

**UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE
DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS**

SILVANA AMNERIS RÔLO PEREIRA BORGES

**SAÚDE MENTAL: A LEI ANTIMANICOMIAL E SEUS REFLEXOS NO
ÂMBITO DO DIREITO PENAL**

SANTOS/SP

2020

SILVANA AMNERIS RÔLO PEREIRA BORGES

**SAÚDE MENTAL: A LEI ANTIMANICOMIAL E SEUS REFLEXOS NO
ÂMBITO DO DIREITO PENAL**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, sob orientação do Prof. Dr. Antônio Carlos da Ponte.

SANTOS/SP

2020

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, e desde que citada a fonte.

344.044 Borges, Silvana Amneris Rôlo Pereira.
B734s Saúde mental: a lei antimanicomial e seus reflexos
no âmbito do Direito Penal./ Silvana Amneris Rôlo Pereira
Borges.
2020
128 fls.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte.

Dissertação (Mestrado)- Universidade Santa Cecília,
Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde,
Santos, SP, 2020.

1. Medidas de segurança. 2. Internação compulsória.
3. Inimputabilidade. 4. Semi-imputabilidade. 5. Reforma
Psiquiátrica. I. Ponte, Antonio Carlos da. II. Borges,
Silvana Amneris Rôlo Pereira. III. Saúde mental: a lei
antimanicomial e seus reflexos no âmbito do Direito Penal.

Dedico este trabalho ao meu marido Roberto e a meus filhos, Fernanda e Guilherme, observadores que nutriram a necessária paciência para suportar minha ausência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço o especial incentivo da Alta Direção da Universidade Santa Cecília, decisivo para meu ingresso neste distinto e seletivo programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*.

Agradeço a especialíssima atenção e apoio que recebi do Prof. Dr. Fernando Vidal Reverendo Akaoui, incentivador ímpar e amigo dedicado, que jamais poupou esforços para possibilitar a concretização deste sonho, há muito acalentado.

Agradeço a honrosa distinção a mim dispensada pelo Dr. Norberto Moreira da Silva, ilustre diretor da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília, ferrenho e atento defensor da liberdade de cátedra e grande incentivador desta árdua etapa da minha carreira universitária, que ultrapassa a marca de duas décadas como integrante do corpo docente desta renomada instituição.

Especial deferência e distinto agradecimento aos Professores Doutores Luciano Pereira de Souza, Marcelo Lamy e Renato Braz Mehana Kamis, modelos do Magistério Superior a serem seguidos e grandes incentivadores dos meus estudos e pesquisas, atuação que foi decisiva para a concretização deste escopo.

Agradeço a especial atenção dedicada pelo Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte, culto e erudito orientador deste trabalho, que mostrou os caminhos da pesquisa, necessários ao fomento pela busca do conhecimento especial e específico, indispensável à consolidação deste estudo.

Agradeço, finalmente, a sempre cortês e afável atenção das secretárias Sandra Helena Aparecida de Araújo e Imaculada Conceição Scorza de Souza.

RESUMO

O estudo das disposições da Lei nº 10.216/01 revela diferenciado enfoque dirigido ao tratamento das pessoas que padecem de transtornos mentais, pois esse regramento, derivado da Reforma Psiquiátrica, tem por finalidade a reinserção social do doente, que passou a ser considerado sujeito e titular de direitos reconhecidos como fundamentais e expressamente previstos na lei antimanicomial, que prevê como excepcional a situação de internação, seja ela voluntária, involuntária ou compulsória. A saúde mental é uma das dimensões do direito à saúde e, ainda que se trate de pessoa que tenha cometido ilícito penal, há de se promover tratamento digno, consentâneo à ordem constitucional e alinhado a direitos fundamentais, capaz de permitir o restabelecimento da saúde mental do infrator. A lei antimanicomial prestigia os cuidados a serem prestados à pessoa com transtornos mentais em meio aberto, abandonando modelo e regra anteriores, que impunham a internação dos inimputáveis e semi-imputáveis, critério então derivado da qualidade da pena privativa de liberdade prevista para o tipo penal. Inegável o avanço decorrente do abandono do modelo hospitalocêntrico e o incremento da atenção diferenciada que deve ser dispensada aos portadores de transtornos mentais envolvidos em ilícitos penais. A internação compulsória, objeto deste estudo, deverá ser imposta em situação excepcional, se assim recomendar o tratamento do infrator conforme prognóstico médico, independentemente da espécie de infração penal cometida pelo inimputável ou semi-imputável, reconhecendo-se, desta forma, a primazia da medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial.

Palavras-chave: Medidas de segurança. Internação compulsória. Inimputabilidade. Semi-imputabilidade. Reforma Psiquiátrica.

ABSTRACT

The study of the provisions of Law No. 10.216/01 reveals a differentiated focus directed to the treatment of people suffering from mental disorders, because this rule, derived from the Psychiatric Reform, aims at the social reintegration of the patient, who came to be considered subject and holder of rights recognized as fundamental and expressly provided for in the anti-asylum law, which provides as exceptional the situation of hospitalization, whether voluntary, involuntary or compulsory. Mental health is one of the dimensions of the right to health and, even if it is a person who has committed criminal illicit, there is to promote decent treatment, in line with the constitutional order and aligned with fundamental rights, capable of allowing the restoration of the mental health of the offender. The anti-asylum law honored the care to be provided to the person with mental disorders in the open environment, abandoning previous model and rule, which required the hospitalization of the inimputable and semi-attributable, a criterion then derived from the quality of the custodial sentence provided for in criminal type. Undeniable the advance due to the abandonment of the hospital-centric model and the increase in differentiated care that should be dispensed to patients with mental disorders involved in criminal offenses. Compulsory hospitalization, subject to this study, should be imposed in exceptional situation, if it recommends the treatment of the offender as a medical prognosis, regardless of the kind of criminal offence committed by the inimputable or semi-attributable, thus recognizing the primacy of the consistent safety measure in outpatient treatment.

Keywords: Safety measures. Compulsory hospitalization. Inimputability. Semi-imputability. Psychiatric Reform.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. Transtorno mental e desdobramento frente ao Direito Penal	12
1.1. Escorço histórico	24
2. Medidas de segurança e princípios fundamentais	41
2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana	44
2.2. Princípio da legalidade	48
2.3. Princípio da anterioridade	52
2.4. Princípio da intervenção mínima	58
2.5. Princípio da proporcionalidade	61
2.6. Princípio da humanidade	66
3. Lei Antimanicomial	72
4. Medidas de segurança e a Lei Antimanicomial	78
CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100
ANEXO A – Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001	108
ANEXO B – Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6.013 de 2001.	111
ANEXO C – Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012.	112
ANEXO D – Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, do CNJ –	115
Conselho Nacional de Justiça.	115
ANEXO E – Recomendação nº 35, de 12 de julho de 2011, do CNJ – Conselho Nacional de Justiça.	117
ANEXO F – Resolução nº 5, de 4 de maio de 2004, do CNPCP –	119
Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.	119
ANEXO G – Resolução nº 4, de 30 de julho de 2010, do CNPCP –	122
Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.	122
ANEXO H – Resolução nº 1, de 10 de fevereiro de 2014, do CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.	125

INTRODUÇÃO

Em razão da vigência da Lei nº 10.216/01 (Anexo A), que disciplinou critérios para a submissão de pessoas com transtornos mentais à internação hospitalar, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental, necessária a discussão a respeito da manutenção do modelo penal atual, no tocante à disciplina das medidas de segurança. Esse modelo legal, como regra, impõe a internação como sanção penal aplicável ao inimputável ou ao semi-imputável que comete ilícito penal.

A questão que aqui se discute é se a definição da espécie de sanção penal a ser imposta pelo juiz ao inimputável ou ao semi-imputável deverá se fundar nos critérios estabelecidos no artigo 97 do Código Penal, que as diferencia pela espécie de pena cominada à infração penal, ou, em atenção ao modelo assistencial trazido pela lei antimanicomial, poderá o juiz seguir as diretrizes e critérios trazidos pela Lei nº 10.216/01, independentemente da espécie de pena prevista para o tipo penal.

Essa discussão ganha especial relevo ao se considerar que o regramento penal vigente é resultado de reforma promovida na Parte Geral do Código Penal, que aboliu o sistema do duplo binário, impedindo a imposição concomitante de pena e de medida de segurança a autores de infrações penais considerados inimputáveis ou semi-imputáveis, elegendo como critério diferenciador para a escolha da medida de segurança a gravidade do ilícito penal praticado, refletida na espécie de pena cominada à infração penal.

Assim, e em obediência ao previsto no artigo 97 do Código Penal, impõe-se a medida de segurança detentiva – internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – aos inimputáveis ou semi-imputáveis que praticam ilícitos penais, podendo o juiz aplicar a medida de segurança restritiva – tratamento ambulatorial – caso se trate de infração apenada com detenção.

A periculosidade do autor da infração penal justifica a imposição da medida de segurança, reflexo do *ius puniendi* estatal, reconhecendo-se o caráter protetivo e preventivo dessa sanção. Entretanto, a reforma psiquiátrica promovida pela Lei nº 10.216/01 exige que sejam estudados os reflexos dessas disposições legais no âmbito do Direito Penal, em especial à luz dos princípios constitucionais que norteiam a atividade estatal no campo punitivo, pois a

padronização contida no Código Penal pode levar a injustiças e ao fracasso da finalidade curativa da medida de segurança, comprometendo-se a obrigação constitucional que se impõe ao Estado e que visa assegurar o pleno gozo do direito à saúde, que é, reconhecidamente, direito fundamental.

Há de se considerar, ainda, que os avanços da Psiquiatria, da Psicologia e da Farmacologia permitiram as modificações propostas para o tratamento das pessoas com transtornos mentais, afastando-as do arcaico sistema asilar, justificativa essa que baseia a alteração no modelo assistencial referido na lei antimanicomial.

Cumprir destacar que, segundo ditou a Organização Mundial de Saúde em sua carta de princípios, de 7 de abril de 1948, “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

Ainda que passível de críticas porque aparentemente utópico e inalcançável esse conceito, essa amplitude conceitual permite expressar o direito a uma vida plena e sem privações, frisando-se, aqui, que a saúde mental é uma de suas dimensões.

Ao homenagear o “Dia Mundial da Saúde Mental”, que é comemorado em 10 de outubro, a Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPAS/OMS), em seu sítio eletrônico, lembrou que o conceito de saúde vai além da mera ausência de doenças, ressaltando que só se pode entender que há saúde quando houver pleno bem-estar físico, mental e social, o que implica reconhecer que “[...] a saúde mental é mais do que a ausência de transtornos mentais ou deficiências. Trata-se de um estado de bem-estar no qual um indivíduo realiza suas próprias habilidades, pode lidar com as tensões normais da vida, pode trabalhar de forma produtiva e é capaz de fazer contribuições à sua comunidade [...]”.¹

Para o estudo aqui proposto, será abordado o transtorno mental e seu desdobramento perante o Direito Penal, apresentando-se breve esboço histórico das medidas de segurança visando delinear a evolução dessa específica sanção penal e a conformação preventiva que recebeu ao longo dos anos. Será destacada a preocupação que esse tema desencadeia uma vez que

¹ ONU – Organização das Nações Unidas Brasil. Saúde mental depende de bem-estar físico e social, diz OMS em dia mundial. Publicado em 10/10/2016 e atualizado em 10/10/2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/saude-mental-depende-de-bem-estar-fisico-e-social-diz-oms-em-dia-mundial/>; acesso em 13 Jul. 2019.

a saúde mental haverá de ser resguardada pelo Estado, especialmente se for considerada a situação daquele portador de transtornos mentais que cometeu infração penal, uma vez que o Estado deve cumprir a promessa e o compromisso constitucional de assegurar a saúde, em sua mais ampla conceituação e condição. Essa obrigação estatal também há de ser cumprida pelo Poder Judiciário, no exercício da jurisdição penal.

Apresenta-se, a seguir, o estudo das medidas de segurança e os princípios fundamentais correlatos a essa espécie de sanção penal, bem como a análise das disposições da Lei nº 10.216/01 relativamente aos direitos assegurados ao portador de doença mental e às modalidades de internação, destacando-se aquela ordenada compulsoriamente em sede processual penal.

O método empregado no desenvolvimento do trabalho é o hipotético-dedutivo, buscando-se alicerçar a problemática relacionada à hipótese aqui lançada, qual seja, se devem ser observadas e aplicadas as disposições da Lei nº 10.216/01 às medidas de segurança impostas em razão de prática delituosa, amparando-se a pesquisa em referencial bibliográfico e documental publicados em meios escritos e eletrônicos.

1. Transtorno mental e desdobramento frente ao Direito Penal

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 196 a 200, estabeleceu regras gerais a respeito da saúde, impondo ao Poder Público a regulamentação, controle e fiscalização de ações e serviços de saúde, observada a integralidade do atendimento e participação da comunidade.

A preocupação constitucional também se evidencia em seu artigo 6º, que enumera os direitos sociais, enumeração essa inspirada na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), destacando-se que foi a atual Constituição Federal que realmente elegeu o direito à saúde como direito fundamental, pois até então as constituições anteriores se limitaram a estabelecer regras relacionadas às competências legislativa e administrativa desse tema.

Ao tratar do direito à saúde na Constituição Federal de 1988, notadamente no que diz respeito à sua fundamentalidade extrínseca, Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior destacam a construção e sedimentação da noção de saúde como direito humano universal, produto de evolução histórica e de conquistas civilizatórias².

O reconhecimento do direito à saúde como direito social, a exemplo dos demais direitos humanos, implica reconhecer que seu exercício concretiza o princípio da dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal). Implica, também, reconhecer rigidez constitucional que visa assegurar sua efetividade, impedindo alterações dessa conquista por normas infraconstitucionais que não estejam alinhadas à fundamentalidade desse direito, o que permite afirmar que o direito à saúde representa uma das formas de se garantir o direito à vida, como preconizado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Ao longo dos séculos, as pessoas que padecem de transtornos mentais costumam ser afastadas do convívio social, seja em razão de apresentarem comportamentos que destoam de padrões adotados pela sociedade, seja em razão do cometimento de atos ilícitos.

² DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES Jr., Vidal Serrano. Direito Sanitário. São Paulo, Editora Verbatim. 2010, p. 67-68.

O modo de ser e o comportamento daqueles que são genericamente denominados doentes mentais quase sempre despertam sentimentos de hostilidade, medo ou incompreensão, situações normalmente decorrentes da falta de conhecimento acerca dos transtornos mentais e que inúmeras vezes levam à ideia de segregação daquelas pessoas.

O afastamento decorrente dessa segregação e, não raras vezes, o enclausuramento, acabam por estigmatizar a pessoa com transtornos mentais, agravando ainda mais a situação de isolamento e dependência institucional, pois muitos desses pacientes são mantidos em hospitais psiquiátricos em regime de internação que se prolonga por décadas. Situação ainda mais grave se verifica relativamente à pessoa com transtorno mental que se vê envolvida na prática de ilícito penal.

As medidas de segurança, que atualmente guardam características de sanção penal, são impostas a pessoas que cometeram infração penal e que sejam consideradas inimputáveis ou semi-imputáveis, justificando-se a escolha dessa providência em razão da periculosidade do agente, “[...] presumida para o inimputável, e real para o semi-imputável em regime de substituição à pena [...]”³.

O conceito de periculosidade, como apontado por Giuseppe Bettiol, deve ser compreendido como “[...] um conceito naturalístico porque baseado num cálculo de probabilidade alusivo à possibilidade, ou melhor à probabilidade de que um indivíduo possa cometer um crime. A possibilidade é de todos, a probabilidade de alguns apenas [...]”⁴.

Importa destacar que a periculosidade, seja real ou presumida, aferida em razão da prática de infração penal, exige a atuação estatal para eliminação das causas que a determinam, porquanto se considera a periculosidade como “[...] o complexo de condições, subjetivas e objetivas, sob cuja ação é provável que um indivíduo cometa um fato socialmente lesivo ou perigoso [...]”⁵, concluindo Giuseppe Bettiol que a periculosidade é “[...] uma

³ REALE JÚNIOR, Miguel; Dotti, René Ariel; Andreucci, Ricardo Antunes; Pitombo, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, p. 288.

⁴ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Volume II, Parte geral. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 37.

⁵ BETTIOL, Giuseppe, ob. cit., p. 38.

qualidade pessoal de um indivíduo enquanto causa provável de crimes e a providência que se deve aplicar para eliminá-la é a medida de segurança [...]”⁶.

Com a imposição de medidas de segurança, o Estado visa atuar no controle social, pois o delinquente inimputável ou semi-imputável, pode representar risco à sociedade, necessitando de adequado tratamento para sua reintegração social.

Como destaca Antonio Carlos da Ponte, as medidas de segurança “[...] visam à prevenção, por meio do caráter curativo, fundam-se na utilidade, têm prazo de duração indeterminado, pressupõem a prática de uma infração penal e, cumulativamente, a existência de periculosidade por parte do agente [...]”⁷, razão pela qual com elas se busca “[...] apenas a prevenção especial, consistente na recuperação social ou na neutralização do criminoso [...]”⁸.

A análise da evolução das medidas de segurança como sanção penal capaz de permitir o tratamento do delinquente revela sua finalidade de reinserção social, especialmente porque, em razão de sua natureza, ela passou a exigir intervenção jurisdicional, resultando em limitação de direitos individuais, devendo ser submetida às garantias e princípios fundamentais assegurados no Estado de Direito.

No regramento penal atual, como previsto no artigo 26 do Código Penal, é isento de pena aquele que pratica fato definido como infração penal e é reconhecido como inimputável. Nessas circunstâncias, observado o justo e devido processo legal, e como regra, nos delitos apenados com reclusão, fica o infrator sujeito à internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; caso à infração penal se comine pena de detenção, poderá o infrator se sujeitar ao tratamento ambulatorial.

Como se disse, essas providências são assim ordenadas porque a lei penal presume a periculosidade do inimputável, disposição normativa que se entende justificável em nome da defesa social, uma vez que as medidas de segurança têm finalidade preventiva, afirmando José Salgado Martins que “[...] a medida de segurança se destina a prevenir um delito futuro, cuja provável realização infere de um estado subjetivo da pessoa [...]”⁹, e sua aplicação se

⁶ BETTIOL, Giuseppe, ob. cit., p. 38.

⁷ PONTE, Antonio Carlos da. Inimputabilidade e processo penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

⁸ PONTE, Antonio Carlos da, ob. cit., p. 73.

⁹ SALGADO MARTINS, José. Sistema de Direito Penal Brasileiro. Introdução e Parte Geral. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957, p. 441.

orienta “[...] exclusivamente pelo princípio da defesa social, e, por isso, podem ser impostas, ainda que o agente seja declarado irresponsável pelo delito: subordina-se a sua imposição ao “estado perigoso” do agente [...]”¹⁰.

Analisando as dessemelhanças entre pena e medida de segurança, José Salgado Martins destaca que “[...] a pena é retribuição jurídica ao delito [...]”¹¹, enquanto a medida de segurança é “[...] simples meio de defender a sociedade contra as reações de indivíduos perigosos, visando, através de tratamento adequado, obter a sua cura e recuperação, ou a sua inocuidade [...]”¹².

Ao discorrer acerca dessa espécie de sanção penal, e referindo-se à moderna política criminal então adotada pelo nosso Código Penal de 1940, Nelson Hungria afirma que “[...] a medida de segurança é essencialmente *preventiva* (segregação hospitalar, assistência, tratamento, custódia, redução, vigilância) [...]”¹³, e se assenta, “[...] exclusivamente, na *periculosidade* (estado subjetivo, mais ou menos duradouro, de anti-sociabilidade), que, em princípio, nada tem a ver com a culpabilidade (ou com a sua pré-condição de capacidade jurídico-penal) [...] (grifo do original)”¹⁴.

Tratando das diferenças entre a pena e a medida de segurança, Nelson Hungria conclui:

[...] Numa palavra: a pena é, conceitualmente, uma *reação*, um *contragolpe*, em face do crime já praticado; a medida de segurança é um *preventivo* do crime que pode vir a ser praticado (grifos do original) [...]”¹⁵.

Importantes os apontamentos de José Frederico Marques, ao analisar as diferenças entre a pena e a medida de segurança, pois estas, como sanções penais “[...] apenas diferem entre si pela prevalência, na primeira, do aspecto de medida repressiva, e na segunda, do caráter de providência preventiva [...]”¹⁶.

¹⁰ SALGADO MARTINS, José, ob. cit., p. 441.

¹¹ SALGADO MARTINS, José, ob. cit., p. 441.

¹² SALGADO MARTINS, José, ob. cit., p. 441.

¹³ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 9.

¹⁴ HUNGRIA, Nelson, ob. cit., p. 10.

¹⁵ HUNGRIA, Nelson, ob. cit., p. 13.

¹⁶ FREDERICO MARQUES, José. Tratado de Direito Penal. Volume III. 2ª ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1966, p. 179.

Ambas sanções partilham de traços comuns relacionados à prevenção geral e prevenção especial e são aplicadas pela via jurisdicional, ressaltando-se que:

[...] a medida de segurança dá tonalidade mais forte ao aspecto preventivo da atividade persecutório-penal do Estado, ligando-se ao crime pelo que de sintomático êste revela em relação a seu autor. Pune-se para retribuir o mal praticado pelo delinquente e para prevenir a prática, por êste, de novas infrações penais. Aplica-se a medida de segurança contra aquêle que violou a lei penal, porque o delito pôs à mostra um delinqüente perigoso que deve ser submetido a providências penais que o impeçam de praticar novos delitos [...]¹⁷.

Basileu Garcia, ao tratar dos aspectos diferenciais entre pena e medidas de segurança, destaca que estas “[...] não traduzem castigo. Foram instituídas ao influxo do pensamento da defesa coletiva, atendendo à preocupação de prestar ao delinqüente uma assistência reabilitadora [...]”¹⁸. Afastada, pois, a ideia de castigo e de reprovação social, que mais se concilia à pena, tem-se que “[...] às medidas de segurança não se volta à pública animadversão, exatamente porque não representam senão meios assistenciais e de cura do indivíduo perigoso, para que possa readaptar-se à coletividade [...]”¹⁹.

Cumprido lembrar, também, os comentários de Anibal Bruno ao Projeto Sá Pereira, ao reafirmar a observância do princípio da não retroatividade da lei penal relativamente à imposição de pena, pois “[...] o momento significativo da culpa é o do delito. A pena é punição da culpa contida no delito. Deve regular-se pela lei vigente ao tempo do ato delituoso [...]”²⁰. Pondera, entretanto, que em relação às medidas de segurança, diversa é a situação, pois “[...] não se trata de apurar as condições de um momento psicológico e por elas graduar uma reação penal [...]”, uma vez que “[...] sua função, em relação ao delinquente, é a readaptação social, e excluída esta, a inocuidade; em relação à sociedade é a de defesa contra novas ameaças ou novos danos [...]”²¹.

¹⁷ FREDERICO MARQUES, José, ob. cit., p. 181.

¹⁸ GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. Volume I, Tomo II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 241.

¹⁹ GARCIA, Basileu, ob. cit., p. 241.

²⁰ BRUNO, Anibal. Perigosidade criminal e medidas de segurança. Ed. Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 234.

²¹ BRUNO, Anibal, ob. cit., p. 234.

Para a compreensão do atual contexto jurídico relacionado às medidas de segurança há de se analisar o desenvolvimento histórico dessas providências, que nem sempre guardaram feições penais, considerando também o contexto social relacionado àqueles que padecem de transtornos mentais, pois a segregação de pessoas que cometeram infrações penais, nessas circunstâncias, impôs profundas marcas naqueles que foram submetidos ao poder punitivo estatal, lembrando aqui a lição de Reale Júnior et all, pois “[...] os direitos do internado e do submetido ao tratamento desenvolveram-se, longa e lentamente, na história, surgindo tarde, ao lado da luta crescente pelos direitos dos presos em geral [...]”²².

De início, adequado pontuar que a Lei nº 10.216/01 trouxe disposições sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, mas não delimitou a definição do que se compreenda como transtorno mental, e a ressalva que ora se sublinha é relevante porque, ao tratar da inimputabilidade e da semi-imputabilidade, a lei penal se refere à doença mental, ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado e à perturbação da saúde mental.

Com efeito, no artigo 26 do Código Penal, nosso ordenamento adotou o critério biopsicológico para definir os estados de inimputabilidade e semi-imputabilidade, sendo necessário verificar, primeiramente, se o autor da infração penal é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Se nenhuma dessas situações for identificada, o agente será considerado imputável.

Entretanto, caso se demonstre a existência da doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, haverá de se perquirir se o agente, ao tempo da prática do fato, era capaz de entender seu caráter ilícito e, sendo negativa a resposta, será considerado inimputável.

Ainda, caso seja demonstrada a existência da doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e se comprove que o agente tinha capacidade de entendimento da ilicitude desse fato, haverá de se perquirir se o infrator era capaz de se determinar de acordo com esse entendimento, concluindo-se também pela inimputabilidade se a resposta for negativa.

²² REALE JÚNIOR et all, ob. cit., p. 294.

Por final, a semi-imputabilidade, prevista no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, levará à redução de pena ou à substituição dela por medida de segurança (artigo 98 do Código Penal) se, ao tempo da prática do fato definido como crime, em virtude de perturbação da saúde mental, ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o agente não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou não era inteiramente capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Antonio Bento de Faria discorre acerca dos três sistemas que se apresentam para a análise da responsabilidade penal – biológico, psicológico e biopsicológico – e com propriedade afirma que “[...] o critério mais aconselhável, de todos os pontos de vista, é sem dúvida o misto ou biopsicológico. É o seguido pelo projeto [...]”²³.

A adoção desse critério pela lei penal brasileira – critério esse mantido na reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984 – permite que o julgador não fique adstrito ao laudo psiquiátrico, como ocorreria no sistema biológico, que se contentaria com a tão só comprovação da existência de doença mental.

De fato, o diagnóstico da doença mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado é realizado em sede processual penal, promovendo-se a verificação da insanidade mental em incidente próprio (artigo 149 e seguintes do Código de Processo Penal).

A partir do diagnóstico e das possibilidades terapêuticas, busca-se na perícia judicial a verificação da capacidade de autodeterminação do examinado em relação à prática do fato delituoso e, também, o prognóstico da doença mental ou da perturbação da saúde mental, indicação essa necessária e fundamental para a imposição da medida de segurança, que se baseia na periculosidade do agente.

Ainda em relação ao sistema adotado pelo Código Penal, impõe destacar que o critério biopsicológico impede que se veja declarada inimputabilidade do agente que, ao tempo do fato, e em razão de fatores que influenciam a inteligência ou vontade, não se encontrava capacitado para entender o caráter criminoso de sua ação ou de determinar-se de acordo com

²³ BENTO DE FARIA, Antonio. Código Penal Brasileiro (comentado). Volume II, Parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editora, 1958, p. 224.

esse entendimento, desfecho que se imporá caso aqui vigorasse o critério psicológico²⁴.

Desta forma, *contrario sensu*, e à vista da adoção do critério biopsicológico, que é combinação dos outros dois, é possível aferir se o autor da infração penal, reconhecido como doente mental ao tempo da prática do fato, tinha condições de entender e querer, permitindo-se, se assim for, a punição²⁵.

Nossa lei penal não faz menção a transtornos mentais, mantendo referência à doença mental, ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e à perturbação da saúde mental.

Ao tratar da responsabilidade penal, Francisco de Assis Toledo pontua que:

[...] tendo o legislador usado termos bastante genéricos, como facilmente se percebe, a exata extensão e compreensão das expressões “doença mental” e “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” fica deferida ao prudente arbítrio do juiz que, em cada caso, se valerá do indispensável auxílio de perícias especializadas. O que importa ter em mente é a parte final do preceito, que traça os limites normativos extremos desse poder discricionário: doença ou qualquer anomalia que torne o agente, à época do fato, *incapaz de ter a compreensão do injusto que realiza ou de orientar-se finalisticamente em função dessa compreensão* (grifos do original) [...]²⁶.

Já se teve iniciativa legislativa que visava definir a significação legal do que se devia considerar transtorno mental.

Com efeito, o projeto de lei nº 6.013, de 2001 (Anexo B), pretendia acrescentar dispositivos à Lei nº 10.216/01 para que, no artigo 1º da lei antimanicomial, seu parágrafo único passasse a definir transtorno mental como “enfermidade psíquica em geral”, substituindo a expressão “alienação mental” e quaisquer outras designações legais relativas à mesma classificação. Todavia, referido projeto foi arquivado.

Oportuno lembrar que o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Anexo C), que pretende instituir o novo Código Penal, ao tratar da inimputabilidade e imputabilidade reduzida, em seu artigo 32 e parágrafo único, a exemplo das atuais disposições legais, refere-se à doença mental, ao

²⁴ PONTE, Antonio Carlos da, ob. cit., p. 36-37.

²⁵ PONTE, Antonio Carlos da, ob. cit., p. 37-39.

²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 315.

desenvolvimento mental incompleto ou retardado e à perturbação da saúde mental.

A Organização Mundial de Saúde ressalta a dificuldade enfrentada para a definição do que se considera transtorno mental, pois “[...] não se trata de uma condição unitária, mas, sim, um grupo de transtornos com alguns pontos em comum” [...]”²⁷, frisando a agência especial de saúde que a finalidade a ser alcançada pela legislação determinará os limites dessa definição.

Sem pretender preconizar uma definição do que se deva considerar como transtorno mental, e limitando-se ao propósito de sensibilizar legisladores, a Organização Mundial de Saúde pondera que:

[...] Uma série de organizações de usuários opõe-se ao uso dos termos “doença mental” e “paciente mental” alegando que estes apoiam a dominação do modelo médico. A maioria dos documentos clínicos internacionais evita o uso do termo “doença mental”, preferindo empregar em seu lugar o termo “transtorno mental” (ver, por exemplo, *Classification of Mental and Behavioural Disorders: Clinical Descriptions and Diagnostic Guidelines (ICD-10)* (WHO, 1992) e *Diagnostic and Statistical Resource Book on Mental Disorders (DSM-IV)* (American Psychiatric Association, 1994)). O ICD-10 afirma que o termo “transtorno” é usado para evitar os problemas ainda maiores inerentes ao uso de termos como “enfermidade” e “doença”. “Transtorno” não é um termo exato mas é empregado aqui “para implicar a existência de um conjunto de sintomas clinicamente identificáveis ou comportamento associado na maioria dos casos a sofrimento e a interferência nas funções pessoais. O desvio ou conflito social por si só, sem disfunção pessoal, não devem ser incluídos no transtorno mental conforme aqui definido” (WHO, 1992, grifos do original) [...]”²⁸.

Pertinente destacar que a Organização Mundial de Saúde aponta a utilização de termos e expressões diversas, como enfermidade ou doença mental, transtorno mental, deficiência mental, incapacidade mental e insanidade mental, sintetizando as vantagens e desvantagens do uso dessas denominações em quadro comparativo e autoexplicativo²⁹, como a seguir se transcreve:

²⁷ Organização Mundial de Saúde. Livro de recursos da OMS sobre saúde mental, direitos humanos e legislação: cuidar sim, excluir não. Genebra: Organização Mundial de Saúde, 2005, p. 27.

²⁸ Organização Mundial de Saúde, *Ibidem*, p. 27.

²⁹ Organização Mundial de Saúde, *Ibidem*, p. 32.

Quadro 1 - Comparação de definições de má saúde mental

Termo	Enfermidade mental	Transtorno mental	Deficiência mental	Incapacidade mental	Insanidade mental
Escopo	Muito estreito	Estreito	Amplo	Extremamente estreito	Variável, mas com tendência a ser amplo
Vantagens	<ul style="list-style-type: none"> • Bem definido • Em uso comum e por isso compreendido por todos os interessados (embora ocasionalmente com significados diferentes) 	<ul style="list-style-type: none"> • Compatível com os sistemas de classificação médica • Fácil de operacionalizar 	<ul style="list-style-type: none"> • Escopo amplo do termo, útil para proteção positiva de direitos por garantir que todas as pessoas com a deficiência, seja qual for a gravidade, sejam incluídas • Mais próximo da percepção dos consumidores acerca dos efeitos dos problemas de saúde mental sobre suas vidas 	<ul style="list-style-type: none"> • Definido e entendido de modo similar pelas disciplinas médicas e legais • Não identifica transtorno/enfermidade mental com incompetência • Foco estreito, garante maior proteção a pacientes quando os direitos estão sendo retirados pela exclusão de todos que não aqueles com o transtorno/enfermidade mental mais grave 	<ul style="list-style-type: none"> • Fluidez da definição pode ser alguma vantagem quando interpretado nos melhores interesses da pessoa
Desvantagens	<ul style="list-style-type: none"> • Reforça o “modelo médico” 	<ul style="list-style-type: none"> • Inclui uma série de condições, desde a mais benigna até a extremamente grave; isto pode ser uma limitação em situações em que o objetivo é restringir a aplicação apenas às condições de saúde mental mais graves • Inclui uma série de condições, algumas das quais podem não ser o foco da legislação de saúde mental, como, por exemplo, retardamento mental 	<ul style="list-style-type: none"> • Não bem definido • Escopo amplo do termo implica que muitas pessoas possam ser incluídas dentro do escopo da admissão e tratamento involuntários 	<ul style="list-style-type: none"> • Escopo estreito do termo limita sua utilidade para promoção positiva de direitos de pessoas com transtornos mentais 	<ul style="list-style-type: none"> • Um conceito legal, não equivalente a categorias médicas específicas • Risco de abuso • Tende a prejudicar o diálogo entre as disciplinas médicas e legais

Em apertada síntese, e visando unicamente situar o alcance da expressão “transtorno mental” para a finalidade deste estudo, cabe discorrer acerca de sua significação neste quadro informativo.

Para tanto, necessário frisar que a agência especial de saúde pontua que “transtorno mental” pode abranger enfermidade ou doença mental, retardamento mental (invalidez mental e incapacidade intelectual), transtornos de personalidade e dependência de substâncias, ainda que nem todos considerem todas essas categorias como transtornos mentais.

Apesar de não se tratarem de sinônimos, a Organização Mundial de Saúde indica como alternativa a “transtorno mental” a expressão “deficiência mental”, pois:

[...] A *International Classification of Functioning, Disability and Health* (ICIDH-2) (WHO, 2001d) define deficiência como “um termo guarda-chuva para debilidades, limitações de atividade e restrições na participação”. Denota os aspectos negativos na interação entre um indivíduo (com uma condição de saúde) e fatores contextuais desse indivíduo (fatores ambientais e pessoais) [...] ³⁰.

Também sugere:

[...] Outra alternativa na definição de um grupo-alvo é o conceito de “incapacidade mental”. Nesse caso, as decisões se baseiam na capacidade do indivíduo, conforme determinada pelo quadro de médicos e de outros profissionais, de compreender a natureza da questão em pauta (por exemplo, com respeito ao tratamento ou admissão), avaliar os benefícios dessa questão, fazer uma opção e comunicá-la. “Incapacidade mental” é um conceito mais estreito que “transtorno mental”. [...] ³¹.

Ressaltando que, para alguns países, todas as pessoas são mentalmente sadias até prova em contrário, a Organização Mundial de Saúde destaca que pode ser empregado o termo legal “insanidade mental” como alternativa a “transtorno mental”, termo esse que difere de “incapacidade mental”.

³⁰ Organização Mundial de Saúde, *ibidem*, p. 30.

³¹ Organização Mundial de Saúde, *ibidem*, p. 31.

Com efeito, insanidade mental é definida como ausência de sanidade mental e essa definição a aproxima do conceito de incapacidade mental, mas a Organização Mundial de Saúde adverte que:

[...] Não existe equivalente clínico de “insanidade mental” e, em muitos casos, “insanidade mental” incluirá condições não necessariamente imputáveis a transtornos mentais. De acordo com o Tribunal Europeu, devido à fluidez do emprego do termo, ele não deve ter uma interpretação definitiva (Gostin, 2000) [...] ³².

Assim, e considerada a finalidade que se pretende atingir, a lei poderá eleger o termo que melhor defina o significado e alcance de transtorno mental, permitindo o gozo de direitos e serviços de saúde e delimitando sua abrangência, pois:

[...] Em resumo, os países precisam decidir entre uma definição mais ampla ou mais estreita dos beneficiários ou grupo-alvo da legislação. É complicado escolher entre uma definição mais ampla e uma definição estreita. Se a legislação de saúde mental abranger meramente a “atenção e tratamento”, a maioria dos usuários da saúde mental, defensores e ativistas dos direitos humanos preferirá uma definição mais estreita. Por outro lado, se essa legislação estiver voltada a proteger uma gama ampla de direitos de pessoas com problemas de saúde mental e incluir, por exemplo, cláusulas antidiscriminação e proteção contra o abuso, uma definição mais abrangente dos problemas de saúde mental parecerá preferível. Outra abordagem pode ser a de usar uma definição mais ampla em disposições da lei que criam habilitação para serviços e direitos. Uma definição mais estreita poderia então ser usada em seções que controlam o processo de admissão e tratamento involuntários. Entretanto, isso pode ser complicado demais para muitos países em que uma legislação “simples e direta” tenda a conquistar preferência no legislativo e nos tribunais. Em tais casos, as escolhas terão de ser feitas em um sentido ou no outro, levando em conta as considerações acima. [...] ³³.

Desta forma, para os fins deste estudo e em singela análise que se faz necessária, transtorno mental se revela gênero do qual doença mental é espécie, reconhecendo-se que a lei antimanicomial pretendeu alcançar ampla gama de direitos das pessoas com problemas de saúde mental ao dispor a respeito da proteção e direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais.

³² Organização Mundial de Saúde, *Ibidem*, p. 31.

³³ Organização Mundial de Saúde, *ibidem*, p. 33.

Importante frisar que, ao definir responsabilidades, a lei impôs ao Estado a obrigação de desenvolver política de saúde mental, assistência e promoção de ações de saúde, com a participação da sociedade e da família (artigo 3º da Lei nº 10.216/01).

Reafirme-se, todavia, que na atualidade não se tem disposição legal que defina o significado e alcance de transtorno mental, situação que pode gerar confusão na interpretação da lei, lembrando-se a advertência feita pela Organização Mundial de Saúde:

[...] Uma vez que um determinado termo tenha sido escolhido e definido, é importante que ele seja usado de modo consistente ao longo da lei e não de modo intercambiável com outros termos de significado similar, já que isto pode gerar confusão na interpretação da lei. [...] ³⁴.

Vale ressaltar que, como não se tem limitação legal do alcance da expressão transtorno mental, não há porque restringir seu significado, revelando-se plenamente admissível que se entenda que doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e perturbação da saúde mental, expressamente referidos na lei penal, sejam espécies do gênero tratado na lei antimanicomial.

1.1. Escorço histórico

A imposição de medidas preventivas é historicamente muito antiga, referindo-se Eduardo Reale Ferrari a dispositivos do Código de Manu e das *Pandectas* que eram aplicados a indivíduos que representavam perigo para a sociedade, destacando que os romanos segregavam aqueles que eram considerados *furiosi*, impondo-lhes sua rejeição ou internação em casas de custódia, excluindo-os, portanto, do alcance do direito penal³⁵.

Medidas cautelares e preventivas eram aplicadas a menores e aos loucos, referindo Heleno Cláudio Fragoso que no direito romano:

³⁴ Organização Mundial de Saúde, *ibidem*, p. 33.

³⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 15-16.

[...] os infantes (menores de 7 anos) são incapazes de delito (D. 9.2.5., § 2º). Os impúberes (menores de 7 a 12 ou 14 anos) não podiam cometer crimes públicos, mas em relação a outros crimes privados, como o furto e a injúria, decidia a maturidade individual do autor. Ficavam os menores impúberes submetidos à *verberatio*, medida admonitória. Os romanos da época clássica equiparavam o *furiosi* ao *infans*, submetendo-o, no entanto, a medidas cautelares de polícia “*ad securitatem proximoru*” (D. 1, 18, 14) [...]³⁶.

Helena Cláudio Fragoso afirma que o mentecapto era isento de pena, mas o direito longobardo permitia que qualquer pessoa “[...] pudesse matar o *homo rabiosus aut demoniacus* [...]”³⁷. O direito canônico considerava os loucos como incapazes de delinquir e os praxistas, que seguiam o direito romano desde o século XIII, entendiam que a pena para o louco seria uma grande injustiça (*maxima iniquitas*), mas, na prática, “[...] os loucos, se não eram mortos, sofriam o encarceramento e a prisão em cadeias, com horríveis padecimentos [...]”³⁸.

Essa situação também é apontada por Álvaro Mayrink da Costa ao ressaltar que:

[...] No panorama do século XVIII, embora o direito canônico afirmasse que os doentes mentais eram incapazes de delinquir, era tétrico o quadro, pois se não eram mortos eram encarcerados nas piores condições físicas e sociais, nos asilos de loucos [...]³⁹.

A Inglaterra foi o primeiro país a aplicar tratamento psiquiátrico a criminosos doentes mentais, impondo o recolhimento dos penalmente irresponsáveis a um asilo de internados, tendo lá surgido o primeiro manicômio judiciário⁴⁰, lembrando Helena Cláudio Fragoso que, em 1800, o rei Jorge III foi vítima de atentado praticado por um insano, que foi absolvido, mas internado por motivo de segurança pública, surgindo, naquele mesmo ano, o *Criminal Lunatics Act*, que ordenava “[...] a internação por tempo indeterminado, (“*during*

³⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 493.

³⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 493.

³⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 493.

³⁹ COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: parte geral. Vol. I, Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 655.

⁴⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, ob. cit., p. 101.

the king's pleasure”), expressão eliminada pelo *Criminal Procedure (Lunatics) Act*, de 1964 [...]”⁴¹.

Destaca Heleno Cláudio Fragoso que nos códigos penais do século XIX eram encontradas “[...] providências cautelares, por vezes sob aparência de pena, que antecipam as modernas medidas de segurança [...]”⁴².

Nesse contexto histórico surge a pena de prisão, com características de medida de segurança, levando ao encarceramento de mendigos e vagabundos em casas de trabalho e correção. Com o crescimento das cidades, “[...] surgem, naquela época, estabelecimentos destinados à emenda e ressocialização [...]”⁴³.

O encarceramento passou a ser admitido como meio preventivo contra atos antissociais praticados por menores infratores, ébrios habituais ou vagabundos; entretanto, para que fosse aplicado, esse encarceramento não dependia de prática delituosa, pois constituía meio de defesa social, permitindo a segregação em razão do perigo ou mau exemplo que tais pessoas representavam para a sociedade⁴⁴.

A partir do final do século XIX foi colocada em dúvida a eficácia da sanção-pena, uma vez que ela não impedia a criminalidade. Os efeitos de intimidação e emenda eram pouco eficazes para impedir a ação de reincidentes, criminosos habituais e menores de idade, repensando-se o sistema tradicional, para se concluir pela inserção de ideias preventivistas à sanção. Passa-se à imposição não só do enclausuramento, mas, também, o tratamento do delinquente em substituição às ideias de retribuição então vigentes. A resposta jurídico-penal se caracteriza, então, pela necessidade de segregação e submissão do delinquente a tratamento e, nesse contexto, ganha relevo a Escola Cientificista, especialmente representada por Lombroso, escola essa que se preocupava com o estudo do criminoso e não do crime, contrariando a visão dos clássicos. A criminologia se destaca e ganha adeptos, negando o livre arbítrio ao homem-delinquente, desenvolvendo-se o estudo das anomalias e o perigo social ameaçadores dos cidadãos⁴⁵.

⁴¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 494.

⁴² FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. Revista de Direito Penal e Criminologia, nº 32, p. 6, julho-dezembro, 1981, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/RDP32.pdf>; acesso em 18 jan 2019.

⁴³ FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 6.

⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 780.

⁴⁵ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 17.

Surgem duas correntes de posicionamento a respeito da pena e isso em razão da necessidade de defesa social e do fracasso da sanção criminal. Uma delas defendia a manutenção da pena como única modalidade de resposta sancionatória, pois o problema da criminalidade não exigia a criação de nova sanção: admitia que o homem necessitava de tratamento e não de punição, convertendo-se em preventivo o fim retributivo da sanção, sendo suficiente a criação de penas acessórias para os reincidentes, bem como o aumento das penas para os delinquentes habituais. A outra corrente sustentava que a pena devia manter exclusivo fim retributivo, criando-se, então, uma nova espécie de sanção criminal, de cunho eminentemente preventivo⁴⁶.

Todavia, o fim retributivista da pena revelou-se insuficiente, exigindo não só o estudo do crime, mas, em especial, investigação a respeito do tipo de criminoso. A constatação de alto índice de reincidência fez reconhecer que o rigor da pena era inútil e isso agravava a intranquilidade social, razão pela qual passou-se a estimular a finalidade preventiva da sanção, bem como a proporcionalidade entre os castigos e as infrações, defendendo-se a ideia de que a sociedade deveria dar eficaz resposta sancionatória ao delinquente, impedindo-se a reiteração delituosa à vista da resposta jurídico-penal, visando a defesa social⁴⁷.

Paralelamente à essa visão utilitária defendida pela escola cientificista, desenvolveram-se as ideias da escola correlacionista, representada por Roder e Krause. Essa escola reconhece a delinquência como uma causa limitadora da capacidade real e jurídica do indivíduo, conferindo ao tratamento do delinquente o meio de recuperação moral. A pena tinha finalidade preventiva, corretiva, e o reavivamento dos valores morais da sociedade seria o instrumento para recuperar o indivíduo. Permitia-se a prisão do delinquente, desde que necessária à manutenção da tranquilidade social⁴⁸.

Opondo-se à clássica visão, que enaltecia os fins retributivista e intimidatório da sanção penal, os estudiosos da escola positiva italiana passaram a defender uma nova modalidade de medida punitiva. Partiram do princípio que o crime era uma doença social e propuseram que a cura poderia ser alcançada com o tratamento a ser aplicado forçosamente durante a execução da sanção. Com essa ideologia do tratamento, adotou-se resposta

⁴⁶ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 17.

⁴⁷ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 18.

⁴⁸ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 19.

sancionatória que primava pela concepção preventivista, visando a defesa da sociedade⁴⁹.

A defesa social tornou-se a importante meta e, na lição de José Carlos Ataliba Nogueira, a escola positiva:

“[...] chegou mesmo a negar todo o direito penal, na forma com que passou a apresentá-lo: defesa social. E se era a defesa social o que precipuamente importava realizar, levava a atenção de preferência para a forma mais eficaz, que era a prevenção dos delitos por parte do Estado. Assinalava-lhe um largo programa, abrangendo desde a eugenia e a higiene, até uma larga política educacional, até a reforma das prisões e penitenciárias. Inspirou reformas em códigos penais, maxime no tocante á necessária revisão da parte relativa á imputabilidade, ás causas que dirimem ou excluem a imputabilidade [...]”⁵⁰.

Positivistas como Ferri, influenciados pela concepção biológica do tipo de criminoso, passam a sustentar que a justiça penal possuía uma função clínica, que preservaria a sociedade, propondo a substituição dos fins retributivos da sanção por instrumentos preventivos⁵¹.

Afora isso, Lombroso, Ferri e Garofalo, avançando com visão naturalista, consideravam o delinquente como alguém influenciado pela sociedade, sem opção de liberdade e sem nenhuma alternativa, razão pela qual era injusto o fim retributivo da sanção. Assim, a finalidade da sanção não poderia ser castigo, devendo ser imposta por motivos relacionados à sua periculosidade e responsabilidade social⁵².

Afastada a ideia do castigo, e com as ideias de Garofalo, o delinquente deveria ser punido em razão de sua temibilidade, que correspondia à perversidade do agente e a quantidade de mal previsto que se deveria reinar por parte do indivíduo perigoso. A sanção passa a ser instrumento de contenção, surgindo a relação temibilidade-medida de segurança⁵³.

⁴⁹ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 20.

⁵⁰ ATALIBA NOGUEIRA, José Carlos. Medidas de segurança. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1937, p. 79.

⁵¹ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 20.

⁵² FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 20-21.

⁵³ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 22.

Além disso, positivistas como Florian defendiam a ideia de utilidade social, pois melhor que retribuir seria prevenir a reiteração do delito, revelando-se a medida de segurança instrumento de eficácia e utilidade⁵⁴.

José Carlos Ataliba Nogueira, com propriedade, destaca que:

“[...] Assim como a pena, considerada prevenção geral, não é de todo eficaz, ou não é eficaz para todos, o mesmo se póde dizer della considerada como remedio para a correção ou emenda do criminoso. Muitas vezes será inidonea para esse fim. Outras muitas não será a mais idonea. De modo que a ação do Estado, na luta contra a criminalidade, ha de se exercer com o recurso das penas e das *medidas de segurança*. São estas os meios mais modernos que a ciencia do direito penal recomenda para, juntamente com as penas, delas se utilizar o Estado, afim de preservar a paz e a ordem publica contra as ações delictivas [...] (grifos do original)⁵⁵.

Nesse contexto, as medidas de segurança surgem com pressuposto calcado no risco social da periculosidade, com esfera de ação distinta, ressaltando Rui Carlos Machado Alvim que o dualismo no campo da reação estatal ao crime se instaurou, “[...] bifurcando-se as tradicionais funções de retribuição e de prevenção pessoal: a pena será a retribuição pelo delito feito e a medida de segurança será a prevenção a um hipotético desvio futuro [...]”⁵⁶.

A defesa social permitia que a justiça penal segregasse os indivíduos considerados inadaptáveis, promovendo harmonia na convivência em sociedade. O delinquente era considerado como alguém influenciado pela sociedade, sem opção de liberdade e sem alternativa, entendendo-se injusto o fim retributivo da sanção, razão pela qual a punição dele se justificava por responsabilidade social e relacionada à sua periculosidade.

O delinquente não era punido em razão da necessidade de castigo, mas, sim, em virtude de sua temibilidade social. A medida de segurança representava instrumento de contenção do indivíduo perigoso, norteando-se a escolha da medida de tratamento pelo fim profilático que visava a proteção da sociedade, impedindo-se a prática de novos delitos⁵⁷.

Referindo-se ao postulado positivista de Ferri, que somente permitia a punição do indivíduo se presente a periculosidade criminal, Eduardo Reale

⁵⁴ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 23.

⁵⁵ ATALIBA NOGUEIRA, José Carlos, ob. cit., p. 85.

⁵⁶ ALVIM, Rui Carlos Machado. Uma pequena história das medidas de segurança. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997, p. 116.

⁵⁷ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 22-23.

Ferrari destaca três critérios mensuradores do caráter geral, a saber: a gravidade do crime, os motivos determinantes e a personalidade do agente, concluindo que a utilidade, o determinismo, a defesa da sociedade e a periculosidade foram características relevantes e significativas para a evolução da medida de segurança⁵⁸.

Já no século XX, o movimento de Defesa Social mostrou-se o grande propulsor das ideias preventivistas, com especial destaque para o estado perigoso, que legitimava o Estado a intervir em razão da ação de qualquer indivíduo denominado perigoso, dispensando-se a prévia prática de delito, incumbindo ao Estado conciliar o máximo possível de seguridade social com o mínimo possível de sofrimento individual⁵⁹.

A Defesa Social caminhou em importantes direções evolutivas, iniciando pela Concepção Extrema ou de Gênova, que teve Fillippo Gramatica como seu maior representante. Os adeptos dessa doutrina defendiam a ideia de que a sanção penal seria imposta a todos os indivíduos que demonstrassem antissociabilidade, aplicando-se tratamento ao indivíduo antissocial independentemente da prática de ato ilícito. Assim, “[...] substituía-se o critério da responsabilidade factual pela anti-sociabilidade subjetiva [...]”⁶⁰.

Discorrendo acerca da Teoria da Defesa Social sustentada por Filippo Gramatica, Roberto Lyra pontua que para essa teoria “[...] o Estado não deve punir, pois sua função é melhorar o indivíduo. A causa da anti-socialidade está na organização social [...]”⁶¹, e contra ela o Estado deve atuar preventivamente e não apenas pela repressão de atos ilícitos. Assim, “[...] os cárceres são inúteis e prejudiciais, devendo ser abolidos. As penas devem ser substituídas por medidas educativas e curativas. O violador da lei não perigoso pode ser perdoado, não necessitando sanção [...]”⁶².

Entendendo que essa concepção colocava em perigo as garantias individuais, a Corrente Moderada ou de Paris, que afirmava serem insuficientes os conceitos abstratos e teóricos do direito penal tradicional, distinguiu-se pela preocupação relativamente ao livre arbítrio do delinquente, ao combate do delito para impedir a produção do dano e à variedade de medidas de luta contra o delito em face de delinquentes anormais e multirreincidentes. Pena e

⁵⁸ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 23-24.

⁵⁹ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 25.

⁶⁰ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 26.

⁶¹ LYRA, Roberto. Novíssimas escolas penais. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 76.

⁶² LYRA, Roberto, ob. cit., p. 76.

medidas de segurança eram integradas no sistema sancionatório, sem que aquela perdesse seu caráter retributivo⁶³.

Essa corrente teve como seu maior representante Marc Ancel, e a respeito desse posicionamento Roberto Lyra destaca que a “nova defesa social” promovia a “desjuricidade” de certos conceitos, repudiando todo apriorismo jurídico, pontuando que “[...] a “nova defesa social” acha-se interessada na prevenção geral, assimilando o castigo de caráter retributivo e emprestando às medidas de segurança valor tão intimidatório quanto o das penas [...]”⁶⁴.

Eduardo Reale Ferrari afirma que a Corrente Conservadora, que teve Pietro Nuvollone como seu maior representante, foi a que mais se aproximou do direito penal clássico, propondo unificação entre a pena e a medida de segurança, partindo da premissa de que essas respostas sancionatórias serviam tanto à proteção de bens jurídicos como também à ressocialização do autor da infração⁶⁵. Entretanto, destaca a incoerência da aplicação de certos princípios a determinada sanção, pois segundo os adeptos desta corrente conservadora, para a imposição de pena, o princípio da legalidade exigia a prática de crime anterior, o que não se verificava em relação à medida de segurança, que poderia ser aplicada independentemente da prática de ilícito penal.

Na análise da evolução das medidas de segurança, importante destacar a teoria relativa defendida por Von Liszt, que influenciado pelas ideias de Ihering, acreditava que toda sanção penal tinha por função a proteção de bens jurídicos, elegendo na defesa social o fim justificador à imposição de sua pena-defesa, que integrava num só tipo de sanção os fins retributivo e preventivo. Conforme afirma Eduardo Reale Ferrari, Von Liszt entendia que a pena-fim permitia o equilíbrio entre o poder e o direito, acreditando no utilitarismo e na justiça das normas jurídicas. Desta forma, a punição se justificava por retribuição pelo mal praticado ou por prevenção, diante do perigo da reiteração da conduta. A medida de tratamento era legitimada pelo objetivo de recuperação, intimidação ou segregação do agente⁶⁶.

⁶³ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 26.

⁶⁴ LYRA, Roberto, ob. cit., p. 85.

⁶⁵ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 27-28.

⁶⁶ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 29.

Destaque-se que a medida de segurança, como providência curativa imposta a delinquentes, foi sistematizada pela primeira vez em 1893, por Karl Stooss, no anteprojeto do Código Penal Unitário Suíço, afirmando Anibal Bruno que uma das grandes inovações verificadas foi o caráter jurisdicional atribuído às medidas de segurança, pois “[...] deixam de ser simples medidas administrativas para tornarem-se verdadeiras providências jurídico-penais. São os juízes que devem julgar de sua oportunidade e aplicá-las em sua sentença [...]”⁶⁷.

Esse anteprojeto concretizou as ideias de Von Liszt, configurando uma forma de complementação sancionatória aos delinquentes ainda não recuperados⁶⁸.

A sistematização ora referida fez surgir pela primeira vez a medida de segurança ao lado da pena. Tinha por fundamento a periculosidade do infrator e deveria ser imposta por juiz, em sentença indeterminada, pois sua duração estava condicionada à cessação de periculosidade que a fundamentou. Afora isso, a medida de segurança devia ser executada em estabelecimentos especializados e adequados ao tratamento do delinquente, constituindo-se em medida complementar, algumas vezes sendo imposta em substituição à pena quando se tratava de delinquentes incorrigíveis⁶⁹.

As medidas de segurança foram “[...] codificadas penalmente como estratégia a suprir a ausência de responsabilidade penal por inexistência de culpabilidade pessoal [...]”⁷⁰ e o anteprojeto previa o critério vicariante, dispondo a respeito da internação de multirreincidentes, em substituição à pena; a internação facultativa em casa de trabalho, quando o delinquente fosse pessoa de vida irregular ou ociosa; asilo para ébrios contumazes, e confisco de instrumentos perigosos⁷¹.

Com a ideia da dupla via sancionatória, o Anteprojeto do Código Penal Suíço integrou o sistema de justiça penal aos conhecimentos que a Biologia, Sociologia e Psicologia dispunham à época, para assim buscar novas soluções penais para o combate da criminalidade⁷². A partir dele, vários

⁶⁷ BRUNO, Anibal, ob. cit., p. 210.

⁶⁸ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 30.

⁶⁹ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 30.

⁷⁰ COSTA, Álvaro Mayrink da, ob. cit., p. 656.

⁷¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 495.

⁷² FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 32.

projetos, códigos e leis seguiram o exemplo, dentre eles o Projeto do Código Penal Alemão de 1909 e o Projeto de Código Penal Austríaco de 1910.

Helena Cláudio Fragoso ressalta que as medidas de segurança apareceram em 1896 na lei portuguesa, no Código Penal Norueguês de 1902 e no Código Penal Argentino de 1921, mas foi com o Código Penal Italiano, de 1930, o Código Rocco, que surgiu na legislação sistema completo tratando de medidas de segurança, amplamente difundido a partir de então. Na Alemanha, as medidas de segurança foram efetivamente incorporadas à legislação em 1933 pela lei de delinquentes habituais⁷³.

Na evolução normativa do direito pátrio, Álvaro Mayrink da Costa pontua que, ao tempo das Ordenações Filipinas, não se poderia imputar fato ilícito ao agente “[...] que não poderia obrar com dolo ou culpa, visto ser louco, insensato ou doente [...]”⁷⁴.

As Ordenações do Reino, que aqui vigoraram até a promulgação do Código Criminal do Império, impunham às pessoas denominadas perigosas – aí incluídos os portadores de transtornos mentais – o recolhimento às cadeias ou à submissão a penas degradantes, sendo então tratados como criminosos comuns.

O Código Criminal do Império do Brasil (Lei de 16 de dezembro de 1830), em seu artigo 10, parágrafo 2º, dispôs a respeito da doença mental e capacidade penal, prevendo que “os loucos de todo gênero, salvo se tiverem lucidos intervalos e nelles commetterem o crime”, não seriam julgados pelos atos ilícitos que praticassem. De acordo com o previsto no artigo 12 desse Código, “os loucos que tiverem commettido crimes serão recolhidos ás casas para eles destinadas, ou entregues às suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente”⁷⁵, lembrando Miguel Reale Júnior que as casas então referidas nunca vieram a ser criadas⁷⁶.

Nosso Código Penal de 1890 (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890), em seu artigo 27, listava aqueles que eram considerados não criminosos, enquanto que o artigo 29 dispunha que os “individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas famílias,

⁷³ FRAGOSO, Helena Cláudio, ob. cit., p. 495.

⁷⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da, ob. cit., p. 656.

⁷⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da Psicopatologia e da Antropologia. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 102.

⁷⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 487.

ou recolhidos a hospitaes de alienados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do publico”.

Assim, seguindo a orientação traçada pela codificação de 1830, os doentes mentais seriam entregues às suas famílias, salvo se, para segurança do público, em razão de seu estado mental, devessem ser recolhidos a hospitais de alienados. Previa, também, medidas de correção a vagabundos e capoeiras, que seriam internados em colônia penal, e o internamento curativo para toxicômanos e ébrios habituais, nocivos ou perigosos, que seriam internados em estabelecimento correccional⁷⁷.

Discorrendo acerca da evolução histórico-normativa das medidas de segurança, e relativamente ao tratamento dispensado aos doentes mentais, Álvaro Mayrink da Costa aponta para a orientação do Projeto Vieira de Araújo, “[...] que propunha o encaminhamento ao hospício penal ou lugar separado nos hospícios comuns, até a completa cura ou se tornarem inofensivos (art. 25) [...]”⁷⁸. Destaca as disposições do Projeto Galdino Siqueira que “[...] colocava os inimputáveis como perigosos e determinava a internação em manicômio ou hospitais de alienados [...]”⁷⁹, e do Projeto Sá Pereira que dispunha a respeito dos “[...] delinqüentes de imputabilidade restritiva que o juiz deveria internar, que eram absolvidos por falta de imputabilidade ou por tê-la diminuída quando manifesta a sua temibilidade [...]”⁸⁰.

Foi no Projeto Sá Pereira que surgiram as denominadas “medidas de defesa social”, cujo nome foi substituído por “medidas de segurança” quando referido projeto foi revisto pela Subcomissão Legislativa. Também foram previstas com essa denominação no Projeto de Alcântara Machado⁸¹. Essas medidas constavam do Projeto Stoos, mas antes já estavam previstas no Código Rocco, denominadas como “misure amministrative di sicurezza”, e foram adotadas pelo Código Penal suíço de 1937, que passou a vigorar na mesma data que o nosso Código Penal de 1940⁸².

Álvaro Mayrink da Costa faz referência às disposições do Projeto Alcântara Machado, que previa a isenção de pena devido ao estado de

⁷⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da, ob. cit., p. 656.

⁷⁸ COSTA, Álvaro Mayrink da, ob. cit., p. 656.

⁷⁹ COSTA, Álvaro Mayrink da, ob. cit., p. 656.

⁸⁰ COSTA, Álvaro Mayrink da, ob. cit., p. 656.

⁸¹ NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 339.

⁸² NORONHA, Edgard Magalhães, ob. cit., p. 340.

alienação mental em que se encontrasse o agente no momento do crime, e desde que incapaz de compreender a criminalidade do fato ou de determinar-se de acordo com essa apreciação, ficando o agente sujeito às medidas de segurança, frisando que esse projeto também alcançava aqueles que, “[...] devido a grave anomalia psíquica, de que não resulte alienação mental, tiverem minorada sensivelmente a criminalidade do fato ou de se determinarem de acordo com essa apreciação [...]”⁸³.

Helena Cláudio Fragoso afirma que o sistema da dupla via ou do duplo binário “[...] correspondeu à convicção de que a pena retributiva era insuficiente nos casos de multirreincidentes e criminosos habituais [...]”, razão pela qual se previa “[...] ao lado da pena, a aplicação sucessiva, para os delinquentes perigosos (ou presumidamente tais), de uma medida de segurança detentiva [...]”, que correspondia à internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, providência que visava a reinserção social do infrator⁸⁴.

Nesse contexto, a medida de segurança existia ao lado da pena para completá-la ou para substituí-la. Denominando-as de providências postas à disposição dos fins a serem alcançados pelo Direito Penal, Anibal Bruno destaca que a pena seria retribuição e aflição, fundada na culpabilidade, enquanto que a medida de segurança estaria relacionada à perigosidade do agente, prescindindo de qualquer juízo de valor e dispensando culpabilidade, mas fundada na perigosidade criminal, “[...] que é um estado, uma maneira de ser do indivíduo, que não pode ser objeto de nenhuma reprovação jurídica ou moral [...]”⁸⁵ e que dá ensejo à aplicação de medida de segurança, que consistiria em “[...] tratamento destinado a prevenir a prática de novos crimes pela redução, no indivíduo, daquele potencial de criminalidade [...]”⁸⁶.

O Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), inspirado no italiano Código Rocco, de 1930, elegeu o sistema do duplo binário, permitindo a imposição de pena privativa de liberdade e também medida de segurança pelo mesmo fato, atribuindo-se o sistema dualista à forte influência da Escola Positivista⁸⁷.

⁸³ COSTA, Álvaro Mayrink da, ob. cit., p. 656.

⁸⁴ FRAGOSO, Helena Cláudio, ob. cit., p. 495.

⁸⁵ BRUNO, Anibal. Direito penal, parte geral. Tomo 3º: pena e medida de segurança. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 263.

⁸⁶ BRUNO, Anibal, ob. cit., p. 265.

⁸⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, ob. cit., p. 103.

Em sua versão original, o Código Penal de 1940 previa a medida de segurança para os inimputáveis e semi-imputáveis, admitindo sua aplicação também ao imputável reincidente em crime doloso, ao condenado por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool se habitual a embriaguez, e ao condenado por crime cometido como filiado a bando ou quadrilha, imposição essa lastreada na presunção de periculosidade⁸⁸.

Caso reconhecida a periculosidade real de imputável, e se condenado a pena superior a cinco anos de reclusão ou à pena privativa de liberdade, e se o crime se relacionasse à ociosidade, à vadiagem ou à prostituição, a ele também seria imposta a medida de segurança⁸⁹.

No Brasil foi consagrada a distinção entre pena e medida de segurança, e tanto uma quanto outra só podiam ser impostas por decisão judicial, advertindo Roberto Lyra que o Código Penal italiano disfarçou a identidade fundamental das duas sanções, pois “[...] a jurisdição substancial foi conservada, entre nós, para ambos, quando, na Itália, a jurisdição, quanto à medida de segurança, é meramente formal [...]”⁹⁰.

Ao tratar dos fundamentos relativos à aplicação da medida de segurança, subordinando-a à prática de fato previsto como crime e à periculosidade do agente, José Salgado Martins pontua que “[...] como a pena tem o seu pressuposto na capacidade penal do agente e na sua responsabilidade, a medida e segurança tem-no na periculosidade [...]”⁹¹, destacando que se trata de “[...] medida de simples utilidade, dispensando o juízo ético sobre a culpa do agente [...]”⁹², podendo ser “[...] imposta provisoriamente, durante o processo, antes de proferida a sentença, em relação aos doentes mentais e aos ébrios habituais e toxicômanos [...]”⁹³.

Em seus quarenta anos de vigência no Brasil, o sistema da dupla via nunca funcionou, afirmando Heleno Cláudio Fragoso que somente no Estado de São Paulo foi construído um único estabelecimento penal para a execução de medidas de segurança detentivas para imputáveis. Nos demais estados

⁸⁸ REALE JÚNIOR, Miguel, ob. cit., p. 487.

⁸⁹ REALE JÚNIOR, Miguel, ob. cit., p. 487.

⁹⁰ LYRA, Roberto, ob. cit., p. 400-401.

⁹¹ SALGADO MARTINS, José, ob. cit., p. 445.

⁹² SALGADO MARTINS, José, ob. cit., p. 445.

⁹³ SALGADO MARTINS, José, ob. cit., p. 445.

brasileiros, tais medidas não se cumpriam e eram substituídas por liberdade vigiada⁹⁴.

Além disso, concedia-se livramento condicional e se declarava cessada a periculosidade, o que significava que as medidas de segurança não faziam falta alguma. Com efeito, Roberto Lyra já advertia que o dualismo se reduzia a bem pouco ao pontuar que:

“[...] da esperança em seu desaparecimento, entre nós, diz bem o avanço da estréia até com a transformação de pena em medida de segurança: o liberado condicional fica sujeito a liberdade vigiada. Por outro lado, computa-se na pena o tempo de internação em hospital ou manicômio [...]”⁹⁵.

Analisando o sistema dualista, Anibal Bruno afirma ter observado que, na fase de execução da sentença penal, e apesar das profundas diferenças conceituais, as medidas de segurança detentivas impostas a imputáveis e as penas, na prática, eram tão próximas que se apagavam as distinções entre elas. Critica a fixação de prazo mínimo, sustentando que a estipulação judicial não deveria fazer referência nem a esse prazo e nem a prazo máximo de duração, justamente porque subsiste a medida enquanto se verificar a periculosidade⁹⁶. Ainda, destaca que:

“[...] a medida de segurança segue-se à pena. É uma exigência absoluta dos princípios tradicionais. A medida de segurança tende a emendar o delinqüente, a pena a punir a sua culpa. O sentido da pena reclama *a sua aplicação* imediata. Mas, a pena, *se aplicada* como tal, desajusta em geral, mas ainda o delinqüente, em vez de reajustá-lo às normas da convivência social. Restitui o delinqüente à medida de segurança mais perigoso do que antes [...] (BRUNO, 1977, grifos do original)⁹⁷.

Roberto Lyra aponta a dificuldade que se enfrentava para a unificação doutrinária da pena e da medida de segurança, afirmando que “[...] desde que a consciência social vai se adaptando ao princípio da responsabilidade legal, por força das tendências socialistas vitoriosas, nos próprios países que as combatem, caminhamos para a unidade das sanções

⁹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 497.

⁹⁵ LYRA, Roberto, ob. cit., p. 401.

⁹⁶ BRUNO, Anibal, ob. cit., p. 265.

⁹⁷ BRUNO, Anibal, ob. cit., p. 240.

[...]”⁹⁸, mas adverte que era necessário evitar que a medida de segurança passasse a ser “[...] prolongamento da pena e, assim, que aquela, como teme Florian, recolha os despojos desta [...]”⁹⁹.

A Reforma Penal de 1984, alterando a Parte Geral do Código Penal, aboliu o sistema do duplo binário, impedindo a aplicação de pena cumulada com medida de segurança ao autor de ilícito penal.

Na realidade, a extinção do duplo binário teria ocorrido com o Código Penal de 1969, que teve sua vigência prorrogada, mas acabou revogado em 1975, sem nunca ter entrado em vigor.

Todavia, e ainda que revogado o Código Penal que suprimia o duplo binário, as medidas de segurança, com a sistemática do Código Penal de 1940, exigiam reflexão, para adequação à realidade, pois não mais se sustentava a ordem legal então mantida.

Assim, foi constituída comissão para rever a Parte Geral do Código Penal de 1940, comissão essa presidida por Francisco de Assis Toledo, que elaborou o anteprojeto de 1981, que dentre diversos outros temas, tratou da revisão das medidas de segurança, suprimindo o sistema do duplo binário, adotando o sistema vicariante, bem como alterou o elenco de medidas de segurança, antes classificadas como pessoais e patrimoniais.

A partir dessa reforma, “[...] excluiu-se, portanto, do sistema a medida de segurança para o imputável, fazendo-se com que a pena criminal absorvesse a função de “prevenção e assistência” antes conferida à primeira [...]”¹⁰⁰.

À vista dessa alteração legislativa, a medida de segurança passou a ser destinada exclusivamente aos inimputáveis autores de ilícitos penais, na forma do previsto no artigo 26, *caput*, do Código Penal, enquanto que os semi-imputáveis se sujeitam à pena reduzida, na forma do disposto no parágrafo único desse mesmo artigo, permitindo-se, nessa situação, e caso comprovada a necessidade de especial tratamento curativo, a substituição da pena por medida de segurança (artigo 98 do Código Penal).

⁹⁸ LYRA, Roberto. Comentários ao Código de Processo Penal. Vol. VI. Rio de Janeiro: Revista Forense: 1944, p. 394-395.

⁹⁹ LYRA, Roberto, ob. cit. p. 395.

¹⁰⁰ TOLEDO, Francisco de Assis, ob. cit., p. 77.

O atual sistema brasileiro prestigia tanto o propósito de propiciar tratamento ao autor de infração penal sem capacidade de culpabilidade, como também a finalidade de defesa social¹⁰¹.

Destaque-se que, no sistema do duplo binário, a pena tinha fundamento no princípio da retribuição, que é incompatível com medidas de defesa social que não se baseiem na culpabilidade. Heleno Cláudio Fragoso afirma que a pena encontra seu fundamento no dever do Estado em preservar a ordem e a segurança da convivência social, apontando célebre frase de Hans Schultz, pois “[...] a pena é tão somente amarga necessidade de uma sociedade de seres imperfeitos [...]”¹⁰².

No sistema revogado, pena e medida de segurança tinham o mesmo fundamento e se prestavam a assegurar bens jurídicos e prevenir a prática de infrações penais. Visavam, ainda, a reinserção social do infrator. A pena mantinha caráter retributivo, em razão da perda de bens jurídicos imposta ao infrator e, a medida de segurança detentiva para imputável, cumprida como pena, também representava perda de bem jurídico, revelando natureza aflitiva ainda mais grave que a pena.

Por assim ser, o sistema do duplo binário acabou desacreditado, especialmente porque na fase de execução das sanções penais não se distinguia o cumprimento da pena privativa de liberdade da custódia de segurança, revelando-se precário o juízo de periculosidade, afora a inexistência de estabelecimentos e pessoal técnico¹⁰³.

Cumprir lembrar que o artigo 80 do Código Penal de 1940 previa a possibilidade de aplicação provisória de medida de segurança aos réus que eram considerados irresponsáveis (artigo 22), e também aos ébrios habituais e aos toxicômanos, uma vez que a lei penal os presumia perigosos. Nessa hipótese, o tempo de aplicação provisória seria computado no prazo mínimo de duração da medida de segurança (parágrafo único do artigo 80).

A medida de segurança provisória foi eliminada pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984. Quase trinta anos depois, e por força de pontual reforma processual penal, em razão da alteração promovida pela Lei nº 12.403/11, nosso ordenamento passou a contemplar a medida cautelar prevista no artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal, que permite a

¹⁰¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, ob. cit., p. 104.

¹⁰² FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 496.

¹⁰³ FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 496.

internação provisória do acusado da prática de crime cometido mediante violência ou grave ameaça, desde que, em regular incidente instaurado para verificação da sanidade mental do acusado, a perícia tenha concluído que o réu é inimputável ou semi-imputável.

Entretanto, e a exemplo do que se verifica em relação a outras medidas cautelares analisadas no âmbito do processo penal, a internação provisória só poderá ser ordenada se observados os critérios estabelecidos no artigo 282, incisos I (necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais) e II (adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado), do Código de Processo Penal.

Essa medida cautelar, se adequada e necessária, nos termos do atual regramento processual, poderá ser ordenada quando comprovada a situação de inimputabilidade ou de semi-imputabilidade daquele que for acusado da prática de crime cometido com violência ou grave-ameaça, exigindo-se, desta forma, laudo médico que, a par de indicar que o réu é pessoa que padece de transtorno mental, indique, também, a necessidade da internação compulsória.

Oportuno destacar que, no Código de Processo Penal Português, há pouco mais de duas décadas, já se previa a possibilidade de internação de pessoa com transtornos mentais em hospital psiquiátrico ou outro estabelecimento análogo adequado, em caráter cautelar, para prevenir perigo de fuga ou de cometimento de novos crimes, providência essa cabível apenas nas situações de prisão preventiva (artigo 202, nº 1 e 2). Como não poderia deixar de ser, e por se tratar de medida eminentemente cautelar e restritiva de liberdade, a adoção dessa solução é residual e excepcional, nas hipóteses enumeradas em lei¹⁰⁴.

¹⁰⁴ ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. Medidas Cautelares e de Polícia do Processo Penal em Direito Comparado. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 47.

2. Medidas de segurança e princípios fundamentais

Ao tratar dos princípios gerais do direito das medidas de segurança no direito penal português, Maria João Antunes ressalta a aproximação daquelas às penas, com a intenção de fazer valer os princípios e garantias do Estado de Direito, próprios do direito das penas¹⁰⁵.

Refere-se aos princípios da legalidade e da aplicação da lei penal mais favorável (artigo 29º da Constituição da República Portuguesa e artigos 1º e 2º do Código Penal Português); do ilícito-típico (artigo 29º da Constituição da República Portuguesa e artigo 91º, nº 1, do Código Penal Português); da proporcionalidade (artigo 18º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa e artigos 40º, nº 3, 91º, nº 1, 93º, 94º e 98º, todos do Código Penal Português), da prescritibilidade das medidas de segurança (artigo 124º do Código Penal Português); e da proibição de medidas de segurança com caráter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (artigos 30º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, e artigo 92º, nº 2, do Código Penal Português)¹⁰⁶.

Admitindo-se que a aplicação do Direito Penal tem por finalidade a proteção de bens jurídicos relevantes, ele refletirá as opções morais, éticas e ideológicas da sociedade.

Essa aplicação está calcada em princípios que regem não só a incidência da norma penal, como também a escolha da sanção a ser imposta ao infrator e bem assim a execução e duração dessa sanção, que tem por finalidade primordial a ressocialização.

De se lembrar que “[...] a liberdade, a dignidade do homem – qualidades que lhe são inerentes – e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado [...]”¹⁰⁷, pertencendo a liberdade e a dignidade à essência do ser humano, admitidas como valores fundamentais em nosso ordenamento constitucional¹⁰⁸.

No Estado Democrático de Direito, as sanções penais se submetem ao regramento das garantias individuais estabelecidas pela Constituição

¹⁰⁵ ANTUNES, Maria João. Penas e medidas de segurança. Coimbra: Almedina Edições, 2017, p. 115.

¹⁰⁶ ANTUNES, Maria João, ob. cit., p. 116.

¹⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 8ª ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 81.

¹⁰⁸ PRADO, Luiz Regis, ob. cit. p. 82.

Federal, e a exemplo do que se verifica em relação à pena, a medida de segurança há de ser limitada e regulamentada, pois representa inequívoca invasão do Estado na esfera individual da liberdade, lembrando-se que da lição de José Cretella Júnior se extrai que:

“[...] as liberdades públicas, ao lado dos direitos do cidadão e das prerrogativas individuais, são precisamente as barreiras legais intransponíveis, que abrigam as atividades do indivíduo, protegendo-as contra o arbítrio dos governantes [...]”¹⁰⁹.

A Constituição Federal de 1988 privilegiou instrumentos garantidores da liberdade, a serem necessariamente observados para a imposição das medidas de segurança a autores de fatos delituosos que sejam considerados inimputáveis ou semi-imputáveis, regramdo os princípios que devem reger a atuação estatal.

O sistema punitivo deve ser adequado à realidade garantista, pois como destaca Luiz Regis Prado:

“[...] entre valores amplamente acolhidos na Constituição, podem ser mencionadas a liberdade e a dignidade pessoais e os direitos invioláveis que lhes são inerentes, próprios das Cartas de inspiração liberal, a legalidade e o pluralismo democráticos, os direitos sociais, além dos coletivos e difusos (v.g., arts. 5º, 6º e 225 da CF). Trata-se, na verdade, de um sistema de valores ao qual se vincula a Constituição substancial, o Estado Constitucional [...]”¹¹⁰.

A atividade legislativa deve se curvar à Constituição, isto é, aos valores jurídico-normativos que caracterizam o Estado de Direito, e esses valores devem regular a atuação do legislador penal, “[...] funcionando como limite – *relativo* – à escolha dos bens jurídicos suscetíveis de tutela, a espécie e a medida da sanção disposta para a sua proteção [...]”¹¹¹, adotado como critério “[...] primordialmente, o da liberdade e dignidade da pessoa humana, reconhecido como fundamento da ordem política e da paz social [...]”¹¹².

A par disso, a aplicação das normas de Direito Penal se concretiza com o processo penal, instrumento que deve ser obrigatoriamente utilizado

¹⁰⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. Enciclopédia Saraiva de Direito. v. 49, item 6. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 449.

¹¹⁰ PRADO, Luiz Regis, ob. cit., p. 82.

¹¹¹ PRADO, Luiz Regis, ob. cit., p. 94.

¹¹² PRADO, Luiz Regis, ob. cit., p. 94.

para o exercício da jurisdição penal, e como destaca Vicente Greco Filho (2010):

“[...] é na Constituição, portanto, que o processo penal vai encontrar seu embasamento, porque é na Constituição que estão consagrados os princípios do regime adotado por uma nação, e podemos dizer que o sistema brasileiro revela uma diretriz inequívoca de valorização da pessoa humana [...]”¹¹³.

O pensamento jurídico moderno parece reconhecer que o escopo primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, proteção essa que se guia por princípios penais fundamentais, que não só se prestam a alicerçar o conceito de delito, mas também limitam o poder punitivo estatal¹¹⁴.

Defendendo posição doutrinária que sustenta a proteção de bens jurídicos pela legitimação de tipos penais, Claus Roxin afirma que:

“[...] em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias a uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc.) sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor [...]”¹¹⁵.

Para Claus Roxin, o princípio de proteção dos bens jurídicos serve como “[...] linha diretriz político-criminal para o legislador, como arsenal de indicações para a configuração de um Direito Penal liberal e de Estado de Direito [...]”¹¹⁶, admitindo regras aptas para a restrição da punibilidade.

E ainda que a Constituição Federal tenha se referido unicamente aos condenados e às penas, sem expressa referência às medidas de segurança, não há como deixar de considerar que pena e medidas de

¹¹³ GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

¹¹⁴ PRADO, Luiz Regis, ob. cit., p. 95.

¹¹⁵ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. 3ª tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, pp.17-18.

¹¹⁶ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 26

segurança são medidas aflitivas, impostas em virtude de prática delituosa, hábeis a restringir direitos fundamentais e que tem por finalidade o controle social, razão pela qual não se pode permitir qualquer distinção no tratamento que se dispensa a imputáveis, inimputáveis ou semi-imputáveis, quando responsabilizados na esfera penal¹¹⁷.

2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Considerado alicerce maior da Constituição Federal, esse princípio está referenciado no artigo 1º, inciso III, que aponta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, uma vez que “[...] a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento [...]”, sendo a dignidade apanágio que a acompanha, pois “[...] é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente [...]”¹¹⁸.

A dignidade se confunde com a própria natureza do ser humano e dessa natureza não pode ser apartada. “[...] O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer [...]”¹¹⁹,

Trata-se da essência da natureza humana, concebida como fundamento do Estado Democrático de Direito, razão pela qual desnecessário que integrasse o rol de liberdades públicas apontadas no artigo 5º da Constituição Federal.

De fato, a Constituição anuncia em seu artigo 1º os seus fundamentos, que ali colocados evidenciam a inequívoca intenção de não apenas proteger, mas de permitir o pleno desenvolvimento de todas as facetas

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. Duração das medidas de segurança. Revista dos Tribunais, v. 663, pp. 260-261. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, nº 212, p. 90-91, abril/junho de 1998, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>>. Acesso em: 21 Jan. 2019.

¹¹⁹ PRADO, Luiz Regis, ob. cit., p. 102.

da pessoa humana, que tem seus direitos e garantias fundamentais minuciosamente enumerados no texto constitucional.

Sendo a dignidade da pessoa humana o fundamento do Estado Democrático de Direito, “[...] nem mesmo um comportamento indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas [...]”¹²⁰.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes, discorrendo a respeito do termo dignidade, afirma que ele comporta ao menos dois aspectos análogos, mas distintos, sendo um deles “[...] aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna [...]”¹²¹. E, diante desses aspectos inerentes à pessoa humana, conclui que “[...] toda pessoa tem dignidade garantida pela Constituição, independentemente de sua posição e conduta social. Até um criminoso incontestado tem dignidade a ser preservada [...]”¹²².

Guillermo Jorge Yacobucci destaca que o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos assentou que “[...] la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidade intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...]”¹²³, razão pela qual o Direito Penal se vê obrigado a limitar o poder punitivo estatal, lembrando a lição de Zaffaroni, que “[...] vincula ese principio com el de racionalidad republicana, indicando que entre otras cosas prohíbe las penas crueles, los tormentos, los tratos degradantes o inhumanos [...]”¹²⁴.

A dignidade da pessoa humana é valor supremo no Estado Democrático de Direito e dela emanam os direitos e garantias fundamentais, que inequivocamente representam as liberdades públicas disciplinadas no texto constitucional. A noção de dignidade humana tem acompanhado as transformações dos valores da sociedade e, ainda que no passado as

¹²⁰ SILVA, José Afonso da, ob. cit. p. 94.

¹²¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 73.

¹²² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, ob. cit., p. 73.

¹²³ YACOBUCCI, Guillermo Jorge. El sentido de los principios penales. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 213

¹²⁴ YACOBUCCI, Guillermo Jorge, ob. cit. p. 214.

mudanças ocorressem de forma gradativa, no mundo contemporâneo as mutações são mais abrangentes¹²⁵.

Antonio Carlos da Ponte afirma que o princípio da dignidade humana possui dupla face, uma delas representada pela dignidade básica ou radical, que impede qualquer forma de discriminação do ser humano, independentemente de sua higidez mental; a outra face, que denomina dignidade ontológica, é atinente às pessoas dotadas de inteligência e liberdade. Ressalta, ainda, que referido princípio “[...] dentro do sistema jurídico preconizado por Hans Kelsen, seria a norma hipotética fundamental [...]”¹²⁶.

A dignidade humana, valor constitucional fundante imposto no artigo 1º da Constituição Federal, permite reconhecer a igualdade entre os seres humanos, pois todos são dotados da mesma dignidade, sendo reconhecidamente iguais em direitos e obrigações, usufruindo do mesmo status jurídico¹²⁷.

Desta forma, e ainda que se trate de pessoa que tenha praticado fato delituoso, há de ter resguardada sua dignidade. Eduardo Reale Ferrari pontua que a dignidade da pessoa humana “[...] consiste num valor autônomo e específico, inerente aos homens em virtude de sua simples personalidade [...]”¹²⁸, não se permitindo que nenhum cidadão seja sancionado desnecessária ou ilimitadamente, exigindo-se delimitação das restrições temporárias impostas no âmbito do Direito Penal. Além disso, o princípio em comento impede a aplicação de sanções que “[...] lesionem a constituição físico-psíquica dos infratores [...]”¹²⁹.

Na ordem constitucional anterior, e à vista da disposição contida no parágrafo 14 do artigo 153 da Constituição de 1969 (“Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário), René Ariel Dotti já questionava a teoria da pena-emenda diante das objeções feitas à intervenção do Estado no delicado território da dignidade humana do condenado, apontando as sanções que pretendiam “[...] “retificar” a

¹²⁵ BARRETO, Vicente de Paulo e Lauxen, Elis Cristina Uhry. A (re) construção da ideia de dignidade humana. *Quaestio Iuris*, v. 11, nº 1, p. 85, 2018, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22980>; acesso em 18 jan 2019.

¹²⁶ PONTE, Antonio Carlos da, ob. cit., p. 75-76.

¹²⁷ MACHADO, Martha de Toledo. Proibição de excesso e proteção insuficiente no direito penal: as hipóteses de crimes sexuais contra a criança. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2008, p. 110.

¹²⁸ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 122.

¹²⁹ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 122.

personalidade do presidiário [...]” e que “[...] poderiam assumir as características de *lavagem cerebral* em holocausto à garantia individual consagrada pelo artigo 153, parágrafo 14, da nossa Constituição [...]” (grifos do original)¹³⁰.

Diante do arcabouço constitucional, é indubitável que a sanção penal há de ser executada e cumprida com observância de condições humanitárias, que permitam o alcance de sua finalidade legal, qual seja, a finalidade curativa e de reinserção social do inimputável ou do semi-imputável.

Na verdade, seja qual for a sanção a ser aplicada ao autor de infração penal, no exercício regular do *ius puniendi* estatal, sua execução deverá observar e resguardar o princípio da humanidade, que compreende o máximo respeito à dignidade humana.

Destaca Eduardo Reale Ferrari que decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio da igualdade, razão pela qual os “[...] infratores doentes mentais não podem ser tratados de forma mais severa se comparados aos imputáveis [...]”¹³¹ e toda medida privativa de liberdade, seja ela pena ou medida de segurança, deve ter limitação de tempo de duração, não podendo a periculosidade criminal sujeitar o inimputável ou semi-imputável à sanção penal perpétua¹³².

Com efeito, nosso sistema legal sempre acentuou essa desigualdade ao permitir que imputável e inimputável ou semi-imputável, caso pratiquem o mesmo delito, recebam tratamento diferenciado e discriminatório, na medida em que o imputável terá conhecimento do limite máximo de sua punição, enquanto que o inimputável, ou eventualmente o semi-imputável, caso seja substituída a pena reduzida por medida de segurança, não saberá o termo final da sanção penal que lhe foi imposta, pois dependerá do reconhecimento judicial da cessação de sua periculosidade, para que só assim seja declarada finda a medida de segurança.

E essa desigualdade é ainda mais evidente quando se comparam inimputável e imputável.

¹³⁰ DOTTI, René Ariel. Penas e medidas de segurança no anteprojeto de Código Penal. Revista de Direito Penal e Criminologia, nº 32, p. 50, julho-dezembro, 1981, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/RDP32.pdf>; acesso em 26 jan 2019.

¹³¹ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 124.

¹³² FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 125.

É que o imputável, quando condenado à pena privativa de liberdade, se sujeitará ao cumprimento de no máximo quarenta anos de restrição de liberdade, nos termos do previsto no artigo 75 do Código Penal, com a redação promovida pela Lei nº 13.964/19. Para o inimputável, ainda que pratique infração penal menos grave, a lei penal não prevê limitação temporal para a execução da medida de segurança, que perdurará enquanto não cessar a periculosidade, situação que pode, ao menos em tese, levar à perpetuidade da sanção penal¹³³.

Adequado lembrar que abalizada doutrina já defendia a necessidade de se impor limite temporal para o cumprimento de medidas de segurança, sob pena de ofensa à expressa disposição constitucional, prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea *b*, da Constituição Federal, que proíbe a perpetuidade da sanção penal¹³⁴.

Nesse sentido também o entendimento de Luiz Flávio Gomes, que sustenta que a indeterminação das medidas de segurança ofende a disposição constitucional da igualdade, justamente porque a falta de limitação temporal permite tratamento desigual ao inimputável ou ao semi-imputável¹³⁵.

Destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento no sentido de que o tempo de duração da medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito (Súmula 527), impedindo, pois, que a medida de segurança assuma contornos de perpetuidade.

2.2. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, que se revela como indiscutível limitação ao *jus puniendi* estatal, exige expressa e prévia disposição legal acerca da sanção a ser imposta ao autor de infração penal. Mais que isso, e em se tratando de medidas de segurança, a lei deve assegurar não só a previsão anterior da medida, como também o prazo de sua duração, uma vez que a

¹³³ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 125.

¹³⁴ BETANHO, Luiz Carlos; Zilli, Marcos Alexandre Coelho. Das medidas de segurança. In: Código Penal e sua Interpretação – Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 486.

¹³⁵ GOMES, Luiz Flávio, ob. cit. p. 262.

sanção penal priva ou restringe a liberdade individual (artigo 1º do Código Penal).

Cabe lembrar que o princípio da legalidade é “[...] fruto do grande movimento político e jurídico, chamado de constitucionalista, gerado pelas ideias do Iluminismo do século XVIII, ao qual pertence Rousseau, Voltaire e Beccaria [...]”¹³⁶, e em nosso ordenamento ele se vê expresso no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Por força desse princípio, o Estado se subordina às normas e à sua hierarquia, figurando a norma constitucional como o vértice da pirâmide, razão pela qual é designada como Lei Fundamental. Assim, “[...] em sua versão política, o princípio representa o primado da lei e o fundamento do Estado de Direito [...]”¹³⁷, lembrando-se que o império da lei expressa a vontade popular.

Na vigência da ordem constitucional anterior, ao tratar de liberdade jurídica, “*notio*” e “*iudicium*”, Joaquim Canuto Mendes de Almeida já se referia ao princípio fundamental então consagrado no artigo 153, parágrafo 2º, da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), apontando-o “[...] como primeira regra básica do direito positivo, a proclamar que o *direito é restrição de liberdade* [...]”¹³⁸, distinguindo duas espécies de restrição, quais sejam, restrição absoluta e restrição relativa, sendo esta a que diz respeito à liberdade particular, enquanto aquela se refere à liberdade geral.

Ao tempo da reforma da Parte Geral do Código Penal, em minuciosa análise do princípio da legalidade, Alberto Silva Franco destacou que referido princípio não se limitava aos corolários da reserva legal, da irretroatividade da lei penal incriminadora e da proibição da analogia *in malam partem*, uma vez que já havia alcançado uma quarta dimensão, isto é, a do denominado “mandato de certeza”, pois:

“[...] para que o crime e a pena a ele cominada possam ser considerados, não basta uma lei que lhes seja temporalmente anterior e inaplicável às hipóteses assemelhadas. É mister que a lei *defina* o fato criminoso, ou melhor, enuncie com clareza os atributos essenciais e específicos da conduta humana de forma

¹³⁶ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação constitucional do Direito Penal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 54.

¹³⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, ob. cit., p. 54.

¹³⁸ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Processo Penal, Ação e Jurisdição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 8.

a torná-la inconfundível com outra, e lhe *comine* pena balizada dentro de limites não exagerados (grifos do original) [...]¹³⁹.

Ao tratar do princípio da legalidade ou da reserva legal, que costuma ser enunciado pela expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, Toledo o desdobra em quatro subprincípios, quais sejam: “[...] a) *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*; b) *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*; c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* [...]”¹⁴⁰, representando o primeiro desses subprincípios a necessidade de verificação da prática de infração penal para que se permita a imposição de medida de segurança, com prévia disposição a respeito da descrição da conduta típica penalmente relevante e a consequente sanção que a ela se aplicará. Os demais subprincípios constituem derivações do princípio da tipicidade, exigindo que as medidas de segurança sejam impostas desde que os preceitos primário e secundário da norma penal incriminadora sejam claros, precisos e determinados.

Para Nilo Batista, o princípio da legalidade exige que o fato constitutivo do delito se mostre plenamente descrito, devendo a lei enunciar os diversos caracteres da conduta delitativa, que assim indicará a matéria de proibição, definindo os limites entre o lícito e o ilícito¹⁴¹.

Analisando relevante faceta do princípio da legalidade, Antonio Carlos da Ponte sustenta que a delimitação do prazo de duração da medida de segurança deve ser previamente fixado pela lei, sob pena de quebra da garantia da segurança jurídica que deve nortear os caminhos do Estado de Direito. Alerta para o risco de ofensa a esse princípio em razão da inexistência de previsão a respeito do prazo máximo de duração das medidas de segurança em nosso atual ordenamento jurídico, uma vez que a lei penal apenas prevê o prazo mínimo, perdurando a constrição judicial até que se verifique a melhora do paciente, pois a sanção penal subsistirá enquanto caracterizada a periculosidade do infrator¹⁴².

Márcia Dometila Lima Carvalho adverte para o desgaste que se verifica quando, dando-se ênfase à lei, o princípio da legalidade se reduz a

¹³⁹ FRANCO, Alberto Silva. *Temas de Direito Penal: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 9.

¹⁴⁰ TOLEDO, Francisco de Assis, ob. cit., p. 22.

¹⁴¹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do direito penal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan Editora, 1990, p. 78.

¹⁴² PONTE, Antonio Carlos da, ob. cit., p. 76.

mero formalismo. Como aponta, esse princípio “[...] afirmado sob a perspectiva de validez – dever ser – passou a ser questionado sob a perspectiva da eficácia: a lei nem sempre expressa a justiça [...]”¹⁴³.

De fato, a eficácia da garantia da legalidade se vê atrelada à descrição das normas incriminadoras e dos bens jurídicos valorados. A formalização dos tipos penais, seja por cláusulas genéricas, seja pela utilização de preceito secundário que evidencie sanções punitivas indeterminadas no tempo, leva à distorção da garantia constitucional, sendo irrelevante que se trate de medida de segurança que só se impõe e se sustenta em razão de periculosidade normativa, que é exigida pela lei penal.

Luiz Flávio Gomes e Guillermo Jorge Yacobucci afirmam que as exigências do princípio da legalidade – *lex praevia*, escrita, estrita e certa – enfrentam desafios que não se faziam presentes na conformação do direito penal tradicional, razão pela qual hoje se fala em crise da legalidade em razão da falta de determinação, taxatividade e certeza das leis penais¹⁴⁴.

Alberto Silva Franco alerta que o princípio da legalidade deve dar fundamento a quatro garantias, a saber: garantia criminal, garantia penal, garantia processual e garantia de execução penal. Relativamente à garantia penal, afirma que ela “[...] compreende a necessidade de explicitação da modalidade de pena e da quantidade de pena, dentro de balizas não dilatadas, cominadas para a prática do comportamento lesivo [...]”¹⁴⁵.

Ao tratar do princípio da legalidade relativamente às sanções penais, Luiz Flávio Gomes ressalta que as disposições constitucionais e legais relativas à pena também devem ser aplicadas às medidas de segurança, pois a reserva legal e a anterioridade da lei também as alcançam¹⁴⁶.

Assim, o juiz só pode aplicar medida de segurança previamente prevista em lei, significando que “[...] a lei não só deve referir-se à medida aplicável como também, e sobretudo, à sua duração [...]”¹⁴⁷, uma vez que todos têm o direito de saber até qual limite o Estado pode atingir o direito de liberdade, isto é, as medidas de segurança não podem ser impostas por prazo

¹⁴³ CARVALHO, Márcia Dometila Lima, ob. cit., p. 54.

¹⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio; Yacobucci, Guillermo Jorge. As grandes transformações do Direito Penal tradicional. Série As Ciências Criminais no Século XXI. Vol. 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 100.

¹⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2007; p. 39.

¹⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio, ob. cit., p. 261.

¹⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio, ob. cit., p. 261.

indeterminado, pois “[...] violam o princípio da legalidade (portanto, viola a Constituição Federal), a garantia da segurança jurídica e o Estado de Direito e, ademais, encerram grave perigo para o cidadão [...]”¹⁴⁸.

2.3. Princípio da anterioridade

Fundamental e basilar faceta do princípio da legalidade, o princípio da anterioridade ou da reserva legal representa a garantia de que ninguém será processado e nem punido por fato que não seja previamente previsto como infração penal. Além disso, nenhuma sanção que não esteja previamente prevista para determinada conduta penalmente relevante poderá ser imposta ao autor de infração penal.

Em decorrência da anterioridade, deve-se destacar a disposição prevista no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, que veda a retroação da lei penal, salvo se em benefício do acusado.

Com efeito, o princípio da anterioridade exprime a segurança jurídica na atuação estatal, proibindo perseguições ou punições arbitrárias. Segundo Antonio Carlos da Ponte, “[...] muito mais do que um direito, representa uma garantia do indivíduo e um monitoramento da própria atividade estatal, que fica jungida ao império da lei [...]”¹⁴⁹ e, destacando o entendimento do Ministro José Celso de Mello Filho, pontua que:

“[...] A aplicação do princípio da reserva legal importa submeter determinadas categorias temáticas ao domínio normativo da lei. Isso significa que, onde incidir o referido princípio, ficará necessariamente excluída, salvo disposição constitucional em contrário, qualquer ingerência normativa do Poder Executivo [...]”¹⁵⁰.

Não se pode deixar de considerar que as leis penais são criadas para abarcar situações futuras, exigindo-se, pois, respeito à irretroatividade da lei penal, sob pena de direta ofensa ao princípio da anterioridade, salvo se,

¹⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio, ob. cit., p. 261.

¹⁴⁹ PONTE, Antonio Carlos da. Crimes eleitorais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 86.

¹⁵⁰ PONTE, Antonio Carlos da, ob. cit., p. 78.

como na exceção constitucional, se verificar situação mais benéfica para o acusado.

O princípio da legalidade exige que o delito e a sanção a ele cominada estejam expressamente previstos em *lex scripta*, excluindo-se o direito consuetudinário; exige, ainda, *lex stricta*, que se aplicará tão somente a fatos nela contemplados, vedada a analogia. E, por final, exige *lex praevia*, isto é, lei anterior ao delito, vedada a retroatividade da lei penal, salvo se favorável ao acusado¹⁵¹.

Discorrendo a respeito da aplicação, execução e extinção das medidas de segurança, José Carlos Ataliba Nogueira defendeu a possibilidade de *reformatio in peius*, uma vez que não se tratando de pena, e considerada a natureza administrativa das medidas de segurança, autorizada estaria “[...] a substituição de uma por outra, sem outro limite que não seja devida obediência aos dispositivos legais [...]”¹⁵², pois a lei fixa e o juiz aplica a medida de segurança tão somente no mínimo previsto, sendo que a duração será verificada em posterior exame da periculosidade.

Interessante destacar disposição ainda contida no artigo 3º do Código Penal Militar (Decreto lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969), que prevê que “as medidas de segurança são regidas pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução”, previsão essa semelhante a que constava no Código Penal de 1940 antes da reforma de 1984.

Com efeito, o artigo 75 do Código Penal de 1940 dispunha que: “as medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução”, razão pela qual as medidas de segurança não se submetiam ao princípio da reserva legal, no tocante à anterioridade ao fato, e assim era porque, não tendo a medida de segurança caráter retributivo, mas, sim, curativo, tinha por finalidade o tratamento do infrator¹⁵³.

Assim, e sob o argumento da natureza curativa da medida de segurança imposta em razão da prática de fato delituoso – considerada medida de defesa social – justificava-se a execução da sanção penal ainda mais

¹⁵¹ VALLEJO, Manuel Jaen. Cuestiones básicas del derecho penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, p. 71-72.

¹⁵² ATALIBA NOGUEIRA, José Carlos, ob. cit., p. 157.

¹⁵³ FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 19.

gravosa que aquela vigente ao tempo da prática do fato ou ao tempo da sentença penal que a impôs.

Ainda que reconhecesse o império do princípio da legalidade, Nelson Hungria concluiu pelo não cabimento da reserva legal quando se tratasse de medidas de segurança pois:

“[...] ao contrário, porém, do que acontece em relação à pena, não se apresenta, aqui, a questão da irretroatividade da *lex gravior* ou extra-atividade da *lex mitior*. A lei sucessiva se aplica sempre, imediatamente, em substituição à lei anterior, pouco importando se mais benigna, ou se mais rigorosa¹⁵⁴.”

Esse entendimento se sustentava porque, em se tratando de sanção penal que visava a conjuração da periculosidade e com a finalidade de tratamento, deveria atender esse fim único, pois a medida de segurança não se impunha “[...] pelo que indivíduo fez, mas pelo que é ou pelo que pode *vir a fazer* (grifos do original) [...]”¹⁵⁵, sendo irrelevante até mesmo a *res judicata*, que não seria capaz de impedir “[...] a inovação, ainda que *in pejus*, trazida pelo regime da lei sucessiva, ou ainda que a lei anterior não cuidasse de medida de segurança alguma [...]”¹⁵⁶.

Admitia-se, ainda, “[...] que as disposições legais referentes à medida de segurança retroagem, como bem claro deixa o citado artigo [...]”, que determinava a imposição da sanção existente não ao tempo do crime, mas, sim, aquela contemporânea à sentença ou ao tempo da execução¹⁵⁷.

Heleno Cláudio Fragoso adverte para a tendência internacional que pendia no sentido de subordinar as medidas de segurança às mesmas garantias da pena, apontando a inadequação daquela previsão legal, pois o Código Penal austríaco, de 1974, já previa a equiparação das medidas de segurança à pena para os efeitos da reserva legal. Afora isso, destaca que o Código Penal alemão ordenava a aplicação da medida de segurança em vigor ao tempo da sentença, se a lei não dispusesse diversamente, não se aplicando essa regra se as novas medidas de segurança viessem a atingir gravemente a liberdade do infrator, assemelhando-se à pena¹⁵⁸.

¹⁵⁴ HUNGRIA, Nelson, ob. cit., p. 33.

¹⁵⁵ HUNGRIA, Nelson, ob. cit., p. 33.

¹⁵⁶ HUNGRIA, Nelson, ob. cit., p. 35.

¹⁵⁷ NORONHA, Edgard Magalhães, ob. cit., p. 342

¹⁵⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 19-20.

Entretanto, sustenta que ao contrário do que se verificava em relação à pena, “[...] não se exige, para as medidas de segurança, a anterioridade da lei ao *fato delituoso* que é pressuposto de sua aplicação [...]” (grifos do original)¹⁵⁹.

Ao analisar aquela disposição legal, e ainda sob a vigência da Constituição de 1946, Basileu Garcia reconhece “[...] indissimulável, pois, no Código, a retroatividade das disposições alusivas a medidas de segurança, em relação ao fato criminoso denunciador de periculosidade [...]”¹⁶⁰, pois referida sanção penal, imposta em razão de lastro de periculosidade, “[...] têm em mira os males que ele poderá ainda perpetrar, os delitos a decorrerem do seu estado perigoso, que necessita ser obviado [...]”¹⁶¹.

Posteriormente, na vigência da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional de 1969, comentando e revendo sua obra, Garcia (2008) concluiu pela inaplicabilidade do artigo 75 do Código Penal, pois a garantia constitucional, a ser interpretada o mais amplamente possível, exigia que fosse observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo se fosse agravada a situação do réu (artigo 150, parágrafo 16), frisando que as disposições a respeito de medidas de segurança devem ser entendidas como leis penais¹⁶².

De se destacar, outrossim, o posicionamento de Francisco de Assis Toledo (2007), que relativamente aos imputáveis, na ordem legal anterior, sustenta que não se poderia desprezar o princípio da anterioridade, “[...] pois sabido é que a lei retroativa pode igualmente, em certas circunstâncias, ser posta a serviço do arbítrio, do autoritarismo [...]”¹⁶³.

Entretanto, e no tocante à medida de segurança imposta a inimputável ou semi-imputável após a vigência da Lei nº 7.209/84 (Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940), e em razão de seu caráter puramente assistencial ou curativo, sustenta que:

“[...] parece-nos evidentemente correta a afirmação de sua aplicabilidade imediata, quando presente o estado de periculosidade, ainda que possam apresentar-se mais gravesas, pois os remédios reputados mais eficientes não podem deixar de ser ministrados aos pacientes deles carecedores só pelo fato de serem mais amargos ou mais

¹⁵⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 109.

¹⁶⁰ GARCIA, Basileu, ob. cit., p. 245.

¹⁶¹ GARCIA, Basileu, ob. cit., p. 245.

¹⁶² GARCIA, Basileu, ob. cit., p. 245.

¹⁶³ TOLEDO, Francisco de Assis, ob. cit., p. 41.

dolorosos. Aqui, sim, se poderia falar em diferença substancial entre a pena e a medida, para admitir-se a exclusão da última das restrições impostas à primeira pelo art. 5º, XXXIX e XL, da Constituição¹⁶⁴.

A regra castrense ora em comento (art. 3º do Código Penal Militar) merece adequada interpretação, pois deve obediência às disposições constitucionais referentes às garantias fundamentais, sendo adequado se entender que seja ela aplicável apenas se a lei posterior for mais benéfica ao acusado.

Com efeito, não parece possível admitir a aplicação de medida de segurança vigente ao tempo da execução, se diversa daquela contemporânea à ocorrência do fato delituoso e se for mais gravosa.

A doutrina majoritária se posiciona nesse sentido, apontando-se aqui a lição de Guilherme de Souza Nucci, que sustenta que referida disposição legal não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 ao afirmar que:

“[...] quando se trata de privar a liberdade de alguém, é preciso respeitar os princípios da legalidade e da anterioridade [...] Reputamos não ter sido o referido art. 3.º recepcionado pela Carta Magna. Portanto, além das opiniões já mencionadas de Noronha, Pierangeli e Zaffaroni, com as quais concordamos, posiciona-se pela sua submissão à reserva legal e ao princípio da anterioridade ampla parcela da doutrina nacional: Júlio Fabbrini Mirabete, Alberto Silva Franco, Paulo José da Costa Júnior, Celso Delmanto e Heleno Cláudio Fragoso. Em sentido contrário, admitindo a aplicação imediata da medida de segurança: Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro e Feu Rosa [...]”¹⁶⁵.

Nesse mesmo sentido o entendimento de Alexandre José de Barros Leal Saraiva, ao argumentar que as medidas de segurança “[...] traduzem uma *capitis diminutio* no universo de direitos daqueles a elas submetidos [...]”, razão pela qual, em obediência à disposição contida no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, “[...] a medida de segurança a ser aplicada é a prevista e vigente à época do crime, a não ser que a norma superveniente confira melhor tratamento (maior benignidade) ao sentenciado [...]”, destacando que, no Direito Penal Militar, as medidas de segurança “[...] interferem com maior agressividade na vida das pessoas, o que as tornam muito mais próximas das

¹⁶⁴ TOLEDO, Francisco de Assis, ob. cit., p. 42-43.

¹⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Militar Comentado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 31

penas propriamente ditas [...]”, referindo-se à aplicação de medidas de segurança pessoais e patrimoniais, conforme disposto no artigo 110 do Código Penal Militar, quais sejam, “[...] o exílio local, a proibição de frequentar determinados lugares, a cassação de licença para dirigir veículos motorizados e a interdição de estabelecimento, sociedade ou associação [...]”¹⁶⁶.

Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger reafirmam esse posicionamento, pois ainda que “[...] à letra da lei, não se aplicaria às medidas de segurança a anterioridade, inerente, como já vimos, ao princípio da legalidade [...]”, não há como deixar de considerar o atual texto constitucional, à vista do disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, razão pela qual “[...] deve haver retroação da lei penal que traga condição mais benéfica em matéria de medidas de segurança [...]”¹⁶⁷.

Questionamento importante é feito por Eduardo Reale Ferrari ao tratar da aplicação de medida de segurança ao inimputável que, ao tempo da execução da sanção penal, não mais seja doente mental¹⁶⁸.

De fato, se considerada a comentada regra constitucional da irretroatividade da lei penal, salvo se mais benéfica, e tratando-se de sanção penal, não há dúvida que deverá ser aplicada a medida terapêutica prevista em lei vigente ao tempo do fato delituoso, exceção feita à possível incidência de norma nova mais favorável ao infrator.

Todavia, se ao tempo da execução da medida de segurança, o autor do delito não mais apresentar doença mental, não parece possível submetê-lo a qualquer outra sanção penal, justamente porque ausente sua finalidade primordial, que é o fim preventivo e curativo da medida de segurança, à vista da recuperação do doente.

Por certo, nessas circunstâncias, e ainda que se trate de pessoa que, em sede judicial, se reconheceu ser autor de infração penal, não há possibilidade de substituir a medida de segurança por pena, de qualquer espécie, uma vez que se tratava de inimputável ao tempo do fato delituoso, como afirmado na sentença penal absolutória imprópria.

E a essa mesma conclusão se pode chegar em caso de semi-imputável a quem se aplicou medida de segurança substitutiva da pena, já que

¹⁶⁶ SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. Código Penal Militar Comentado. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 35-36.

¹⁶⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra; Streifinger, Marcello. Manual de Direito Penal Militar. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

¹⁶⁸ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 96.

a finalidade curativa justificou a substituição verificada em sentença penal de natureza condenatória.

2.4. Princípio da intervenção mínima

Sem que tenha explícito fundamento na Constituição Federal, o princípio da intervenção mínima é extraído da previsão contida no artigo 8º da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, que dispõe que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

Antonio Carlos da Ponte afirma que se trata de “[...] verdadeiro postulado constitucional implícito, do qual decorre o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal [...]”¹⁶⁹, hábil a impedir proliferação legislativa incriminatória, que esvazia o poder intimidatório do Estado, na medida em que torna ineficaz o controle social.

De acordo com referido princípio, o caráter subsidiário do Direito Penal se evidencia porque só se tem por legítima a norma penal quando outros ramos do Direito não se mostrarem capazes de defender bens jurídicos relevantes, limitando-se, assim, a incidência de normas penais incriminadoras.

No tocante ao caráter fragmentário do Direito Penal, o princípio da intervenção mínima assegura que as normas penais alcancem apenas bens jurídicos relevantes, referindo-se unicamente às condutas graves e intoleráveis, que assim receberão tutela penal adequada, preservando a eficácia preventiva dessas normas incriminadoras.

Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger afirmam que o princípio da intervenção mínima complementa o caráter subsidiário do Direito Penal, quando se verifica que “[...] apenas a intervenção penal é eficiente na proteção de determinados bens jurídicos [...]”¹⁷⁰.

¹⁶⁹ PONTE, Antonio Carlos da, ob. cit., p. 79.

¹⁷⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra; Streifinger, Marcello, ob. cit., p. 79.

Na lição de Eduardo Reale Ferrari, o preceito primário e a sanção penal somente devem ser impostos se os fatos tiverem ressonância social, já que não faz sentido a incidência de qualquer sanção se ausente a necessidade de proteção à tutela penal¹⁷¹. Tratando-se de medida de segurança criminal, ela somente será aplicada se necessária ao tratamento do infrator, não se justificando a imposição caso o doente já tenha se recuperado. Assim, destaca que:

[...] Tal princípio elimina a incidência de sanções inúteis. Verificando-se que o cidadão ainda não se recuperou, contínuo será o tratamento – ao nosso ver sempre limitado temporalmente –, cabendo ao juiz escolher – em face do princípio da intervenção mínima – dentre as medidas adequadas aos seus fins aquela menos onerosa à liberdade do cidadão, configurando-se também como um princípio judicial [...]¹⁷².

Em razão da aplicação do princípio da intervenção mínima, que pode levar ao fenômeno da descriminalização, Eduardo Reale Ferrari refere-se ao instituto da diversão, que é representado pelo movimento processual de não intervenção excessiva do direito penal¹⁷³.

Referido por Jorge de Figueiredo Dias, que também o denomina de desjudicialização, esse instituto engloba:

[...] o conjunto de processos usados pelas instâncias formais ou informais de controlo com vista a alcançar uma solução dos conflitos jurídico-penais **fora do sistema formal de aplicação da justiça penal** (pelo menos, antes do momento jurídico-processual de determinação da culpabilidade e/ou da sanção: CPP, arts. 368º e s.), afastando-se correspondentemente as pessoas daquele sistema e do respectivo «corredor da delinquência», ou de parte deles” (grifos do original) [...]¹⁷⁴.

Em seus estudos a respeito do futuro do direito penal num Estado Social de Direito, que tem por finalidade a integração e a redução de discriminações, evitando a estigmatização e exclusão social de autores de infrações penais, Claus Roxin sustenta a possibilidade da descriminalização e

¹⁷¹ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 109.

¹⁷² FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 111.

¹⁷³ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 111.

¹⁷⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal Português. Parte Geral. As consequências jurídicas do crime. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 67.

da diversificação¹⁷⁵ serem largamente aplicadas: a descriminalização seria alcançada com a eliminação de dispositivos penais não necessários à manutenção da paz social, bem como pela cominação de penas tão somente para comportamentos socialmente lesivos e desde que não possam ser debelados por meios extrapenais menos gravosos. A diversificação, quando não for possível a descriminalização, fica reservada às situações na quais a condenação formal por um juiz contrarie o interesse público, alcançando, assim, os delitos de bagatela, e permitindo o arquivamento da apuração se o infrator prestar serviços à comunidade. Sustenta, assim, que:

[...] a descriminalização e a diversificação tampouco irão tornar supérflua a pena. Mas estes institutos poderiam e deveriam reduzir as punições a um núcleo essencial de comportamentos que realmente precisa ser punido [...].¹⁷⁶

Exemplo do instituto da diversão ou da diversificação no Brasil é o Juizado Especial Criminal, expressamente previsto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, e que foi criado e regulamentado pela Lei nº 9.099/95 e, posteriormente, pela Lei nº 10.259/01 no âmbito da Justiça Federal.

Neste contexto, importa ao estudo do princípio da intervenção mínima o instituto da transação penal, que permite ao autor de ilícito penal de menor potencial ofensivo a aceitação de sanção ofertada em proposta apresentada pelo Ministério Público e que impedirá a regular instauração de processo penal (artigo 76 da Lei nº 9.099/95).

A referência que aqui se destaca se faz relevante na medida em que se questiona a possibilidade de ser ofertada proposta de transação penal ao delinvente inimputável ou ao semi-imputável, que cometa infração penal considerada de menor potencial ofensivo, pois parece que não se poderia alijar esse infrator da incidência do princípio da intervenção mínima, vedando-se a ele o acesso à transação pública tão somente porque presumida sua periculosidade¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Nota 22, de Luís Greco, na tradução da obra de Claus Roxin: “o termo original é a palavra de origem inglesa *diversion*; preferi discrepar de renomados autores da nossa língua, que a traduzem por diversão (p. ex., *Figueiredo Dias/Costa Andrade*, Criminologia, Coimbra editora, 1992, p. 360; e *Luiz Flávio Gomes*, na tradução da obra Criminologia, de *García Pablos*, 3ª edição, RT, São Paulo, 2000, p. 30), eis que a palavra diversificação possui um significado mais próximo do fenômeno a que se refere” (ob. cit., p. 14).

¹⁷⁶ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal Brasileiro. Tradução de Luís Greco. 2ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 15.

¹⁷⁷ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 114-115.

Relativamente às medidas de segurança, Luiz Carlos Betanho e Marcos Alexandre Coelho Zilli ressaltam que, à vista da incidência do princípio da intervenção mínima, o tempo de duração da sanção penal “[...] não poderá ser maior do que o mínimo necessário, considerada a finalidade terapêutica de eliminar, o quanto possível, a periculosidade [...]”¹⁷⁸, revelando-se imperiosa a necessidade de imediata cessação da medida de segurança quando atingida a finalidade dela, qual seja, o desaparecimento da periculosidade, uma vez que nessa situação cessado estará o poder punitivo estatal¹⁷⁹.

Isso significa que, ainda que se defenda a estipulação de prazo máximo de duração das medidas de segurança, esse limite não deverá ser alcançado se cessada a periculosidade do infrator. Com efeito, e caso se verifique essa situação antes do prazo máximo estipulado para cumprimento da sanção penal, deve cessar a atividade punitiva estatal, pois atingida sua finalidade. Por assim ser, “[...] estabelecer um limite máximo para as medidas não implica exigir o seu cumprimento total até atingir tal limite [...]”¹⁸⁰.

2.5. Princípio da proporcionalidade

De destacada importância quando se trata do estudo da sanção penal, o princípio da proporcionalidade visa resguardar a esfera de liberdade individual do cidadão, na medida em que impede excessos na estipulação de sanções abstratas, desproporcionais à gravidade do delito, como também impede a fixação concreta de sanção que não guarde adequada relação com a gravidade do fato delituoso praticado.

Não tem previsão expressa na Constituição Federal, destacando Barroso que o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade “[...] tem fundamento nas ideias do devido processo legal substantivo e na de justiça [...]” revelando-se importante instrumento de proteção de direitos fundamentais e do interesse público, uma vez que permite o “[...] controle da

¹⁷⁸ BETANHO, Luiz Carlos; Zilli, Marcos Alexandre Coelho. Das medidas de segurança. In: Código Penal e sua Interpretação – Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 475-476.

¹⁷⁹ PONTE, Antonio Carlos da, ob. cit., p. 78.

¹⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 2, p. 69. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto [...]”¹⁸¹.

Desta forma, diante do caso concreto, o princípio da proporcionalidade:

[...] permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (i) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); (ii) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); (iii) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto¹⁸².

No tocante às medidas de segurança, sua aplicação estaria “[...] condicionada à análise de sua necessidade, e adequada e limitada em vista dos objetivos almejados, bem como à gravidade do fato [...]”¹⁸³.

Esse traçado constitucional já era observado para as medidas de segurança, pois assim:

“[...] Como a pena, a medida de segurança ha de ser sempre proporcional. A medida do castigo é juridicamente proporcionada, no momento legislativo, á necessidade do Estado de o empregar para o reto governo da sociedade, e, no momento judiciário, é proporcionada á maior ou menor culpabilidade do delinquente. A duração da medida de segurança deve ser proporcionada á periculosidade da recaída do delito. O seu quantum deve atender á periculosidade atualmente existente, em referencia a um evento futuro, que se quer impedir¹⁸⁴.

Na realidade, e tendo em vista a finalidade da medida de segurança, que busca a prevenir a prática de fato delituoso futuro e incerto, já se entendia

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et all. Comentários à Constituição do Brasil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 94

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto, ob. cit., p. 94.

¹⁸³ REALE JÚNIOR, Miguel, ob. cit. p. 498.

¹⁸⁴ ATALIBA NOGUEIRA, José Carlos, ob. cit., p. 151-152.

que o seu “[...] *quantum* deve tender á periculosidade atualmente existente, em referencia a um evento futuro, que se quer impedir [...]”¹⁸⁵.

Todavia, ainda que tenha como pressuposto de sua aplicação o delito cometido, há de se levar em conta que a medida de segurança tem por fundamento a doença mental do infrator e não a gravidade do fato. Esta, por certo, há de ser considerada no tocante à aplicação de pena, pois diretamente relacionada à culpabilidade. A medida de segurança, entretanto, tem finalidade distinta, qual seja, preventiva, visando o tratamento do infrator inimputável ou semi-imputável.

E para a escolha da espécie de medida de segurança a ser imposta, não há de se considerar a periculosidade do autor da infração penal, ainda que esse critério lhe sirva de fundamento.

Ao tratar do princípio da proporcionalidade, denominando-o de proporcionalidade em sentido amplo e abarcando os aspectos de necessidade, adequação e limitação dos objetivos da medida de segurança, Eduardo Reale Ferrari (2001) qualifica como imprescindível a aferição de três subprincípios, a saber: princípios da necessidade e subsidiariedade; princípio da adequação ou suficiência e, por final, princípio da proporcionalidade em sentido estrito¹⁸⁶.

Inspirados na proibição de excesso, os primeiros desses subprincípios se identificam pela cominação e aplicação de medida de segurança somente se estritamente necessária, conferindo-se primazia às providências menos gravosas, mas eficazes diante da periculosidade do infrator, bem como pelo exame do bem jurídico protegido e a efetiva carência à tutela de outros interesses e direitos.

Desta maneira, e concluindo-se pela incidência da medida terapêutica, importante será a seleção da espécie e quantificação da medida de segurança, considerando-se, pois, as necessidades para o tratamento do infrator.

No tocante ao subprincípio da adequação ou suficiência, a aplicação da medida de segurança deve ter por finalidade a concreta possibilidade de prevenção especial corretiva, bem como prevenção geral positiva, pois a cominação, aplicação e quantificação das medidas de segurança são

¹⁸⁵ ATALIBA NOGUEIRA, José Carlos, ob. cit., p. 152.

¹⁸⁶ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 101-107

justificáveis dentro de limites não excessivos e que não contrariem sua finalidade terapêutica e preventiva.

Finalmente, e no que diz respeito ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, afirma Eduardo Reale Ferrari (2001) que ele “[...] possui um papel e uma função limitadora do Estado, equivalentes aos desempenhados pelo princípio da culpabilidade em relação à pena [...]”¹⁸⁷, pois deve ser adotado como diretriz para a escolha e quantificação da medida de segurança a ser imposta ao infrator. Adverte, entretanto, que há necessidade de se estabelecer critérios normativos para aferir a proporcionalidade já que “[...] o juiz não deve apontar quando é proporcional esta ou aquela medida de segurança criminal, mas sim refletir, inversamente, quanto à desproporcionalidade de uma ou outra medida [...]”¹⁸⁸, o que implica a vedação de imposição de medida de segurança desnecessária, inadequada ou excessiva.

Oportuno ressaltar que, a exemplo do que sustenta o autor, é necessário observar que, independentemente de qual critério se eleja para aplicação do princípio da proporcionalidade relativamente às medidas de segurança, há de se ter em conta que sua observância é obrigatória, seja no tocante à escolha da espécie de medida de segurança, seja no que diz respeito à fixação de limites mínimos e máximos de duração da sanção penal.

E como se extrai da lição de Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger:

[...] O princípio da proporcionalidade é visto por muitos como um superprincípio, como o “princípio dos princípios”, mas, em verdade, a proporcionalidade, ainda que tenha sua relevância inquestionável, há que encontrar limites na dignidade da pessoa humana, mesmo porque é dela oriunda. Nessa esteira, tenha-se em mente que o mais importante princípio constitucional é o da dignidade da pessoa humana; sendo ele a diretriz de interpretação, portanto, a proporcionalidade, como toda a lógica constitucional, nasce da dignidade da pessoa humana [...]”¹⁸⁹.

Cumprido lembrar que, como ressalta Antonio Carlos da Ponte, o princípio da proporcionalidade possui uma dupla face, qual seja, a proibição de

¹⁸⁷ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit. p. 105.

¹⁸⁸ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit. p. 106.

¹⁸⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra; Streifinger, Marcello, ob. cit., p. 71.

resposta penal insuficiente e bem assim a proibição de resposta penal excessiva para a salvaguarda de determinados bens ou interesses¹⁹⁰.

Nesse aspecto, destaca que a proporcionalidade não se limita à proibição de excesso, normalmente caracterizada pela previsão normativa de gravosas sanções penais, mas também deve ser observada no tocante à obrigatoriedade de proteção suficiente a determinados bens eleitos pela Constituição Federal, em obediência aos “[...] mandados explícitos e implícitos de criminalização, e a observância de uma pauta mínima de Direitos Humanos [...]”¹⁹¹.

Em minucioso estudo do princípio da proporcionalidade, Luciano Feldens, conclui que, diante de formas mais gravosas de ataque, exigem proteção jurídico-penal os direitos fundamentais mais elementares, como a vida, a dignidade humana e a liberdade, destacando que, ainda que o legislador penal possa se valer de ampla liberdade de configuração dos tipos penais, não está imune ao controle de constitucionalidade, seja em relação à penalização de determinadas condutas, como também em relação à despenalização de outras¹⁹², pois ainda que, em regra, a liberdade de atuação do legislador seja relativa, ela está “[...] submetida a pautas que lhe são subministradas pela Constituição, as quais lhe impedem extravasar os limites superior (proibição do excesso) e inferior (proibição de proteção deficiente) da proporcionalidade [...]”¹⁹³.

Adequado frisar que, diferentemente do que ocorre com a proibição de excesso, a função de imperativo de tutela exige deliberação a respeito de como se concretizará a proteção reclamada pela Constituição Federal. Quando se concretiza intervenção excessiva, a legitimidade da atuação estatal é questionada em razão de determinada medida específica. Todavia, a proibição de proteção deficiente, nesse contexto, encerra “[...] uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma *omissão*, total ou parcial – vulnera um direito fundamental [...]”¹⁹⁴.

¹⁹⁰ PONTE, Antonio Carlos da, ob. cit., p. 81-82.

¹⁹¹ PONTE, Antonio Carlos da, ob. cit., p. 82.

¹⁹² FELDENS, Luciano. A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 214.

¹⁹³ FELDENS, Luciano, ob. cit., p. 215.

¹⁹⁴ FELDENS, Luciano, ob. cit., p. 164.

Para Luiz Flávio Gomes, a “[...] base mais concreta e factível do princípio da proporcionalidade é a gravidade do fato punível cometido [...]”¹⁹⁵, pois considerada a infração penal praticada pelo infrator com transtorno mental, referido marco penal impede que a medida de segurança seja executada por tempo superior ao que é previsto como pena, caso ele fosse culpável. Esse limite máximo não pode ser ultrapassado, ainda que não se consiga a cessação de periculosidade do infrator.

Luiz Flávio Gomes assevera que a “[...] proporcionalidade das medidas de segurança devem ter por fundamento a gravidade do fato punível, tal qual a proporcionalidade da pena [...]”¹⁹⁶.

2.6. Princípio da humanidade

Ainda que decorra do princípio da dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), o princípio da humanidade se vê expresso nas disposições do artigo 5º, inciso III, do texto constitucional. Além disso, se funda nas disposições do artigo 5º, incisos XLVII, XLVIII, XLIX e L, da Constituição Federal, limitando o legislador ordinário no tocante à cominação de penas, pois veda qualquer espécie de sanção de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruel ou de morte, salvo em caso de guerra declarada, lembrando que, nos termos do previsto no artigo 4º, item 3, do “Pacto de São José da Costa Rica”, não se poderia aqui restabelecer a pena de morte, há muito abolida, ressalvada a exceção constitucional.

Esse princípio deve nortear a atuação da justiça criminal, relativamente à aplicação de sanções penais, e bem assim nortear a administração, no tocante à execução das penas e medidas de segurança.

Luiz Regis Prado assevera que “[...] em um Estado Democrático de Direito, vedam-se a criação, a aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra medida que atentar contra a dignidade humana [...]”, pois “[...] a

¹⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio, ob. cit., p. 262.

¹⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio, ob. cit., p. 68.

ideia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal [...]”¹⁹⁷.

Inequivocamente derivado do fundamento republicano e do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da humanidade, consagrado pelas ideias iluministas, inclina a atuação do Direito Penal em favor do próprio homem, impondo limites para a atividade estatal.

Assim, o princípio da humanidade é desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), que representa um dos fundamentos da República e que se harmoniza à vedação de tortura ou de qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante, estendendo esse regramento às medidas de segurança, ainda que o texto constitucional não faça expressa referência a elas.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima destaca que as disposições constitucionais relacionadas ao princípio da humanidade limitam a atuação do legislador ordinário e do juiz criminal¹⁹⁸, pois “[...] a humanidade, como princípio constitucional penal, impõe um limite restritivo na feitura de sanções penais, *fixado* na proibição de cominações desumanas [...]”, limite esse que, relativamente ao juiz, é “[...] imposto pelo princípio uma interpretação de todo voltada para o condenado como sujeito, e não como objeto da controvertida intervenção *ressocializadora* [...]” (grifo do original)¹⁹⁹.

Nesse aspecto, adequado apontar o posicionamento de Salo de Carvalho ao tratar da vedação de penas perpétuas e a omissão constitucional relativamente às medidas de segurança²⁰⁰. Como destacado, o sistema sancionatório brasileiro não é limitado à pena, aplicável ao infrator condenado e imputável, pois é integrado pelas medidas de segurança, que se aplicam ao inimputável e ao semi-imputável que praticam fato definido como ilícito penal.

O Código Penal, em seu artigo 75, prevê expressa limitação temporal para a pena privativa de liberdade enquanto que, em relação à medida de segurança, o artigo 97, parágrafo 1º, dispõe que aquela perdurará enquanto não declarada judicialmente a cessação de periculosidade. Não há

¹⁹⁷ PRADO, Luiz Regis, ob. cit., p. 114.

¹⁹⁸ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

¹⁹⁹ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros, ob. cit., p. 126.

²⁰⁰ CARVALHO, Salo de. Princípio da humanidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 436.

disposição relativa à limitação temporal da medida de segurança, sendo possível, em princípio, a imposição de sanção perpétua à vista dessa lacuna²⁰¹.

Essa característica de duração indeterminada das medidas de segurança se vê sedimentada há longa data, pois se sustentava no entendimento de que essa sanção penal poderia perdurar enquanto não verificada a cessação de periculosidade.

Com efeito, e ao tempo da vigência do Código Penal de 1940, ficou estabelecida a impossibilidade de perpetuação de pena imposta em razão da prática de conduta delituosa. Entretanto, e relativamente às medidas de segurança, vigorava o entendimento de que perdurariam enquanto não fosse efetivamente verificada a cessação de periculosidade.

Reconhecendo que a perpetuidade não é própria da pena, mas as medidas de segurança, não raro, se tornavam perpétuas, Basileu Garcia ressalta que:

[...] sem o caráter indeterminado da sua vigência, as medidas de segurança seriam inaptas para sua função essencial: anular a periculosidade. Limitá-las irremediavelmente no tempo equivaleria a tolhê-las, em inúmeros casos, de atingir a sua finalidade. Representaria isso uma incongruência. E então seria melhor que ficássemos só com o instituto das penas, sem a inovação [...] ²⁰².

Ao criticar essa característica da sanção penal, pois “[...] no Brasil, as medidas de segurança pessoais – condicionada a sua cessação ao desaparecimento da periculosidade – não raro se tornam perpétuas [...]”²⁰³, Basileu Garcia reconhece que, sem essa qualidade, a medida seria inútil à sua finalidade essencial, qual seja, anular a periculosidade.

Desta forma, a natureza curativa da medida de segurança permitia a imposição de sanção penal por tempo indeterminado, pois se lastreava na periculosidade do infrator, que em sendo persistente, justificava a duração indeterminada da sanção penal, lembrando-se aqui a lição de José Carlos Ataliba Nogueira, ao ressaltar que:

²⁰¹ CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 270.

²⁰² GARCIA, Basileu, ob. cit., p. 249.

²⁰³ GARCIA, Basileu, ob. cit. p. 249.

“[...] assim como, ao dar entrada o doente no hospital, não se póde prefixar o lapso de tempo a mediar entre este momento e o em que se lhe ha de dar alta, assim também não se póde estabelecer de antemão o decurso do tempo indispensável á cessação da periculosidade de um individuo [...]”²⁰⁴.

Visando destacar a íntima relação entre o caráter indeterminado da duração das medidas de segurança e a natureza dessa sanção penal, José Carlos Ataliba Nogueira ainda registra “[...] que foram glosadas do projeto italiano, como supérfluas, estas palavras: “sono applicate a tempo indeterminato” [...]”²⁰⁵.

A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 esclareceu que “por sua própria natureza e fim, a medida de segurança pessoal é imposta por *tempo indeterminado*, isto é, até que cesse o “estado perigoso” do indivíduo a ela submetido (art. 81)”, e isso porque sua imposição se subordinava, “na sua aplicação e continuidade, à sua própria *necessidade*, cuja medida é a periculosidade do indivíduo, embora o projeto lhe fixe, casuisticamente, a *duração mínima*, como necessário limite ao arbítrio judicial (item 33, das medidas de segurança)”.

Por se ter limitado apenas o prazo mínimo de duração da medida de segurança, Roberto Lyra admitiu que haveria burla à proibição de perpetuidade da sanção penal – garantia que já ganhara palco constitucional ao tempo da Constituição de 1937 – afirmando que não seria possível a consagração da “[...] unidade das sanções, salvo incorrendo no absurdo de impedir a medida de segurança indeterminada, apesar de exigida pela permanência da periculosidade [...]”²⁰⁶.

Esse caráter de indeterminação das medidas de segurança era apontado como relativo por José Frederico Marques, uma vez que “[...] não é dado prever qual o tempo necessário para se conseguir tornar inócua a periculosidade diagnosticada [...]”²⁰⁷.

Todavia, ainda que reconhecida a indeterminação da duração da medida de segurança como característica própria, justificada pela periculosidade do autor de infração penal, não há como afastar a perpetuidade dessa espécie de sanção penal, em ofensa à disposição constitucional, pois o

²⁰⁴ ATALIBA NOGUEIRA, José Carlos, ob. cit., p. 152.

²⁰⁵ ATALIBA NOGUEIRA, José Carlos, ob. cit., p. 153

²⁰⁶ LYRA, Roberto, ob. cit., p. 395.

²⁰⁷ FREDERICO MARQUES, José, ob. cit., p. 198.

arcabouço legal apenas assegura o prazo mínimo de duração da medida de segurança, prazo esse que, decorrido, ensejaria a submissão do delinquente à exame de verificação da cessação, ou não, da periculosidade. Caso persistente, mantinha-se a medida de segurança, com continuidade do tratamento, para oportuna submissão do infrator a novo exame, mas sem delimitação de prazo máximo para duração da medida de segurança.

Buscando prevenir esse desfecho, da Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983, que justificava a nova ordem legal relativamente à execução penal, constou que:

[...] 158. A pesquisa sobre a condição dos internados ou dos submetidos a tratamento ambulatorial deve ser estimulada com rigor científico e desvelo humano. O problema assume contornos dramáticos em relação aos internamentos que não raro ultrapassam os limites razoáveis de durabilidade, consumando, em alguns casos, a perpétua privação da liberdade [...].

Entretanto, e por falta de expressa disposição legal a respeito do prazo máximo de submissão de infrator às medidas de segurança caso não se verificasse a cessação da periculosidade, admitia-se que a sanção penal persistisse em razão de sua finalidade curativa.

Esse entendimento a respeito da perpetuidade dessa espécie de sanção penal era admitido por parte da doutrina, lembrando-se que José Frederico Marques afirma que a indeterminação do prazo de duração das medidas de segurança não afrontava disposição constitucional que proibia as penas perpétuas (artigo 141, parágrafo 31, da Constituição Federal de 1946), ao frisar que:

“[...] aqueles que não se encastelam em falsos nominalismos, e entendem, por isso, que a expressão “pena” ou “penas” da Constituição abrange todas as sanções penais repressivas e preventivas; mas *sanção indeterminada* no tempo não é o mesmo que sanção ou *pena perpétua* (grifos do original)²⁰⁸.”

Ainda na vigência do sistema do duplo binário, Anibal Bruno realça a infiltração de um pensamento punitivo na medida de segurança, que não pode ser impedido pelo legislador, destacando que:

²⁰⁸ FREDERICO MARQUES, José, ob. cit., p. 199.

“[...] nada explica realmente, senão exigências tradicionais, a fixação de um prazo mínimo à medida de segurança. Se a medida só se explica pelo estado perigoso e isso nos próprios termos dos códigos dualistas, não se pode estabelecer limite para menos ou para mais na sua duração. Extinta a periculosidade em qualquer tempo, poderia a pena subsistir, mas a medida é que já não se justifica (grifos do original)²⁰⁹.”

É certo que abalizada doutrina e, mais recentemente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, reconhecem a necessidade de imposição de limite temporal relativamente às medidas de segurança, avanço especialmente possível em razão da vigência da Lei nº 10.216/01, denominada Lei da Reforma Psiquiátrica, que impôs a criação de mecanismos para desinstitucionalização das pessoas que se encontram em regime de internação manicomial²¹⁰.

Destaque-se, nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao dispor na Súmula 527 que “a duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

²⁰⁹ BRUNO, Anibal, ob. cit., p. 241.

²¹⁰ CARVALHO, Salo de, ob. cit., p. 270.

3. Lei Antimanicomial

O Ministério da Saúde, em documento produzido na “Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas”, em novembro de 2005, em Brasília, destacou que:

[...] A Reforma Psiquiátrica é processo político e social complexo, composto de atores, instituições e forças de diferentes origens, e que incide em territórios diversos, nos governos federal, estadual e municipal, nas universidades, no mercado dos serviços de saúde, nos conselhos profissionais, nas associações de pessoas com transtornos mentais e de seus familiares, nos movimentos sociais, e nos territórios do imaginário social e da opinião pública. Compreendida como um conjunto de transformações de práticas, saberes, valores culturais e sociais, é no cotidiano da vida das instituições, dos serviços e das relações interpessoais que o processo da Reforma Psiquiátrica avança, marcado por impasses, tensões, conflitos e desafios [...]²¹¹.

A Reforma Psiquiátrica surgiu no Brasil no ano de 1978 graças ao Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM), formado por profissionais integrantes do movimento sanitário, associação de familiares, sindicalistas, membros de associações de profissionais e pessoas com histórico de internações psiquiátricas, grupo esse que passou a denunciar a violência nos manicômios, criticando o modelo hospitalocêntrico.

Esse modelo baseado no isolamento e reclusão dos genericamente denominados doentes mentais persistiu por séculos e vem bem retratado por Michael Foucault, que afirma que a partir de Pinel, Tuke, Wagnitz, e durante um século e meio, os loucos foram postos sob regime de internamento, sendo um dia descobertos nas salas do Hospital Geral de Paris e celas das denominadas “casas de força”²¹².

Destaca Michael Foucault que “[...] é entre os muros do internamento que Pinel e a psiquiatria do século XIX encontrarão os loucos; é lá – não nos esqueçamos – que eles os deixarão [...]”²¹³, ressaltando que “[...] a

²¹¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE (2005). Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil. Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. Brasília, 7 a 10 de novembro de 2005, p. 6.

²¹² FOUCAULT, Michael. História da Loucura: na idade clássica. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 48.

²¹³ FOUCAULT, Michael, ob. cit., p. 48.

partir da metade do século XVII, a loucura esteve ligada a essa terra de internamentos, e ao gesto que lhe designava essa terra como seu local natural [...]”²¹⁴.

A luta antimanicomial desenvolvida pelo Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM) foi influenciada por experiências internacionais, destacando-se a “Psiquiatria Democrática Italiana”, iniciada por Franco Basaglia, que fez radical crítica ao paradigma psiquiátrico vigente e, em 1971, na cidade de Trieste, na Itália, iniciou a desconstrução do aparato manicomial, denunciando violências praticadas contra pacientes mantidos em regime de internação hospitalar, e assim retirando da psiquiatria o poder de isolar, excluir e anular as pessoas que estivessem fora dos limites da normalidade social²¹⁵.

Apoiada em movimentos sociais, e naquele ano de 1978, a “Psiquiatria Democrática Italiana” conseguiu aprovar a lei nº 180, “[...] que determinava o gradual fechamento dos manicômios e a criação de serviços substitutos capazes de garantir a continuidade do tratamento fora dos muros hospitalares [...]”²¹⁶.

Com este cenário internacional, no Brasil ganhou força o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM), surgindo aqui as primeiras propostas de cunho antimanicomial. No II Congresso Nacional do MTSM, realizado em Bauru, em 1987, é adotado o lema “Por uma sociedade sem manicômios”, e naquele mesmo ano, no Rio de Janeiro, tem lugar a I Conferência Nacional de Saúde Mental²¹⁷.

Na cidade de São Paulo, também em 1987, surge o primeiro CAPS (Centro de Atenção Psicossocial) e, em 1989, com repercussão nacional, teve início o processo de intervenção da Secretaria Municipal de Saúde de Santos na “Casa de Saúde Anchieta”, hospital psiquiátrico que foi palco de maus-tratos e morte de pacientes, criando-se nesta cidade os Núcleos de Atenção

²¹⁴ FOUCAULT, Michael, ob. cit., p. 48.

²¹⁵ BRITTO, Renata Corrêa. A internação psiquiátrica involuntária e a Lei 10.216/01. Reflexões acerca da garantia de proteção aos direitos da pessoa com transtorno mental. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, 2004, 210 p., p. 44. Dissertação de Mestrado. <https://thesis.icict.fiocruz.br/pdf/brittorcm.pdf>; acesso em 18 jan 2019

²¹⁶ RIBEIRO, Wallace de Lima. Atenção psicossocial: entre o transtorno mental e o território. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, 2009, 111 p. Dissertação de Mestrado. http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/2872/1/tese_3114_WALLACE%20DE%20LIMA%20RIBEIRO.pdf; acesso em 18 jan 2019.

²¹⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE, ob. cit., p. 7.

Psicossocial (NAPS), além de cooperativas e residências para os egressos do hospital e associações²¹⁸.

A experiência santista tornou-se marco na Reforma Psiquiátrica, revelando que era possível e viável um novo modelo que impediria as internações, que eram realizadas como regra até então, já que sempre se adotou o modelo hospitalocêntrico para isolamento daqueles que padeciam de problemas mentais.

É de 1989 o projeto de lei do deputado Paulo Delgado, que propunha a regulamentação dos direitos da pessoa com transtornos mentais. Em 2001 foi sancionada a Lei nº 10.216, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental²¹⁹.

Discorrendo sobre os impactos da lei antimanicomial, Pedro Gabriel Godinho Delgado lembra que:

[...] Em 2001, ano de aprovação da lei, a Assembleia Mundial da OMS teve como tema central a saúde mental. Isso ajudou muito para que a lei brasileira fosse aprovada e sancionada naquele ano pelo Governo Federal. Semanas depois da sua aprovação, o Brasil levou à Organização Mundial de Saúde, como contribuição do país para o ano internacional da saúde mental, a sanção governamental da lei, o que foi extremamente relevante e reconhecido por todos os países como um fato positivo. Desde então, a OMS vem acompanhando o processo brasileiro, com todas as suas dificuldades e problemas. Esse é um dos processos nacionais que a entidade cita como exemplo de enfrentamento da iniquidade em saúde mental [...]²²⁰.

Denominada lei antimanicomial em razão da ideia de desconstrução do modelo hospitalocêntrico, a Lei nº 10.216/01 lista os direitos que devem ser assegurados pelo Estado e por profissionais da área de saúde aos portadores de transtornos mentais e, desde logo, em seu artigo 1º, veda qualquer forma de discriminação contra essas pessoas, bem como assegura que, nos atendimentos de saúde mental, o paciente e seus familiares sejam informados e orientados a respeito dos direitos enumerados na lei (artigo 2º), elencados no parágrafo único desse artigo e que se aplicam aos atendimentos em saúde

²¹⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE, ob. cit., p. 7.

²¹⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE, ob. cit., p. 7-8.

²²⁰ DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. Saúde mental e Direitos Humanos: 10 anos da Lei 10.216/2001. In: Arquivos Brasileiros de Psicologia. Rio de Janeiro, v. 63, n. 2, p. 118, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672011000200012&lng=pt&nrm=iso; acesso em 18 jan 2019.

mental de qualquer natureza, inclusive aqueles a serem dispensados a pessoas que tenham praticado ilícito penal, destacando-se, para os fins deste estudo, a previsão contida no inciso IX, que torna clara a excepcional situação de internação do paciente, que preferencialmente deve ser tratado em serviços comunitários de saúde mental.

No rol desses direitos, aquele destacado no inciso I revela importantíssimo avanço na atuação estatal no âmbito das medidas de segurança, pois obriga o Estado a dispensar o melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às necessidades do inimputável ou semi-imputável que deva se submeter a medida de segurança, assegurando, assim, a habilitação e reabilitação da pessoa com deficiência mental, integrando-a à vida social e comunitária, como prometido no artigo 203, inciso IV, da Constituição Federal.

Também se destaca a previsão contida no inciso II do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 10.216, pois o inimputável ou o semi-imputável submetido a medida de segurança, como qualquer outra pessoa, deve ser tratado com “humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade”, pouco importando que se dê essa especial atenção ao portador de transtorno mental que praticou ilícito penal, já que não se deve deixar de considerar que a lei prioriza o atendimento “em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis”.

E, como dispõe o artigo 3º da lei antimanicomial, compete ao Estado o desenvolvimento de política de saúde mental visando a assistência e promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com participação da sociedade e da família.

A Lei nº 10.216/01 regrou as situações de internação, restringindo-as às três modalidades previstas no parágrafo único do artigo 6º (voluntária, involuntária e compulsória), e que só poderão ocorrer quando “os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (artigo 4º, *caput*), justamente porque o tratamento da pessoa com transtornos mentais tem, como finalidade permanente, a reinserção em seu meio social (parágrafo 1º), evitando-se o isolamento e a dependência institucional dela decorrentes, bem como afastando a concepção de defesa social que se impunha à segregação do doente mental.

Na verdade, essa disposição legal revela que a internação ordenada em sede processual penal não deve guardar exclusiva e estrita relação com a defesa social, justamente porque o tratamento da pessoa com transtorno mental deve permitir e visar sua reinserção social.

Afora isso, e quando necessária, a internação não poderá ocorrer em instituições com características asilares (parágrafo 3º), exigindo a lei que o tratamento seja estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer e outros (parágrafo 2º).

Destaque-se o rigor legal relativamente às situações de internação psiquiátrica, em qualquer das três modalidades, exigindo-se laudo médico circunstanciado que indique os motivos da escolha dessa espécie de tratamento (artigo 6º, *caput*).

Antonio Carlos Santoro Filho ressalta que a internação, com as restrições referidas no *caput* do artigo 4º, só seria indicada se “[...] os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, isto é, quando houver risco à integridade física, à vida ou à saúde do próprio paciente ou de terceiros [...]”²²¹.

Desta forma, e admitindo a internação como uma das medidas que visa o tratamento da pessoa portadora de transtorno mental, buscando sua integração social, forçoso concluir que ela só poderá ser tolerada para fazer cessar a situação de perigo que a autorizou, e visando a inserção social do paciente em seu meio²²².

À vista do escopo deste estudo, cumpre destacar a internação compulsória, referida no inciso III do parágrafo único do artigo 6º da Lei nº 10.216/01, com as características e disciplina tratadas no artigo 9º da mesma lei.

Trata-se da internação ordenada pela autoridade judiciária competente, que pode ter lugar na esfera extrapenal e para verificação de transtorno mental a ser apurado em ação civil de interdição, ou na esfera penal, em razão de imposição de medida de segurança, sanção penal que é aplicada a inimputável ou a semi-imputável envolvido na prática de infração penal.

²²¹ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Direito e saúde mental. São Paulo: Verlu Editora, 2012, p. 35.

²²² SANTORO FILHO, Antonio Carlos, ob. cit., p. 35.

Interessa-nos, aqui, a análise da internação compulsória ordenada por autoridade judiciária na esfera penal, relacionada, pois, à prática de fato típico e antijurídico.

4. Medidas de segurança e a Lei Antimanicomial

Interessa em especial ao tema analisado a internação ordenada em sentença definitiva, absolutória imprópria ou condenatória, que reconhece – respectivamente – a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade de autor de infração penal, impondo a medida de segurança prevista no artigo 96, inciso I, do Código Penal.

Essa espécie de sanção penal tem por pressuposto a prática de fato típico e ilícito cometido por pessoa que seja considerada inimputável ou semi-imputável, e que revele periculosidade, aqui entendida como prognóstico de prática de outras infrações penais

Em se tratando de inimputáveis, e como prevê a lei penal ordinária, a periculosidade é presumida em razão da prática do ilícito penal, dispondo o artigo 97, *caput*, do Código Penal que se o agente for inimputável será determinada pelo juiz a sua internação, enquanto que o tratamento ambulatorial será possível se o fato delituoso for daqueles punidos com detenção.

A criação dessas espécies de medidas de segurança foi motivada pelas denominadas tendências de desinstitucionalização que já arejavam o direito estrangeiro desde o início da década de 70, como se constata na justificativa apontada nos itens 89 a 91 da Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983:

[...] 89. Duas espécies de medida de segurança consagra o Projeto: a detentiva e a restritiva. A detentiva consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, fixando-se o prazo mínimo de internação entre um e três anos. Esse prazo tornar-se-á indeterminado, perdurando a medida enquanto não for verificada a cessação da periculosidade por perícia médica. A perícia deve efetuar-se ao término do prazo mínimo prescrito e repetir-se anualmente.

90. O Projeto consagra significativa inovação ao prever a medida de segurança restritiva, consistente na sujeição do agente a tratamento ambulatorial, cumprindo-lhe comparecer ao hospital nos dias que lhe forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita.

91. Corresponde a inovação às atuais tendências de “desinstitucionalização”, sem o exagero de eliminar a internação. Pelo contrário, o Projeto estabelece limitações estritas para a hipótese de tratamento ambulatorial, apenas

admitido quando o ato praticado for previsto como crime punível com detenção [...] (grifo do original).

A periculosidade do semi-imputável também é presumida, e analisado o caso concreto, em especial por se considerar a especial finalidade de tratamento curativo, poderá o juiz penal impor medida de segurança em substituição à pena reduzida, como permite o artigo 98 do Código Penal, que traduz o sistema vicariante em vigor. Como constou da justificativa da Reforma Penal de 1984, especialmente no item 22 da Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983:

[...] 22. Nos casos fronteiriços em que predominar o quadro mórbido, optará o juiz pela medida de segurança. Na hipótese oposta, pela pena reduzida. Adotada, porém, a medida de segurança, dela se extrairão todas as consequências, passando o agente à condição de inimputável e, portanto, submetido às regras do Título VI, onde se situa o artigo 98, objeto da remissão contida no mencionado parágrafo único do artigo 26 [...]

Na atual sistemática do Código Penal, a medida de segurança é imposta por prazo indeterminado, seja ela internação ou tratamento ambulatorial, exigindo a lei penal a fixação de prazo mínimo para submissão do infrator ao exame de cessação de periculosidade, prazo esse estipulado entre um a três anos (artigo 97, parágrafo 1º, do Código Penal).

Sempre criticado por atrelar à sua concepção sentido retributivo que não deveria nortear as medidas de segurança, o prazo mínimo de sua duração estipulado pela lei penal entre um a três anos se justifica como mera presunção da medida de segurança corresponder a castigo proporcional ao bem jurídico lesado, apartado do seu sentido médico²²³.

Com efeito, o portador de transtorno mental é doente que deve ser submetido a tratamento adequado visando a cura do mal que o acomete e sua reinserção social, sendo desnecessário que se imponha a ele carga aflitiva, que deveria manter estreita relação unicamente com a pena, afastada, pois, da medida de segurança.

O exame para verificação da cessação da periculosidade é realizado em sede de execução penal, na forma do previsto no artigo 175 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), quando findo aquele prazo mínimo ou, de

²²³ REALE JÚNIOR et all, ob. cit., p. 292.

acordo com o caso concreto, será possível a provocação do juízo da execução para realização desse exame em momento anterior ao final daquele prazo (artigo 176 da Lei nº 7.210/84).

Da Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983, referindo-se à Lei de Execução Penal, constou que:

[...] 156. Findo o prazo mínimo de duração da medida de segurança, detentiva ou não detentiva, proceder-se-á à verificação do estado de periculosidade. Trata-se, em tal caso, de procedimento ex-officio. A decisão judicial será instruída com o relatório da autoridade administrativa, laudo psiquiátrico e diligências. O Ministério Público e o curador ou defensor do agente serão necessariamente ouvidos, exigência que caracteriza a legalidade e o relevo de tal procedimento (grifo do original).

157. Significativa é a alteração proposta ao sistema atual, no sentido de que a averiguação do estado de periculosidade, antes mesmo de expirado o prazo mínimo, possa ser levada a cabo por iniciativa do próprio juiz da execução (art. 175). Atualmente, tal investigação somente é promovida por ordem do Tribunal (CPP artigo 777) suprimindo-se, portanto, a instância originária e natural, visto que a cessação da periculosidade é procedimento típico da execução [...]

Adequado lembrar que, atendendo à finalidade curativa da medida de segurança, e caso se verifique a desinternação ou a liberação do tratamento ambulatorial, estas serão condicionais, uma vez que poderá ser restabelecida a situação anterior se o desinternado ou liberado, no prazo de um ano, vier a praticar fato que revele a persistência do estado perigoso (artigo 97, parágrafo 3º, do Código Penal).

Sugere-se, assim, em paralelo ao que se tem relativamente à pena privativa de liberdade, passível de progressão e regressão, a possibilidade de progressão ou regressão da medida de segurança, condicionadas à evolução ou involução do processo terapêutico²²⁴, como especial e expressamente constou do item 93 da Exposição de Motivos nº 211:

[...] 93. O agente poderá ser transferido em qualquer fase do regime de tratamento ambulatorial para o detentivo, consistente em internação hospitalar de custódia e tratamento psiquiátrico, se a conduta revelar a necessidade da providência para fins curativos [...]

²²⁴ REALE JÚNIOR et all, ob. cit., p. 293.

À vista dessa normativa penal, e diante das atuais disposições da Lei nº 10.216/01, necessário verificar se há de se manter a interpretação literal do artigo 97 do Código Penal que, como regra, exige a imposição de medida de internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou estabelecimento similar quando se tratar de infração penal a que seja cominada pena de reclusão. *Contrario sensu*, se o fato delituoso for punível com detenção, é possível que o juiz submeta o infrator a tratamento ambulatorial.

À luz dos princípios constitucionais destacados, e bem assim à vista das disposições contidas na lei antimanicomial, necessário analisar as consequências da manutenção do atual modelo legal.

Com efeito, e para essa análise, necessário discorrer acerca da periculosidade do infrator inimputável ou semi-imputável, que a par de legitimar a imposição de medida de segurança, deve nortear o juiz na adoção da espécie de medida a ser aplicada.

Como já se afirmou, pressuposto de imposição de medida de segurança é a prática de fato típico, pois se trata de sanção penal e não mera providência administrativa, que poderia ser imposta pelo Estado-Administração. A medida de segurança, sanção penal que é, “[...] obriga à sua *referência ao facto praticado*, num sentido paralelo (se bem que não igual) àquele em que a mesma afirmação se faz relativamente à pena [...]” (grifos do original)²²⁵.

As medidas de segurança criminais, que se constituem em “[...] verdadeira salvaguarda contra determinados indivíduos que cometeram delitos e, provavelmente, voltarão a cometer outros [...]”²²⁶, exigem a comprovação da prática de ilícito-típico penal, que assim identificado teria dupla função: uma delas a de constituir “[...] **elemento indicador da perigosidade** (ou, mais exatamente, de ensejo legitimador da sua aferição); por outro lado, a de **co-fundamento e limite** [...]” de sua aplicação (grifos do original)²²⁷.

Desta forma, além da verificação da prática de fato penalmente relevante, é também necessário que se perquiria a respeito da caracterização de perigosidade criminal, que é pressuposto imprescindível para a aplicação da espécie de medida de segurança que será imposta à pessoa com transtornos mentais.

²²⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., p. 439.

²²⁶ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 136-137.

²²⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., p. 439.

Perigosidade é o estado ou qualidade do que é perigoso, consistindo no conjunto de circunstâncias que indicam a probabilidade de alguém praticar ou tornar a praticar uma infração penal; pressupõe risco e se caracteriza como prenúncio de mal para alguém ou alguma coisa, resultando em ameaça, medo ou temor à sociedade²²⁸.

Trata-se, pois, de prognóstico, uma vez que impossível a previsão de certeza da prática de conduta futura, sendo importante ressaltar que não mais se admite que essa perigosidade seja apenas social, como mera possibilidade de cometer fatos socialmente danosos à coletividade, a exemplo do que já se verificou em relação a vadios habituais, mendigos, rufiões, homossexuais, prostitutas, ébrios, toxicômanos e enfermos mentais, pois estas pessoas eram consideradas socialmente inconvenientes ao Estado e a eles se aplicavam medidas de segurança independentemente do cometimento de infrações penais²²⁹.

Essa interpretação e alcance de medidas restritivas de liberdade são inaceitáveis num estado de direito e, por se tratar de sanção penal, que atinge a esfera de liberdade do infrator, há de se considerar que sua imposição decorre da demonstração da efetiva prática de conduta delituosa. Afora isso, a periculosidade exigida para aplicação de medida de segurança é a perigosidade criminal, que consiste na probabilidade de cometimento de novas infrações penais, caracterizando reiteração criminosa.

Diante da probabilidade de prática de novas infrações penais, há de se ponderar se a gravidade da infração penal cometida pelo portador de transtorno mental deve ser considerada como fator relevante para a escolha da espécie de medida de segurança que a ele se imporá.

Não se pretende aqui afirmar que, necessariamente, e em razão da perigosidade criminal, a probabilidade de prática de outra infração penal envolva o cometimento de delito de igual gravidade ao que foi considerado para a imposição da sanção.

Jorge de Figueiredo Dias afirma que a perigosidade criminal que permite a aplicação de medida de segurança só se justifica diante de “[...] **fundado receio de que o agente possa vir a praticar factos da mesma espécie** da do ilícito-típico que é pressuposto daquela aplicação (grifos do

²²⁸ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 153.

²²⁹ FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 154-155.

original) [...]”²³⁰, pois a gravidade da infração penal cometida já é considerada para a escolha da espécie de medida de segurança que se imporá ao infrator, observados, sempre, os princípios da necessidade e proporcionalidade.

Todavia, não parece adequada essa interpretação, pois tendo a medida de segurança finalidade preventiva, não há como exigir aferição de periculosidade específica para justificar sua imposição e nem mesmo utilizá-la como critério pertinente para determinar a espécie de medida curativa adequada ao infrator.

Nosso Código Penal não faz essa distinção, ainda que a diferenciação se verifique no direito estrangeiro, como destaca Paulo Pinto de Albuquerque nos comentários que faz a respeito das disposições do Código Penal Português:

[...] O conceito legal de perigosidade não é uniforme no CP. A perigosidade que é pressuposto da aplicação de medidas de segurança reporta-se a uma perigosidade homótopa (isto é, os crimes reiterados são da mesma natureza). Com efeito, a lei exige que o estado de perigosidade se refira a “factos da mesma espécie” (artigos 91º, 100º, 101º e 102º), isto é, factos que lesem ou ponham em perigo o mesmo bem jurídico. Ao invés, a perigosidade que é pressuposto da reincidência e da pena relativamente indeterminada reporta-se a uma perigosidade homótopa ou polítropa (isto é, os crimes reiterados são de diferente natureza)²³¹.

A probabilidade de reiterar na prática de infração penal específica não é, por si só, critério seguro para indicar maior ou menor periculosidade do infrator que padece de transtorno mental.

Extraí-se da lição de Eduardo Reale Ferrari²³² que a homotropia não constitui critério judicial que permita a mensuração de maior ou menor perigosidade do doente mental. Além disso, não há justificativa para reconhecer que um doente mental que venha a praticar idêntica espécie de infração penal apresente periculosidade maior que outro que pratique infrações penais de diferentes espécies.

A consideração da gravidade da infração penal e, por consequência, a importância do bem jurídico atingido com o ilícito praticado pelo delinquente

²³⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., p. 443.

²³¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3ª ed. Universidade Católica Editora, 2018, e Book, p. 137.

²³² FERRARI, Eduardo Reale, ob. cit., p. 159-160.

sempre se revelou como importante critério para escolha da espécie de medida de segurança a ser imposta ao infrator que padece de transtornos mentais.

A separação dos delitos em distintas categorias em razão da qualidade da pena que a eles é cominada visa diferenciar a gravidade da infração penal, pois consideram-se infrações penais mais graves aquelas a que é imposta a pena de reclusão, que permite, inclusive, a fixação de gravoso regime inicial para o cumprimento da sanção corporal, qual seja, o regime fechado, situação que não se verifica em relação à pena de detenção, cujo regime inicial mais severo é o semiaberto, também denominado de regime intermediário (artigo 33, *caput*, do Código Penal).

Essa distinção entre a qualidade da pena – reclusão e detenção – também foi critério relevante para adequação do procedimento a ser observado no trâmite da ação penal condenatória, pois os crimes apenados com reclusão, em regra, eram apurados segundo o procedimento ordinário.

Todavia, e ainda que mantido o critério de distinção das penas privativas de liberdade pela reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984, significativa alteração se verificou nesse aspecto com o advento da reforma processual penal, em 2008, pois a partir da vigência da Lei nº 11.719, a distinção dos procedimentos passou a ser realizada pela quantidade de pena máxima abstratamente cominada a uma infração penal e não mais pela qualidade da pena prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora.

Atualmente, e ressalvados os procedimentos especiais, de acordo com o disposto no artigo 394, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, o procedimento comum será ordinário, sumário e sumaríssimo, diferenciando-se as espécies procedimentais pela pena máxima cominada à infração penal, a saber: o procedimento ordinário é reservado à apuração de crime cuja pena máxima for igual ou superior a quatro anos; o sumário, destinado à apuração de delito cuja pena máxima for inferior a quatro anos e, relativamente ao procedimento sumaríssimo, refere-se a lei processual penal ao procedimento a ser adotado na apuração das infrações penais de menor potencial ofensivo, permanecendo em vigor a regra do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, isto é, aplica-se referido procedimento à apuração de infrações penais cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, cumulada ou não com multa.

No contexto das reformas promovidas sob a vigência da Constituição Federal de 1988, a qualidade da sanção penal privativa de liberdade imposta aos delitos deixou de ser fator decisivo para delimitar critérios materiais e processuais, sendo atualmente utilizada pela lei penal apenas e tão somente para a fixação do regime inicial do cumprimento de pena (artigo 33, *caput*, do Código Penal), e como norte para a escolha da espécie de medida de segurança, em caso de reconhecimento de inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado (artigo 97, *caput*, do Código Penal).

A distinção baseada na qualidade da pena há muito perdeu significação, seja em razão da permissão legal para simplificação do procedimento nas ações penais condenatórias, seja no tocante à possibilidade de aplicação de medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95, a saber, a transação civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, destacando-se, também, a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (artigo 44, inciso I, do Código Penal), sempre levando em consideração o total de pena abstratamente cominada, independentemente de se tratar de reclusão ou detenção.

Cabe destacar que o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Anexo C), que pretende instituir o novo Código Penal, não mais impõe essa distinção, já que em seu artigo 45 está previsto que as penas serão: prisão, restritivas de direitos, multa e perda de bens e valores, cuidando o artigo 46 da distinção relativamente aos regimes prisionais, mantidos como atualmente são, isto é, fechado, semiaberto e aberto.

Assim, e a exemplo de legislações consideradas antiquadas, nossa atual Parte Geral do Código Penal mantém a distinção entre as penas de prisão com base em fundamento retributivo, pois aos autores de crimes mais graves reserva-se a pena de prisão mais severa, situação que é indicativa de maior reprovabilidade da conduta delituosa.

Entretanto, essa ideia há muito é considerada ultrapassada, pois conforme destaca Heleno Cláudio Fragoso, nas legislações modernas “[...] opera-se a unificação das penas de prisão. O exemplo da Alemanha com a nova Parte Geral em vigor desde 1975 é bem característico da tendência geral [...]”²³³.

²³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 358.

Jorge de Figueiredo Dias também aponta a inovação no Código Penal Português, ressaltando que “[...] o ProjPG de 1963 propôs e o CP vigente consagrou uma pena de prisão única e simples [...]”²³⁴, enfatizando que essa disposição que consagrou e elegeu uma só espécie de pena privativa de liberdade “[...] constitui sem dúvida – como foi, de resto, geralmente reconhecido e saudado, entre nós e no estrangeiro – uma das mais significativas e logradas realizações do novo movimento de reforma penal [...]”²³⁵.

Como se disse, em nosso atual ordenamento essa distinção entre pena de reclusão e detenção tem servido para diferenciação de regime prisional inicial a ser adotado para o cumprimento das penas privativas de liberdade, mas é notório que, na prática, “[...] não há diferença alguma entre reclusos e detentos. O CP de 1940 mandava fossem eles separados, em disposição que nunca foi cumprida [...]”²³⁶.

No tocante às medidas de segurança, e mantendo a periculosidade como critério presumido pela lei penal, relevante destacar que o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, em seu artigo 96, prevê que “[...] se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação compulsória ou o tratamento ambulatorial [...]”, medidas essas que estão especificadas nos incisos I e II do artigo 95 (internação compulsória em estabelecimento adequado e sujeição a tratamento ambulatorial), dispondo o parágrafo 1º desse artigo que, na aplicação das medidas de segurança, “[...] deverão ser observados os direitos das pessoas com deficiência, inclusive os previstos na legislação específica [...]”.

Mutatis mutandi, situação assemelhada ao critério de qualidade da pena privativa de liberdade para distinção do regime prisional se verifica em relação à medida de segurança, pois já se sustentava a possibilidade de imposição de tratamento ambulatorial a inimputável autor de fato delituoso apenado com reclusão, desde que a perícia médica indicasse reduzida periculosidade do infrator, sugerida, assim, medida de segurança não restritiva de liberdade, observando-se, dessa maneira, aqueles princípios constitucionais extremamente caros à liberdade individual.

²³⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., p. 98.

²³⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., p. 99.

²³⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 359.

De fato, a simples previsão de critério de escolha pela pena de reclusão ou de detenção para determinação da espécie de medida de segurança a ser imposta ao infrator que padece de transtorno mental não parece atender à exigência constitucional de motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal).

Com efeito, e quando se trata de sentença penal condenatória, e para a fixação da pena, a lei penal define detalhados critérios a serem observados pelo juiz, seja no tocante à espécie de pena a ser imposta, como também para estipulação do regime prisional inicial, possibilidade de substituição ou suspensão condicional da pena. Esses critérios devem estar fundamentadamente apontados na sentença, uma vez que o juiz deve demonstrar o raciocínio adotado para a individualização da sanção penal que é aplicada na sentença condenatória.

Entretanto, e relativamente à definição da espécie de medida de segurança, o critério abstrato fundado na qualidade da sanção penal indicada no preceito secundário da norma penal incriminadora “[...] parece, portanto, estar em oposição à estrutura principiológica (constitucional e legal) que orienta a aplicação das sanções [...]”, lembrando-se que esse critério impede ou dificulta a diretriz político-criminal da utilização excepcional da internação, “[...] de caráter marcadamente aflitivo, que em muito pouco se diferencia, na realidade empírica do sistema punitivo, das formas carcerárias de pena [...]”²³⁷.

Helena Cláudio Fragoso já afirmava que, a par da qualidade da pena cominada à infração penal, o juiz devia preferir o tratamento ambulatorial em razão da nocividade da internação psiquiátrica, enfatizando que “[...] os manicômios judiciários, como instituições totais, funcionam como sinal negativo, agravando a situação mental do doente [...]”²³⁸, lembrando-se que os constantes avanços da Farmacologia e da Medicina podem permitir o tratamento em meio aberto, com satisfatórios resultados para a reinserção familiar, social e laboral da pessoa com transtornos mentais.

A lei antimanicomial exige que se assegure o melhor tratamento disponível para a pessoa acometida de transtorno mental, tratamento esse que deverá se concretizar em ambiente terapêutico, pelos métodos menos invasivos possíveis (artigo 2º, parágrafo único, incisos I e VIII, da Lei nº

²³⁷ CARVALHO, Salo de, ob. cit., p. 508.

²³⁸ FRAGOSO, Helena Cláudio, ob. cit., p. 501.

10.216/01), e a internação compulsória só pode ser imposta se recursos extra-hospitalares não forem suficientes e adequados à situação do doente (artigo 4º, *caput*, da mesma lei).

Revela-se pertinente sustentar que há de se primar pela imposição de tratamento ambulatorial, a despeito de ser a infração penal cominada com pena de reclusão, pois a finalidade terapêutica da medida de segurança não pode ser desprestigiada em razão de antiquada previsão legal, que não atende o primado constitucional que exige que o Estado assegure meios efetivos para gozo de plena saúde ao portador de transtorno mental, ainda que se trate de pessoa acusada da prática de infração penal.

Cumprido ressaltar que, em regular incidente processual instaurado para apuração da sanidade mental daquele que é acusado como autor de infração penal, e desde que a perícia médica constate menor periculosidade do infrator, se terá evidenciada, em princípio, a possibilidade de opção judicial pela imposição da medida de segurança não restritiva de liberdade.

Tem-se, pois, o princípio da primazia do tratamento ambulatorial, que indiscutivelmente atende aos ditames do princípio da proporcionalidade, uma vez que a medida de segurança não detentiva há de ser imposta como regra, e independentemente da qualidade da sanção penal cominada no preceito secundário da norma penal, e esse primado já é observado em diversas decisões, como se pode aqui destacar:

“Apelação criminal. Furto. Autoria e materialidade demonstradas. Palavra da vítima. Testemunhos colhidos sob o crivo do contraditório. Réu preso na posse da *res*. Agente inimputável. Absolvição imprópria decretada. Imposição de medida de segurança. Tratamento ambulatorial. Devidamente comprovada a autoria do crime de furto por parte do acusado, bem como sua inimputabilidade, deve ser decretada a absolvição, aplicando-se medida de segurança. Inteligência dos artigos 26 e 96 do Código Penal, e artigo 386, VI, do Código de Processo Penal. Ainda que se trate de crime punido com reclusão, é possível a aplicação da medida de segurança de tratamento ambulatorial ao inimputável,

sobretudo quando o laudo técnico evidencia a desnecessidade da internação. Homenagem aos princípios da individualização da pena, razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (TJMG - Apelação Criminal nº [1.0284.12.001562-3/001](#) - [0015623-74.2012.8.13.0284 \(1\)](#), Rel. Des. Renato Martins Jacob - 2ª Câmara Criminal – j. 08/03/2018)”.

“Extorsão simples. Coesão e harmonia do quadro probatório. Reconhecimento da inimputabilidade do réu. Medida de segurança que se impõe. Absolvição mantida. Medida de segurança de tratamento ambulatorial. Crime apenado com reclusão. Admissibilidade. Imposição de internação. Medida relativa e não automática. Interpretação literal do disposto no artigo 97 do Código Penal que não se sustenta. Apelo defensivo parcialmente provido (TJSP – 15ª Câmara Criminal - Ap. nº 0014235-22.2014.8.26.0344 – Rel. Des. Maurício Valala – j. 03/08/2017).

“Apelação criminal. Roubo. Absolvição imprópria. Inimputabilidade do agente. Recurso da defesa postulando a reforma da sentença absolutória, na parte que a medida imposta determinou a internação da recorrente por 1 (um) ano, para que conste em seu lugar o tratamento ambulatorial. Restando provada a ocorrência do crime, mas sendo provada a inimputabilidade da agente por força da igualmente comprovada dependência química que a acomete, mostra-se correta a absolvição imprópria com a respectiva aplicação da medida de segurança consistente no tratamento ambulatorial. Ressalta na determinação dessa medida o seu evidente caráter terapêutico e, assim, ainda que a literalidade do Código Penal remeta à regra da imposição de medida diversa, consistente na internação compulsória para crimes punidos com reclusão, eis que o laudo pericial

específico, apontando o tratamento ambulatorial como sendo a medida mais adequada ao caso em exame deverá prevalecer, e assim ocorrerá com arrimo na lei especial, a chamada Lei Antimanicomial (Lei nº 10.216/2001), que visa à proteção dos direitos da pessoa com transtorno mental, legislação cuja inspiração tem como raízes a dignidade humana, a liberdade como regra e o atendimento preferencial em meio aberto na assistência em saúde mental, tendo por objetivo fundamental a reinserção social do paciente que apresente quadro clínico semelhante ao demonstrado pela apelante. Recurso conhecido e provido, na forma do voto do Relator. (TJRJ – 8ª Câmara Criminal - Apelação Criminal nº 0112904-67.2014.8.19.0001, Rel. Des. Gilmar Augusto Ferreira - j. 19/06/2017).

RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. DELITO PUNÍVEL COM PENA DE RECLUSÃO. TRATAMENTO AMBULATORIAL. CABIMENTO. ART. 97. MITIGAÇÃO. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA À PERICULOSIDADE DO AGENTE.

1. A par do entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior, no sentido da imposição de medida internação quando o crime praticado for punível com reclusão - reconhecida a inimputabilidade do agente -, nos termos do art. 97 do Código Penal, cabível a submissão do inimputável a tratamento ambulatorial, ainda que o crime não seja punível com detenção.
2. Este órgão julgador já decidiu que, se detectados elementos bastantes a caracterizar a desnecessidade da internação, e em obediência aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a aplicação de medida menos gravosa ao inimputável se,

ainda, for primário e assim o permitam as circunstâncias que permeiam o delito perpetrado.

3. Consoante consignado pela Corte de origem, no caso dos autos, o ora recorrido nunca se envolvera em fato delituoso da mesma ou de natureza diversa, além de mostrar comportamento social adaptado e positivamente progressivo.

4. Conforme concluído pelo Tribunal a quo, "não se extrai desse quadro uma conclusão de periculosidade real e efetiva do apelante, capaz de justificar uma internação em hospital psiquiátrico ou casa de custódia e tratamento." A medida mais rígida, ademais, apresentaria risco ao progresso psicossocial alcançado pelo ora recorrido, além de nítido prejuízo ao agente, que, por retardo no julgamento dos recursos interpostos, teria restabelecida a sentença - datada de novembro de 2002 -, com a imposição da medida de internação, a qual, tantos anos após os fatos, não cumpriria seus objetivos.

5. Recurso especial não provido. (STJ – 6ª Turma – REsp. nº 912.668/SP – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 18/03/14).

Cumprir destacar que a Lei de Execução Penal, ao tratar da cessação de periculosidade, prevê a possibilidade de submissão do sentenciado a exame médico legal ainda que não transcorrido o período mínimo referido na sentença penal, caso haja fundada provocação que evidencie melhora no quadro de saúde mental do infrator (artigo 176 da Lei nº 7.210/84).

Não há dúvida que essa disposição, intimamente relacionada ao caráter de mutabilidade que permeia o título executivo penal, visa impedir que seja mantida a medida de segurança desnecessária, com indevida privação de direitos daquele que, cessada sua periculosidade, permanece em regime de internação ou submetido a tratamento ambulatorial.

Na esfera da execução da sentença penal, seja ela absolutória imprópria ou condenatória, com o advento da lei antimanicomial, o

cumprimento das medidas de segurança passou a exigir critérios diferenciados a serem adotados pelo juízo da execução visando a desconstrução do sistema hospitalocêntrico, baseado nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico.

As Resoluções nº 5/2004, nº 4/2010 e nº 1/2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP (Anexos F, G e H) reformularam diretrizes da execução penal, para adequar o procedimento às disposições antimanicomiais, permitindo a formulação de projetos terapêuticos que visam a desinternação, tratamento e acompanhamento da pessoa com transtorno mental em conflito com a lei, buscando sua efetiva reinserção familiar e social.

A Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (Anexo D), tratando do procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, em seu artigo 17, dispôs que o juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível, deve buscar a implementação de políticas antimanicomiais, conforme sistemática da Lei nº 10.216/01.

No ano seguinte, e por meio da Recomendação nº 35, de 12 de julho de 2011, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (Anexo E) sugeriu a adoção da política antimanicomial por todos os Tribunais do país, apontando diretrizes e orientações para essa finalidade, destacando-se aqui a disposição contida na alínea “i” do item II, qual seja, a realização de perícias por equipe multidisciplinar, providência essa de extrema relevância para adequação do tratamento e/ou verificação da cessação de periculosidade do infrator.

Dispôs, ainda, que em caso de internação, a medida deveria ocorrer em estabelecimento da rede de saúde pública ou conveniada, com acompanhamento do programa especializado de atenção ao paciente judiciário.

Esse estabelecimento da rede de saúde pública ou conveniada não é equipamento da Administração Penitenciária, referindo-se a recomendação a estabelecimento no qual são atendidos pacientes a quem não foi imputada a prática de fato criminoso, ou seja, pacientes sem perigosidade penal.

À vista do regramento trazido pela Lei nº 10.216/01, é de se questionar a manutenção dos parâmetros adotados na Parte Geral do Código Penal relativamente ao critério de escolha da medida de segurança a ser imposta aos inimputáveis, em caso de absolvição imprópria, ou aos semi-

imputáveis, quando for caso de substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança.

A qualidade da sanção penal – reclusão ou detenção – ainda que possa servir à distinção da gravidade da infração penal, não mais se presta à objetiva determinação da medida de segurança a ser adotada, pois independentemente da gravidade da infração penal praticada, a medida há de ser imposta com vista à prevenção especial positiva, representada pelo tratamento do infrator que padece de transtornos mentais, visando sua reinserção social, e bem assim a prevenção especial negativa, qual seja, a proteção da sociedade, uma vez que é presumida a periculosidade criminal e não apenas a periculosidade social da pessoa com transtorno mental que comete infração penal.

CONCLUSÃO

O reconhecimento do direito à saúde como direito social concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do nosso Estado Democrático de Direito e norte para a aplicação de regras infraconstitucionais, especialmente aquelas relacionadas à restrição de liberdade em razão da prática de infrações penais.

As medidas de segurança impostas a autores de infrações penais considerados inimputáveis ou semi-imputáveis visam a atuação estatal no controle social, pois sendo o delinquente considerado pessoa que oferece potencial risco à sociedade, admite-se a ideia de submissão do infrator à essa espécie de sanção penal para reintegração do criminoso à vida social.

Entretanto, e ainda que se trate de sanção penal aplicada em razão do reconhecimento da responsabilidade penal do infrator, as medidas de segurança têm reconhecido caráter curativo, cabendo ao Estado adequar o tratamento ao mal que acomete aquele que praticou a conduta delituosa.

Para fins deste estudo, e sem que se tenha limitação legal relativamente ao alcance da expressão transtorno mental, admitiu-se o entendimento no sentido de que doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e perturbação da saúde mental, expressamente referidos na lei penal (artigo 26 do Código Penal), são consideradas espécies do gênero tratado na Lei nº 10.216/01.

O estudo do desenvolvimento histórico das medidas de segurança revelou que, como regra, se priorizava a segregação do infrator, com efetiva restrição de liberdade, ainda que com finalidade preventiva e justificada para resguardo da sociedade.

A defesa social tornou-se meta a ser alcançada com a imposição de sanção dotada de fins preventivos e, neste enfoque, ela não poderia representar um castigo, pois sua imposição estava diretamente relacionada à periculosidade do infrator. A sanção é admitida como instrumento de contenção, afastada da ideia de retribuição e visando a prevenção de reiteração de conduta delituosa, com o tratamento do infrator para sua recuperação, intimidação ou segregação do agente.

Ao lado da pena, as medidas de segurança foram consideradas providências impostas para alcance dos fins visados pelo Direito Penal: a pena, decorrente do reconhecimento da culpabilidade do agente, baseava-se na ideia de retribuição e aflição, enquanto que a medida de segurança, lastreada na perigosidade, dispensava culpabilidade e tinha como finalidade a prevenção da prática de novos crimes pelo tratamento do infrator, buscando-se a redução ou anulação do potencial de criminalidade do agente.

O sistema dualista que aqui vigorou mostrou-se ineficiente, pois em razão de ausência de estrutura adequada para a execução das sanções penais cumuladas, elas se tornavam tão próximas que se apagavam as suas principais diferenças.

A abolição do duplo binário pelo sistema do Código Penal de 1969, que acabou revogado antes de sua vigência, e bem assim pela reforma, em 1984, da Parte Geral do Código Penal de 1940, permitiu reflexão a respeito do papel das medidas de segurança, que passaram a ser destinadas exclusivamente aos inimputáveis, ou aos semi-imputáveis em substituição à pena privativa de liberdade imposta em caso de comprovada necessidade de especial tratamento curativo, prestigiando-se, assim, e também, a defesa social.

O princípio da humanidade, que se desdobra do princípio da dignidade da pessoa humana, impede tratamento desumano ou degradante aos que são submetidos a sanções penais de qualquer espécie. Esse princípio assegura que o infrator seja considerado sujeito de direitos na persecução penal, e relativamente àquele que é submetido a medida de segurança, impede que seja essa sanção imposta por tempo indeterminado, ainda que não cessada a periculosidade, à semelhança do que se verifica no tocante à execução das penas, que não podem ser executadas como se perpétuas fossem.

Apesar do indiscutível caráter curativo da medida de segurança, não há como tolerar que sejam executadas por tempo indeterminado, ainda que não se verifique a cessação de periculosidade, sob pena de perpetuar sanção penal, em inequívoca ofensa à garantia constitucional.

Esse entendimento, hoje sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 527: “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito

praticado”), impede que a execução da medida de segurança se estenda por tempo superior ao previsto como limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado pelo infrator imputável.

Essa limitação também é amparada pelo princípio da legalidade, pois a lei não deve referir-se tão somente às espécies de medidas aplicáveis a infratores que padeçam de transtornos mentais, mas deve prever o limite de sua duração, uma vez que o Estado atinge o direito de liberdade do infrator ao executar essa espécie de sanção penal, a exemplo do que ocorre com as penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos.

O princípio da anterioridade rege a aplicação das medidas de segurança, não se podendo impor medida mais gravosa que aquela vigente ao tempo da prática do fato delituoso, afastando-se o entendimento que vigorava na ordem constitucional anterior no sentido de admitir, na fase da execução da sentença, a aplicação de medida de segurança diversa daquela legalmente prevista ao tempo da prática do fato, justificando que dizia respeito à necessidade de preservação social à vista da periculosidade do infrator.

Esse princípio garante que não se executará medida de segurança e nem será ela substituída por sanção penal diversa caso se verifique que, ao tempo da execução penal, não mais subsiste o mal que justificou a imposição da sanção.

O princípio da intervenção mínima impede a criminalização de condutas que não sejam relevantes para o controle social, permitindo, assim, que outros ramos do Direito tutелеm adequadamente bens jurídicos, sem a necessidade de cominação de sanção penal. Nesse contexto, não há óbice à aplicação de institutos despenalizadores ao infrator que padeça de transtorno mental, que poderá ser beneficiado pela aplicação de sanção penal diversa da medida de segurança quando se tratar de infrações penais de menor potencial ofensivo, com a finalidade de extinção da punibilidade e sem a instauração de ação penal condenatória. *

Esse princípio também norteia a necessidade de declaração de extinção da medida de segurança sempre que se constatar a cessação da periculosidade que justificou a imposição da sanção penal, ainda que essa condição se verifique antes do prazo mínimo previsto para o cumprimento da sanção penal.

O princípio da proporcionalidade deve nortear a aplicação e execução de penas e medidas de segurança, impedindo excessos na cominação de sanções em relação à gravidade da infração penal considerada. Deve ser observado no processo legislativo, ao se estipular na lei a sanção adequada e proporcional à conduta penalmente relevante, como também deverá ser observado no momento da imposição da sanção penal, resguardado o devido processo legal com a delimitação do fato delituoso na persecução penal.

Por força das disposições contidas na lei antimanicomial, a medida de segurança deverá ser imposta à vista do transtorno mental que acomete o infrator, que assim será submetido a adequado tratamento independentemente da gravidade do fato delituoso praticado, pois esse critério se relaciona à culpabilidade e à pena quando relacionada a imputáveis.

A escolha da espécie de medida de segurança cabível ao inimputável ou ao semi-imputável não poderá se nortear pela periculosidade, ainda que esta seja a razão de sua imposição, uma vez que o infrator deverá receber o tratamento pertinente, que melhor atenda à sua situação pessoal e com duração limitada, pois a finalidade da medida de segurança é restabelecer sua plena saúde, permitindo a reinserção social.

A Lei nº 10.216/01, buscando a desconstrução do modelo hospitalocêntrico, que se baseava no isolamento e reclusão dos doentes mentais colocados no regime de internação, enumera direitos que devem ser assegurados pelo Estado aos portadores de transtornos mentais, vedando qualquer forma de discriminação contra essas pessoas e assegurando o direito de informação e orientação ao paciente e seus familiares.

Neste estudo se destacou a previsão do artigo 2º, inciso IX, da Lei nº 10.216/01, que torna clara a excepcional situação de internação da pessoa com transtornos mentais, uma vez que o modelo legal atual impõe o tratamento do paciente, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Esse modelo trazido pela lei antimanicomial exige que seja dispensado ao paciente tratamento lastreado no exclusivo interesse de sua saúde, visando a recuperação para inserção na família, no trabalho e na comunidade. Ainda que se trate de paciente que tenha reconhecidamente cometido ilícito penal, a atenção que o Estado lhe deve dispensar não poderia

ser diversa, priorizando-se o atendimento em ambiente terapêutico e pelos meios menos invasivos possíveis.

A imposição e execução das medidas de segurança devem ser analisadas sob enfoque diverso, abandonando-se, a priori, a regra contida no artigo 97 do Código Penal, pois a espécie de sanção penal cominada à infração penal não pode ser utilizada como exclusivo critério de escolha da medida de segurança, que não mais se presta tão somente à defesa social, pois o tratamento que visa o restabelecimento da saúde plena do infrator que padeça de transtornos mentais tem como finalidade sua reinserção social.

De acordo com as regras expressas na Lei nº 10.216/01, a medida de segurança consistente em internação não poderá ocorrer em instituição com características asilares (artigo 4º, parágrafo 3º), devendo o tratamento ser estruturado de forma a oferecer assistência integral, que incluirá não só serviços médicos, mas também serviços de assistência social, psicólogos, ocupacionais, de lazer e outros (parágrafo 2º do artigo 4º).

Não bastasse, a internação psiquiátrica, em qualquer das modalidades previstas no artigo 6º (voluntária, involuntária e compulsória), exige laudo médico que indique os motivos da escolha dessa espécie de tratamento.

Essa diretriz legal exige análise diversa a respeito dos critérios de escolha da espécie de medida de segurança que se imporá ao infrator considerado inimputável ou semi-imputável, uma vez que não se poderá manter o entendimento de que essa sanção será escolhida unicamente em razão da espécie de pena prevista no preceito secundário da norma penal.

Com efeito, a consideração da gravidade da infração penal, refletida na escolha de penas privativas de liberdade mais severas, como estipulado na lei penal, pode revelar a importância do bem jurídico atingido pelo ilícito praticado. Entretanto, a gravidade da infração penal não pode ser adotada como critério para a imposição de medida de segurança, sob pena de se relegar a segundo plano a finalidade dessa sanção penal, que é a submissão do inimputável ou semi-imputável a adequado tratamento, capaz de lhe restabelecer a saúde.

A ideia de cura e recuperação da pessoa que padece de transtornos mentais, e que comprovadamente praticou conduta delituosa, deve permear a imposição de medidas de segurança, partindo-se do pressuposto que o

tratamento mais adequado ao delinquente norteará a escolha da sanção penal a ser aplicada na sentença penal absolutória imprópria ou na sentença penal condenatória, cabendo ao juiz penal, sempre que possível, priorizar e preferir o tratamento ambulatorial à internação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 3ª ed. Universidade Católica Editora, 2018, e *Book*.

ALVIM, Rui Carlos Machado. **Uma pequena história das medidas de segurança**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997.

ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas Cautelares e de Polícia do Processo Penal em Direito Comparado**. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Processo Penal, Ação e Jurisdição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

ANTUNES, Maria João. **Penas e medidas de segurança**. Coimbra: Almedina Edições, 2017.

ATALIBA NOGUEIRA, José Carlos. **Medidas de segurança**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1937.

BARRETO, Vicente de Paulo e Lauxen, Elis Cristina Uhry. A (re) construção da ideia de dignidade humana. **Quaestio Iuris**, v. 11, nº 1, pp. 67-88, 2018, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22980>; acesso em 18 jan 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação constitucional como interpretação específica**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica do direito penal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan Editora, 1990.

BENTO DE FARIA, Antonio. **Código Penal Brasileiro (comentado). Volume II, Parte geral.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editora, 1958.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal. Volume II, Parte geral.** Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

BETANHO, Luiz Carlos; Zilli, Marcos Alexandre Coelho. **Das medidas de segurança.** In: Código Penal e sua Interpretação – Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRITTO, Renata Corrêa. **A internação psiquiátrica involuntária e a Lei 10.216/01. Reflexões acerca da garantia de proteção aos direitos da pessoa com transtorno mental.** Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, 2004, 210 p. Dissertação de Mestrado. <https://thesis.iciict.fiocruz.br/pdf/brittorcm.pdf>; acesso em 18 jan 2019.

BRUNO, Anibal. **Direito penal, parte geral. Tomo 3º: pena e medida de segurança.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. **Perigosidade criminal e medidas de segurança.** Ed. Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do Direito Penal.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.** 2ª ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

_____. **Princípio da humanidade.** In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et all. Comentários à Constituição do Brasil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte geral**. Vol. I, Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 49, item 6. São Paulo: Saraiva, 1977.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES Jr. Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo, Editora Verbatim. 2010.

DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. Saúde mental e Direitos Humanos: 10 anos da Lei 10.216/2001. In: **Arquivos Brasileiros de Psicologia**. Rio de Janeiro, v. 63, n. 2, p. 114-121, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672011000200012&lng=pt&nrm=iso; acesso em 18 jan 2019.

DOTTI, René Ariel. Penas e medidas de segurança no anteprojeto de Código Penal. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, nº 32, p. 46-69, julho-dezembro, 1981, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/RDP32.pdf>; acesso em 26 jan 2019.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

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

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Português. Parte Geral. As consequências jurídicas do crime**. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FOUCAULT, Michael. **História da Loucura: na idade clássica**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. Parte Geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

_____. Sistema do duplo binário: vida e morte. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, nº 32, p. 5-21, julho-dezembro, 1981, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/RDP32.pdf>; acesso em 18 jan 2019.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação – Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Temas de Direito Penal: breves comentários**. São Paulo: Saraiva, 1986.

FREDERICO MARQUES, José. **Tratado de Direito Penal. Volume III**. 2ª ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1966.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal. Volume I, Tomo II**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Duração das medidas de segurança**. Revista dos Tribunais, v. 663, pp. 257-267. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Medidas de segurança e seus limites**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 2, pp. 64-72. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

GOMES, Luiz Flávio; Yacobucci, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do Direito Penal tradicional**. Série As Ciências Criminais no Século XXI. Vol. 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. Volume III**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código de Processo Penal. Vol. VI**. Rio de Janeiro: Revista Forense: 1944.

_____. **Novíssimas escolas penais**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

MACHADO, Martha de Toledo. **Proibição de excesso e proteção insuficiente no direito penal: as hipóteses de crimes sexuais contra a criança**. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (2005). **Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil**. Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. Brasília, 7 a 10 de novembro de 2005.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; Streifinger, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar Comentado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OMS – Organização Mundial de Saúde. **Livro de recursos da OMS sobre saúde mental, direitos humanos e legislação: cuidar sim, excluir não**. Genebra: Organização Mundial de Saúde, 2005. Edição brasileira disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude-mental/livro-de-recursos-da-oms-sobre-saude-mental-direitos-humanos-e-legislacao>. Acesso em 13 Jul 2019.

ONU – Organização das Nações Unidas Brasil. **Saúde mental depende de bem-estar físico e social, diz OMS em dia mundial**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/saude-mental-depende-de-bem-estar-fisico-e-social-diz-oms-em-dia-mundial/>. acesso em 13 Jul. 2019.

PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Crimes eleitorais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8ª ed. São Paulo: Forense, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel; Dotti, René Ariel; Andreucci, Ricardo Antunes; Pitombo, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. **Penas e medidas de segurança no novo Código**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

RIBEIRO, Wallace de Lima. **Atenção psicossocial: entre o transtorno mental e o território**. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, 2009, 111 p. Dissertação de Mestrado.

http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/2872/1/tese_3114_WALLACE%20DE%20LIMA%20RIBEIRO.pdf; acesso em 18 jan 2019.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal Brasileiro**. Tradução de Luís Greco. 2ª ed. 2ª tiragem Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. 3ª tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SALGADO MARTINS, José. **Sistema de Direito Penal Brasileiro. Introdução e Parte Geral**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Direito e saúde mental**. São Paulo: Verlu Editora, 2012.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Código Penal Militar Comentado**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da Psicopatologia e da Antropologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, nº 212, p. 89-94, abril/junho de 1998, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>>. Acesso em: 21 Jan. 2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VALLEJO, Manuel Jaen. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999.

YACOBUCCI, Guillermo. **El sentido de los principios penales**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ANEXO A – Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.

Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

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

Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

Art. 5º O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Art. 7º A pessoa que solicita voluntariamente sua internação, ou que a consente, deve assinar, no momento da admissão, uma declaração de que optou por esse regime de tratamento.

Parágrafo único. O término da internação voluntária dar-se-á por solicitação escrita do paciente ou por determinação do médico assistente.

Art. 8º A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento.

§ 1º A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta.

§ 2º O término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento.

Art. 9º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

Art. 10. Evasão, transferência, acidente, intercorrência clínica grave e falecimento serão comunicados pela direção do estabelecimento de saúde mental aos familiares, ou ao representante legal do paciente, bem como à autoridade sanitária responsável, no prazo máximo de vinte e quatro horas da data da ocorrência.

Art. 11. Pesquisas científicas para fins diagnósticos ou terapêuticos não poderão ser realizadas sem o consentimento expresso do paciente, ou de seu representante legal, e sem a devida comunicação aos conselhos profissionais competentes e ao Conselho Nacional de Saúde.

Art. 12. O Conselho Nacional de Saúde, no âmbito de sua atuação, criará comissão nacional para acompanhar a implementação desta Lei.

Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO B – Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6.013 de 2001.

Acrescenta dispositivos à Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os arts. 1º e 2º da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, passam a vigorar acrescidos dos seguintes dispositivos:

“Art. 1º

Parágrafo único. Transtorno mental, para os fins desta Lei, significa enfermidade psíquica em geral e substitui a expressão ‘alienação mental’ e quaisquer outras designações legais relativas à mesma classificação.”

“Art. 2º

Parágrafo único..

X – quando submetida a perícia médica, para qualquer fim:

- a) ser examinada, diretamente, por junta integrada por maioria de psiquiatras;
- b) obter os recursos técnicos necessários à elaboração do diagnóstico;
- c) ter seu transtorno mental devidamente classificado e esclarecido, de acordo com os padrões médicos aceitos internacionalmente.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO C – Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012.

[...]

**TÍTULO II
DO CRIME****Exclusão de culpabilidade**

Art. 31. Não há culpabilidade quando o agente pratica o fato:

I – na condição de inimputável;

II – por erro inevitável sobre a ilicitude do fato; ou

III – nos casos de coação moral irresistível e obediência hierárquica ou outras hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa.

Inimputabilidade

Art. 32. Considera-se inimputável o agente que:

I – por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento; ou

II – por embriaguez completa ou outro estado análogo, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Imputável com pena reduzida

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente:

I – em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento; ou

II – por embriaguez ou outro estado análogo, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

TÍTULO III

DAS PENAS

Art. 45. As penas são:

- I – prisão;
- II – restritiva de direitos;
- III – de multa;
- IV – perda de bens e valores.

A pena de prisão

Art. 46. A pena de prisão deve ser cumprida progressivamente em regime fechado, semiaberto ou aberto.

Parágrafo único. Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena fora do estabelecimento penal.

(...)

Espécies de medidas de segurança

Art. 95. As medidas de segurança são:

- I – Internação compulsória em estabelecimento adequado;
- II – sujeição a tratamento ambulatorial.

§ 1º Na aplicação das medidas de segurança deverão ser observados os direitos das pessoas com deficiência, inclusive os previstos na legislação específica.

§ 2º Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta.

Imposição de medida de segurança para inimputável

Art. 96. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação compulsória ou o tratamento ambulatorial.

Prazo

§ 1º O prazo mínimo da medida de segurança deverá ser de um a três anos.

§ 2º Cumprido o prazo mínimo, a medida de segurança perdurará enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade, desde que não ultrapasse o limite máximo:

- a) Da pena cominada ao fato criminoso praticado; ou
- b) De trinta anos, nos fatos criminosos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo se a infração for de menor potencial ofensivo.

§ 3º Atingido o limite máximo a que se refere o parágrafo anterior, poderá o Ministério Público ou o responsável legal pela pessoa, requerer, no juízo cível, o prosseguimento da internação.

Perícia médica

§ 4º A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

Desinternação ou liberação condicional

§ 5º A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso do prazo de um ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§ 6º Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Art. 97. Na hipótese do parágrafo único do art. 32 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a prisão pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo tempo da pena de prisão, observado o § 3º do art. 96.

Direitos do internado

Art. 98. O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento, observados os direitos das pessoas com deficiência.

**ANEXO D – Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, do CNJ –
Conselho Nacional de Justiça.**

Dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO a necessidade de uniformizar procedimentos relativos à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, no âmbito dos Tribunais;

CONSIDERANDO que o CNJ integra o Sistema de Informações Penitenciárias-INFOPEN, do Ministério da Justiça, o que dispensa a manutenção de sistema próprio de controle da população carcerária;

CONSIDERANDO que compete ao juiz da execução penal emitir anualmente atestado de pena a cumprir, conforme o disposto no inciso X do artigo 66 da Lei nº 7.210/1984, com as modificações introduzidas pela Lei nº 10.713/2003;

CONSIDERANDO a necessidade de consolidar normas do CNJ em relação à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na 103ª Sessão Ordinária, realizada em 20 de abril de 2010, nos autos do ATO 0002698-57.2010.2.00.0000;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na 103ª Sessão Ordinária, realizada em 20 de abril de 2010, nos autos do ATO 0002698-57.2010.2.00.0000;

RESOLVE:

[...]

DA EXECUÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA

Art. 14. A sentença penal absolutória que aplicar medida de segurança será executada nos termos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, da Lei nº 10216, de 6 de abril de 2001, da lei de organização judiciária local e da presente resolução, devendo compor o processo de execução, além da guia de internação ou de tratamento ambulatorial, as peças indicadas no artigo 1º dessa resolução, no que couber.

Art. 15. Transitada em julgado a sentença que aplicou medida de segurança, expedir-se-á guia de internação ou de tratamento ambulatorial em duas vias, remetendo-se uma delas à unidade hospitalar incumbida da execução e outra ao juízo da execução penal.

Art. 16. O juiz competente para a execução da medida de segurança ordenará a formação do processo de execução a partir das peças referidas no artigo 1º dessa resolução, no que couber.

Art. 17. O juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível, buscará implementar políticas antimanicomiais, conforme sistemática da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.

[...]

**ANEXO E – Recomendação nº 35, de 12 de julho de 2011, do CNJ –
Conselho Nacional de Justiça.**

Dispõe sobre as diretrizes a serem adotadas em atenção aos pacientes judiciários e a execução da medida de segurança.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO a Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, deste Conselho que, entre outras providências, dispõe sobre o procedimento relativo à execução da medida de segurança,

CONSIDERANDO a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental,

CONSIDERANDO os princípios e diretrizes aprovados na II Conferência Nacional de Saúde Mental, realizada de 11 a 15 de dezembro de 2001,

CONSIDERANDO os princípios e diretrizes aprovados na IV Conferência Nacional de Saúde Mental, realizada de 27 de junho a 1º de julho de 2010,

CONSIDERANDO a Resolução nº 4, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de 30 de julho de 2010,

CONSIDERANDO a experiência exitosa de programas pioneiros no Brasil de atenção a pacientes judiciários adotando a política antimanicomial,

RESOLVE RECOMENDAR aos Tribunais que:

I – na execução da medida de segurança, adotem a política antimanicomial, sempre que possível, em meio aberto;

II – a política antimanicomial possua como diretrizes as seguintes orientações:

a) mobilização dos diversos segmentos sociais, compartilhamentos de responsabilidades, estabelecimento de estratégias humanizadoras que possibilitem a efetividade do tratamento da saúde mental e infundam o respeito aos direitos fundamentais e sociais das pessoas sujeitas às medidas de segurança;

b) diálogo e parcerias com a sociedade civil e as políticas públicas já existentes, a fim de buscar a intersectorialidade necessária;

c) criação de um núcleo interdisciplinar, para auxiliar o juiz nos casos que envolvam sofrimento mental;

d) acompanhamento psicossocial, por meio de equipe interdisciplinar, durante o tempo necessário ao tratamento, de modo contínuo;

e) permissão, sempre que possível, para que o tratamento ocorra sem que o paciente se afaste do meio social em que vive, visando sempre à manutenção dos laços familiares;

f) adoção de medida adequada às circunstâncias do fato praticado, de modo a respeitar as singularidades sociais e biológicas do paciente judiciário;

g) promoção da reinserção social das pessoas que estiverem sob tratamento em hospital de custódia, de modo a fortalecer suas habilidades e possibilitar novas respostas na sua relação com o outro, para buscar a efetivação das políticas públicas pertinentes à espécie, principalmente quando estiver caracterizada situação de grave dependência institucional, consoante o art. 5º da Lei no 10.216/2001;

h) manutenção permanente de contato com a rede pública de saúde, com vistas a motiva a elaboração de um projeto de integral atenção aos submetidos às medidas de segurança;

i) realização de perícias por equipe interdisciplinar.

III – em caso de internação, ela deve ocorrer na rede de saúde pública ou conveniada, com acompanhamento do programa especializado de atenção ao paciente judiciário, com observância das orientações previstas nesta recomendação.

Publique-se e encaminhe-se cópia desta Recomendação a todos os Tribunais.

Ministro Cezar Peluso

Presidente do Conselho Nacional de Justiça

**ANEXO F – Resolução nº 5, de 4 de maio de 2004, do CNPCP –
Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.**

Dispõe a respeito das diretrizes para o cumprimento das medidas de segurança, adequando-as à previsão contida na Lei nº 10.216 de 6 de abril de 2001.

O CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, reunido em sessão ordinária aos 4 dias do mês de maio do ano de dois mil e quatro, na cidade de Brasília, tendo presente a Proposta de Diretrizes para o cumprimento de Medidas de Segurança, adequando-as ao contido na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001,

RESOLVE:

Art. 1º. Aprovar as Diretrizes Anexas à presente Resolução, visando adequar as Medidas de Segurança às disposições da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.

Art. 2º. Recomendar à Secretaria deste Conselho que remeta cópia desta Resolução e do Anexo que a integra às Secretarias Estaduais que administram o Sistema Prisional, bem como aos Conselhos Penitenciários Estaduais e ao DEPEN/MJ.

Art. 3º. Esta Resolução entra em vigor a partir da data de sua publicação

ANTONIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
Presidente

**DIRETRIZES PARA O CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS DE
SEGURANÇA**

A partir dos resultados do “Projeto de Apoio à Reinserção Social dos Pacientes Internados em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do Rio de Janeiro”, realizado por equipe da Superintendência de Saúde da Secretaria Estadual de Administração Penitenciária e considerando as propostas aprovadas na “III Conferência Nacional de Saúde Mental” e no “Seminário para a Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico”, bem como as discussões ocorridas na Comissão eleita no referido Seminário para encaminhar projeto de mudança à Lei de Execução Penal, e tendo como objetivo adequar as medidas de segurança aos princípios

do SUS e às diretrizes previstas na Lei nº 10.216/2001, ficam propostas as seguintes diretrizes:

1. O tratamento aos portadores de transtornos mentais considerados inimputáveis “visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio” (art. 4º, § 1º da Lei nº 10.216/01), tendo como princípios norteadores o respeito aos direitos humanos, a desospitalização e a superação do modelo tutelar.

2. A atenção prestada aos pacientes inimputáveis deverá seguir um programa individualizado de tratamento, concebido por equipe multidisciplinar que contemple ações referentes às áreas de trabalho, moradia e educação e seja voltado para a reintegração sócio-familiar.

3. O internado deverá “ter acesso ao melhor tratamento consentâneo às suas necessidades” (art. 2º, § 1º, inciso I), de mesma qualidade e padrão dos oferecidos ao restante da população.

4. Os pacientes inimputáveis deverão ser objeto de política intersetorial específica, de forma integrada com as demais políticas sociais, envolvendo as áreas de Justiça e Saúde e congregando os diferentes atores e serviços que compõem a rede.

5. A medida de segurança deverá ser cumprida em hospital estruturado de modo a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer etc. (art. 4º, § 2º).

6. A atenção deverá incluir ações dirigidas aos familiares e comprometer-se com a construção de projetos voltados ao desenvolvimento da cidadania e à geração de renda, respeitando as possibilidades individuais.

7. Os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico deverão estar integrados à rede de cuidados do SUS, adequando-se aos padrões de atendimento previstos no Programa Nacional de Avaliação dos Serviços Hospitalares - PNASH/ Psiquiatria e aos princípios de integralidade, gratuidade, equidade e controle social.

8. Nos Estados onde não houver Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico os pacientes deverão ser tratados na rede SUS.

9. Os Estados deverão realizar censos jurídicos, clínicos e sociais dos portadores de transtornos mentais que sejam inimputáveis, a fim de conhecer suas necessidades terapêuticas, disponibilizar recursos, garantir seu retorno à comunidade de referência e acesso a serviços territoriais de saúde.

10. A conversão do tratamento ambulatorial em internação só será feita com base em critérios clínicos, não sendo bastante para justificá-la a ausência de suporte sócio-familiar ou comportamento visto como inadequado.

11. A medida de segurança só poderá ser restabelecida em caso de novo delito e após sentença judicial. Os casos de reagudização de sintomatologia deverão ser tratados no serviço de referência local.

12. A medida de segurança deve ser aplicada de forma progressiva, por meio de saídas terapêuticas, evoluindo para regime de hospital-dia ou hospital-noite e outros serviços de atenção diária tão logo o quadro clínico do paciente assim o indique. A regressão para regime anterior só se justificará com base em avaliação clínica.

13. A fim de garantir o acesso dos egressos dos hospitais de custódia aos serviços residenciais terapêuticos, deverão ser estabelecidas cotas específicas para estes pacientes nos novos serviços que forem sendo criados.

14. Como forma de superar as dificuldades de (re)inserção dos egressos nos serviços de saúde mental da rede, os gestores de saúde locais devem ser convocados, desde o início da medida, para participarem do tratamento, realizando busca ativa de familiares e preparando a família e a comunidade para o retorno do paciente.

15. Após a desinternação, desde o primeiro ano, o paciente deve ser assistido no serviço local de saúde mental, paralelamente ao tratamento ambulatorial previsto em lei, com o objetivo de construir laços terapêuticos em sua comunidade.

16. Os pacientes com longo tempo de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, que apresentem quadro clínico e/ou neurológico grave, com profunda dependência institucional e sem suporte sócio-familiar, deverão ser objeto de “política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida” (art.5º da Lei), beneficiados com bolsas de incentivo à desinternação e inseridos em serviços residenciais terapêuticos.

17. Os portadores de transtornos relacionados ao uso de drogas deverão ser objeto de programas específicos, de conformidade com a política do Ministério da Saúde para a Atenção Integral ao Usuário de Álcool e outras Drogas.

18. Em caso de falta às consultas ou abandono de tratamento, os serviços locais de saúde deverão realizar visitas domiciliares com o fim de avaliar a situação e estimular o retorno do paciente ao tratamento.

**ANEXO G – Resolução nº 4, de 30 de julho de 2010, do CNPCP –
Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.**

Dispõe a respeito das diretrizes nacionais de atenção aos pacientes judiciários e execução de medida de segurança.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA - CNPCP, Dr. GEDER LUIZ ROCHA GOMES, no uso de suas atribuições legais, previstas no Art. 64, I, Lei nº 7.210/84,

CONSIDERANDO a Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental;

CONSIDERANDO os princípios e diretrizes aprovados na III Conferência Nacional de Saúde Mental, realizada de 11 a 15 de dezembro de 2001;

CONSIDERANDO os princípios e diretrizes aprovados na IV Conferência Nacional de Saúde Mental, realizada de 27 de junho a 1 de julho de 2010;

CONSIDERANDO a Resolução Nº 5, de 4 de maio de 2004, deste Conselho, que dispõe a respeito das diretrizes para o cumprimento das medidas de segurança, adequando-as à previsão contida na Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001;

CONSIDERANDO a Resolução Nº 113, de 20 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, entre outras providências, dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e medida de segurança;

CONSIDERANDO, finalmente, o aprendizado a partir do amadurecimento de programas pioneiros no Brasil de atenção a pacientes judiciários adotando a política antimanicomial;

RESOLVE:

Art. 1º - O CNPCP, como órgão responsável pelo aprimoramento da política criminal, recomenda a adoção da política antimanicomial no que tange à atenção aos pacientes judiciários e à execução da medida de segurança.

§ 1º - Devem ser observados na execução da medida de segurança os princípios estabelecidos pela Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo

assistencial de tratamento e cuidado em saúde mental que deve acontecer de modo antimanicomial, em serviços substitutivos em meio aberto;

§ 2º - Devem ser também respeitadas as seguintes orientações:

I – Intersetorialidade como forma de abordagem, buscando o diálogo e a parceria entre as diversas políticas públicas e a sociedade civil e criando espaços e processos integradores de saberes e poderes

II - Acompanhamento psicossocial contínuo, realizado pela equipe interdisciplinar que secretaria o transcurso do processo e oferece os recursos necessários para a promoção do tratamento em saúde mental e invenção do laço social possível compartilhando os espaços da cidade, bem como realiza a coleta de subsídios que auxiliem na adequação da medida judicial às condições singulares de tratamento e inserção social;

III - Individualização da medida, respeitando as singularidades psíquicas, sociais e biológicas do sujeito, bem como as circunstâncias do delito;

IV - Inserção social, que promove a acessibilidade do sujeito aos seus direitos fundamentais gerais e sociais, bem como a sua circulação na sociedade, colocando-o de modo responsável para com o mundo público;

V - Fortalecimento das habilidades e capacidades do sujeito em responder pelo que faz ou deixa de fazer por meio do laço social, através da oferta de recursos simbólicos que viabilizem a resignificação de sua história, produção de sentido e novas respostas na sua relação com o outro;

Art. 2º - A abordagem à pessoa com doença mental na condição de autor do fato, réu ou sentenciado em processo criminal, deve ser objeto de atendimento por programa específico de atenção destinado a acompanhar o paciente judiciário nas diversas fases processuais, mediando as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, visando à promoção da individualização da aplicação das penas e medidas de segurança e no encaminhamento das questões de execução penal dos pacientes judiciários;

I - A União e os Estados devem garantir que o programa específico de atenção ao paciente judiciário tenha extensão em todo o território nacional, podendo contar nos Estados com uma estrutura central e núcleos regionais ou municipais.

Art. 3º - São responsabilidades do programa específico de atenção ao paciente judiciário:

I - promover o estudo e o acompanhamento dos processos criminais e infracionais em que figurem pacientes judiciários, visando à elaboração de projeto individualizado de atenção integral;

II - realizar o acompanhamento psicológico, jurídico e social do paciente judiciário usando a rede substitutiva de serviços de saúde mental;

III - manter contato e articulação intersetoriais, em caráter permanente, com:

a) a rede pública de saúde, visando a efetivar a individualização do projeto de atenção integral;

b) a rede social, visando à promoção social do paciente judiciário e à efetivação das políticas públicas pertinentes ao caso;

IV - realizar discussões com peritos criminais nos casos em que houver exame de sanidade mental e cessação de periculosidade, apresentando, em caso de determinação judicial, dados relativos ao acompanhamento do paciente;

V - emitir relatórios e pareceres ao juiz competente sobre o acompanhamento do paciente judiciário nas diversas fases processuais;

VI - sugerir à autoridade judicial medidas processuais pertinentes, com base em subsídios advindos do acompanhamento clínico-social;

VII - prestar ao juiz competente as informações clínico-sociais necessárias à garantia dos direitos do paciente judiciário.

Parágrafo único - Para o cumprimento das responsabilidades de que trata este artigo, serão realizadas diligências externas, sempre que necessário.

Art. 4º - Em caso de internação, mediante o laudo médico circunstanciado, deve ela ocorrer na rede de saúde municipal com acompanhamento do programa especializado de atenção ao paciente judiciário.

Parágrafo único - Recomenda-se às autoridades responsáveis que evitem tanto quanto possível a internação em manicômio judiciário.

Art. 5º - O paciente judiciário há longo tempo internado em cumprimento de medida de segurança, ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será encaminhado para política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, conforme previsão no art. 5º da Lei 10.216, de 2001.

Art. 6º - O Poder Executivo, em parceria com o Poder Judiciário, irá implantar e concluir, no prazo de 10 anos, a substituição do modelo manicomial de cumprimento de medida de segurança para o modelo antimanicomial, valendo-se do programa específico de atenção ao paciente judiciário.

§ 1º - Será realizado levantamento trimestral de dados estatísticos sobre as medidas de segurança impostas e executadas, de incumbência dos órgãos responsáveis pelos internamentos e tratamentos impostos.

§ 2º - O levantamento a que se refere o parágrafo anterior será realizado por equipe constituída pelo Ministério da Justiça, Ministério da Saúde, Ministério do Desenvolvimento Social e Conselho Nacional de Justiça.

Art. 7º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

GEDER LUIZ ROCHA GOMES

Presidente do CNPCP

**ANEXO H – Resolução nº 1, de 10 de fevereiro de 2014, do CNPCP –
Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.**

Dispõe a respeito das diretrizes para o cumprimento das medidas de segurança, adequando-as à previsão contida na Lei nº 10.216 de 6 de abril de 2001.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA - CNPCP, Dr. Herbert Carneiro, no uso de suas atribuições legais e,

considerando a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e que redireciona o modelo assistencial em saúde mental;

considerando a Resolução CNPCP nº 5, de 4 de maio de 2004, que dispõe a respeito das Diretrizes para o cumprimento das Medidas de Segurança, adequando-as à previsão contida na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001;

considerando a Resolução CNJ nº 113, de 20 de abril de 2010, que, entre outras providências, dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e medida de segurança;

considerando a Resolução CNPCP nº 4, de 30 de julho de 2010, que dispõe sobre as Diretrizes Nacionais de Atenção aos Pacientes Judiciários e Execução da Medida de Segurança,

RESOLVE:

Art. 1º - O acesso ao programa de atendimento específico apresentado pelos arts 2º e 3º da Resolução CNPCP nº 4/2010, dar-se á por meio do serviço de avaliação e acompanhamento às medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a Lei, consignado na Portaria MS/GM nº 94, de 14 de janeiro de 2014.

§ 1º - O serviço referido no *caput* é composto pela equipe de avaliação e acompanhamento das medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei (EAP), que tem o objetivo de apoiar ações e serviços para atenção

à pessoa com transtorno mental em conflito com a Lei na Rede de Atenção à Saúde (RAS), além de poder contribuir para que o Sistema Único de Assistência Social (Suas) e o Sistema de Justiça Criminal atuem no sentido de redirecionar as medidas de segurança às disposições da Lei nº 10.216/2001.

§ 2º - O Grupo Condutor Estadual da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional - PNAISP - deverá elaborar uma estratégia estadual para atenção à pessoa com transtorno mental em conflito com a Lei e contribuir para a sua implementação.

Art. 2º - O serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a Lei observará as exigências do SUS que garantem o acesso à RAS, para acompanhamento psicossocial integral, resolutivo e contínuo, e contará com a justiça criminal, nas seguintes condições:

- I - garantia de transporte sanitário e escolta para atendimento;
- II - garantia de acesso às unidades prisionais e estabelecimentos de custódia e tratamento psiquiátrico;
- III - garantia do acesso às informações referentes à pessoa com transtorno mental em conflito com a Lei;
- IV - garantia do cuidado adequado de acordo com os Projetos Terapêuticos Singulares (PTS) especificamente elaborados para alicerçar a medida de segurança e o processo terapêutico.

Art. 3º - Para o efetivo cumprimento desta Resolução, deverão ser observados os seguintes atos normativos:

I - Resolução CNAS nº 145, de 15 de outubro de 2004 que aprova a Política Nacional de Assistência Social;

II - Portaria GM/MS nº 4.279, de 30 de dezembro de 2010, que estabelece diretrizes para a organização da Rede de Atenção à Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde;

III - Recomendação do Conselho Nacional de Justiça nº 35, de 12 de julho de 2011, que recomenda que na execução da Medida de Segurança sejam adotadas políticas antimanicomiais;

IV - Portaria MS/GM nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011, que institui a Rede de Atenção Psicossocial (Raps) para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas e as estratégias de desinstitucionalização, no âmbito do SUS;

V - Diretrizes do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária aprovadas na 372ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), em 26/04/2011;

VI - Política Nacional de Humanização (PNH), do SUS;

VII - Portaria Interministerial MS/MJ nº 1.777, de 9 de setembro de 2003, que publica o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP);

VIII - Portaria Interministerial nº 1/MS/MJ, de 2 de janeiro de 2014, que institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Pessoa Privada de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP);

IX - Portaria MS/MJ nº 94, de 14 de janeiro de 2014, que institui o serviço de avaliação e acompanhamento às medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a Lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 4º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

HERBERT JOSE ALMEIDA CARNEIRO