalidade permanente*, a reinserção social do paciente em seu meio, sendo objeto de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, diante de responsabilidade de autoridade sanitária competente.

É *direito da pessoa portadora de transtorno mental* “ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos



ARTIGOS

invasivos possíveis”, e não em celas comuns de estabelecimentos prisionais (“*prisão-hospital*”).

14.1. A Proposta de Reforma Penal (2012) faz acrescentar “*observados os direitos das pessoas com deficiência*”.

Na hipótese de *superveniência de doença mental* ao condenado, a *conversão* da pena priva de liberdade, que está sendo cumprida, em medida de segurança, de internação em hospital para tratamento psiquiátrico ou em tratamento ambulatorial, por ter sobrevivido doença mental, *não* pode ser por tempo indeterminado, respeitando o prazo da pena a cumprir (STJ, HC 130.160/SP, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 19.11.2000). No caso de *transtorno mental transitório*, deverá ser o *condenado* transferido para *hospital* ou *casa de saúde especializada* até se recuperar do quadro de surto ocorrido, retornando para o estabelecimento penal para *continuar* o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta, se *não* tiver eclodido doença mental. A *conversão* da pena privativa de liberdade pelas medidas de segurança só deverá ocorrer no *incidente de execução*, após, por laudo de sanidade mental, ficar diagnosticada “*a doença mental ou a perturbação da saúde mental*” eclodida no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade.

O Projeto Alternativo (2013) propõe que “*Cessado o estado de patologia mental que justificou a conversão em medida de segurança, o juiz restabelecerá a pena privativa de liberdade*”. O substitutivo com o Parecer Vital do Rêgo (2014) é no sentido de que “*Na*



ARTIGOS

superveniência da doença mental, o condenado deverá ser recolhido ao hospital de custódia com a falta deste, a outro estabelecimento adequado para o tratamento psiquiátrico”, suprimindo, incorretamente, o texto do PL nº 236/2012, com o substitutivo Pedro Taques “pelo tempo que restava de cumprimento da pena, instaurando-se o devido procedimento para a sua aplicação”.

BIBLIOGRAFIA REFERIDA

ARAÚJO, João Vieira de. *Código Penal Comentado*, Laflmert, 1896.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*, a cura di Renato Fabietti, Mursia, Milano, 1973.

BELTRI, Rafael Torrubia / FUENTES, Ángel Cuquerella. “Psicopatía: una entidad clínica controvertida pero necesaria en psiquiatría forense”, In: *Revista Española de Medicina Legal*, 34 (1), 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5 ed., Coimbra, Almedina, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Espanha, Editorial Trotta, 2005.

_____. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza, 1998.

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

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Português, Parte Geral. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Verbo, 1982.

GAROFALO, Rafael. *Criminologia*, Torino, Fratelli Bocca, 1891.



ARTIGOS

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. José Manzanares Samaniego, Granada, Editorial Camares, 1993.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, trad. Rodriguez Muñoz, t. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois, in Oeuvres complètes*, Paris, ed. de la Pléiade, Tome II, 1951.

MORAES, Talvane de. “Medidas de Segurança e Tratamento Psiquiátrico”, *In: 122ª Reunião do Fórum Permanente de Execução Penal, EMERJ*: Rio de Janeiro, 2006.

MORAES, Talvane de / COSTA, Cezar Augusto Rodrigues / MECLER, Kátia. “Medidas de Segurança: Hospitais X Manicômios – Crise da Saúde”, *In: 220ª Reunião do Fórum Permanente da Execução Penal: EMERJ*, 29 de maio de 2014.

NOGUEIRA, José Carlos Ataliba. *Medidas de Segurança*, São Paulo, Saraiva, 1937.

PIEIDADE JUNIOR, Heitor. *Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança*, Rio de Janeiro, Forense, 1982.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte Generale*, tomo I, Fundamentos. La estrutura de la Teoria del Delito, trad. Luzón Peña, Madrid, Civitãs, 1997.

VASAK, Karel. *The International Dimensions of Human Rights*, v. 1, General Editor, revised and edited for the English edition by Philip Alston, Greenwood Press, Westport, Connecticut, UNESCO, Paris, 1982.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, com estudo preliminar de M. Jiménez Redondo, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Questão Criminal*, trad. Sergio Lamarão, Rio de Janeiro, Revan, 2013.

ILUSTRAÇÕES REFERIDAS

ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*, São Paulo, Geração Editorial, 2013.