

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

**O PRAZO INDETERMINADO COMO CARÁTER PUNITIVO DA
MEDIDA DE SEGURANÇA**

Jéssica Pauline Pinheiro Salvi

Lajeado, junho de 2015

Jéssica Pauline Pinheiro Salvi

O PRAZO INDETERMINADO COMO CARÁTER PUNITIVO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia do Curso de Direito, do Centro Universitário Univates, como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Professora: Ma. Marta Luisa Piccinini

Orientador: Prof. Me. Hélio Miguel Schauren Jr.

Lajeado, junho de 2015

Jéssica Pauline Pinheiro Salvi

O PRAZO INDETERMINADO COMO CARÁTER PUNITIVO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

A Banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para a obtenção do grau de Bacharela em Direito:

Prof. Me. Hélio Miguel Schauren Jr. – orientador
Centro Universitário UNIVATES

Prof. Me. André Eduardo Schroder Prediger
Centro Universitário UNIVATES

Sr. Augusto Cavalheiro Neto
Delegacia de Polícia de Lajeado/RS

Lajeado, junho de 2015

RESUMO

A medida de segurança é a forma de sanção penal aplicada aos inimputáveis, por doença mental, e aos semi-imputáveis, quando necessitarem de especial tratamento curativo. Ela será cumprida pelo prazo mínimo de 01 (um) a 03 (três) anos, conforme art. 97, § 1º, do Código Penal, não havendo previsão de tempo máximo. Assim, esta monografia tem como objetivo geral demonstrar que a medida de segurança, em virtude da indeterminação do prazo máximo, apresenta caráter punitivo da sanção penal. Cuida-se de pesquisa qualitativa, realizada por intermédio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Sendo assim, o estudo, inicialmente, aborda o contexto histórico do surgimento da medida de segurança. Posteriormente, analisa o enquadramento do inimputável no ordenamento brasileiro e as formas de aplicação da medida. Por fim, apresenta as questões referentes ao prazo indeterminado da sanção penal, como a necessidade de cessação de periculosidade, a violação ao princípio da dignidade humana, o aspecto retributivo da medida e os posicionamentos dos Tribunais Superiores quanto ao assunto. Neste sentido, finaliza-se que o prazo indeterminado da medida de segurança apresenta um caráter punitivo, sendo mais prejudicial e severo do que a pena, uma vez que o agente permanece internado por muitos anos, mesmo que o delito cometido não seja tão grave. Outrossim, a violação aos princípios constitucionais e a possibilidade de estar submetido a uma sanção penal por tempo indefinido é uma forma de punir o internado pelo cometido, não visando exclusivamente a sua recuperação.

Palavras-chave: Medida de segurança. Inimputabilidade. Caráter punitivo. Prazo máximo indeterminado.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§	Parágrafo
Art.	Artigo
HCTP	Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico
LCP	Lei de Contravenções Penais
LEP	Lei de Execuções Penais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A LOUCURA E O CRIME.....	10
2.1 O contexto histórico da loucura	10
2.2 O surgimento das regulamentações no cenário global ao doente mental criminoso	16
2.3 A evolução da medida de segurança no ordenamento jurídico brasileiro ...	22
3 A MEDIDA DE SEGURANÇA NO ENQUADRAMENTO PENAL	28
3.1 A (in) imputabilidade penal	28
3.2 A natureza absolutória <i>sui generis</i>	35
3.3 As espécies de medida de segurança	39
4 A MEDIDA DE SEGURANÇA E O PRAZO INDETERMINADO	45
4.1 A periculosidade do agente como fator determinante	46
4.2 A violação aos princípios protetores da dignidade humana	50
4.3 Os vestígios de um aspecto retributivo	56
4.4 Os posicionamentos adotados pelos Tribunais quanto ao prazo na medida de segurança	59
5 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

No nosso ordenamento jurídico, o tratamento do inimputável por doença mental é a medida de segurança que, conseqüentemente, acarreta na internação em hospital de custódia do inimputável por tempo indeterminado. Algumas vezes, mesmo na ocorrência de crimes mais simples, punidos com penas baixas, o portador de doença mental acaba perdurando tempo excessivo no hospital. Isso ocorre porque, muitas vezes, a doença mental não possui cura e há uma grande dificuldade de deixar o inimputável apto ao convívio social.

Apesar da medida de segurança ser espécie de sanção penal diferente da pena, possui muitas características similares, já que a estrutura do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico tem condições semelhantes ao sistema carcerário. Outrossim, nas duas formas, há a privação da liberdade do indivíduo.

A legislação é omissa quanto à medida de segurança, de forma que se aplicam à medida os princípios destinados à pena. É neste sentido que se considera a indeterminação do prazo máximo uma afronta direta à vedação da perpetuidade penal, prevista no art. 5º, XLVII, alínea b, da Constituição Federal.

Sendo assim, o objetivo geral deste trabalho é demonstrar que o prazo indeterminado apresenta caráter punitivo aos inimputáveis que cumprem medida de segurança. Para isso, o problema do estudo concentra-se na seguinte problemática: a medida de segurança, com a indeterminação de prazo máximo, é uma forma de punição?

Como hipótese, argumenta-se que a princípio, a medida de segurança busca o tratamento do inimputável, de forma a torná-lo capaz de ser inserido novamente na sociedade, sem apresentar risco para ela. Assim, a internação do agente inimputável é uma prevenção para que não ocorram futuras delinquências, já que o histórico do autor é condenável, apresentando grau de periculosidade que justifique a internação. Contudo, a medida de segurança também acarreta na perda de bens jurídicos e pode ser considerada mais agressiva que a pena, pelo limite indeterminado de prazo.

Desta forma, muitas vezes, a internação do agente em hospital de custódia não teria condições de reabilitá-lo, acabando por ser apenas um ambiente que priva sua liberdade, sem atingir finalidade alguma.

O Código Penal e a Lei de Execuções Penais, quando da sentença que designa a medida de segurança, prevê apenas um prazo mínimo legal a ser cumprido. Após, transcorrido este prazo de 01 (um) a 03 (três) anos de internação, segundo art. 97, § 1º, do Código Penal, caberá a realização de perícia médica, de ano em ano, ou a qualquer tempo, se assim determinar o juiz, a fim de avaliação acerca da aptidão do agente de se reintegrar à sociedade, sem causar perigo. Porém, tem-se que o doente mental, em muitos casos, não possui cura, estando sempre sujeito à doença e seus sintomas. Desta forma, a omissão do legislador em designar um limite máximo para o cumprimento da medida de segurança, transformou esta sentença de absolvição imprópria com características similares a uma privação de liberdade perpétua, sendo que a forma preventiva acaba se transformando em uma punição ao agente.

Assim, acredita-se que a medida de segurança, em virtude do prazo indeterminado, é uma sanção penal mais severa que a pena, o que, de fato, não seria seu objetivo, já que a finalidade é a prevenção e tratamento do doente mental.

O método utilizado no presente trabalho é a pesquisa qualitativa, segundo Mezzaroba e Monteiro (2009), uma vez que se busca a identificação da natureza e do alcance do tema analisado através de interpretações, com investigação inter-relacionada de diversos fatores. Assim, o método utilizado para o desenvolvimento da monografia será o dedutivo, de forma a se utilizar da fundamentação genérica

para chegar à dedução particular, o que faz com que as conclusões do estudo específico valham para o caso em particular. Desta forma, a operacionalização será feita através de procedimentos técnicos, referente a doutrinas, legislações e jurisprudências, relacionadas, primeiramente ao contexto histórico da medida de segurança, após, sobre o enquadramento da medida ao agente inimputável ou semi-imputável e, por fim, tratar sobre o prazo indeterminado da medida de segurança.

Desta forma, no primeiro capítulo aborda-se o contexto histórico do surgimento da medida de segurança. Primeiramente, será demonstrada a evolução da loucura, que foi ignorada como doença por muito tempo. O louco era, inicialmente, considerado um ser marginalizado. Posteriormente, com a descoberta da loucura como doença mental, e as consequências de atribuição de incapacidade civil e irresponsabilidade penal, destacando-se o surgimento das escolas penais, que deixaram herança histórica para o posterior surgimento da medida de segurança no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, são descritas as formas de enquadramento do inimputável à medida de segurança. Aborda-se o conceito de inimputabilidade penal e os requisitos necessários para sua comprovação. Outrossim, são demonstradas as características da sentença que obriga o agente inimputável ao cumprimento da medida de segurança, de natureza absolutória *sui generis*. Também se explicita a forma de cumprimento da medida, que poderá se dar através de tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Após, no terceiro capítulo, faz-se um estudo sobre a periculosidade do agente como fator predominante para o prazo indeterminado da medida de segurança. Ademais, são analisados os direitos violados com a perpetuidade da medida, dentre eles, o princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal; o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal; o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal; e a violação mais marcante que da medida de segurança, que é a afronta direta a vedação da perpetuidade da pena, prevista no art. 5º, inc. XLVII, alínea b, da Constituição Federal. Por fim, aborda-se o aspecto retributivo da medida de segurança e os posicionamentos dos Tribunais quanto a indeterminação do prazo máximo.

Tem-se que a perpetuidade em qualquer sistema privativo de liberdade é uma afronta direta a Constituição Federal. Ocorre que, na medida de segurança, o portador de doença mental é inserido coercitivamente a um ambiente que a muito se assemelha com casas prisionais, já que permanece internado em hospital de custódia, com características asilares, privado de sua liberdade. A grande afronta, assim, aos princípios constitucionais, é a indeterminação do tempo que este agente inimputável permanecerá internado.

É neste contexto que a atual estrutura das aplicações das medidas de segurança no Brasil vem ferindo a Constituição, segundo a falha do legislador em deixar omissa o prazo máximo de internação do portador de sofrimento psíquico que está submetido à medida de segurança. Muito embora a medida de segurança não cumpra caráter de sanção penal, mas sim de tratamento ao agente inimputável, a fim de reinseri-lo no ambiente social, a impossibilidade de curá-lo e submetê-lo novamente ao convívio em sociedade, acaba por transformando a medida de segurança em caráter de penalidade perpétua.

A possibilidade de liberdade desses indivíduos fica restrita ao exercício dos profissionais que, por perícia médica, lhe atestaram a viabilidade de conjecturar a saída do manicômio judiciário. Portanto, a medida de segurança vem a causar impactos muito mais relevantes ao indivíduo que a pena, uma vez que apenas há prazo mínimo, não havendo previsão do internado restar em liberdade.

2 A LOUCURA E O CRIME

Este capítulo tratará do contexto histórico da loucura, que ocorre de forma lenta perante a perspectiva médica. Por muito tempo era desconhecida, ou tratada como um problema moral da sociedade, até mesmo como um estado demoníaco. Com o desenvolvimento da sociedade, a também chamada “doença do espírito”, passou a incorporar um quadro clínico, com enfoque global, sendo reconhecida como doença mental.

Por conseguinte, será abordado as heranças globais da medida de segurança, que possuem grande influência do modo de pensar da escola positiva italiana. É nesse momento que surge as sanções preventivas, com intuito de ressocialização do agente criminoso.

Por fim, discutir-se-á o surgimento da medida de segurança, particularmente no Brasil. Esta ocorre, por sua vez, diante de uma grande necessidade de intervenção estatal ao doente mental delituoso. Através de vários códigos, a medida de segurança foi criando características diferentes, desenvolvendo-se de forma a melhor atender as necessidades jurídicas do inimputável ou semi-imputável.

2.1 O contexto histórico da loucura

A loucura passa a ser conhecida, contextualmente, com o desaparecimento da lepra, que segundo Foucault (1978), assombrou as cidades europeias durante a alta Idade Média e até o fim das Cruzadas. Nesse período, o autor cita que foram

necessárias a construção de inúmeros leprosários, locais utilizados para a acomodação dos doentes leprosos.

Ocorre que, lentamente, explica o autor, a partir do século XIV, a doença vai se dissipando. O desaparecimento dos leprosos, contudo, não foi consequência de práticas médicas para regredir a doença, mas sim da sua própria segregação e o fim das Cruzadas, que rompeu laços com os lugares apontados como foco da enfermidade, ainda conforme o autor supracitado.

Sem a presença dos leprosos, as casas destinadas ao abrigo destes doentes ficaram vazias. Segundo Foucault (1978, p. 06):

Desaparecida a lepra, apagado (ou quase) o leproso da memória, essas estruturas permanecerão. Frequentemente, nos mesmos locais, os jogos da exclusão serão retomados, estranhamente semelhante aos primeiros, dois ou três séculos mais tarde. Pobres, vagabundos, presidiários e “cabeças alienadas” assumiram o papel abandonado pelo lazarento, e veremos que salvação se espera dessa exclusão, para eles e para aqueles que os excluem.

Como se vê no trecho acima do autor, estes locais não ficariam abandonados por muito tempo. Ainda, o estudioso explica que os destinos seriam para novos indivíduos que deveriam ser excluídos, de forma que a finalidade destas estruturas era manter aqueles seres considerados “marginalizados” distantes do convívio com a sociedade, dentre eles, os doentes mentais.

Ressalte-se que os locais para asilar os loucos já existiam há mais tempo no Oriente, por volta do século VII, na localidade de Fez. Posteriormente, na Europa, surgem os hospícios, por volta do século XV, aparentemente por influências da ocupação árabe na Espanha. Contudo, é no século XVII que os hospícios se alardam por toda a parte europeia. Ocorre que estes locais serviam apenas para abrigar os doentes mentais, ao lado de outros marginalizados, muitas das vezes. Os leprosários se transformaram em hospícios, servindo de acomodação aos loucos após o desaparecimento da lepra, já que estes locais estavam esvaziados (PESSOTI, 1996).

Foucault (1978) faz um breve espaço entre a lepra e a loucura, intervalo este que surgiram as doenças venéreas. Inicialmente, esses doentes foram encaminhados aos leprosários. Porém, no entendimento do autor, logo são criados

hospitais para o tratamento de doenças desse gênero, já que a doença venérea logo foi considerada interesse de âmbito médico.

A doença que realmente viria a substituir o espaço moral de exclusão da lepra seria a loucura, que surge como um dos males do século, segundo Foucault (1978). O autor ensina que a loucura esteve ligada à Renascença. Uma das figuras essenciais e mais simbólica, segundo o estudioso, é a Nau dos Loucos, onde a composição das Naus trata-se de embarcações imaginárias para uma viagem simbólica em busca dos destinos e verdades.

Dentre todas, a única que possui existência real é a *Narrenschiff*, de Sebastian Brant. Cuidavam-se de embarcações com cargas de loucos, que eram escorraçados das cidades, confiados a mercadores, peregrinos, ou marinheiros, que os abandonavam em outras terras. Estas embarcações eram frequentemente encontradas em portos, e poderiam ser encaradas como um meio de expurgar os loucos em estado de vagabundagem, para evitar que ficassem vagando pela cidade. Assim, a literatura torna a loucura e o louco os personagens principais da história (FOUCAULT, 1978).

Conforme Innes (2010, p. 09):

Em 400 a.C., o famoso médico grego Hipócrates descreveu uma série de transtornos mentais similares àqueles reconhecidos hoje, e defendeu energicamente os direitos legais dos cidadãos com perturbações mentais. Nessa época, as leis de Atenas reconheciam os direitos dos deficientes mentais em assuntos cívicos, mas deixavam de fazê-lo se fossem culpados de crimes graves.

Logo, as primeiras aparições da loucura, segundo o autor acima, já datam de antes de Cristo. Contudo, conforme entendimento do estudioso, ainda não se tinha um conceito pronto sobre a doença mental, apenas se notavam diferenciações de outras pessoas sadias; tanto que Hipócrates chamava essas alienações da mente de “paranóia”.

Foucault (1978, p. 15) afirma que “E eis que nos últimos anos do século esta grande inquietude gira sobre si mesma: o desatino da loucura substitui a morte e a seriedade que a acompanha”. Ou seja, conforme explica o autor, até o século XV, a morte era um dos medos seculares, mas que foi substituída pela loucura. Desta

forma, segundo o entendimento do autor, o medo existia exatamente pelo desconhecimento sobre suas causas. Contudo, o estudioso demonstra que a loucura começa a surgir no contexto global, havendo a inversão dos temores; antes o homem era louco por não se preocupar com a morte, agora, a loucura torna-se a causadora da morte.

Muitas vezes por medo, os loucos eram internados em hospícios, para que se afastassem da sociedade. Contudo, nestes locais os doentes mentais recebiam o auxílio de pessoas religiosas, que não possuíam conhecimento médico, menos ainda fim psiquiátrico (PESSOTI, 1996).

Depois de tanto se temer pela loucura, somente no século XVII, o conhecimento médico sobre as doenças mentais começa a surgir, segundo o autor acima. A partir de então, ainda no entendimento do autor, foram derrubadas as mitologias e concepções demoníacas sobre o assunto, de forma que a medicina busca através da ciência derrubar os resquícios renascentistas.

Pessoti (1996, p. 30) ensina:

Postula-se, então, que a essência da alienação é um distúrbio de alguma função ou estrutura orgânica. E é sobre tal distúrbio que deve agir o trabalho terapêutico. Mas o conhecimento da fisiologia do encéfalo é precário, ainda que sua macroanatomia já seja razoavelmente conhecida, já desde Vesálio, pelo menos. As alternativas que restam são duas: uma consiste em postular uma lesão anatômica ou funcional do encéfalo e que as necrópsias não confirmam com segurança; outra consiste em presumir o desarranjo de alguma mente ou faculdade do espírito, ou faculdade mental; um desarranjo identificado por manifestações comportamentais específicas, tomadas como sintomas.

Assim, com base no entendimento acima, surge a alienação como uma doença. Contudo, percebe-se que, embora havia conhecimento sobre a área psiquiátrica, o mesmo era restrito. O autor continua explicando a maneira de se reconhecer a lesão ou os desarranjos do cérebro, diagnosticados pelos erros de raciocínio, ilusões, alucinações, e o que considera mais marcante, os delírios. Isso porque, ainda no entendimento do autor, os delírios são considerados uma característica patológica, impossível de coexistir em uma pessoa sadia, já as outras características poderiam estar presente em alguma situação do homem normal.

O delírio, explica o autor, é um dos fatores determinantes da loucura, tanto que se busca a explicação científica para ele, a fim de poder desvendar a explicação da loucura. No século XVII, foram criados modelos teóricos para detectar a causa dos delírios, dentre os quais, os mais importantes são, segundo Pessoti (1996), o iatroquímico, o pneumático e o iatromecânico.

A iatroquímica é a primeira aparição das doenças mentais como quadro médico, excluindo a ideia de sobrenatural. A loucura torna-se uma alteração dos sais no corpo, incluindo o sal sidérico, enxofre e mercúrio. Esses sais, e suas alterações no corpo, causariam os sintomas da doença. Também surge no modelo iatroquímico a mudança dos humores como causa da melancolia (PESSOTI, 1996).

Já no modelo pneumático, o autor acima ainda explica que há grande influência de Descartes e a doutrina dos *espíritos animais*, os quais seriam partículas de sangue que se movem ao cérebro, causando o quadro delirante da doença. Contudo, também há outras grandes figuras da doutrina pneumática citadas pelo autor, assim como Thomas Willis, que atribui a loucura pelas lesões que os espíritos causam a alma, fazendo a separação da loucura em três formas; a loucura propriamente dita, a melancolia e a mania.

Resume-se que até então, para os dois modelos, a loucura embora já considerada uma doença, tem causas naturais e possui sintomas emocionais, mas não deixa lesões estruturais no cérebro, conforme o autor Pessoti (1996, p. 39) explica:

Essas sobreposições de diferentes 'modelos' de pensamento mostram a dificuldade do pensamento médico no esforço de especificar um substrato natural, anatomofisiológico, para o delírio, já tomado como essência da loucura. É um enfoque organicista metafísico que resultará, na psicopatologia ulterior, no princípio de que a loucura é uma doença, natural, orgânica, mas não necessariamente uma lesão anatômica, estrutural, de algum órgão.

O último dos modelos teóricos considerados mais importantes por Pessoti (1996) é o iatromecânico, criado por Alfonso Borelli. Para essa doutrina, explica o estudioso acima, a loucura e os seus sintomas são resultados de tensões nas fibras do cérebro. Trata-se, então, do sistema nervoso central, das vias sensoriais ou

motoras, que quando submetidas à tensões exageradas, gera alterações responsáveis pelos delírios.

Após esses avanços, a partir do século XVIII, pelas obras de Pinel, a loucura passa a ser uma teoria médica, com o termo de psicopatologia, resultante de desordem nas funções mentais. Consequentemente, Pinel também trouxe outra mudança importante, a transformação dos asilos, locais exclusivamente para abrigo dos loucos, em manicômios, destinados ao tratamento de forma especializada, por médicos. As instituições manicomiais surgem no século XIX (PESSOTI, 1996).

No século XIX, as principais teorias eram advindas de Freud, Jung e Adler. O primeiro destes fazia associações com suas próprias experiências e comparando com seus pacientes. Foi assim que desenvolveu o estudo no chamado Complexo de Édipo, responsável pela sexualidade de um filho à mãe, e a consequente competição com o pai. Freud também analisou os sonhos e os assimilou a desejos sexuais reprimidos. Outra grande teoria foi a divisão do inconsciente em três formas, o “id”, responsável por uma satisfação animalesca; o “ego”, responsável pelo comportamento com a realidade; e o “superego”, responsável pelos conceitos que nos cercam (INNES, 2010).

Ainda considera-se que Jung e Adler seguiam pensamentos com a mesma linha de Lombroso. Jung chegou na existência de instintos atávicos das pessoas, que possui similitude com o criminoso atávico de Lombroso. Já Adler, acreditava na inferioridade, crendo que pessoas com defeitos físicos desenvolveriam personalidade capaz de compensar as anormalidades (INNES, 2010).

Neste sentido, o desenvolvimento do conhecimento médico sobre os que sofrem de perturbações psíquicas trouxe evoluções também na área do direito penal de forma global. Isso porque houve a necessidade de regulamentar normas que se enquadrassem àqueles criminosos portadores de doença mental, que até então não possuíam tratamento diferenciado, tão pouco se preocupava com a ressocialização desse indivíduo.

2.2 O surgimento das regulamentações no cenário global ao doente mental criminoso

A medida de segurança tem sua herança histórica na escola positivista italiana, segundo Ferrari (2001), pois é a partir desta que surge a finalidade reeducativa da pena. Até então, explica o autor, a medida de segurança era utilizada como meio de reprimir a vagabundagem, menores infratores ou ébrios habituais, sem a necessidade, sequer, de ocorrência de prática criminosa. Logo, a medida de segurança não deriva diretamente da escola positiva, mas tem lastros das concepções positivas quanto o modo de pena preventivo.

Contudo, anteriormente à escola positiva, vigorava uma sistematização diferente quanto o modo de pensar da pena, que seria a escola clássica. Estas duas escolas possuem posições bem definidas e extremas (BITERCOURT, 2014).

Embora o negativismo da escola positiva sobre a clássica, deve-se considerar que o classicismo contribuiu para a abertura de espaço dos pensamentos filosóficos positivistas. Isso porque a escola clássica lutou contra um estado absoluto e uma limitação de liberdade, segundo Prado (2014).

Ou seja, conforme explica o autor supra, houve a oportunidade de uma preparação, resguardando o indivíduo do estado tirano, com a aplicação de sanções com base nas leis e regulamentações, e não por livre arbítrio. Assim, possibilitou um sistema penal em processo de evolução.

A escola clássica, conforme Bitencourt (2014), não nasceu de uma única forma de pensamento, de forma que o que motivou a necessidade de uma nova maneira de organizar o sistema penal foi o inconformismo com a crueldade que operava as punições no século XVIII. Assim, ainda com base no entendimento do autor, os filósofos da época passaram a defender a liberdade e a dignidade do ser humano. Como consequência, explica o autor, nasce duas teorias, o jusnaturalismo, de Grócio, direito natural e resultado da própria natureza humana; e o contratualismo, de Rousseau, que Fichte iria sistematizar, segundo o qual o direito é resultado da livre vontade das partes.

Segundo Aníbal (1978, p. 95):

Doutrinas que se contrapunham, porque uma fazia o Direito derivar da eterna razão e a outra fazia filho de livre acordo de vontades mas que coincidiam na mesma conclusão, que era existência de um sistema de normas jurídicas anterior e superior ao Estado, e com essa conclusão contestavam a legitimidade da tirania.

Assim, conforme o autor supra, embora as teorias da escola clássica divergissem entre si, buscavam o mesmo fim, que era a luta contra a legislação penal vigente e seu modelo cruel punitivo. Neste sentido, entende Bitencourt (2014), ao expor que embora as doutrinas fossem opostas, já que na jusnaturalista o direito decorria de eterna razão, e na contratualista decorria da vontade das partes; possuíam a mesma essência fundamental, que seria a lei se sobrepor ao Estado e enfrentar qualquer tipo de arbítrio.

Ainda, a obra *Dei delitti e delle pene* (1764), de Beccaria é uma grande influência sobre esse pensamento de ruptura do antigo sistema. Isso porque ele que fixou os pontos basilares para a escola. Considerava que a lei deveria ser clara, a fim de que o juiz não pudesse, sequer, interpretá-la, mas apenas aplicá-la. Objetivo claro de enfrentar a cruel justiça penal vigente (ANÍBAL, 1978).

Beccaria era contrário às penas cruéis, exatamente o pensamento filosófico que pregava a escola clássica, que tentava se libertar da tirania estatal. Assim, classificava a necessidade de se atribuir a pena de acordo com o mal que a infração havia causado à sociedade. O estudo se basearia exclusivamente no crime, e não no delinquente. Acreditava no livre arbítrio, ou seja, o homem poderia se posicionar quanto a praticar um fato criminoso ou respeitar a lei (NUCCI, 2014).

Segundo Bitencourt (2014), a escola clássica se espalhou por grande parte da Europa no século XIX, de forma a aderir diversos adeptos ao seu pensamento. Conforme o autor, uma das figuras mais importantes da escola clássica foi Carrara, que com seus princípios fundamentais, aplicou o crime como um ente jurídico, porque consistia na violação de um direito. Logo, para a punição estatal, essa violação deveria ser fruto da vontade inteligente e livre, tornando o objeto da pena claramente retributivo.

Nesse sentido, conforme Bitencourt (2014, p. 99):

Tal como se desenvolveu na Itália, distinguiu-se em dois grandes períodos: a) teórico-filosófico – sob a influência do Iluminismo, de cunho nitidamente utilitarista, pretendeu adotar o Direito Penal fundamentado na necessidade social. Este período, que iniciou com Beccaria, foi representado por Filangieri, Romagnosi e Carmignani; b) ético-jurídico – numa segunda fase, período em que a metafísica jusnaturalista passa a dominar o Direito Penal, acentua-se a exigência ética de retribuição, apresentada pela sanção penal. Foram os principais expoentes desta fase Pelegrino Rossi, Francesco Carrara e Pessina. No entanto, indiscutivelmente, os dois maiores expoentes desta escola foram Beccaria e Carrara: se o primeiro foi o precursor do Direito Penal liberal, o segundo foi o criador da dogmática penal. Mas, na verdade, Carrara é quem simboliza a expressão definitiva da Escola Clássica, eternizando sua identificação como a ‘Escola Clássica de Carrara’.

Seguindo o pensamento do doutrinador, no final do século XIX começam a aparecer uma forma diferente de encarar a sistematização penal, nascendo a escola positiva. Ela surge, então, pelo crescente conhecimento nas ciências sociais e biológicas, sobrepondo-se ao modo da escola clássica quanto a falta de individualismo. Os autores clássicos impuseram a pena como uma repressão ao criminoso que praticava um delito com capacidade de entender e vontade na conduta. Já no positivismo, o estudo gira em torno do delinquente e sua capacidade de reabilitação social, sua personalidade e sua periculosidade, perdendo a pena o seu caráter vingativo e retributivo (BITENCOURT, 2014).

É neste contexto histórico que a escola positiva italiana surge, influenciando o surgimento da medida de segurança. No positivismo, o delinquente é visto como um indivíduo capaz de se regenerar, de forma a cumprir um tratamento para a reabilitação à sociedade. Antes da escola positiva, o criminoso era punido com a finalidade de castigar pelo mal praticado. Ocorre que a reincidência dos crimes mostrava a necessidade de uma nova organização penalista (FERRARI, 2001).

Cumprido ressaltar que a escola positiva influenciou a individualização da pena, princípio indispensável ao sistema e ainda vigente no direito penal, conforme Nucci (2014).

Prado (2014) também cita como fundamental o caráter preventivo das sanções na escola positivista. Ensina que o positivismo apresenta três fases, antropológica, de Cesar Lombroso; a sociológica, de Enrico Ferri; e a jurídica, de Rafael Garofalo. Logo, estes três autores fazem parte da forma de pensar que culminou na escola positiva italiana.

Lombroso partiu da ideia de criminoso atávico (nato), homens com inclinação para o crime, de forma que uma provocação social pudesse acarretar em um episódio de delinquência. Após, somou que o crime poderia ser fruto de diversas causas, convergentes ou independentes. Assim, devido a estas causas, amplia o rol de criminosos, considerando os natos, por paixão, louco, de ocasião e também epilético. Lombroso acreditava em um delinquente com anomalias antropológicas específicas. Era uma busca de encontrar a causa do comportamento criminoso. Chegou a pressupor que o criminoso nato havia características próprias, como dentição errônea, orelhas grandes, olhos defeituosos e outras anomalias pelo corpo em geral (BITENCOURT, 2014).

Prado (2014), por sua vez, cita que Lombroso via o homem como indivíduo com forças inatas. As anomalias dos delinquentes gerariam as atividades ilícitas.

Ainda no entendimento do autor acima, Enrico Ferri acreditava que o criminoso também era envolvido por fatores sociais, e não somente atropológicos, como Lombroso. Atrou à criminalidade os valores psíquicos, físicos e sociais. Ainda, classificava os criminosos em loucos, ocasionais, habituais e passionais. Aníbal (1978) afirma que Ferri contesta o pensamento de livre arbítrio, de forma que conclui ser o homem responsável pela ação criminosa simplesmente porque vive em sociedade, excluindo a responsabilidade moral.

Bitencourt (2014) salienta a prioridade de Ferri à Defesa Social, já que acreditava que quase uma totalidade dos delinquentes pudesse ser ressocializados para a convivência social, até mesmo uma pequena parte dos criminosos habituais.

Ainda entre os pensamentos da escola positiva, Garofalo aderiu a preocupação sobre a definição psicologia do crime. Para ele, a inexistência de probidade e piedade no criminoso induziam à prática delituosa, o que chamou de “teoria do crime natural”. Entretanto, aberrou a escola positiva quanto aos valores da medida penal. Nesse sentido, não teve tanta influência como Lombroso e Ferri, devido à falta de crença na ressocialização do criminoso ao meio social. Inclusive, sugeria a pena de morte aos indivíduos incapazes de se reabilitar (BITENCOURT, 2014).

Os princípios do estudo de Garofalo são, segundo Bitencourt (2014, p. 105):

a) a periculosidade como fundamento da responsabilidade do delinquente; b) a prevenção social como fim da pena, que aliás, é uma característica comum da corrente positivista; c) fundamentou o direito de punir sobre a teoria da Defesa Social, deixando, por isso, em segundo plano os objetivos reabilitadores; d) formulou uma definição sociológica do crime natural, uma vez que pretendia superar a noção jurídica.

Tem-se claro, segundo o autor, que Garofalo não se preocupava com tanto alvoras na reabilitação do criminoso. Também este é o entendimento de Aníbal (1978), ao alegar que Garofalo possuía claras inclinações à repressão do crime. Conforme explica o autor, a finalidade é a morte para os delinquentes que não possuíam reabilitação. Logo, a sociedade deveria apenas se preservar, não tendo obrigação nenhuma com aquele criminoso mais grave. Assim, explica o autor, que o entendimento de Garófalo, com pensamento mais severo, não predominou no entendimento da escola.

Também se fez presente as concepções da defesa social no cenário global que influenciaram as medidas de segurança. Prado (2014) aduz que pelos movimentos defensivos surgiram duas posições. A primeira delas, de Filippo Gramatica, propõe a exclusão da responsabilidade penal e do crime, substituindo pela simples ocorrência de antissociabilidade do agente. Ou seja, não necessitava haver ocorrência delituosa.

Já a segunda posição, de Marc Ancel, ainda de acordo com Prado (2014), postulava por uma defesa à sociedade, através de uma nova postura frente ao delinquente baseado na sua ressocialização. Ou seja, surge como finalidade da sanção penal a proteção à sociedade e reintegração do indivíduo criminoso ao convívio social, abandonando o modelo retributivo da pena.

Ferrari (2001) cita que a defesa social buscava a preservação da sociedade, propondo a substituição da sanção retributiva pela preventiva. Devido a visão de Gramatica representar uma afronta às garantias individuais, Ancel propõe a Nova Defesa Social, que busca se diferenciar de Gramatica:

[...]

a) enunciar preocupação em relação ao livre-arbítrio do delinquente; b) combater concretamente o delito, visando impedir a produção do dano; c) possuir uma variedade de medidas de luta contra o delito em face dos delinquentes anormais e multireincidentes (FERRARI, 2001, p. 26).

Assim, conforme explica o autor, a Nova Escola da Defesa Social preocupa-se com a ressocialização do criminoso ao meio, de forma a integrar as penas e medidas de segurança.

Outra escola importante para a herança da medida de segurança foi a escola moderna alemã, de Franz Von Liszt, que “aceita a distinção clássica entre imputáveis e inimputáveis. Não a fundamenta, porém, no livre arbítrio, mas na normalidade de determinação do sujeito” (ANÍBAL, 1978, p. 128).

Assim, ao imputável será aplicada a pena e, ao inimputável, a medida de segurança. Reconhece o crime tanto como fato jurídico, assim como a ocorrência de fato humano. A pena tem função finalística, onde depende da normalidade do criminoso. Não nega o caráter retributivo, mas prioriza a prevenção especial, sendo que, nas sanções com penalidades curtas, começa a surgir a busca por alternativas. Ainda, a escola moderna alemã buscava a separação e diferenciação das ciências penais, dentre elas a criminologia, sociologia, antropológica, entre outras (BITENCOURT, 2014).

Na visão de Ferrari (2001, p. 29):

O autor via, na pena-fim, a possibilidade de se alcançar o equilíbrio entre o poder e o direito, acreditando no utilitarismo e na justiça das normas jurídicas; sua concepção figurava não apenas como fundamentadora, mas também como restritiva à vertente político-criminal. A punição justifica-se ora por retribuição pelo mal praticado, ora por prevenção, diante do perigo da reiteração da conduta, legitimando a medida de tratamento com fulcro na recuperação, na intimidação ou na inocuização.

Assim, segundo o autor, a pena fim se encaixa a necessidade do criminoso. Enquadra a possibilidade de fim retributivo e preventivo de acordo com a necessidade de aplicação, sendo utilizada com a finalidade de intimidar a prática delituosa.

Desta forma, fica evidenciado a importância das escolas penais, mais especificamente a escola positiva italiana, a escola alemã e as concepções da defesa social; que influenciaram o surgimento posterior da medida de segurança no Brasil. Tem-se claro que a medida de segurança ganhou espaço no ordenamento jurídico brasileiro devido as novas formas de encarar a finalidade das sanções.

2.3 A evolução da medida de segurança no ordenamento jurídico brasileiro

A primeira fase do direito penal brasileiro está caracterizada pelo período colonial. Antes do domínio português, não havia um conjunto uniformizado de sistema penal, predominando a vingança privada e regras consuetudinárias, baseadas na vivência. Após o ano de 1500, com a chegada dos portugueses em terras indígenas, passou a vigorar no Brasil ordenamentos que não conseguiram atingir eficácia. (BITENCOURT, 2014).

Nucci (2014) acrescenta que no período pós-domínio português instalou-se no país a legislação vigente em Portugal, primeiramente as Ordenações Afonsivas e, depois, as Ordenações Manuelinas, ambas não atingiram a finalidade.

Depois destas ordenações, surgiu um regime baseado no neofeudalismo, onde cada senhor poderia julgar e administrar seus direitos por livre arbítrio, de acordo com seus interesses. A lei que deveria vigorar nesta época, legalmente, era as Ordenações Filipinas, que possuíam uma forte característica brutal, com sanções severas, incluindo a pena de morte e ficando ao livre arbítrio a penalidade aplicável (BITENCOURT, 2014).

Ainda, nas Ordenações Filipinas, segundo Prado (2014, p. 97) “O delito era confundido com pecado ou vício; a medida da pena vinculava-se à preocupação de conter maus pelo terror e a sua aplicação dependia da qualidade das pessoas”. Ou seja, explica o autor que as Ordenações Filipinas buscavam reprimir os delitos com crueldades, de forma que não havia legalidade, sendo aplicada a pena que se entendesse estar de acordo, considerando para isso as características do delinquente.

Após esta fase obscura do direito penal no período colonial, surge o Código Criminal do Império, devido a necessidade de um sistema penal que visasse a justiça e a equidade, segundo Bitencourt (2014). O autor explica que foi Bernardo Pereira de Vasconcellos que, em 1827, projetou o código criminal, que devidamente aprovado, passou a vigorar no país. Contudo, ainda não havia surgido a previsão da medida de segurança.

Com a proclamação da República, sentiu-se a necessidade de elaboração de um novo Código Criminal que veio a ser sancionado em 1890. Ocorre que o novo Código representou um retrocesso, com graves defeitos de técnica, fazendo-se a necessidade em substituí-lo. Contudo, nesse Código, foi estipulado as consequências que deveriam ser aplicadas aos loucos criminosos, porém assimilavam os semi-imputáveis aos inimputáveis, sem oferecer tratamento diverso (PRADO, 2014).

Com o Código de 1940 surgiu o sistema penal da medida de segurança. Segundo Ferrari (2001, p. 34):

Com a sua codificação, adotou-se o sistema do duplo binário, vindo a medida de segurança a ser normatizada ao lado da pena, tendo ora o fim de completá-la, quando relacionada aos responsáveis, ora o objetivo de substituí-la, quando aplicada aos irresponsáveis.

Assim, conforme o autor expõe, o sistema penal de 1940 caracteriza-se pela aplicação de pena cumulada com medida de segurança, o chamado sistema duplo binário.

Logo, também aduz Prado (2014, p. 561):

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

Aqui, o autor também cita o sistema duplo binário, ao explicar que, no antigo art. 22 do Código Penal de 1940, era aplicada a pena, juntamente com a medida de segurança, ao criminoso semi-imputável. Ou seja, ocorrência de dois tipos de sanções sobre o mesmo fato delituoso.

Segundo Carvalho (2013), a pena e a medida de segurança poderiam ser aplicadas cumulativamente tanto ao imputável, quanto ao semi-imputável, bastando estar caracterizado o estado de perigo do agente. Ou seja, até mesmo o imputável, caso presente a periculosidade, ganharia aplicação das duas formas de sanção.

Outra redação dada pelo Código de 1940 era a possibilidade de medida profilática, de forma que em casos excepcionais, pudesse ser aplicada medida de segurança sem a ocorrência de falta delituosa. Assim, a lei enumerava as situações em que aplicável a medida, incluindo casos que houvesse indícios de risco à sociedade (FERRARI, 2001).

Nesse sentido, Carvalho (2013, p. 505):

[...]art. 78 do Código determinava que seriam considerados perigosos (presunção legal de periculosidade): (a) os inimputáveis; (b) os semi-imputáveis; (c) os condenados por crime cometido em estado de embriaguez, se habitual a embriaguez; (d) os reincidentes em crimes dolosos; (e) os condenados por crime cometido por associação, bando ou quadrilha. Além disso, poderia ser reconhecida a periculosidade do autor do ilícito pelo julgador em seguintes hipóteses: (a) se os antecedentes e a personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizassem a suposição de que o sujeito viria ou tornaria a delinquir; e (b) se, na prática do fato, fosse revelada torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral (art. 77 do Código Penal de 1940 com redação dada pela Lei n. 6.416/77).

Ou seja, conforme entendimento do autor acima, o referido artigo previa a aplicação da medida, caso o agente já apresentasse antecedentes ou personalidade desviante, de forma a se presumir a possibilidade de ocorrência de fato delituoso, não havendo a necessidade de um caso concreto.

O Código antigo possuía diversas características diferentes sobre a medida de segurança. Segundo Prado (2014), outra destas características era a divisão das medidas em pessoais e patrimoniais. Na primeira divisão, caberia detenção, em manicômio judiciário; ou a liberdade sob vigia ou restrição de frequentar determinados locais. Na segunda divisão, as medidas patrimoniais buscariam a interdição de estabelecimentos.

As medidas patrimoniais se explicam de forma que, para Ferrari (2001, p. 35) “Tratava-se, assim, de uma resposta penal justificada pela periculosidade social, punindo o indivíduo não pelo que ele fez, mas pelo que ele era”.

Com o advento do Código Penal de 1984, surge o sistema vicariante, que prevê a pena e a medida de segurança como sanções com fins distintos, ou seja, não são mais aplicadas cumulativamente. Segundo Bitencourt (2014, p. 858):

Atualmente, o imputável que praticar uma conduta punível sujeitar-se-á somente à pena correspondente; o inimputável, à medida de segurança, e o semi-imputável, o chamado 'fronteiriço', sofrerá pena ou medida de segurança, isto é, ou uma ou outra, nunca as duas, como ocorre no sistema duplo binário.

Assim, ainda segundo o autor, ao semi-imputável é aplicada a pena, ou a medida de segurança. Tudo dependerá das suas condições pessoais, ou seja, o grau de periculosidade. Caso não haja necessidade de internamento ou tratamento ambulatorial, será submetido à pena, com redução prevista pelo art. 26, parágrafo único, do Código Penal. Na ocorrência de superveniência de periculosidade durante o cumprimento da pena, será essa convertida em medida de segurança, entendimento esse do autor acima.

A redação do antigo artigo 22 do Código de 1940 fica praticamente inalterada, modificando apenas a impossibilidade de cumulação das duas sanções e a inaplicabilidade de medida de segurança ao imputável (PRADO, 2014).

O novo Código também trouxe a distinção entre conduta antissocial e criminal, de forma que a medida de segurança devesse ser aplicada única e exclusivamente em casos com ocorrência delituosa. Assim, não haveria mais a possibilidade de aplicação da medida somente pela presunção de periculosidade (FERRARI, 2001).

Carvalho (2013) expõe que o Código de 1984 modifica a denominação de "manicômio judiciário" para "hospital de custódia". Contudo, a estrutura das instituições permanecem nas mesmas condições manicomiais. Ademais, os hospitais de custódia possuem características semelhantes ao sistema penitenciário.

No meio de tantas reformas em relação à medida de segurança, indiscutível a importância da Lei de Execuções Penais, Lei n.º 7.210/84, que entre os artigos 171 e 179 estipula os meios e formas de execução da sanção. A Lei prevê desde a sentença que designa a medida de segurança, com a respectiva expedição para guia de recolhimento; até a ordem judicial para desinternação ou liberação, quando atingida seu fim (FERRARI, 2001).

Outrossim, outro avanço marcante foi a publicação da Lei da Reforma Psiquiátrica, Lei n.º 10.216/01, que busca a humanização dos manicômios e os direitos dos doentes mentais. Segundo Carvalho (2013, p. 509):

A Lei n. 10.216/2001 inegavelmente muda o estatuto jurídico e a lógica do tratamento dos portadores de sofrimento psíquico no Brasil. A Lei da Reforma Psiquiátrica não apenas determina como diretriz central que sejam realizadas políticas públicas de desinstitucionalização, como fixa como premissa o respeito à autonomia dos usuários do sistema de saúde mental. Assim, devem atuar como protagonistas na definição de sua terapêutica. Além disso, a Reforma Psiquiátrica procura alterar a linguagem que configurou historicamente a instituição manicomial, estabelecendo uma nova gramática nas práticas de internação.

A referida Lei questiona, inclusive, a eficácia das instituições manicomiais judiciárias quanto a sua finalidade. Isso porque as funções dos hospitais de custódia, tanto quanto os sistemas carcerários, seriam de ressocializar o doente mental ou readaptar o criminoso. Ocorre que, na realidade, as sanções penais acabam por marginalizar os excluídos. Nesse sentido que os movimentos antimanicomiais buscam a reestruturação do sentido da loucura e o modo de encarar a pessoa louca, para assim poder modificar todo o sistema que enquadra o inimputável ou semi-imputável (CARVALHO, 2013).

Ainda, continua o autor, a Lei da Reforma Psiquiátrica trouxe grandes questões para o conceito de periculosidade. A referida Lei mostra as inadequações quanto a alegação de ausência de responsabilidade do inimputável ou semi-imputável. Isso porque a Lei demonstra que o portador de sofrimento psíquico possui capacidade para intervir no seu processo de tratamento, já no manicômio judiciário não há essa possibilidade. O internado é apenas um objeto no sistema. Outra luta da Lei da Reforma psiquiátrica é designar direitos ao sujeito portador de transtorno mental, e não apenas um objeto ao judiciário (CARVALHO, 2013).

Nesse sentido, Carvalho (2013, p. 526):

Nota-se, inclusive, ao longo do percurso trilhado pela antipsiquiatria e pelo movimento antimanicomial, a importância terapêutica de que o sujeito com sofrimento psíquico seja visto como responsável: responsável pelos seus atos passados, responsável pelo seu processo terapêutico e responsável pelos seus projetos futuros. Negar ao portador de sofrimento psíquico a capacidade de responsabilizar-se é um dos principais atos de assujeitamento e de coisificação. Entender o portador de sofrimento psíquico como sujeito (de direitos) implica assegurar-lhe o direito à responsabilização, situação que deverá produzir efeitos jurídicos compatíveis com o grau ou o nível que esta responsabilidade *sui generis* pode gerar.

Ou seja, há a busca por caracterizar o sujeito portador de doença mental como um indivíduo de responsabilidade diferenciada, capaz de responder e entender

seus atos passados e futuros. Conseqüentemente, sendo o indivíduo com transtorno psíquico capaz de ter responsabilidade, torna-se inviável o instituto da medida de segurança.

Mattos (2006) aposta na responsabilidade de todo agente criminoso, sendo pessoa sadia ou com sofrimento psíquico. Assim, a aplicação da sanção penal pertinente seria a pena. Contudo, para àquele que sofresse de algum transtorno mental, aplicável seria a redução, já prevista aos semi-imputáveis no artigo. 26, parágrafo único, do Código Penal.

Todas essas condições novas do portador de sofrimento psíquico, trazidas pela Lei da Reforma Psiquiátrica, amplia os direitos desses indivíduos, buscando, através de um movimento antimanicomial, uma sistematização de tratamento em hospitais gerais, com condições mais humanitárias. Assim, incoerente seria o portador de doença mental ter a liberdade de se hospitalizar em uma ala especial de um hospital geral, e o portador de doença mental que cometa um ato ilícito ser internado em uma instituição privativa de liberdade, embora diga ter a finalidade de tratamento. Sendo a necessidade de vantagem judicial manter a medida de segurança, deve-se buscar otimizar os direitos dos internados (CARVALHO, 2013).

Assim, com base neste capítulo, o inimputável irá ganhar tratamento diverso da pena, sendo aplicado a medida de segurança, em virtude das conquistas realizadas em decorrência da evolução do direito penal.

3 A MEDIDA DE SEGURANÇA NO ENQUADRAMENTO PENAL

A medida de segurança é a forma de sanção penal aplicável aos inimputáveis e, em alguns casos, ao semi-imputáveis, quando necessitem de especial tratamento curativo. Desta forma, o presente capítulo abordará, primeiramente, os conceitos de imputabilidade penal.

Outrossim, será tratado sobre a natureza da sentença que designa medida de segurança, denominada de absolvição *sui generis*. Esta sentença, embora considerada uma absolvição imprópria, ordena que o réu cumpra medida de segurança.

Por fim, será discutido sobre as espécies de cumprimento de medida de segurança, separadas em internação no hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e o tratamento ambulatorial, analisando suas diferenças e características.

3.1 A (in) imputabilidade penal

A imputabilidade do agente, segundo Dotti (2010), está atrelada ao conceito de culpabilidade, ou seja, a capacidade de entendimento e autodeterminação de acordo com esse entendimento, de forma a ser caracterizado como indivíduo culpável e, conseqüentemente, passível de penalização. Assim, continua o autor, a culpabilidade é vista como um dos atributos do delito, embora, segundo seu entendimento, devesse ser analisado na teoria geral da pena.

Explica o autor supra que a culpabilidade não se pode considerar requisito do delito, pois no caso de inimputabilidade, então não ocorreria a infração penal. Logo, considera o autor que, ocorrendo uma ação delituosa, praticada por agente inimputável, o fato deixaria de ser considerado crime, sendo a conduta atípica.

Por outro lado, a corrente majoritária defende a ideia de que a culpabilidade está enquadrada nos requisitos do delito, juntamente com a tipicidade e antijuricidade, conforme Bitencourt (2014, p. 438):

Desde que o pensamento sistemático se consolidou na dogmática jurídico-penal, a atribuição de responsabilidade penal é entendida como um processo valorativo escalonado de imputação. Ou seja, o delito é atribuído (imputado) ao comportamento humano quando reúne determinadas características. Já analisamos os dois primeiros degraus de valoração: a tipicidade e a antijuricidade. Mas não basta caracterizar uma conduta como típica e antijurídica para a atribuição de responsabilidade penal a alguém. Esses dois atributos não são suficientes para punir com pena o comportamento humano criminoso, pois para que esse juízo de valor seja completo é necessário, ainda, levar em consideração as características individuais do autor injusto. Isso implica, conseqüentemente, acrescentar mais um degrau valorativo no processo de imputação, qual seja, a culpabilidade.

Segundo o referido doutrinador, o crime é uma conduta humana formada pelo conjunto de culpabilidade, antijuricidade e tipicidade. De forma que, na ausência de um, não há a caracterização do delito.

Segundo Prado (p. 343, 2014):

A culpabilidade, em termos jurídico-penais, pode ser conceituada como a reprovação pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita em determinadas circunstâncias em que se podia atuar conforme as exigências do ordenamento jurídico.

Assim, segundo o autor supramencionado, a culpabilidade está ligada a tipicidade e ilicitude, de forma que na inexistência de fato previsto como crime, não há que se falar em culpabilidade. Ainda, conforme o mesmo doutrinador, a culpabilidade é uma forma de reprovação por uma conduta errônea, de forma que o agente poderia ter agido de acordo com a lei.

Culpa equivale à responsabilidade do agente que infringe a lei, consciente e com livre vontade de portar-se de determinado jeito. Assim, para que haja responsabilização penal do sujeito que comete fato delituoso, faz-se necessária a

presença da livre capacidade e conhecimento de seus atos (BONFIM; CAPEZ, 2004).

Ainda segundo os autores supramencionados, não basta para a configuração de um crime que a conduta seja típica e ilícita, mas há também a necessidade do requisito da culpabilidade, que enseja a reprovação por não agir de forma correta, quando poderia fazê-la. É nesse quesito que, continuando no entendimento destes autores, não basta saber se houve dolo ou culpa, mas deve-se questionar a imputabilidade do agente.

Logo, segundo Prado (2014), a imputabilidade é um elemento da culpabilidade, considerada a capacidade plena de entender e querer portar-se de acordo com as regras. Assim, àquele considerado imputável responde pelos seus atos criminais. O doutrinador ainda explica que a capacidade do agente delituoso está dividida em dois aspectos, sendo o primeiro o cognoscitivo, que trata da capacidade de compreender a ilicitude; e o segundo o volitivo, considerado a atuação conforme essa compreensão.

Bonfim e Capez (2004, p. 540) definem a imputabilidade como:

Mas qual a acepção do verbo 'imputar'? 'Imputar' procede do latim *imputare*, formando-se com a preposição *in* e com o verbo *putare*. Muitas são as significações para 'in', podendo traduzir-se como 'em', 'em cima' e, por extensão, a cargo de; 'putare' significa contar e também julgar, separando o inútil. Desse modo, imputar é formar um juízo sobre um fato, separando assim o que deva ser descartado e atribuindo-se a alguém o resultado desse juízo.

Ou seja, segundo os autores, a imputabilidade, em sua origem etimológica, representa a formação de um juízo sobre determinado acontecimento, de forma a vincular o agente a determinado resultado relevante juridicamente.

Já Bitencourt (2014) aduz que a imputabilidade é um dos elementos da culpabilidade normativa pura, junto com a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e exigibilidade de obediência do Direito. Assim, explica o autor, que imputabilidade é a culpa atrelada ao agente. Sem a culpabilidade, subentende-se que o agente não possui faculdade de portar-se de acordo com a lei, de forma a ser considerado inculpável.

Por outro lado, há de se considerar que a culpabilidade é fundamento para a pena, enquanto que para a medida de segurança é a periculosidade do agente. Isso porque a culpabilidade está atrelada a teoria do delito, na qual, havendo imputabilidade, juntamente com a ilicitude do fato e antijuricidade, há a ocorrência de crime. Já no caso da medida de segurança, o agente é inimputável, assim, o que o justifica a sanção penal é o seu grau de periculosidade (BITENCOURT, 2007).

Portanto, a imputabilidade é excluída nos casos em que o agente possui doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, segundo Capez (2004).

A doença mental, ainda segundo o mesmo doutrinador, é a anomalia que afeta a capacidade de entender sua conduta e portar-se de acordo com determinadas regras. Já o desenvolvimento mental retardado, na concepção do autor, é quando a capacidade está inferior ao que deveria possuir em determinado momento cronológico da vida. Nestes casos, a capacidade plena não será atingida. Ainda, postula o doutrinador que, desenvolvimento mental incompleto é devido a fase juvenil da vida do agente ou a falta de convívio social, nos quais ainda não há maturidade suficiente para portar-se de acordo com determinados fatos, podendo chegar ao desenvolvimento completo.

Importante ressaltar que há distinção entre os inimputáveis por sofrimento psíquico e os inimputáveis etários, já que no primeiro caso é aplicável a medida de segurança; e no segundo, ocorre a aplicação das medidas socioeducativas. Contudo, ambas as inimputabilidades tratadas e o desenvolvimento mental incompleto e retardado são causas de excludentes de culpabilidade. Assim, não havendo um dos elementos do delito, não há que se falar em crime, conseqüentemente sendo inaplicável a pena (CARVALHO, 2013).

Para a aplicação da medida de segurança, ainda segundo o doutrinador supracitado, são considerados os agentes descritos no art. 26, *caput*, e parágrafo único, do Código Penal.

A caracterização de doente mental para Dotti (2010, p. 500) “pode ser definida como qualquer afeção ou estado mórbido, orgânico ou funcional, congênito ou

adquirido, temporário ou permanente e capaz de comprometer as funções psíquicas, no todo ou em parte”.

Já Bitencourt (2007) abrange a doença mental como um conjunto de fatores biológicos, que é a presença da insanidade; e psicológicos, que é a incapacidade de entendimento e autodeterminação de acordo com o entendimento. Ou seja, conforme o autor, além de o agente portar o sofrimento psíquico, há necessidade de que o indivíduo possua os sintomas que apontam para estas consequências necessárias para a caracterização da inimputabilidade.

Ainda segundo este mesmo autor, o inimputável por desenvolvimento mental incompleto é caracterizado pelo indivíduo que ainda não atingiu o desenvolvimento necessário para a fase de sua vida. O caso mais exemplificativo desta condição, segundo o doutrinador, seria os menores de dezoito anos, porém a estes não é atribuído o conceito de imputabilidade penal. No desenvolvimento mental incompleto, o autor também acrescenta os surdos-mudos e os silvícolas, os quais não podem alegar inimputabilidade apenas pela condição biológica, sendo necessário a comprovação da incapacidade.

Capez (2004) explica como silvícola aquele que não está adaptado a cultura e a forma de organização da civilização, de forma que sua falta de conhecimento da vida social acarreta na incapacidade de entender e determinar-se de acordo com o entendimento.

Já os semi-imputáveis, segundo Bitencourt (2007, p. 110):

A culpabilidade fica diminuída em razão da menor censura que se lhe pode fazer, em razão da maior dificuldade de valorar adequadamente e posicionar-se de acordo com essa capacidade. A pessoa, nessas circunstâncias, tem diminuída sua capacidade de censura, de valoração, conseqüentemente a censurabilidade de sua conduta antijurídica deve sofrer redução.

Ou seja, conforme explicação acima, os semi-imputáveis são aqueles com a capacidade diminuída, de forma a não compreender inteiramente a reprovabilidade do ato, agindo sem censura necessária para portar-se de acordo com determinadas situações.

Para o semi-imputável, segundo Dotti (2010), também chamados de “fronteirços”, apenas pode ser aplicada uma das sanções penais. Nos casos em que o agente possua condição volitiva e cognitiva afetada, não sendo inteiramente capaz de entender e portar-se de acordo com esse entendimento, caberá a redução de um a dois terços da pena, conforme art. 26, parágrafo único, do Código Penal. Outrossim, postula o autor que, verificado o grau de periculosidade do agente, poderá então ser submetido à medida de segurança.

Capez (2004) lembra que deve, primeiramente, ser aplicada a pena correspondente ao crime cometido pelo agente semi-imputável e, caso necessário, é feita a substituição da pena por medida de segurança, fato também previsto no art. 98 do Código Penal.

Ou seja, conforme o autor há a necessidade de condenação, com a consequente redução da pena prevista no art. 26, parágrafo único, do Código Penal. Assim, caso haja necessidade de especial tratamento, a pena é convertida em medida de segurança, pelo tempo mínimo de um a três anos.

Carvalho (2013) também cita o art. 26 do Código Penal, que define a inimputabilidade como àquele que era inteiramente incapaz de entendimento do fato criminoso ou determinar-se de acordo com esse entendimento. Ressalta a diferença entre este e o semi-imputável, que é aquele que possui a capacidade apenas diminuída, e não completamente excluída, conforme previsto no art. 26, parágrafo único, do Código Penal. O doutrinador também explica que no caso de semi-imputabilidade há aplicação da pena, ou da medida de segurança quando constatada a periculosidade.

Segundo Marques (2002), o agente inimputável ou semi-imputável que comete fato típico e ilícito, porém desprovido de culpabilidade pela sua condição individual, é arrematado ao juízo da periculosidade, para a efetiva aplicação da medida de segurança.

Assim, segundo o autor, constatada a prática de fato ilícito e a inimputabilidade do agente, não há que se falar em pena, sendo aplicável como sanção a medida de segurança. Por outro lado, continua o autor, ao semi-imputável

sempre será aplicada a pena, com a conversão em medida de segurança, na ocasião em que verificada periculosidade, necessitando o agente de tratamento.

Sobre a semi-imputabilidade Prado (2014, p. 570) explica:

De acordo com o artigo 98 do Código Penal, no caso de semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, CP), desde que o condenado necessite de especial tratamento curativo, poderá o juiz aplicar medida de segurança em substituição à aplicação da pena reduzida. Portanto, para que haja substituição da pena pela medida de segurança, faz-se mister que o julgador primeiramente aplique uma pena privativa de liberdade reduzida, que só depois dará lugar à medida.

Ou seja, conforme o doutrinador supramencionado, o juiz deve primeiramente condenar o réu, sendo aplicada a medida de segurança ao semi-imputável somente quando verificada que necessite de tratamento especial, caso contrário cumprirá a pena, com a redução.

Ainda há casos em que ocorre a superveniência de doença mental do condenado que já está cumprindo pena. Nestas ocasiões, deve haver a conversão da pena em medida de segurança, conforme art. 41 do Código Penal, que prevê esta possibilidade. Assim, o indivíduo deverá cumprir conforme as normas das medidas, que o art. 183 da Lei de Execuções Penais permite (BITENCOURT, 2007).

Segundo Carvalho (2013, p. 501):

A classificação do autor da conduta considerada ilícita como imputável ou inimputável e a consequente definição da resposta jurídica cabível (pena ou medida de segurança) decorrem de uma opção política (política-criminal), posteriormente legitimada pela ciência jurídico-penal (dogmática penal), por fragmentar o sistema de responsabilidade criminal em dois distintos discursos de fundamentação: sistema de culpabilidade (imputabilidade/pena) e sistema de periculosidade (inimputabilidade/medida de segurança).

Desta forma, segundo o doutrinador acima, a imputabilidade é requisito para a possível aplicação da pena, que tem clara finalidade retributiva. Assim, no caso de inimputabilidade, passa a ser inviável a característica de sanção retributiva para um indivíduo que não possui discernimento do fato, não conseguindo agir de acordo com as normas jurídicas. Para esse agente delituoso, ainda preceitua o autor, é necessária uma sanção preventiva, que forneça o adequado tratamento.

É nesse prisma que se destaca a importância de diferenciar o imputável do inimputável, para a correta aplicação da sanção jurídica e, conseqüentemente, a condenação se imputável, e a absolvição imprópria quando inimputável.

3.2 A natureza absolutória *sui generis*

Quando ausente a culpabilidade, inexistente delito, assim, não há como haver condenação. Nestes casos, embora o processo ocorra no juízo criminal, quando se tratar de inimputável, o juiz absolverá o réu, conforme art. 386 do Código de Processo Penal. Ocorre que, apesar da absolvição, o inimputável será submetido à medida de segurança, motivo pelo qual é chamada absolvição *sui generis*. Ou seja, há absolvição porque não é cabível a pena, entretanto, o réu será obrigado a cumprir outro tipo de sanção, não ficando em liberdade (CARVALHO, 2013).

Contudo, segundo Tristão (2001) para a imposição da medida de segurança é necessário, além da ilicitude do fato típico, que o réu apresente periculosidade, a fim de que possa ser aplicada a absolvição imprópria com base no art. 26 do Código Penal.

Outrossim, este autor explica que há inúmeras hipóteses de absolvição previstas pelo art. 386 do Código de Processo Penal, dentre as quais, na situação de inimputabilidade, o juiz deve se fundamentar no inc. V, que preceitua os casos em que exclui o crime ou isenta o réu da pena. Assim, a excludente de culpabilidade gera a absolvição *sui generis*.

Bitencourt (2007, p.110) preceitua:

A comprovação da inimputabilidade do agente, porém, não é suficiente para aplicar-se a medida de segurança. É preciso que se comprove que essa inimputabilidade, no caso concreto, é a causa da absolvição, ou seja, que a inimputabilidade é o fundamento da absolvição. Alguém recebe medida de segurança, por exemplo, porque, nas condições em que se encontra, não pode receber pena, ou seja, receberia pena se fosse imputável.

Conforme o doutrinador acima, a absolvição imprópria deve estar baseada e devidamente fundamentada na inimputabilidade, já que este é o motivo que não o

conduzirá a pena. Do contrário, o réu estaria sujeito a cumprir pena pelo delito cometido. Ou seja, ainda conforme o autor, fica claro que a absolvição não levará o réu a liberdade, e sim o conduzirá coercitivamente a uma sanção penal, que é a medida de segurança, devido a sua periculosidade e a prática do fato ilícito.

Assim, embora seja inimputável, não há como liberar um indivíduo que poderá voltar a delinquir, entretanto, a medida também não é uma pena com caráter retributivo. Assim, continua o autor, a medida não está punindo o agente pelo crime cometido, já que não possui entendimento sobre o ocorrido, mas sim tentando reabilitá-lo. Nesse sentido, o paciente não é condenado, não sendo submetido a pena, motivo pelo qual não lhe é aplicada uma duração da restrição de liberdade. Ao contrário, sendo absolvido, sua sanção penal perdurará enquanto se encontrar na situação de periculosidade. Essa é uma das consequências da absolvição da medida de segurança (BITENCOURT, 2014).

Outrossim, há que se analisar diretamente o art. 26, *caput*, do Código Penal, o qual prevê claramente a isenção da pena. Contudo, isso não garante a liberdade, já que o art. 97 do Código Penal prevê expressamente que o inimputável será submetido à internação ou tratamento ambulatorial. Assim, mesmo que ocorra absolvição por inimputabilidade, o Estado coercitivamente aplicará a medida de segurança, impondo ao réu o tratamento adequado, de forma que, enquanto não cessada a periculosidade, permanecerá em instituição destinada ao fim de melhor atendê-lo (TRISTÃO, 2001).

É nesse sentido que Bitencourt (2014) frisa que a absolvição deve estar baseada na inimputabilidade, a fim de evitar que haja violação ao princípio da igualdade material. O autor explica que é necessário cuidado para tratar o imputável e o inimputável da mesma forma. Ou seja, não pode o Estado aplicar a medida de segurança se o agente inimputável estivesse em outra condição que o absolvesse. Da mesma forma, não há como condenar o imputável quando há ocorrência de alguma circunstância que o absolva. Para exemplificar melhor esse entendimento, Bitencourt (2014, p. 482) cita:

[...] Logicamente, se fizermos uma comparação com um sujeito imputável, e chegarmos à conclusão de que, naquelas circunstâncias processuais, esse sujeito imputável seria absolvido, por ser inocente, não haver prova contra

si, ou por estar escudado com uma excludente de ilicitude, ou mesmo em uma causa dirimente de culpabilidade, que não seja a inimputabilidade, em que se absolveria também o imputável – com o inimputável não deverá ser diferente – consequentemente, não se teria fundamento legal para impor ao inimputável uma medida de segurança, pois tanto quanto o imputável deverá ser absolvido.

Ou seja, o autor deixa claro que inimputáveis e imputáveis devem ser tratados juridicamente da mesma forma. Ocorre que, ao imputável, quando cabível a condenação, será aplicada a pena. Já o inimputável, continua o autor, quando constatado sua condição referente à inexistência de entendimento e vontade, acarretará na absolvição, com a conseqüente aplicação da medida de segurança.

Prado (2014) ainda explica a questão sobre o semi-imputável, que deve obrigatoriamente ser condenado pelo juiz, com a devida redução prevista por sua condição no art. 26, parágrafo único, do Código Penal. Posteriormente, havendo necessidade de especial tratamento curativo, será substituída a pena pela medida de segurança.

É nesse sentido que Prado (2014, p. 357):

É uma causa geral de diminuição da pena. Contudo, em razão do sistema vicariante – para os semi-imputáveis -, os efeitos da semi-imputabilidade são a diminuição da pena ou sua substituição por medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial), caso o condenado necessite de tratamento curativo (art.98, CP).

Assim, o semi-imputável não é absolvido, mas sim condenado, sofrendo os efeitos de devida condenação. Somente há a substituição por medida de segurança, quando haja necessidade de que o réu cumpra tratamento (BITENCOURT, 2014).

Prado (2011, p. 334) explica:

De acordo com o Código Penal, no caso de semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, CP), desde que o condenado necessite de especial tratamento curativo, pode o juiz aplicar medida de segurança em substituição à aplicação da pena reduzida (art. 98). Portanto, para que haja substituição da pena pela medida de segurança, faz-se mister que o julgador, primeiramente, aplique uma pena privativa de liberdade reduzida, que só depois dará lugar à medida.

Assim, conforme o referido doutrinador, tem-se claro que o semi-imputável é condenado. Isso porque para estes indivíduos a pena é a regra, sendo a medida de

segurança aplicada em casos particulares. Logo, conforme Prado (2014), a absolvição imprópria é exclusivamente baseada na inimputabilidade, ou seja, o completo desentendimento do fato e impossibilidade de se portar de acordo com esse entendimento. É com base nesse aspecto que o doutrinador explica haver motivo para a absolvição, a fim de que se possa ser aplicada a medida de segurança. De outra forma, seria sentenciada apenas a absolvição, não cabendo qualquer forma de sanção penal.

É por isso que a absolvição primária a que trata a medida de segurança não tem condão de absolver o réu, sem que se possa ser aplicada outra medida. O réu é absolvido, pois não é capaz de responder mentalmente pelo seu crime, sendo inaplicável a pena. Contudo, a absolvição da medida de segurança é exclusivamente diferenciada por este motivo, pois não há liberdade, e sim aplicação de outra sanção penal. A absolvição é quanto a pena, mas não quanto a medida de segurança (TRISTÃO, 2001).

Assim, a partir da sentença que absolve, designando a medida de segurança, é expedida pela autoridade judiciária competente a guia de internamento ou tratamento, prevista no art. 173 da Lei de Execuções Penais, em consonância com os requisitos necessários dos incisos do referido artigo, momento pelo qual o agente passa a cumprir sua sanção penal em uma das duas espécies de medida de segurança (BITENCOURT, 2007).

Assim também explica Dotti (2010, p. 720):

Estabelece o art. 171 da LEP que, transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução. A carta de guia é expedida pela autoridade judiciária competente e conterá os dados exigidos pelo art. 173 da LEP. A carta constitui documento indispensável para o internamento ou para o tratamento ambulatorial. A colocação ou o recebimento de alguém em estabelecimento psiquiátrico, sem tais formalidades, caracteriza a contravenção prevista no art. 22 da LCP. A mesma pena se aplica a quem deixa de comunicar à autoridade competente, no prazo legal, a internação que tenha admitido, por motivo de urgência, sem as formalidades legais.

Logo, o agente não se encontra livre, e permanecerá internado em hospital de custódia, ou se submeterá a tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de um a três anos. Ou seja, há uma imposição estatal, camuflada como absolvição, já que o

agente não cumpre pena, mas sim a medida de segurança que é considerada espécie diferente de sanção penal (CARVALHO, 2013).

Desta forma, sentenciado o agente à medida de segurança, este será direcionado a cumprir sua sanção em uma das duas espécies de medida, sendo elas, a internação em hospital de custódia, ou o tratamento ambulatorial.

3.3 As espécies de medida de segurança

Após a sentença absolutória e a devida guia expedida, o paciente é encaminhado ao cumprimento da medida de segurança, que se subdivide em duas espécies, previstas no artigo 96 do Código Penal: a detentiva, cumprida em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; e a restritiva, que consiste em tratamento ambulatorial (CARVALHO, 2013).

Assim, ainda segundo o autor acima, as duas espécies de medida se distinguem pela da gravidade do delito cometido. Há de se considerar, portanto, se o ilícito era punível com reclusão, quando caberá a internação; ou detenção, aplicável, então, o tratamento.

O tratamento ambulatorial é visto, segundo Bitencourt (2007, p. 96):

O tratamento ambulatorial é apenas uma possibilidade, cuja conveniência as circunstâncias pessoais e fáticas indicarão ou não. A punibilidade com pena de detenção, por si só, não é suficiente para determinar a conversão da internação em tratamento ambulatorial. É necessário examinar as condições pessoais do agente para constatar sua compatibilidade ou incompatibilidade com a medida mais liberal. Claro, se tais condições forem favoráveis, a substituição se impõe.

Assim, conforme o autor acima, essa espécie de medida de segurança é aplicável com base em um determinado conjunto de fatores individuais do paciente, analisando se a forma de imposição da medida será eficaz para o tratamento terapêutico do agente. Há de se considerar, conforme pontuações do doutrinador, as condições do indivíduo e sua periculosidade, não bastando, por si só, a aplicação do tratamento ambulatorial com base na pena prevista (detenção).

O tratamento ambulatorial é uma espécie de medida de segurança, prevista no art. 96, inc. II, do Código Penal, destinado aos inimputáveis ou semi-imputáveis que cometeram delito previsto com pena de detenção, segundo art. 97, *caput*, do Código Penal. Neste caso, o indivíduo usufruirá de atendimento em hospital destinado para esse fim, comprometendo-se em comparecer nos encontros previstos (PRADO, 2014).

Carvalho (2013, p. 507) explica que “a principal característica do tratamento ambulatorial é a imposição do acompanhamento médico-psiquiátrico sem a obrigatoriedade de que o paciente permaneça recluso na instituição”. Ou seja, o indivíduo submetido a este tipo de tratamento fica em condição livre, porém deve comparecer sempre que estipulado.

O tratamento ambulatorial, segundo art. 101 da Lei de Execuções Penais, deve ser cumprido no hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e, na falta desta instituição, em outro local médico adequado. Ocorre que a lei em momento algum explica qual seria o “outro estabelecimento adequado”, nem o caracteriza. A Lei de Execuções Penais, na verdade, é muito superficial ao falar dos estabelecimentos para o cumprimento da medida de segurança (BITENCOURT, 2014).

Também há a possibilidade prevista no art. 97, § 4º, do Código Penal que, segundo Prado (2014), é substituir o tratamento ambulatorial pela internação em hospital de custódia, toda vez que houver necessidade para o fim terapêutico do indivíduo. Nestas condições, segundo o autor, ocorre a necessidade de uma maior intervenção, de forma que as condições pessoais do agente clamam por uma espécie de medida de segurança que seja mais presente, já que o tratamento ambulatorial é mais liberal.

Segundo Bonfim e Capez (2004), o prazo para cumprimento mínimo é de um a três anos, não havendo previsão de prazo máximo, perdurando a situação até a cessação da periculosidade, conforme art. 97, §1º, do Código Penal. Ainda, os autores afirmam que a constatação sobre o grau de periculosidade é feita através de perícia médica, após decorrido o prazo mínimo estipulado ou até mesmo antes do prazo mínimo, quando o juiz da execução estipular a necessidade, fato previsto no art. 176 da Lei de Execuções Penais.

Os autores acima mencionados também ressaltam que o tratamento ambulatorial é espécie de medida de segurança facultativa, de forma que deve ser aplicada, desde que constatadas as condições favoráveis dos agentes. Nos casos de maior potencial de periculosidade, poderá ser aplicada a internação.

Vale lembrar que o paciente pode contratar médico particular, quando assim entender necessário, para acompanhar e sugerir o tratamento. Sempre que houver divergência entre o médico da instituição e o médico pessoal, o juiz da execução resolverá o conflito, conforme disposto no art. 43 da Lei de Execuções Penais (TRISTÃO, 2001).

Prado (2014) acrescenta que o tratamento ambulatorial é aplicado, porém a internação em hospital de custódia é a regra, sendo necessária, também, quando evidente a urgência em tratamento mais intenso, não sendo adequada uma condição liberal, que poderá acarretar em riscos.

Por isso que há uma crítica de Carvalho (2013, p. 508), conforme se vê:

A previsão em abstrato de forma reclusiva ou detentiva como critério único de definição da espécie de medida de segurança a ser cumprida não parece estar adequada ao postulado constitucional que determina ao julgador a individualização da sanção penal (medida de segurança). Note-se que, em relação às penas, a fixação do regime ou a possibilidade de substituição por pena restritiva de direitos independe da espécie de privação de liberdade prevista em lei. Assim, o tipo de regime (aberto, semiaberto ou fechado) e a espécie da sanção (privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa) estarão subordinados aos critérios judiciais expostos motivadamente na sentença (individualização da pena). A definição das espécies de medida a partir de um critério abstrato parece, portanto, estar em oposição à estrutura principiológica (constitucional e legal) que orienta a aplicação das sanções.

Assim, conforme explica o autor, há um erro em se considerar a espécie da medida apenas com base na punibilidade do crime. Isso porque se deve considerar que a pena está vinculada a individualização. Logo, a medida de segurança também merece atenção quanto a individualização para a aplicação da espécie.

Este doutrinador ainda expõe que mesmo a internação sendo a regra, deve-se considerar, quando caiba, o tratamento ambulatorial, já que este é menos prejudicial ao paciente. Isso tudo porque os locais de internamento, segundo o autor, possuem um claro aspecto punitivo idêntico ao das prisões, agindo de forma

negativa sobre os pacientes. Porém, o autor deixa claro que o tratamento ambulatorial deve ser aplicado, desde que legalmente possível.

Isso porque, conforme Bonfim e Capez (2004), a conversão de tratamento ambulatorial em internação é previsto pelo art. 97, § 4º, do Código Penal; porém, o contrário não é possível, pois não há previsão legal que trate do assunto. Outrossim, os autores informam que o Supremo Tribunal Federal já tem decidido que a gravidade do delito que fora cometido é sim a forma utilizada para diferenciar as duas espécies de medida, já que a periculosidade se encontra no indivíduo nas duas formas, tanto na internação como no tratamento, assim, não sendo ela que determina a maneira que será cumprida a medida de segurança.

Assim sendo, a aplicação da medida de segurança detentiva, que ocorre em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, é cumprida quando o delito cometido for punível com reclusão. Essa denominação de hospital de custódia foi utilizada pela Reforma Penal de 1984, sendo que, desde então, nada mudou de fato nas instituições que recebem os pacientes inimputáveis, permanecendo as características e estruturas dos manicômios judiciários (CARVALHO, 2013).

A Reforma Psiquiátrica de 2001 propõe a proibição de instituições com características manicomial. O objetivo da Reforma é a desinstitucionalização de locais exclusivos para tratamento psiquiátrico, que venham a acarretar na reincidência de tratamentos desumanos praticados nos hospícios. A solução estaria em um tratamento único de saúde mental em locais gerais, com especialidades psiquiátricas (CARVALHO, 2013)

Contudo, apesar da previsão do art. 99 do Código Penal estipular que a internação do paciente deve se dar em local com aspectos hospitalares, isso, de fato, não acontece, já que os manicômios possuem características mais semelhantes ao sistema carcerário (BITENCOURT, 2014).

Carvalho (2013, p. 506) explica o hospital de custódia nas seguintes palavras:

A internação psiquiátrica determina o cumprimento da medida de segurança em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTPs) ou outros estabelecimentos adequados com características similares. Em realidade, o modelo de internação compulsória se realiza nos chamados manicômios judiciários instituições totais com características asilares e segregacionistas

similares às penitenciárias. A forma penitenciária dos hospitais de custódia ou manicômio judiciais é reforçada na própria Lei de Execução Penal, que não apenas reserva pouco espaço para a descrição da estrutura destas instituições como, em relação ao ambiente e à infraestrutura material, remete explicitamente ao modelo carcerário.

Logo, segundo o autor, tem-se que os hospitais de custódia possuem tendência a abrigar os pacientes em estruturas semelhantes às prisões. Desta forma, o local não é adequado e muito menos conseguirá cumprir com o seu papel de reabilitação do paciente. O doutrinador ainda demonstra a falha da Lei de Execuções Penais que pouco trata do assunto, não explicando a forma ou estrutura que seriam adequadas ao tratamento dos doentes mentais.

O art. 99 do Código trata do direito do internado, que deve cumprir sua medida de segurança em local com aspectos hospitalares, sendo submetido a tratamento. Esse artigo tem a intenção de resguardar que o inimputável fique em condições anômalas, semelhantes ao sistema carcerário (BITENCOURT, 2007).

Esta é a grande dificuldade do sistema brasileiro, em trazer características hospitalares adequadas aos hospitais de custódia. Por esse motivo a Lei 10.216/01, conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, foi implantada com intuito de resguardar maiores direitos aos internados, de forma a valorizar políticas públicas para a desinstitucionalização dos manicômios, através de uma nova lógica de tratamento psiquiátrico (CARVALHO, 2013).

Primeiramente, a Lei 10.216/01 busca igualdade no tratamento, conforme cita Carvalho (2013, p. 530):

Neste cenário, não se vislumbra qualquer motivo que justifique tratamento diferenciado entre os usuários comuns dos serviços de saúde mental e aqueles que praticam delitos. Com o advento da Lei da Reforma Psiquiátrica, independentemente da via de acesso aos serviços públicos de saúde mental (internação voluntária, involuntária ou compulsória), o tratamento prestado deve ser equânime e regido pela mesma lógica da desinstitucionalização.

Assim, segundo a exposição do autor supramencionado, a Lei 10.216/2001 busca maneiras alternativas de cuidados psiquiátrico, diverso da internação manicomial. Desta forma, ainda conforme o mesmo autor, sendo constatado que o

agente criminoso portador é doença mental, deve possuir a mesma via de tratamento.

A Reforma Psiquiátrica agrega a ideia de tratamento em local menos agressivo, considerando as hipóteses de assistência comunitária ou, havendo a necessidade de internação, que essa seja feita em hospitais normais, com área especializada na psiquiatria, a fim de evitar que as instituições unicamente manicomiais continuem existindo (CARVALHO, 2013).

Por fim, a necessidade de modificação nas instituições destinadas ao tratamento do portador de sofrimento psíquico demonstra a desqualificação na finalidade da medida de segurança. Outrossim, a falta de estrutura nestes locais, associados a perpetuidade da internação, acarreta em um tratamento desumano.

4 A MEDIDA DE SEGURANÇA E O PRAZO INDETERMINADO

A medida de segurança possui uma característica muito marcante e penosa, que é a perpetuidade da sanção penal. Em contrapartida, tem-se que o indivíduo, que está sendo submetido à medida, não pode permanecer para sempre sob o poder do Estado, privando-o de sua liberdade.

Neste sentido, tem-se que a periculosidade do agente é o principal fator que vincula o indivíduo à medida por tempo indeterminado. Isso porque, segundo nosso ordenamento vigente, enquanto não cessada a periculosidade do autor, este permanecerá submetido à medida de segurança, a fim de evitar futuras delinquências, como ver-se-á mais explicitamente a seguir.

Por apresentar a possibilidade do indivíduo permanecer indefinidamente internado, há uma direta violação aos princípios constitucionais, principalmente, quanto à vedação da pena perpétua, prevista no art. 5º, XLVII, alínea b, da Constituição Federal.

Logo, essa perpetuidade no sistema penal acarreta em um caráter retributivo da sanção penal. A medida de segurança, que deveria ter um fim preventivo, a fim de tratar o indivíduo para sua volta ao convívio social, acaba por ser uma forma de punição pelo fato cometido.

Diante o exposto, os posicionamentos dos Tribunais Superiores são incontroversos quanto a impossibilidade do agente inimputável permanecer internado indefinidamente. Assim, cada Corte adequa o tempo que julga necessário e, dentro dos limites do direito, para o cumprimento da medida de segurança.

4.1 A periculosidade do agente como fator determinante

A periculosidade é o fundamento da aplicação da medida de segurança. É sobre ela que está associado o tempo da internação ou do tratamento ambulatorial que o agente será submetido. Para constatar a periculosidade do agente, deve ser o agente submetido ao incidente de insanidade mental, que é realizado quando há dúvida suficiente da sua integridade mental, podendo ser requisitado de ofício, pelo Ministério Público ou pela defesa, conforme art. 149 do Código de Processo Penal. Através do incidente é realizado exame médico, que, caso ateste a incapacidade mental, submeterá o agente à medida de segurança (NUCCI, 2014).

Assim, para que a medida de segurança seja aplicada, deve-se averiguar, primeiramente, o grau de periculosidade do paciente, através do incidente de insanidade mental, conforme demonstra Carvalho (2013, p. 502):

O instrumento de averiguação da periculosidade do autor do fato previsto em lei como crime é o incidente de insanidade mental, procedimento regulado pelo Código de Processo Penal. O incidente pode ser requerido em qualquer fase da persecução penal (fase de inquérito ou instrução processual) e a sua instauração suspende o processo (art. 149, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal). Segundo o art. 149, caput, do estatuto processual, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará de ofício ou a requerimento das partes o exame médico-legal (perícia psiquiátrica). Cabe, pois, ao médico legista (psiquiatra forense) a tarefa de atestar o grau de periculosidade do autor do fato. Periculosidade entendida, na sistemática dos Códigos Penal e de Processo Penal, como um estado de antissociabilidade que permite realizar um juízo de probabilidade de delinquência futura baseado nos déficits psíquicos do periciando.

Ou seja, conforme explica o autor acima, o incidente de insanidade mental é o procedimento ao qual o paciente é submetido, para atestar a (in) capacidade mental do autor, que poderá ser realizado em qualquer momento. Assim, ainda no entendimento do doutrinador, através dessa perícia médica é constatado o grau de periculosidade do autor, sendo que sua internação ou tempo de tratamento perdurará enquanto perdurar a potência do perigo.

Nucci (2014, p. 324) explica o procedimento do incidente de insanidade mental:

Em apartado, o juiz formará o incidente, baixando portaria e nomeando curador ao acusado, se já não o tiver, podendo recair a mencionada nomeação a pessoa de seu advogado. Suspende-se o curso do processo principal – sem que haja a suspensão da prescrição -, possibilitando ao Ministério Público e à defesa a apresentação de quesitos, a ser respondidos pelo perito judicial. Logicamente, diligências indispensáveis serão realizadas, desde que apurada a sua urgência.

Assim, conforme o doutrinador acima, instaurado o incidente de insanidade mental, o processo principal fica suspenso, aguardando a resposta da perícia médica, a fim de estipular que tipo de sanção será aplicada, a pena ou a medida de segurança.

Por outro lado, embora não haja prazo máximo para a medida, já que a periculosidade é o fator determinante para isso, há um prazo mínimo a ser respeitado, que será de um a três anos, conforme estipulam os arts. 97, § 1º e 98º, ambos do Código Penal. Este tempo mínimo está atrelado ao grau de periculosidade do agente. Ou seja, o tempo mínimo varia de acordo com o estado de perigo do agente que, quanto maior, maior também será o prazo mínimo a que ficará submetido a medida de segurança. Nesse sentido, o tempo mínimo da medida não está ligado à pena e sua duração, já que, quando constatada a inimputabilidade, o agente não passa pela dosimetria, de forma que não é calculada a privação de liberdade, já que não será aplicada pena (PRADO, 2014).

Neste sentido, cabe ao juiz estipular tempo mínimo de um a três anos, conforme art. 97, § 1º, do Código Penal, há uma possibilidade do paciente se recuperar da doença antes deste prazo estipulado. Sendo assim, considera-se inviável também a propositura de tempo mínimo, pois cessada a periculosidade em tempo inferior, deverá o agente permanecer internado e submetido a sanção penal, mesmo que não necessite mais do tratamento (CARVALHO, 2013).

Para os autores Bonfim e Capez (2004, p. 698) a periculosidade “é a potencialidade para praticar ações lesivas. Revela-se pelo fato de o agente ser portador de doença mental”. Ainda, explicam os autores, nos casos de inimputáveis a periculosidade é presumida, desta forma, havendo laudo médico deverá o agente ser submetido a medida. Já para os semi-imputáveis, os autores alegam que a periculosidade é real, devendo, ainda que constatada deficiência mental, ser analisado se é caso de medida ou pena.

Já Carvalho (2013, p. 502), explica a periculosidade como:

O reconhecimento do estado de periculosidade (fundamento de aplicação da medida de segurança) produz significativos efeitos sancionatórios. Em razão de a periculosidade ser entendida como um estado ou um atributo natural do sujeito – o indivíduo carrega consigo uma potência delitiva que a qualquer momento pode se concretizar em um ato lesivo contra si ou contra terceiros -, a resposta estatal não pode ser determinada ex ante. Se a pena é fixada por meio de um extenso procedimento judicial (art. 59 do Código Penal) e a sua execução é expressamente limitada no tempo (art. 75, do Código Penal), a finalidade curativa do tratamento realizado no cumprimento da medida impede estabelecer prazos de duração.

O autor supramencionado explica a periculosidade praticamente como uma característica de certos indivíduos, que quando presente, faz com que estes possuam uma tendência natural a prática delituosa. Assim, esse doutrinador demonstra que é inviável estipular um prazo máximo para o cumprimento da medida de segurança, já que ela tem a finalidade de tratar o doente mental, ou seja, o tratamento não pode ser diagnosticado com tempo certo para que o paciente possa voltar a viver em sociedade, tudo dependerá da resposta de como o próprio indivíduo vai reagir.

Periculosidade deve ser um requisito para que seja aplicada a medida de segurança, entendida como:

b) Periculosidade do agente – É indispensável que o sujeito que praticou o ilícito penal típico seja dotado de periculosidade. Periculosidade pode ser definida como um estado subjetivo mais ou menos duradouro de antissociabilidade. É um juízo de probabilidade – tendo por base a conduta antissocial e a anomalia psíquica do agente – de que este voltará a delinquir. O Código Penal prevê dois tipos de periculosidade: 1) periculosidade presumida – quando o sujeito for inimputável, nos termos do art. 26, caput; 2) periculosidade real – também dita judicial ou reconhecida pelo juiz, quando se tratar de agente semi-imputável (art. 26, parágrafo único), e o juiz constatar que necessita de “especial tratamento curativo” (BITENCOURT, 2014, p. 860).

Conforme se vê, o autor supramencionado cita os dois tipos de periculosidade, divididos em real, quanto ao semi-imputável; e presumida, quanto aos inimputáveis. A periculosidade é caracterizada, para o doutrinador, como uma conduta antissocial e a presença de distúrbio mental.

É essa periculosidade que vincula o agente a medida de segurança por prazo indeterminado, já que o paciente deve permanecer internado ou sob tratamento

ambulatorial pelo tempo que durar suas características antissociais e sua incapacidade mental, que acarretem em possibilidade de delinquência futura. A medida de segurança tem a finalidade curativa, sendo assim, enquanto o paciente não estiver apto a conviver em sociedade sem causar perigo, deve permanecer sob os cuidados da instituição acolhedora (CARVALHO, 2013).

Contudo, há uma exceção ao prazo mínimo da medida de segurança, quando verificado que o paciente já está apto ao convívio social, a defesa ou o Ministério Público pode requisitar a perícia médica antes de um ano, conforme art. 176 da Lei de Execuções Penais (PRADO, 2014).

Ainda explica o doutrinador acima que o prazo indeterminado da medida de segurança está argumentado pela impossibilidade de estipular, previamente, o tempo que será necessário para o tratamento do inimputável ou semi-imputável.

Para que o agente seja posto em liberdade, deve haver a cessação da periculosidade, constatada através de exame médico, conforme vejamos:

A determinação legal é de que o exame seja realizado no fim do mínimo fixado na sentença e, posteriormente, de ano em ano. Mas esse é o exame legal obrigatório. No entanto, o juiz da execução pode determinar, de ofício, a repetição do exame, a qualquer tempo. Cumpre ressaltar, para evitar equívocos, que a determinação oficial, a qualquer tempo, só pode ocorrer depois de decorrido o prazo mínimo, isto, o juiz só pode determinar de ofício, a *repetição* do exame. Antes de escoado o prazo mínimo, referido exame somente poderá ser realizado mediante provocação do Ministério Público ou do interessado (procurador ou defensor), nunca de ofício. Tanto a provocação quanto a decisão devem ser devidamente fundamentadas (BITENCOURT, 2014, p. 867-868).

Neste sentido, o doutrinador explica que o exame médico é feito de ano em ano, após o término do tempo mínimo estipulado na sentença. Esse exame é realizado a fim de constatar o grau de periculosidade do agente e, se possível, determinar sua desinternação ou liberação condicional.

Se constatada na perícia médica a cessação da periculosidade do paciente há, primeiramente, a suspensão da medida de segurança. Isso porque, durante um ano, o paciente fica sob liberdade condicional. Assim, passado este um ano sem que o agente tenha praticado fato que demonstre a presença da periculosidade, é então revogada a medida de segurança. Fala-se em desinternação, quando o agente

estava cumprindo sanção de internamento, e liberação condicional, quando o indivíduo estava submetido a tratamento ambulatorial (PRADO, 2014).

Assim, a imprevisão do tempo máximo em que o paciente ficará submetido à medida de segurança acarreta na falta de direitos destinados aos portadores de doença mental. Nesse sentido:

“Todavia, esta relativa simplicidade não significa garantia em termos de eficácia da tutela dos direitos fundamentais dos portadores de sofrimento psíquico contra eventuais abusos e excessos. Pelo contrário, a inexistência de um procedimento claro para a determinação, p. ex., da quantidade mínima e máxima da medida de segurança, cria uma situação de vácuo na qual as lógicas manicomial e punitiva se inserem. Ademais, os Tribunais ainda são bastante reticentes – salvo raras exceções – em reconhecer o impacto da Lei n. 10.216/2001 no sistema de medidas de segurança (CARVALHO, 2013, p. 510).

É assim que, segundo o autor acima mencionado, a medida de segurança deixa o agente em situação desvantajosa, já que não tem direitos e garantias quanto a sanção a que é submetido, não sabendo, nem ao menos, o tempo em que ficará internado ou sob tratamento.

Desta forma, a indeterminação do prazo máximo da medida de segurança ocasiona uma série de violações aos princípios constitucionais, já que ao portador de doença mental não é assegurado proteção, sendo submetido a tratamento degradante, em virtude da perduração em estabelecimento, sem que haja previsão de sua liberdade.

4.2 A violação aos princípios protetores da dignidade humana

Embora a medida de segurança seja um assunto ignorado pela Constituição, há que se considerar que os princípios constitucionais destinados à pena devem ser equiparados à medida de segurança, já que ambas são espécies de sanções penais, que possuem características próximas de resposta ao crime (BITENCOURT, 2014).

Nesse sentido, também leciona Carvalho (2013, p. 504):

O uso do direito comparado como fonte orientará inúmeras críticas ao sistema brasileiro e permitirá projetar interpretações que confiram um mínimo de garantia às pessoas submetidas às medidas de segurança. Isso porque, em face do caráter aflitivo das medidas de segurança, é fundamental que os direitos e garantias que constituam o estatuto jurídico dos imputáveis sejam ampliados aos portadores de sofrimento psíquico, sobretudo após a publicação da Lei de Reformas Psiquiátricas (Lei n. 10.216/2001), que impõe aos Poderes constituídos o dever de criar mecanismos humanitários de desinstitucionalização manicomial.

Segundo este doutrinador, a Constituição é omissa quanto aos princípios norteadores da medida de segurança. Assim, o autor considera que se deva interpretar que os direitos aplicados às penas devem ser entendidos como os direitos concedidos ao conjunto das sanções penais; então englobadas as penas, medidas de segurança, e até mesmo as medidas socioeducativas.

Um dos princípios constitucionais mais valorosos é o princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal, que se conceitua com a seguinte importância:

Certo é que o princípio da dignidade humana deve nortear as normas infraconstitucionais. Logo deve ser observado nos atos de interpretação, aplicação e elaboração das normas jurídicas, isto porque a própria Constituição Federal, ao assegurar direitos e garantias individuais, bem como, o direito social aos brasileiros, impôs a consideração do princípio da dignidade como vetor maior. É impossível falar em direito à saúde, à educação, à segurança, ao trabalho e a muitos outros, sem mencionar o direito à dignidade que será efetivamente observado quando os demais forem respeitados. A dignidade é essencial, e a vida só vale a pena quando é vivida com dignidade, condição inerente ao ser humano (SILVA, 2009, p. 52).

Conforme se vê, a doutrinadora acima explica que o princípio da dignidade da pessoa humana é um direito do indivíduo de ser tratado igualitariamente, tanto que as legislações devem observar este princípio, a fim de garantir a dignidade em primeiro lugar.

É neste prisma que se encontra divergência entre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a medida de segurança, uma vez que este princípio é violado pelo prazo indeterminado das medidas. Primeiramente pela falta de igualdade de tratamento entre os imputáveis e inimputáveis, já que aqueles, quando condenados a pena, possuem o conhecimento do tempo em que ficarão em cárcere. Já os inimputáveis, ficam sujeitos à medida de segurança, sem conhecimento de

quanto tempo perdurarão nos estabelecimentos de hospitais de custódia (PRADO, 2014).

Desta forma, segundo Silva (2009), a medida de segurança e seu tratamento desigualitário com as penas acarreta em uma afronta a dignidade da pessoa humana, já que aos portadores de sofrimento psíquico não é destinado cuidados que estão vinculados à pena.

Assim, ainda conforme entendimento da autora supracitada, importante salientar que o Estado e seu sistema de punir devem, acima de tudo, resguardar os direitos à dignidade do indivíduo que está sendo submetido a uma sanção penal, de forma que há sim como preservar os direitos do agente criminoso e conciliá-los com o sistema penal. É neste sentido que leciona Silva (2009, p. 53, grifo do autor):

O Estado Democrático de Direito brasileiro possui sistema penal fundado na dignidade da pessoa humana como valor máximo, a que deve buscar sempre observar como vetor no exercício do *jus puniendi*, além, é claro, da atenção aos direitos humanos como mecanismo de limitação do poder punitivo estatal. É um equívoco afirmar que o respeito à dignidade humana e aos direitos humanos constitui contraponto a um sistema penal eficiente, uma vez que é a certeza de punição isonômica que freia a criminalidade e não, o desrespeito à pessoa humana e a seus direitos.

Conforme Silva (2009), o princípio da dignidade humana é o de maior importância no ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Assim, este princípio deve ser valorado e observado perante as demais normas, de forma a ser compatível com o ordenamento jurídico, conforme:

Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a ser alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agente públicos ou particulares, mas também vislumbra numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados (SOARES, 2010, p. 149).

Ademais, conforme o autor supracitado, toda a forma processual e, no caso da medida de segurança, sua execução, deve estar baseado em proporcionar um mecanismo digno ao indivíduo que está sendo submetido ao tratamento. Neste sentido:

Com efeito, principiologia constitucional exerce influência no campo processual, de molde a tornar o processo um fenômeno confiável, efetivo, seguro, célere, parcimonioso, equitativo, visto que o processo deve estar pautado nos princípios constitucionais processuais, bem como nas garantias constitucionais asseguradas ao cidadão, tendentes a materializar o valor da dignidade da pessoa humana e, portanto, o direito justo (SOARES, 2010, p. 185).

Outrossim, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana norteador dos demais princípios, tem-se claro que a violação direta a ele acarreta, conseqüentemente, uma afronta aos demais princípios constitucionais (PRADO, 2014).

Ademais, há também afronta ao princípio constitucional da reserva legal. Nesse sentido:

Não resta a menor dúvida quanto à submissão das medidas de segurança ao *princípio da reserva legal*, insculpido nos arts. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal, referentes ao crime e à pena. Todo cidadão tem o direito de saber antecipadamente a natureza e duração das sanções penais – pena e medida de segurança – a que estará sujeito se violar a ordem jurídico-penal, ou, em outros termos, vige também o princípio da anterioridade legal, nas medidas de segurança (BITENCOURT, 2014, p. 859, grifo do autor).

Assim, percebe-se que Bitencourt (2014) também considera a imprevisão do tempo máximo da medida de segurança uma afronta a reserva legal. Isso porque, assim como o condenado, o inimputável tem direito de conhecer o tempo de duração da sua sanção penal.

O art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal prevê o princípio da legalidade, estipulando que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Este princípio se divide em três outros princípios, que são a reserva legal, a taxatividade e a irretroatividade da pena. O princípio da reserva legal, citado anteriormente, estipula que somente será punida conduta que tenha tipo legal cominado (SILVA, 2009).

Entre essas violações constitucionais, deve-se salientar que há uma outra ainda mais marcante, sendo a que atenta à vedação da perpetuidade da pena, prevista no art. 5º, XLVII, alínea b, da Constituição Federal. Embora o texto constitucional fale de pena, já ficou claro que a Carta Magna é omissa quanto as medidas de segurança, motivo pelo qual se considera a pena como um sinônimo de

sanção penal (CARVALHO, 2013).

Sobre a pena perpétua:

No entanto, não se pode ignorar que a Constituição Federal 1988 consagra, como uma de suas cláusulas pétreas, a proibição de prisão perpétua; e como *pena e medida de segurança* não se distinguem ontologicamente, é lícito sustentar que essa previsão legal – vigência por prazo indeterminado da medida de segurança – não foi recepcionada pelo atual texto constitucional. Em trabalhos anteriores sustentamos que em obediência ao postulado que proíbe a prisão perpétua *dever-se-ia*, necessariamente, limitar o cumprimento das medidas de segurança a prazo não superior a trinta anos, que é o lapso temporal permitido de privação da liberdade do infrator (art. 75 da CP) (BITENCOURT, 2014, p. 863, grifo do autor).

Conforme se vê do entendimento do autor, a Constituição prevê a impossibilidade de pena perpétua. Contudo, o doutrinador ressalta que o prazo indeterminado da medida de segurança possui as características da perpetuidade, uma vez que o indivíduo permanece coercitivamente em instituição estatal, privado de sua liberdade, cumprindo uma sanção penal que embora não seja considerado pena, possui caráter de pena.

Outrossim, salienta-se que aos imputáveis e inimputáveis são destinados tratamentos que, além de diferentes, trás consequências mais negativas ao doente mental. Isso porque há uma afronta ao princípio da isonomia, que prevê igualdade de tratamento, no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal e art. 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (CARVALHO, 2013).

Há de se considerar que o legislador deve observar atentamente este princípio no momento de criar as Leis, a fim de evitar tratamentos desiguais entre as pessoas, podendo causar prejuízos para alguém. Neste sentido é que leciona Silva (2009, p. 60) “A isonomia deve ser buscada na elaboração das leis, bem como, na aplicação igualitária da lei para todos. A atividade legislativa deve observar o princípio da igualdade para evitar o aumento das desigualdades materiais”.

Um exemplo do tratamento desigual e até mesmo prejudicial ao doente mental é o seguinte:

Imagina-se, p. ex., uma situação de prática de furto simples em concurso de agentes por uma pessoa imputável e uma inimputável, ambos primários, com bons antecedentes, confessos e menores de 21 (vinte e um) anos na

época do fato. Na sentença condenatória do imputável, o juiz aplicaria a pena, dosando as circunstâncias judiciais e legais. Em razão dos elementos expostos (confissão, menoridade, bons antecedentes e primariedade), dificilmente a pena definitiva ficaria acima do mínimo legal cominado ao furto qualificado pelo concurso de agentes que é 2 (dois) anos (art. 155, § 4º, do Código Penal). Ao inimputável, porém, restariam três hipóteses quanto à duração máxima da medida de segurança: (a) tempo indeterminado pelo critério do art. 97, § 1º, do Código Penal; (b) limitação de 30 (trinta) anos conforme a diretriz do Supremo Tribunal Federal de aplicação do art. 75 do Código Penal; (c) tempo máximo da pena abstratamente cominada ao delito, no caso 8 (oito) anos (art. 155, § 4º, do Código Penal), nos termos da incipiente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (CARVALHO, 2013, p. 514).

No caso acima, conforme demonstra o autor, em qualquer das hipóteses de aplicação do prazo da medida de segurança ao inimputável, este saíra em prejuízo quanto ao outro indivíduo que cometeu o mesmo delito. Na ideia do doutrinador, há clareza em se demonstrar que o inimputável, de qualquer forma, cumprirá tempo superior da sanção penal do que o imputável.

A fim de solucionar o problema do prazo indeterminado, os doutrinadores apostam em algumas formas de determinar o tempo de internação ou tratamento ambulatorial na medida de segurança; sendo uma delas a tentativa de enquadrar a pena com a cominada em abstrato. Nesta hipótese o portador de sofrimento psíquico permaneceria submetido à medida pelo tempo previsto em abstrato para o delito (CARVALHO, 2013).

Conforme Bitencourt (2014), a solução se daria em enquadrar a medida de segurança dentro do prazo de trinta anos, que é o tempo estipulado como limite máximo para o cumprimento de pena. Neste pensamento do autor, se a pena não pode ter duração maior que trinta anos, conforme o art. 75 do Código Penal, a medida de segurança também não poderá ultrapassar esse limite, já que a pena e a medida de segurança são espécies de sanções penais.

Desta forma, embora a Constituição seja relapsa quanto a medida de segurança, há uma afronta aos princípios constitucionais da pena, havendo uma grande desigualdade de tratamento entre os imputáveis e inimputáveis. Outrossim, a presença do tempo indeterminado, por si só, trás significativas características retributivas à medida de segurança, já que a sanção penal acaba possuindo uma finalidade punitiva, e não curativo, como deveria ser.

4.3 Os vestígios de um aspecto retributivo

A medida de segurança não é considerada uma pena, logo, sua finalidade também é adversa desta. Na medida, o agente inimputável não está cumprindo uma punição, pois sua ausência de culpabilidade se dá em decorrência da incapacidade de compreensão e entendimento para se portar de acordo com as normas. Neste sentido, não lhe cabe punir por um fato que não é capaz de compreender. Por outro lado, mesmo inimputável, a prática de fato delituoso, típico e antijurídico, não permite que o indivíduo permaneça em liberdade, com a grande probabilidade de voltar a delinquir. É nesse sentido que a medida de segurança é aplicada, com finalidade de tratar o indivíduo e ressocializá-lo (CARVALHO, 2013).

Contudo, ainda conforme o autor supracitado, as características de um sistema ainda manicomial e, principalmente, a indeterminação do prazo máximo, acarretam em uma similaridade com o caráter punitivo das penas.

Nesse sentido, tem que o modelo de retribuição, enquadrado dentro das teorias absolutas da pena, consiste em uma intenção estatal única e exclusivamente de punir o delinquente pelo crime cometido. Essa ideia vem, primordialmente, das concepções de Kant e Hegel, que tinham a pena como um meio punitivo. Contudo, Hegel possuía uma formação mais jurídica, de buscar a pena como resposta ao direito que foi violado, o que se equipara um pouco com o modelo atual (PRADO, 2014).

Carvalho (2013, p. 53) explica as teorias absolutas conceitualmente:

As teorias absolutas da pena (ou teorias retributivistas) sustentam-se, fundamentalmente, no modelo iluminista do contrato social, no qual o delito é percebido como uma ruptura com a obrigação contratual, configurando a pena uma indenização pelo mal praticado. A relação entre crime e pena se estabelece a partir de uma noção de dívida, e a lógica obrigacional fixa a necessidade de reparação do dano em razão do inadimplemento (descumprimento das regras sociais). O poder de punir expressa, pois, como um direito/dever do Estado exercido por meio da expropriação forçada de algo de valor quantificável.

Conforme explica o autor acima, na teoria absoluta, a pena é vista como uma resposta repressora do Estado contra o indivíduo delinquente. Não há, sob este

aspecto, preocupação com o agente, sendo que o crime cometido permite que o poder estatal julgue e condene o indivíduo, privando-o de algo muito valioso, como explica o doutrinador. Neste sentido, o doutrinador explica que nada pode ser mais precioso e, mais punitivo, que privar o agente delituoso de sua própria liberdade.

Bitencourt (2014) explica a teoria absoluta como um meio de fazer justiça, usando o indivíduo delituoso como instrumento para buscar essa idealização. O doutrinador demonstra que não há preocupação futura com a aplicação da pena, nem uma alternativa mais humana, a pena é vista apenas como um “castigo”, uma forma de fazer o mal e reprimir o acontecido.

Esse caráter retributivo ganha força na medida de segurança uma vez que o indivíduo submetido a esta sanção penal enfrenta muitas afrontas constitucionais, violações de princípio e possibilidade de perpetuidade na medida de segurança. Sob esse prisma, há grandes aspectos de que a sanção está apenas punindo um mal praticado (CARVALHO, 2013).

Sobre a teoria da retribuição e a aplicação nos tempos atuais:

Na atualidade, a ideia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade (PRADO, 2014, p. 446).

Como explica o autor acima, o modelo de retribuição hoje não está mais ligado a ideia de castigo, mas sim a punir equitativamente pelo fato delituoso cometido. Ou seja, o autor demonstra que a pena vai ser equivalente ao delito. O que o doutrinador buscou explicar é que a retribuição, no atual ordenamento jurídico, não deixa de ser uma resposta do Estado contra o crime, mas é uma forma menos cruel e tortuosa.

O modelo que se enquadra à medida de segurança, na teoria, é o da prevenção, que, ao contrário da teoria absoluta, não busca retribuir o mal causado, mas sim prevenir a prática de infrações delituosas. A prevenção se subdivide em duas principais formas, que são: a geral e a especial. De forma simples, a maior característica que divide as duas é que, na prevenção geral, a preocupação é de

prevenir a sociedade; já na prevenção especial, o enfoque é o próprio criminoso (BITENCOURT, 2014).

Prado (2014) faz a divisão da prevenção geral em outras duas ramificações, a positiva e a negativa. Segundo este doutrinador, a prevenção positiva está ligada a ideia de ensinar às pessoas as normas, que conseqüentemente terão certeza que essa se aplicará assim que violada, sendo o objetivo final deste tipo de prevenção a aplicação, no caso concreto. Por outro lado, Bitencourt (2014) explica a prevenção geral negativa como uma maneira de afastar a criminalidade através de impor medo às pessoas. No sentido em que o autor demonstra, a pena seria utilizada como uma forma de assustar as pessoas, a fim de que não cometam ilícitos.

Contudo, é na teoria da prevenção especial que a medida de segurança se enquadraria por sua finalidade, embora não consiga alcançá-la, já que seu meio de execução acaba por trazer características punitivas. Isso porque a prevenção especial é o meio que se dirige ao delinquente, a fim de tratá-lo e ressocializá-lo (CARVALHO, 2013).

Assim, segundo Bitencourt (2014, p. 154) “A prevenção geral não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais”. Embora o autor cite que a preocupação da prevenção especial é o indivíduo delituoso, também explica que a teoria também tem um aspecto de preocupação com a norma atingida, mais do que com a ressocialização da pessoa.

Desta forma, conforme explica o autor supracitado, a prevenção especial possui uma finalidade mais social da pena, através de atenção direta ao delinquente, claro, sempre visando, primordialmente, o bem da sociedade. Contudo, leciona o doutrinador, que através da prevenção especial, o estado impõe a pena com a tentativa de que este indivíduo torne-se apto ao convívio social, assim que prontamente liberado.

Por fim, entende-se que, embora seja esta a teoria da pena mais próxima a finalidade que a medida de segurança busca, que é a de um tratamento curativo a fim de que o indivíduo possa voltar à sociedade; as características da perpetuidade

da sanção acabam transformando a medida em uma punição ao portador de doença mental, que fica submetido ao poder estatal e o sistema penal, sem previsão de alta médica (CARVALHO,2013).

Por esses motivos, os Tribunais tem se posicionado quanto ao prazo indeterminado da medida de segurança, a fim de não violar os princípios constitucionais e, assim, não condicionar o agente ao sistema penal pela perpetuidade.

4.4 Os posicionamentos adotados pelos Tribunais quanto ao prazo na medida de segurança

A medida de segurança, e sua imprevisão de prazo máximo, possui uma clara afronta aos princípios constitucionais, principalmente a vedação da pena perpétua, prevista no art. 5º, XLVII, alínea b, da Constituição Federal. Logo, a impossibilidade de o internado permanecer submetido indefinidamente ao sistema penal, os Tribunais buscaram solucionar a questão da perpetuidade da medida (CARVALHO, 2013).

Segundo entendimento do STJ:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO. ART. 97, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PROVIDO. 1. Paciente preso em flagrante no dia 20/10/2010, por crime de lesão corporal cometido contra sua tia, sendo o flagrante homologado e convertido em prisão preventiva. 2. Prolatada sentença de absolvição imprópria, submetendo o réu ao cumprimento de medida de segurança por prazo indeterminado, foi interposta apelação, parcialmente provida, apenas para limitar o tempo máximo de cumprimento da medida de segurança ao máximo de 30 anos, nos termos do art. 75 do Código Penal. 3. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que o limite máximo da duração da medida de segurança é o mesmo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, com base nos princípios da isonomia e da proporcionalidade. 4. Habeas corpus não conhecido. Writ concedido, de ofício, para, fixando o prazo máximo de 3 anos para a medida de segurança, declarar o término do seu cumprimento. (HC 269377/ AL HABEAS CORPUS 2013/0124571-2, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 02/10/2014, publicado em: 13/10/2014).

Em síntese do caso, o paciente, submetido à medida de segurança, foi absolvido impropriamente pela prática de lesão corporal contra sua tia, crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal.

Conforme ementa do Habeas Corpus n.º 269.377, do estado de Alagoas, o paciente, representado pela Defensoria Pública, propõe a demanda, uma vez que o Tribunal de Justiça do estado, ao julgar a apelação, decretou que o tempo máximo da medida de segurança seria de 30 (trinta) anos, conforme art. 75 do Código Penal.

Neste sentido, o STJ, primeiramente, não conheceu o habeas corpus, por considerar que o remédio legal utilizado não deve ser utilizado para suprir o recurso adequado. Contudo, não deixou de se manifestar quanto ao prazo máximo da medida de segurança, em virtude da coação grave que o paciente havia sofrido. Assim, entendeu que o prazo máxima a ser aplicada na medida de segurança deve ser a pena cominada em abstrata para o delito que o paciente foi absolvido impropriamente. Sendo assim, concedeu a ordem de ofício para decretar o prazo máximo de três anos da medida de segurança, que é a pena abstrata da lesão corporal, com aumento do § 9º do artigo 129 do Código Penal.

Assim também posicionou-se o STJ na seguinte ementa:

PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. LIMITE DE DURAÇÃO. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Fere o princípio da isonomia o fato de a lei fixar o período máximo de cumprimento de pena para o imputável, pela prática de um crime, e determinar que o inimputável cumprirá medida de segurança por prazo indeterminado, condicionando o seu término à cessação da periculosidade. 2. Em razão da incerteza da duração máxima da medida de segurança, está-se claramente tratando de forma mais severa o infrator inimputável quando comparado ao imputável, para o qual a lei limita o poder de atuação do Estado. 3. O limite máximo de duração de uma medida de segurança, então, deve ser o máximo da pena abstratamente cominada ao delito no qual foi a pessoa condenada. 4. Na espécie, a paciente foi condenada por lesão corporal simples (art. 129, caput do Código Penal), cuja pena cominada é de detenção, de três meses a um ano. Não obstante, encontra-se internada em Instituto Psiquiátrico Forense desde 20.12.1993, ou seja, há quase 20 anos. 5. Ordem concedida para declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor da paciente, em razão de seu integral cumprimento.(HC156916/RS HABEASCORPUS 2009/0242735-5, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Relator(a) p/ Acórdão: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 19/06/2012, Publicado em: 01/10/2012).

Conforme ementa acima, de Habeas Corpus n.º 156.916, do estado do Rio

Grande do Sul, a situação é um pouco mais grave, uma vez que a paciente estava internada há quase 20 (vinte) anos, em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, pelo cometimento de delito previsto com pena de detenção de 03 (três) meses a 01 (um) anos.

O STJ, neste caso, mostrou a clara violação ao princípio constitucional da isonomia, que alega que todos devem ser tratados de forma igualitária. Contudo, no caso em tela, há uma afronta visível, já que a paciente foi absolvida impropriamente pela prática de lesão simples, com pena máxima de detenção de 01 (um) ano.

Primeiramente, se fosse o agente um imputável, teria cumprida pena restritiva de direito, caso possuísse os requisitos que permitisse ou, sendo o caso de prisão, começaria em regime aberto. Por outro lado, a paciente inimputável estava internada há 20 (vinte) anos em um estabelecimento. Conforme acórdão, a impetrante estava internada desde a data de 20.12.1993, sendo sentenciada em 27.12.2004.

Conforme se vê, há uma violação ao princípio da isonomia, uma vez que, em virtude do prazo indeterminado da medida de segurança, o inimputável é tratado de forma mais severa e prejudicial, ao aplicar o prazo máximo da pena de 30 (trinta) anos, conforme o art. 75 do Código Penal. Outrossim, poderia ter sido aplicada medida de segurança, na forma do tratamento ambulatorial, já que a pena prevista era punida com detenção.

Neste sentido, por maioria dos votos, foi concedido habeas corpus, determinando que a medida de segurança a que a impetrante estava submetida fosse declarada extinta, em virtude do seu integral cumprimento.

Assim também ocorreu no caso em tela da seguinte ementa do STJ:

PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. LIMITE DE DURAÇÃO. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Fere o princípio da isonomia o fato de a lei fixar o período máximo de cumprimento de pena para o imputável, pela prática de um crime, e determinar que o inimputável cumprirá medida de segurança por prazo indeterminado, condicionando o seu término à cessação da periculosidade. 2. Em razão da incerteza da duração máxima da medida de segurança, está-se claramente tratando de forma mais severa o infrator inimputável quando comparado ao imputável, para o qual a lei limita o poder de atuação do Estado. 3. O limite máximo de duração de uma medida de segurança, então, deve ser o máximo da pena abstratamente cominada ao delito no qual foi a pessoa condenada. 4. Na espécie, o paciente foi

condenado por tentativa de estupro, cuja pena máxima cominada é de reclusão de 6 anos e 8 meses. Não obstante, encontra-se internado há mais de 15 anos. 5. Ordem concedida para declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor do paciente, em razão de seu integral cumprimento. (HC 91602/SP HABEAS CORPUS 2007/0232120-2, Sexta Turma, Superior tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE). Relatora p/ Acórdão: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 20/09/2012, Publicado em: 26/10/2012).

Neste caso, Habeas Corpus n.º 91.602, do estado de São Paulo, o paciente, absolvido impropriamente e submetido a medida de segurança pela prática de estupro, na forma tentada (art. 214, *caput*, c/c art. 14, inc II, ambos do Código Penal), estava internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico há mais de 15 (quinze) anos. Contudo, há de se considerar que a pena em abstrato prevista para o delito é de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses.

Outrossim, foi salientado que o paciente, internado desde a data de 17.04.1998, não estava sendo submetido a perícia médica, a fim de atestar o grau de periculosidade do agente e uma possível liberação condicional, desde o ano de 2010. O Habeas Corpus foi julgado no ano de 2012.

Novamente, o STJ sustentou a violação ao princípio da isonomia, sendo aplicada sanção penal mais rigorosa ao inimputável que ao imputável. Perante tais argumentos, concedeu a ordem, por maioria, para decretar extinta a medida de segurança, pelo seu cumprimento integral.

Perante a análise dos casos apresentados, tem-se clara a posição do STJ, quanto a aplicação da pena cominada em abstrato para determinar o prazo máximo da medida de segurança. Outrossim, o STJ considera uma afronta constitucional da isonomia considerar o prazo de 30 (trinta) anos, uma vez que, muitas vezes, por um delito de menor complexidade, o paciente poderá ficar submetido a um prazo tão longo, como nos casos expostos.

Contudo, em posição contrária, o STF compreende que o prazo máximo a ser aplicado na medida de segurança deva ser aquele previsto para as penas, no art. 75 do Código Penal, de 30 (trinta) anos.

Nesse sentido, Habeas Corpus 97.621 do STF:

EMENTAS: AÇÃO PENAL. Réu inimputável. Imposição de medida de segurança. Prazo indeterminado. Cumprimento que dura há vinte e sete anos. Prescrição. Não ocorrência. Precedente. Caso, porém, de desinternação progressiva. Melhora do quadro psiquiátrico do paciente. HC concedido, em parte, para esse fim, com observação sobre indulto. 1. A prescrição de medida de segurança deve calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se-lhe o prazo com o início do seu cumprimento. 2. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. 3. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação. (HC 97621 / RS HABEAS CORPUS, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 02/06/2009).

Conforme o caso em tela, o paciente encontrava-se internado desde a data de 27.08.1981, pela prática de lesão corporal leve (art. 129 do Código Penal). Em 18.04.2008 foi determinada extinta a medida de segurança, devendo ser posto em liberdade dentro de um período de seis meses, contados da notificação do Diretor do Instituto a que o paciente estava recolhido.

O Ministério Público agravou da decisão, de forma que a defesa impetrou o referido habeas corpus, pedindo a desinternação do paciente, uma vez que não pode permanecer internado para sempre, calculando que o mesmo já cumpriu 27 anos da sanção penal.

Solicitou que, caso não fosse considerada prescrita, fosse concedida alta progressiva e assistida, a qual o Ministério Público permaneceu favorável.

O STF considerou que a prescrição da medida de segurança se dá pela aplicação do art. 109 do Código Penal, uma vez que se trata de espécie de sanção penal, assim como a pena. Em análise, considerou que não houve prescrição da pretensão executória, muito menos prescrição pela duração da medida, uma vez que ainda não atingiu o prazo máximo de 30 (trinta) anos. Assim, sobre o indulto, considerou que há possibilidade de aplicação, contudo, deve ser apreciado pelo Juízo de Execução da Comarca, motivo pelo qual remeteu os autos para apreciação do órgão.

Ante o exposto, tem-se clara a posição do STF, que declarou ser o prazo indeterminado uma fronta constitucional. Assim, estipulou para seus julgados o prazo máximo da medida de segurança como o período de 30 (trinta) anos. Por outro lado,

vale ressaltar que a Corte não considera a natureza e gravidade do delito para estipular o prazo e, muito menos, admite a prescrição em razão do cumprimento integral da medida a tempo inferior a este, o que faz com que o inimputável permaneça por um período muito longo, mesmo tendo praticado crime menos ofensivo.

5 CONCLUSÃO

O agente inimputável submetido à medida de segurança está exposto a uma sanção penal omissa aos direitos dos portadores de sofrimento psíquico. Embora a Lei n.º 10.216/2001 busque ampliar os benefícios aos tratamentos destinados aos doentes mentais e trazer medidas de desinstitucionalização manicomial, aqueles que estão destinados a cumprir a medida de segurança ainda não conquistaram essas melhorias.

Isso ocorre porque a medida de segurança possui uma característica muito semelhante ao sistema carcerário. Tanto nas estruturas dos hospitais de custódia, quanto na forma que o internado permanece sob privação total de liberdade. Contudo, em um aspecto, a medida de segurança consegue ser mais severa, quando se trata sobre o prazo indeterminado.

Quando da aplicação da medida de segurança, o juiz apenas sentencia o inimputável a um prazo mínimo que deverá permanecer sob tratamento, que corresponde a 01 (um) a 03 (três) anos, conforme art. 97, § 1º, do Código Penal. Por outro lado, não há previsão quanto ao prazo máximo, devendo ficar sujeito à medida de segurança enquanto não constatada a cessão da periculosidade.

Logo, há uma afronta a proibição de pena perpétua em nossa Constituição Federal, art. 5º, inc. XLVII, alínea b. Embora se saiba que a medida de segurança não é considerada uma pena, há uma adequação dos princípios constitucionais destinados à pena, considerando como princípios destinados às sanções penais, já que a Lei é omissa quanto a medida.

Desta forma, esta monografia se ocupou em apresentar, no primeiro capítulo, a forma como os loucos foram tratados até a Alta Idade Média. Posteriormente, mostrou-se como as escolas penais influenciaram no surgimento da medida de segurança. Isso porque a escola clássica, inicialmente, conceituava a pena como uma forma de retribuir ao agente o mal que foi causado. Com o aparecimento da escola positiva, em especial a italiana, a finalidade da pena passou a englobar a prevenção de crimes, com o tratamento voltado ao agente delituoso. É nesse sistema que a medida de segurança possui raízes, já que sua finalidade se assimila com as das escolas positivas.

Com o surgimento da sanção penal no Brasil, a medida, primeiramente, foi aplicada cumulativamente com a pena. Após as reformas, e com o Código Penal de 1984, a medida passou a ter as características conhecidas hoje, que é a aplicação exclusiva da sanção penal aos inimputáveis e, quando necessária, aos semi-imputáveis.

Em seguida, no segundo capítulo, abordou-se o enquadramento penal do semi-imputável e inimputável. Foi abordada a ideia de inimputabilidade, que corresponde ao agente que não possui capacidade de entender-se e portar-se de acordo com as normas. Com a compreensão conceitual sobre inimputabilidade, foi exposto a natureza da sentença que designa a medida de segurança. Esta sentença é chamada de absolvição imprópria, que decretará a aplicação da medida de segurança, já que o agente, em virtude de sua condição mental, não pode ser sentenciado à pena.

Na sequência, foram discutidas as duas formas de cumprimento da medida de segurança, que são: o tratamento ambulatorial e a internação em hospital de custódia. O tratamento ambulatorial é designado no caso de crimes cometidos com pena de detenção, já a internação é estipulada em crimes previstos com reclusão. Foi visto que sempre é considerado o grau de periculosidade do agente, para averiguar a necessidade de internação.

Contudo, o objetivo geral do trabalho era analisar se o prazo indeterminado da medida de segurança acarreta em uma forma punitiva desta sanção penal. Assim, neste sentido, o último capítulo abordou tal problema, assimilando que a

periculosidade é um fator determinante para que o agente permaneça indefinidamente internado. Isso ocorre porque para que o paciente receba alta progressiva, é necessário que sua periculosidade esteja cessada. Ou seja, significa dizer que o agente não é mais um risco para a sociedade.

Para constatar a periculosidade, é realizado, de ano em ano, ou quando se entender necessário, o exame médico, que atestará a capacidade do agente, conforme art. 97, § 2º, do Código Penal. Neste sentido, caso o agente não esteja apto ao convívio social novamente, permanecerá internado. Por isso, ocorre a possibilidade de o agente permanecer internado perpetuamente.

Essa é, com certeza, uma violação constitucional, primeiramente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inc. II, da Constituição Federal. Isso porque a todos os indivíduos é previsto tratamento humano, igualitário e digno. Contudo, o inimputável que está submetido a uma medida de segurança não tem o direito nem de saber por quanto tempo permanecerá internado. Outrossim, a estrutura dos hospitais de custódia ainda possuem características asilares, ficando os internados em condições desumanas.

Segundo as jurisprudências colacionadas dos Tribunais, embora a Lei não estipule o prazo máximo da medida de segurança, é inviável um indivíduo permanecer indefinitivamente cumprindo uma sanção penal. Sendo assim, o STJ considerou que, para que o agente inimputável seja posto em liberdade, deverá cumprir o tempo da pena cominada em abstrato para o delito cometido. Já o STF considera que a medida de segurança apenas não deve ultrapassar o limite de 30 (trinta) anos, previsto no art. 75 do Código Penal.

Assim, observando o problema proposto para este estudo – a medida de segurança, com a indeterminação de prazo máximo, é uma forma de punição?-, entendeu-se que a hipótese inicial é verdadeira já que, conforme exposto, a Lei é omissa quanto ao prazo máximo da medida de segurança e, para que o agente inimputável não permaneça indefinidamente internado, deve buscar seus direitos às Cortes Superiores.

Ocorre que muitos internados podem não possuir defesa adequada, permanecendo no hospital de custódia por prazo indeterminado. Outrossim, até

mesmo considerando as decisões do STF, muitos casos em que mesmo o delito cometido não sendo tão grave, o indivíduo permanece 30 (trinta) anos de sua vida internado em um local coercitivamente, sendo que, se fosse imputável, cumpriria tempo muito inferior em casa prisional.

Assim, tem-se que a medida de segurança, embora devesse possuir uma finalidade terapêutica e preventiva, muitas vezes se demonstra mais severa do que a própria pena, em virtude do tempo que o agente inimputável permanecerá internado. Desta forma, apesar de ser considerada a incapacidade do agente de portar-se e determinar-se de acordo com o fato, e a impossibilidade de aplicação de pena por estes motivos, a medida de segurança acaba sendo uma forma de punição e não de tratamento efetivo do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ANÍBAL, Bruno. **Direito penal, parte geral, tomo 1.:** introdução, norma penal, fato ponível. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 de maio de 2015.

_____. Decreto Lei n. 2848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 2 abr. 2015.

_____. Decreto Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 2 abr. 2015.

_____. Lei n. 10.216 de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 156916. Impetrante: Cleomir de Oliveira Carrão – Defensoria Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ministra relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 01 out. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=156916&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 13 mai. 2015.

_____. Habeas Corpus n.º 269377. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Alagoas. Impetrado: Tribunal de Justiça de Alagoas. Ministro Relator: Rogério Schietti Cruz. Brasília, 13 out. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=269377&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 13 mai. 2015.

_____. Habeas Corpus n.º 91602. Impetrante: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira – Defensor Público e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ministra Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 26 out. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=91602&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 13 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 97621. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Cezar Peluso. Brasília, 26 jun. 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2897621%2EENUME%2E+OU+97621%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nvh88zy>>. Acesso em: 13 mai. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. (volume 1).

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CHEMIN, Beatris Francisca. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação.** 2 ed. Lajeado, Univates, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

FOUCALT, Michel. **História da loucura na idade clássica.** São Paulo: Perspectiva S.A., 1978.

INNES, Brian. **Perfil de uma mente criminosa: como o perfil psicológico ajuda a resolver crimes da vida real.** São Paulo: Livros Escala, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal.** Campinas: Millennium, 2002. (volume 3).

MATTOS, Virgílio. **Crime e psiquiatria: uma saída.** Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PESSOTI, Isaias. **O século dos manicômios.** São Paulo: Editora 34, 1996.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Marysia Souza e. **Crimes Hediondos e progressão de regime prisional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.