

INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL - ICPC

RUI DE ALMEIDA

DOENÇA MENTAL E DIREITO: A SANÇÃO PENAL NOS TERMOS DA LEI

**CURITIBA
2009**

RUI DE ALMEIDA

DOENÇA MENTAL E DIREITO: A SANÇÃO PENAL NOS TERMOS DA LEI

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Criminologia do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos.

**CURITIBA
2009**

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO	01
1 DOENÇA MENTAL E DELITO	03
1.1 SINOPSE HISTÓRICA.....	03
1.1.1 O surgimento das regulamentações.....	05
1.1.2 Ordenações Filipinas.....	06
1.1.3 Código Criminal do Império.....	06
1.1.4 Código Penal de 1940 e a Reforma de 1984.....	07
1.1.5 A oficialização dos Manicômios.....	08
1.1.6 O Complexo Médico-Penal (antigo Manicômio Judiciário do Paraná).....	08
1.2 DOENÇA MENTAL E POLÍTICA CRIMINAL.....	09
1.2.1 Política criminal e sanção penal.....	09
1.2.2 Política criminal e periculosidade.....	11
1.2.3 Política criminal e jurisprudência.....	12
1.2.4 Política criminal e desconstrução da medida de segurança.....	12
1.2.5 Política criminal e princípio da igualdade.....	14
1.2.6 Política criminal e reforma psiquiátrica.....	15
2 SANÇÃO PENAL NÃO PUNITIVA	19
2.1 Medida de segurança	19
2.1.2 Fundamento.....	19
2.1.3 Espécies.....	20
2.1.4 Estabelecimento.....	20
2.1.5 Duração.....	21
2.1.6 Extinção.....	23
2.1.7 Exame de cessação de periculosidade.....	24

3 INIMPUTABILIDADE	25
3.1 INIMPUTABILIDADE E CONCEITO DE CRIME.....	25
3.1.1 A imputabilidade e a evolução do conceito de crime.....	26
3.2 CRITÉRIOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA INIMPUTABILIDADE.....	27
3.2.1 Critério biológico.....	27
3.2.2 Critério psicológico.....	27
3.2.3 Critério biopsicológico.....	28
3.3 CAUSAS DE INIMPUTABILIDADE.....	28
3.3.1 Embriaguez ou intoxicação completa involuntária.....	28
3.3.2 Menoridade.....	29
3.3.3 Insanidade mental.....	29
4 DOENÇA MENTAL E DIREITO: A SANÇÃO PENAL NOS TERMOS DA LEI	31
4.1 PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA.....	31
4.1.1 Prática de um injusto penal: Inimputabilidade como excludente de culpabilidade.....	31
4.1.1.1 Medida de segurança no Tribunal do Júri.....	35
4.1.1.2 Medida de segurança nas Contravenções Penais e na Lei de Drogas....	36
4.1.1.3 Medida de segurança na legislação extravagante.....	36
4.1.2 Periculosidade presumida – art. 26 do Código Penal.....	37
4.1.3 Periculosidade real – art. 26, § único do Código Penal.....	38
4.1.4 Superveniência de doença mental	39
5 PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL	41
5.1 PROJETO DE LEI NO CONGRESSO NACIONAL.....	41
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

RESUMO

O tema abordado nessa monografia pertence ao Direito Penal, sendo o instituto da Medida de Segurança objeto de observação desde suas origens mais remotas, passando pela sua formação como instituto da dogmática penal até as mais recentes mudanças. Sabe-se que o crime (transgressão) é normal dentro das sociedades, pois nunca houve e dificilmente haverá, consenso entre um número expressivo de pessoas e diante de tanta heterogeneidade. Por isso, desde os primórdios da civilização humana, pelo menos desde que se tem conhecimento histórico tem sido assim: guerras, mortes, enfim, conflitos. Os indivíduos reconhecendo esse estado de beligerância permanente resolveram estabelecer um contrato social. Assim, dentro desse acordo surge o Direito Penal moderno, como legitimador desse contrato. Quem quebrar as regras estabelecidas deve ser punido. A medida de segurança surge num segundo momento, para articular uma compreensão diante da necessidade de mudança de paradigma no trato com aquele que, embora rompendo as regras socialmente estabelecidas, não possui pleno discernimento. A partir desse momento passa-se a falar em inimputabilidade, ou seja, ausência de culpabilidade na ação perpetrada. Ao invés de crime, entende-se que esse indivíduo desprovido de compreensão da ilicitude, comete um injusto penal. Conduta típica e antijurídica, somada à doença mental, abre-se o caminho para a aplicação da sanção penal aqui apresentada.

.

Palavras-chave: doença mental – injusto penal – periculosidade - sanção penal.

O Direito não existe a não ser em função das relações de produção existentes;
O Direito não possui a forma do Direito, isto é, sua sistematicidade formal, a não ser com a condição de que as relações de produção, em função das quais ele existe, estejam completamente ausentes do próprio Direito.

Althusser, Louis. **Sobre a reprodução**, p. 85.

(...) o que pensa de outro modo tende a ir para o manicômio.

Nietzsche, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**, p. 29.

Princípio da porta giratória: quando o patológico entra em cena, a criminalidade, nos termos da lei, deve desaparecer.

Foucault, Michel. **Os anormais**, p. 39.

INTRODUÇÃO

Desde os primeiros relatos históricos da civilização humana, têm-se notícia de formas de punição para o indivíduo que se comporte de modo inadequado aos padrões estabelecidos pelo pensamento dominante.

Um dos relatos mais antigos do qual se tem conhecimento, está descrito no livro do Gênesis, primeiro livro da Bíblia Sagrada. Ali, um irmão mata o outro. Caim, por ciúmes de Abel (pois as oferendas deste, foram melhores apreciadas pelos olhos de Jeová), pratica um dos primeiros homicídios descritos nas crônicas dos grupos humanos antigos que chegaram até os dias atuais.

Mesmo de forma muito incipiente, a sociedade de então pune o infrator com o banimento, com a exclusão do convívio social. Assim, Caim, o homicida, parte para uma região distante daquela a que fazia parte.

Independentemente de qualquer posição que se possa tomar quanto à função da pena, o fato é que as sociedades humanas sempre puniram aquele que se desviou do “normal”, do socialmente aceitável. Corroborando com esse pensamento, Durkheim afirma que o crime é normal, por que é produto de relações humanas que inevitavelmente, serão boas ou más, aceitáveis ou não, tudo dependerá da norma vigente.

A história da humanidade constitui-se de permanentes conflitos entre os grupos rivais. Nos últimos 100 anos ocorreram duas grandes guerras mundiais com destruição jamais imaginada pela mente humana. Para dirimir esses embates foram criados tratados, leis, convenções, enfim, mecanismos de regulação dos povos e de seus nacionais.

Como se pode ver é difícil regular interesses de grupos, povos, nações e da mesma forma, conciliar interesses privados constitui tarefa árdua. Nesse sentido, o instituto da medida de segurança surge como um instrumento mediador entre as antigas concepções de mera punição e as mais recentes, que preconizam um tratamento mais adequado e diferenciado para o doente mental. Assim, não se busca o castigo, mas a compreensão do estado de pessoa com especial necessidade. Apesar disso, o caráter da medida de segurança é sancionatório, por

entender que havia um mínimo de discernimento necessário para se perceber e conseqüentemente se evitar o resultado danoso.

Como modalidade de sanção penal, as medidas de segurança buscam reduzir os impactos sobre o indivíduo que transgrediu a norma - proteção especial, bem como sobre a sociedade - prevenção geral, dando maior ênfase ao caráter especial, pois seu escopo é o tratamento médico e a reinserção social. Por isso a adoção do sistema vicariante no ordenamento jurídico brasileiro, propiciando uma redução significativa na permanência do réu (interno) no interior do sistema prisional, pois em tese, pode o sentenciado à medida de segurança detentiva permanecer no período mínimo de 01 a 03 anos no tratamento psiquiátrico psicológico, independentemente do delito praticado e da pena cominada para o tipo penal.

O presente trabalho procura pôr em relevo a importância de uma política criminal que deve ser vista com uma preocupação constante do poder público, que mesmo considerando o inimputável sob o aspecto especial de tratamento, deve dar uma resposta (penal sancionatória) com o intuito de preservar a paz social, ou seja, evitar-se a vingança privada sobre aqueles que cometeram a conduta típica e antijurídica, pois do contrário a sociedade regrediria ao tempo da barbárie.

Na Era dos Direitos em que se vive, faz-se mister lançar constantes luzes sobre questão tão polêmica, porém pouco debatida. Assim, vislumbra-se a necessidade de melhor compreensão sobre tema da inimputabilidade ou irresponsabilidade do doente mental, quando da aplicação pelos magistrados da medida de segurança, ou seja, do porquê da aplicação deste instituto e de sua validade nos tempos atuais, levando-se em conta, sempre, o Estado Democrático de Direito.

Por fim, considerando a responsabilização penal do portador de sofrimento ou transtorno mental, ou como está descrito no Código Penal, simplesmente, doente mental, se demonstrará que o tratamento psiquiátrico em hospital de custódia, ainda que, com os seus malefícios, é a melhor alternativa a que se chegou no Direito Penal contemporâneo.

1 DOENÇA MENTAL E DELITO

1.1 SINOPSE HISTÓRICA

Procedendo-se a um breve olhar sobre a história da loucura, percebe-se que sempre houve uma diferenciação na maneira de se tratar aquele que demonstrava uma manifestação psíquica fora do que se considerava padrão de normalidade. Entretanto, ocorria uma convivência relativamente harmoniosa entre as pessoas ditas normais e o louco, não se conhecendo formas de punição que promovessem uma distinção significativa entre as partes.

Conforme Garcia, no direito romano o crime era visto como todo fato que contivesse dolo (*dolus*), enquanto a inexistência de intenção (*sine dolo*) era considerada mero acidente, sendo que os menores de 07 anos (*infantes*) também eram isentos de pena, enquanto os que estavam entre 14 anos (*impúberes*), e aqueles que tivessem menos de 15 anos (*minores*), eram parcialmente imputáveis.¹

Essa relação harmoniosa sofre seus primeiros abalos ao se introduzir a idéia de que se deve tratar/excluir o doente mental, mesmo que não tenha cometido nenhum crime, fenômeno que Foucault denominou de exclusão social:

Um objeto novo acaba de fazer seu aparecimento na paisagem imaginária da Renascença; e nela, logo ocupará lugar privilegiado: é a Nau dos Loucos, estranho barco que desliza ao longo dos calmos rios da Renânia e dos canais flamengos.

Mas de todas essas naves romanescas ou satíricas, a Narrenschiff é a única que teve existência real, pois eles existiram, esses barcos que levavam sua carga insana de uma cidade para outra.²

Com essa nova visão, de que o doente mental deve-se ser excluído, inicia-se o período denominado de grande internamento, isso por volta do século XVII, com a função, segundo Foucault, de silenciar a loucura:

¹ GARCIA, José Alves. **Psicopatologia forense**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 02/03.

² FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 09.

Criam-se (e isto em toda a Europa) estabelecimentos para internação que não são simplesmente destinados a receber os loucos, mas toda uma série de indivíduos bastantes diferentes uns dos outros, pelo menos segundo nossos critérios de percepção: encerram-se os inválidos pobres, os velhos na miséria, os mendigos, os desempregados opiniáticos, os portadores de doenças venéreas, libertinos de toda espécie, pessoas a quem a família ou o poder real querem evitar um castigo público, pais de família dissipadores, eclesiásticos em infração, em resumo todos aqueles que, em relação à ordem da razão, da moral e da sociedade, dão mostras de “alteração”³.

Essa concepção científicista, naturalista, repercutiu inclusive na literatura brasileira, tendo como principal representante um dos seus maiores ícones, o patrono da Academia Brasileira de Letras, Machado de Assis, que através da personagem Simão Bacamarte, reproduziu o ideário da época:

Daí em diante foi uma coleta desenfreada. Um homem não podia dar nascença ou curso a mais simples mentira do mundo, ainda daquelas que aproveitam ao inventor ou divulgador, que não fosse logo metido na casa Verde. Tudo era loucura. Os cultores de enigma, os fabricantes de charadas, de anagramas, os maldizentes, os curiosos da vida alheia, os que põem todo o seu cuidado na tafalaria, um ou outro almotacé enfundado, ninguém escapava aos emissários do alienista. (...) Se um homem era avaro ou pródigo, ia do mesmo modo para a Casa Verde; daí a alegação de que não havia regra para a completa sanidade mental.⁴

Com o intuito de se regular as variadas concepções em torno da doença mental, precedida ou não de crime, passou-se em diversas partes do mundo a se tomar medidas que procuravam dar diretrizes à questão, sendo necessário citar algumas mais importantes que tiveram repercussões no ordenamento jurídico pátrio, chegando finalmente nos termos atuais da medida de segurança, prevista no Código Penal Brasileiro de 1940, com as pertinentes alterações ocorridas em face da reforma da parte geral promovida no ano de 1984.

Sem se querer legitimar a necessidade da idéia de sanção, mas buscando a compreensão de sua existência, cita-se o filósofo francês, Guyau:

³ FOUCAULT, Michel. **Doença mental e psicologia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975, p. 78.

⁴ ASSIS, Machado de. **O alienista**. São Paulo: Ática, 1989, p. 43.

(...) o homem é um ser essencialmente prático e ativo, que tende a tirar de tudo o que vê uma regra de ação, e para quem a vida alheia é uma perpétua moral em forma de exemplos. Com o maravilhoso instinto social, ele tem o pressentimento de um perigo: tal como um cidadão que, fechado em uma cidade sitiada, descobre uma brecha aberta.

Em segundo lugar o mau exemplo é como uma espécie de exortação pessoal ao mal murmurada em seu ouvido e contra a qual seus instintos mais elevados se revoltam. Tudo isso resulta no fato de que o bom senso popular faz sempre a sanção entrar na própria fórmula da lei e encare a recompensa ou o castigo como motores. (...) A lei humana tem a dupla característica de ser utilitária e necessária⁵.

Para Guyau havia mais um motivo, quizá o principal, para se conceber e se levar em conta a idéia de sanção. Refere-se à inteligência humana, sendo que esta não se conforma com a estagnação de um ser, devendo-se sempre caminhar para frente, do contrario, recebe-se o castigo pelo erro, em essência, a sanção.

Assim, para melhor compreensão do instituto, traça-se um painel, não exaustivo, porém elucidativo; desde os primórdios do direito, até as concepções mais atuais; saindo da idéia de louco para uma visão mais compreensiva, mais humana; aqui, admite-se a cura, pois se trata de doença mental e não de loucura.

1.1.1 O surgimento das regulamentações

Anteriormente, mencionou-se a legislação romana. Necessário frisar, também, as Leis de Manu e o Código de Hamurabi, embora fossem codificações muito rudimentares para os padrões atuais, pois previam até mutilações aos infratores, foram, no entanto, significativas para a compreensão do infrator doente mental ao longo da evolução histórica.

O Direito Canônico não imputava delinquência aos doentes mentais, embora aplicasse sanções desumanas, supondo que eles fossem portadores de espíritos demoníacos, por isso eram encarcerados em masmorras, chegando mesmo a levá-los à morte.

⁵ GUYAU, Jean Marie. **Crítica da idéia de sanção**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 46/47.

No século XVIII, com Philippe Pinel, buscou-se uma reforma no tratamento do doente mental, visto que se fecharam os hospitais onde os doentes eram mantidos sob portas fechadas, como se estivessem aprisionados, promovendo-se a transferência dessas pessoas para casas de tratamento em condições mais brandas, afastando-se a idéia de demonização para um enfoque moralista. Em outras palavras, o louco era um ser sem regras morais, para isso seria necessária a criação de um controle social.⁶

1.1.2 Ordenações Filipinas

No Brasil, seguia-se o contido nas Ordenações Filipinas, que segundo Dotti, ensinavam que o louco não poderia responder pelo crime, haja vista não demonstrar a capacidade de possuir dolo e/ou culpa, já apontando para o conceito atual de inimputabilidade. Mencionava o desenvolvimento mental incompleto no capítulo da responsabilidade penal, aplicando a pena integralmente aos maiores de 20 anos, deixando ao critério do julgador a redução do castigo quando se tratasse de infrator com idade entre 17 e 20 anos, tendo este que ponderar, no caso concreto, as circunstâncias e as maneiras com que o crime fora cometido, além da avaliação da pessoa do menor, podendo este receber a pena integral, de acordo com tal critério, mas sendo vedada a pena de morte e abrindo-se espaço para substituição da pena.⁷

1.1.3 Código Criminal do Império

No Código Criminal do Império de 1890, seguindo o que determinava as Ordenações Filipinas, no entender de Dotti, o juiz criminal tinha o poder de mandar o

⁶ DOTTI, René Ariel. **Penas e medidas de segurança no novo código**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 281/282.

⁷ Ibid. p. 284.

alienado, ou para casas especializadas na sua acolhida, ou encaminhá-los às suas famílias. Tudo era muito incipiente, pois as casas especializadas não existiam ao tempo da lei. Assim, o tratamento dispensado, à época, deixava muito a desejar.⁸

1.1.4 Código Penal de 1940 e a Reforma de 1984

Até aqui, não havia uma preocupação em ordenar a questão do doente mental como um objeto a ser claramente definido. Foi a partir de 1893 no Projeto do Código Penal Suíço, que Karl Stoos evidenciou “a consciência dogmática da existência de uma categoria de sanções criminais como algo diferente das penas despontou com o Projeto do Código Penal Suíço, 1893, com Karl Stoos e o Contra-projeto de Von Liszt e Kahls em 1911”⁹.

A partir de 1940, com o novo Código Penal, a legislação brasileira passa a adotar a nova sanção penal – medida de segurança, esta entendida como complemento ou substitutivo da pena, a concepção era do duplo binário e perduraria até a reforma da parte geral de 1984, de forma equivocada, no entender de Dotti:

O Código Penal de 1940, tendo eleito a dupla via, incorreu em manifesto erro, porquanto primeiro para os imputáveis e semi-imputáveis, nas palavras de Antolisei, impõe a uma pessoa necessitada de cura e de educação, as constrangedoras condições do cárcere, que só agravam a periculosidade que, depois, piorada, se buscará cancelar, tudo para conciliar ou superar oposição entre culpabilidade e periculosidade.¹⁰

Com a reforma penal de 1984, excluiu-se a medida de segurança para o imputável – sujeito apenas à pena, permanecendo a aplicada ao semi-imputável e ao inimputável, e devendo ser cumprida na forma de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou tratamento ambulatorial, sendo o sistema

⁸ DOTTI, René Ariel. op. cit. p. 281.

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 115.

¹⁰ DOTTI. René Ariel. op. cit. p. 284.

vicariante, ou seja, pena ou medida de segurança, nunca as duas sanções no mesmo processo.

1.1.5 A oficialização dos Manicômios

Finalizando a parte histórica, importante mencionar que o marco oficial da criação dos manicômios, como vistos atualmente, teve sua origem na Inglaterra, em 1800, após o rei Jorge III ter sofrido um ataque por uma pessoa com doença mental, que foi absolvida e recolhida em “garantia pública” por tempo indeterminado. Considerando-se este fato e as demais situações já expostas sobre o tratamento dispensado ao doente mental, tomaram-se medidas como o *Criminal Lunatic Asylum Act*, de 1800, que possibilitou a criação da primeira instituição de custódia para alienados que cometessem algum tipo de ilicitude, e o *Trial of Lunatic Act*, de 1883¹¹.

1.1.6 O Complexo Médico-Penal (antigo Manicômio Judiciário do Paraná)

Atualmente, no Estado do Paraná, conta-se com o Complexo Médico-Penal, criado em 31 de janeiro de 1969, sendo esse o local que atende os requisitos previstos em lei, haja vista ser hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Tem por finalidade receber os sentenciados que absolvidos de maneira imprópria, ficam sujeitos a uma medida de segurança detentiva, devendo permanecer em tratamento durante o período estabelecido na sentença judicial, devendo o prazo mínimo variar entre 01 e 03 anos, podendo, ainda, perdurar-se até 30 anos.

Até a criação do Manicômio, não havia local para onde se encaminhar os doentes mentais que tivessem cometido delito no Estado do Paraná, esses acabavam sendo internados em um pavilhão do Hospital Adauto Botelho. Sentindo essa necessidade premente, decidiu-se pela nova obra. O local escolhido foi em Pinhais, bairro Canguiri, ao lado do Adauto Botelho. Considerado na época um dos

¹¹ PRADO, Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 596.

mais modernos manicômios do país, em formato de metralhadora, fato creditado por ser obra do período militar.

Surge, nesse momento, “a 4ª unidade penal do Sistema Penitenciário, localizada no município de Pinhais – PR, bairro Cangüiri, com uma área total de 5.970 metros quadrados, tendo capacidade de internamento para 167 homens e 44 mulheres. Possuía celas comuns, enfermarias comuns, intercorrente e de isolamento, anfiteatro, salas de trabalho para homens e mulheres, pátio para homens, mulheres e visitas, cozinha, lavanderia e corpo da guarda, dispondo ainda de uma reserva de água de 40.000 litros”¹².

Na década de noventa, mais exatamente no ano de 1993, inaugura-se o Complexo Médico-Penal, incorporando e substituindo as antigas denominações de Manicômio Judiciário e Hospital Penitenciário.

Na prática, significou “a ampliação do Hospital Penitenciário para uma área construída de 1.500 m², com capacidade para 63 leitos, dos quais 20 destinados ao tratamento de doenças infecto-contagiosas e especialmente de portadores do vírus da Aids, ficando o valor total da obra em US\$ 1,2 milhão. Com essa inauguração, diminuiria a incidência de escoltas para os hospitais comuns”¹³.

O Complexo Médico-Penal constitui uma unidade do Sistema Penitenciário do Paraná, sendo um (...) “estabelecimento penal de regime fechado e de segurança máxima, destinado a pessoas que precisam ser submetidas a tratamento psiquiátrico em decorrência de decisão judicial. Sua capacidade instalada atual é para 280 presos, atingindo uma população de 370 presos”. Sua estrutura física abrange uma área de terreno de 48.000 m², com 8.406 m², ao manicômio foram destinados 6.000 m² e ao hospital 1.970 m²”¹⁴.

1.2 DOENÇA MENTAL E POLÍTICA CRIMINAL

¹² Texto elaborado a partir das informações contidas no *site* do DEPEN – Departamento Penitenciário do Estado do Paraná. Disponível em: http://www.pr.gov.br/depen/pen_cmp.shtm#media. Acesso em 26 de novembro de 2007.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

1.2.1 Política criminal e sanção penal

Como anotado na parte histórica, pôde ser visto que a medida de segurança surgiu como uma resposta penal ao agente que, por doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, em conformidade com o artigo 26 do Código Penal, comete uma ação típica e antijurídica, com excludente de culpabilidade, sendo, portanto, uma nova concepção de sanção penal, atrelada em algumas funções da pena, embora com conotações bem diferentes.

Compreende-se a medida de segurança como sanção penal legítima, face uma percepção de política criminal, não se admitindo o cometimento de uma conduta típica e antijurídica sem que não se sofra uma contrapartida do Estado, sendo ao contrário da pena, a chamada punição ou reprimenda corporal, uma modalidade de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, segundo as palavras de Zaffaroni:

Esta espécie é chamada também de medida detentiva que, na falta de hospital de custódia e tratamento, pode ser cumprida em outro estabelecimento adequado. Esta espécie de medida de segurança é aplicável tanto aos inimputáveis quanto aos semi-imputáveis (arts. 97, caput, e 98, CP), que necessitem de especial tratamento curativo.¹⁵

O critério para aplicação da medida de segurança, seguindo o viés político-criminal, é o da prevenção especial – tratamento curativo, porém, tem-se em mente a prevenção geral, pois em se adotando a absolvição pura e simples, e não a imprópria, expõe-se a sociedade não somente a possibilidade do réu voltar a delinquir, pressuposto de periculosidade, mas também a que outros, vendo a inexistência de formas de controle social sobre o comportamento do doente mental, pudessem se achar acobertados para praticarem condutas ilícitas sem que viessem a sofrer uma resposta do Estado, mesmo que mitigada ou suavizada, em consonância com a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal:

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 1. ed. São Paulo: RT. 1997, p. 667.

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves.¹⁶

Desta forma, admite-se, mesmo com suas restrições, a medida de segurança como modalidade de sanção penal competente para coadjuvar a pena em sua dupla função: prevenção geral e especial, sendo esta, sua mais importante faceta.

1.2.2 Política criminal e periculosidade

Infere-se, por exclusão, que a medida de segurança pressupondo periculosidade, deve ser aplicada como substitutivo para a pena privativa de liberdade, preservando-se a contrapartida estatal ao ato praticado, atendendo ao disposto no artigo 64, I da Lei de Execuções Penais, quanto às incumbências do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária: “propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança”¹⁷, não sendo necessariamente uma modalidade de estigmatização do doente mental, pelo contrário, funciona como uma forma de proteção para que não ocorram os erros do passado na interpretação do comportamento do réu, vale dizer, sua periculosidade, assim definida por Andreucci:

É a potencialidade de praticar ações lesivas. A periculosidade por ser real (quando precisa ser comprovada) ou presumida (quando não precisa ser comprovada). No caso dos imputáveis, a periculosidade é presumida, pois a lei determina a aplicação da medida de segurança. No caso dos semi-imputáveis, a periculosidade é real, pois deve ser verificada pelo juiz à luz do caso concreto.¹⁸

¹⁶ Exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal de 1940.

¹⁷ KUEHNE, Maurício. **O papel do conselho nacional de política criminal e penitenciária**. Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/mauricio_kuehne.pdf. Acesso em 15 de novembro de 2007.

¹⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso de direito penal: parte geral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 146.

Como se pode ver, a noção de periculosidade, em tese, estigmatiza o agente que pratica o delito, e por outro lado, quando devidamente aferida, serve como barreira protetiva para o restante da sociedade, bem como, um benefício social ao indivíduo portador de um transtorno mental que na maioria das vezes não possui recursos econômicos para custear um tratamento médico especializado.

1.2.3 Política criminal e jurisprudência

René Dotti entende que a política criminal não tem sido tratada como devia, face a inúmeros interesses desvinculados da suas finalidades, fazendo com que o Poder Público tome decisões meramente políticas e emergenciais. Apesar disso, salienta a importância da jurisprudência, não só com medidas formais, como a “desprisionalização”, mas com cobranças materiais efetivas:

É a jurisprudência humanitária dos juízes e dos tribunais que tem dado a única resposta compatível com a omissão do Poder Público em não construir estabelecimentos penais, ou não prover os já existentes, de obras necessárias a sua utilização.¹⁹

Assiste razão ao doutrinador em criticar as decisões da esfera governamental, haja vista as posições tomadas após os problemas ocorridos no Sistema Penitenciário de São Paulo em 2006, entre outros casos, fazendo com que surgissem propostas para aumentar as penas de determinados crimes, bem como, reduzir a maioria penal, de 18 para 16 anos. A falta de uma política criminal voltada para a elaboração das leis permite que os magistrados atuem de maneira mais profícua na criação de jurisprudência mais próxima da realidade dos fatos.

1.2.4 Política criminal e desconstrução da medida de segurança

¹⁹ DOTTI, René Ariel. **A crise do sistema penitenciário**. Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/rene_dotti.pdf. Acesso em 16 de novembro de 2007.

Percebe-se nitidamente, na manifestação de parte da doutrina penal, especialmente a influenciada pela corrente abolicionista, uma forte tendência por uma política criminal de “desinstitucionalização”. Nesse sentido, se faz necessário mencionar a Resolução nº 05/99 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, quando no artigo 29 preconiza a exclusão da medida de segurança da alçada do juiz de execução penal, por entender que a doença mental deve ser encarada como problema de saúde. Esse é também o entendimento daqueles que integram a chamada luta antimanicomial, que em face de tais reivindicações propiciaram a criação de um novo modelo assistencial em saúde mental:

Inspirada pelos ideais de Franco Basaglia, que resultaram, na Itália, na lei nº 180, a legislação brasileira, aprovada em 06 de abril de 2001 (...) faz avançar bastante o trato da proteção e dos direitos dos portadores de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental.²⁰

De certa forma, confirmando essa tentativa de enfraquecimento da medida de segurança como sanção penal, de natureza jurídico-penal, alguns doutrinadores afirmem ser sua natureza de cunho administrativo, haja vista que têm por finalidade somente propósitos curativos. Zaffaroni e Pierangeli, concebem uma natureza formal-penal, mas do ponto de vista material, tal natureza seria administrativa, conforme suas palavras, “essas medidas são materialmente administrativas e formalmente penais. Uma das formas mais acabadas de que não pode ser outra a sua natureza é que juridicamente não podem chamar-se ‘sanções’, ainda que na prática, o sistema penal as distorça e a elas atribua, eventualmente, esta função, realidade que se faz necessário controlar e procurar neutralizar.”²¹

Tal argumento não procede, segundo o entendimento do professor Luiz Regis Prado:

²⁰ MATTOS, Virgílio de. **Crime e psiquiatria**: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p.104/105.

²¹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 123.

Embora se insista em negar às medidas de segurança o caráter de sanção penal sob o argumento de que tais medidas apresentam um função administrativa de polícia, não pertencendo pois ao Direito Penal mais sim ao Direito Administrativo -, é, assente seu caráter especificamente penal.²²

Deve-se considerar que a intervenção na esfera de direito do indivíduo para imposição da medida de segurança, é tão gravosa ou mais gravosa que a própria pena, não se concebendo tal poder nas mãos da autoridade administrativa num Estado Democrático de Direito, sendo este o entendimento de Figueiredo Dias:

Fica com isto afastada uma concepção – extremamente perigosa e de todo modo, em nossa opinião, hoje inaceitável nos quadros do Estado de Direito – segundo a qual, para a legitimação da Medida de Segurança, necessário se tornaria considerá-la dentro das medidas puramente administrativas.²³

Por ora, enquanto não se tem uma concepção diferenciada a respeito do instituto, mantém-se a internação como medida de tratamento curativo do doente mental, isso na esfera da justiça penal, face ao cometimento de fato tipificado como crime, vindo a ser absolvido impropriamente e recolhido a instituição de custódia e tratamento.

1.2.5 Política criminal e princípio da igualdade

Para exemplificar a necessidade de diferenciação no tratamento do acusado, no âmbito do processo penal, vale mencionar o caso “Pierre Riviere”, de Michel Foucault, em que o doente mental é tratado como pessoa nas mesmas condições dos demais infratores, e é condenado à morte, recebendo comutação de pena para prisão perpétua, cometendo suicídio, tempos depois no interior da prisão.²⁴

²² PRADO, Luiz Régis. op. cit. p. 600.

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 124.

²⁴ FOUCAULT, Michel. **Eu, Pierre Riviere, que matei minha mãe, minha irmã e meu irmão**. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

Conforme ensinamento de Naele Ochoa Piazzeta:

Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam para que possam ser iguais com direito às suas diferenças específicas é o meio natural para se alcançar a igualdade. Muitas vezes para que se possa aplicar a isonomia constitucional é necessário que certas medidas venham a ser tomadas para que indivíduos socialmente inferiores sejam efetivamente favorecidos. Surgem as ações afirmativas (ou discriminações positivas).²⁵

Como se pode notar, não se trata efetivamente de seguir o princípio da isonomia, no sentido social, mas sim, como ensina Bobbio²⁶, de se buscar a “equalização dos diferentes”, *em sede de direito penal. Para isso, se faz necessário definir “anormal”, como sendo aquele “que se afasta da norma, o que está desregrado, e que dificulta ou obsta a adaptação do indivíduo ao meio, tudo o que é contrário à conservação ou desenvolvimento ontogênico ou filogenético”*²⁷.

Feita a diferenciação, avança-se nos procedimentos singulares, peculiares ao doente mental. O primeiro passo é a instauração do incidente de insanidade mental do acusado, que no entender de Tourinho Filho²⁸, pode ser requerido a partir do inquérito policial, em sendo positivado, ou seja, encontrando-se o diferencial previsto em lei, (art. 26 CP), já com o devido processo legal instaurado, prossegue-se até a aplicação ou não da medida de segurança, com a sentença absolutória imprópria, não ficando o juiz adstrito ao laudo psiquiátrico, e sim, ao livre convencimento pelo julgamento das provas, se necessário, pode requisitar a produção de novas provas e novo laudo pericial.

1.2.6 Política criminal e reforma psiquiátrica

²⁵ PIAZETTA, Naele Ochoa. **O princípio da igualdade no direito penal brasileiro**: uma abordagem de gênero. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 89.

²⁶ PIAZETTA, Naele Ochoa. op. cit. p. 89.

²⁷ GARCIA, Jose Alves. op. cit. p. 06.

²⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 151.

No Brasil, assim como em grande parte do mundo, ocorre um debate a respeito da reforma psiquiátrica, chegando a ser chamada de luta antimanicomial ou antipsiquiatria. O fato é que todo esse embate levou a criação da Lei Federal nº 10.216/2001, mudando significativamente a abordagem da pessoa do doente mental, bem como do modelo de tratamento que lhe era destinado.

Ao ser decretada, a nova lei, passou a garantir a todos aqueles que têm problemas mentais, toda uma gama de direitos face a revisão do modelo de tratamento assistencial até então oferecido a esses, reconhecendo, também, a referida lei, o direito ao acesso a tais benefícios aos doentes mentais submetidos à perseguição penal e internados nos hospitais de custódia e tratamento.²⁹

Essa inversão no modelo de tratamento, que era baseado na segregação e confinamento do doente em hospitais psiquiátricos, para um atendimento preferencialmente ambulatorial e com a reinserção social progressiva daqueles indivíduos que já estavam internados a um longo tempo na sua comunidade³⁰, significou uma mudança de paradigma que em si, já representa muito na maneira com que se vinha tratando o doente mental, quer nas entidades públicas como privadas, e em especial, nos hospitais de custódia.

Este novo modo de se proceder vem em atendimento às normas dispostas nas Regras Mínimas para o Tratamento de Pessoas Presas, previstas pelo Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, isto desde maio de 1994 e confirmadas pela Resolução nº 14 de 11/11/1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, preconizando, entre outras medidas, as seguintes:

As condições de prisão terão um sério impacto sobre o bem estar mental das pessoas presas. As administrações devem procurar reduzir o alcance desse impacto e também deve estabelecer procedimentos destinados a monitorar seus efeitos sobre os presos, individualmente. Devem ser tomadas medidas destinadas à identificação daqueles presos que poderão estar em risco de auto-flagelação ou suicídio.³¹

²⁹ Artigo 3º, § 3º da Lei 10.216/01.

³⁰ Artigo 5º da Lei 10.216/01.

³¹ COYLE, Andrew. **Administração penitenciária**: uma abordagem de direitos humanos. Londres: International Centre for Prison Studies, 2002. p.68.

Nesse caso, os preceitos internacionais se subsumem perfeitamente ao texto legal da Lei de Execução Penal, que em seu artigo 5º estipula a necessidade da individualização da pena. Deve-se, portanto, por coerência e humanidade, manter o inimputável separado do preso provisório, e, mais acertadamente do apenado. Aqui, fica claro, pena e medida de segurança são sanções penais, porém, muito distintas e com clientela muito mais diferenciada do que se possa perceber pelo senso comum das pessoas.

Para aqueles que haviam perdido o contato com a família por um ou outro motivo, concebeu-se a criação das residências asilares, nas quais os doentes contam com o apoio de uma equipe multidisciplinar de tratamento, tal qual nos hospitais da rede comum.

Criou-se, também, um benefício social destinado a auxiliar tal reinserção, seja junto à família ou no custeio da estadia do doente na residência asilar, possibilitando muitos desinternamentos dos hospitais de custódia e tratamento, inclusive a indivíduos que já tinham obtido a cessação de periculosidade mas que não contavam com alta familiar e nem institucional.

Considera-se, assim, que a reforma psiquiátrica teve importante repercussão na esfera da saúde mental, não só em sua abordagem meramente clínica, como também, em sede de direito penal, na especificidade das medidas de segurança, sinalizando para uma perspectiva mais humanitária, indicando a necessidade de um limite temporal para o tratamento..

Ao lado dessa visão protetiva daquele que sofre com uma doença mental, a nova lei, também, preconiza a necessidade de extinção dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais³². Essas medidas, se tomadas, devem ser produto de reflexão, não apenas fechar as instituições sem se ter uma política pública que dê respostas efetivas ao problema.

Para ilustrar, cita-se o literato irlandês, James Joyce:

Era costume, nos antigos tempos, punir o parricida, o homem que havia erguido sua mão assassina contra o pai, arremessando-o nas profundezas do mar num saco dentro do qual também eram colocados um galo, um burro e uma serpente. A intenção desses legisladores, que inventaram tal lei a

³² CORRÊA, José Machado. **O doente mental e o direito**. São Paulo: Iglu, 1999. p. 108.

qual parece cruel nos nossos tempos, era punir o criminoso pela companhia de animais malignos e abomináveis.³³

Existem diversas posturas quanto à doença mental, alguns chegam a questioná-la ou mesmo a negá-la, como Szasz, em seu clássico escrito sobre a falácia da doença mental, logo em sua introdução³⁴. Deleuze, juntamente com Guattari, entende que o sistema capitalista é o gerador de doenças como a esquizofrenia, não sendo esta, sua identidade, e sim, sua diferença e, portanto, sua morte³⁵. Tanto um pensamento como outro, na essência, não admitem o tratamento compulsório do doente, pois este, não passa de subproduto de relações de trocas materiais e emocionais mal administradas pelo conjunto da sociedade. Sociedade, esta, capitalista, onde a máxima é o lucro, e portanto, individualista, gerando em muitos casos, vazio, isolamento e loucura.

Sem nenhuma dúvida, ao longo da história houve melhorias significativas no tratamento da pessoa mentalmente perturbada, porém, os adeptos das reformas psiquiátricas nem sempre oferecem respostas para o caso daquele que comete um delito, como o exemplo mencionado por Joyce. É certo que a punição exagerada e desumana não deve prosperar, mas desconsiderar o fato ocorrido, também, não resolve o dano causado, e nem atende as expectativas da sociedade como um todo.

³³ JOYCE, James. **Retrato do artista quando jovem**. São Paulo, Civilização Brasileira, 1970. p.123.

³⁴ SZASZ, Thomas. **O mito da doença mental**. São Paulo: Circulo do Livro, 1974. p. 17.

³⁵ DELEUZE, GILLES; GUATTARI, FELIX. **O anti-édipo: capitalismo e esquizofrenia**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

2 SANÇÃO PENAL NÃO PUNITIVA

2.1 Medida de segurança

No bojo das evoluções históricas no trato com a doença mental surge a medida de segurança como sendo a resposta penal ao inimputável e semi-imputável que pratiquem uma conduta típica e antijurídica, ao qual se denomina de injusto penal. Nas palavras de Roxin, significa uma substituição à pena, podendo ser aplicada na ausência de culpabilidade e em conseqüência de perigo à coletividade.³⁶

A medida de segurança é uma espécie de sanção penal de natureza preventiva, divergindo da pena quanto aos fundamentos (periculosidade) e quanto à execução, não incidindo sobre ela os benefícios do sistema progressivo característicos da pena.

2.1.2 Fundamento

Em conformidade com a lei, tanto pena como medida de segurança, exigem a prática de fato tipificado como crime, “enquanto o fundamento da aplicação da pena reside na culpabilidade, o fundamento da medida de segurança reside na periculosidade”³⁷, presumida pela análise da culpabilidade e de sua exclusão pela inimputabilidade, esta, aferida no incidente de insanidade mental.

Figueiredo Dias, enfatizando a periculosidade do agente, defende a medida de segurança, sua existência e permanência, nesses termos:

A indispensabilidade das medidas de segurança faz-se desde logo e principalmente sentir a um primeiro nível do tratamento jurídico a dispensar aos chamados agentes inimputáveis. Quem comete um fato ilícito-típico,

³⁶ ROXIN, Claus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Barcelona: Ariel, 1989. p. 38, apud GRECO, Rogério. op. cit. p. 42.

³⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. op. cit. p. 145.

mas e inimputável – e isto significa, logo por definição, incapaz de culpabilidade -, v.g., um oligofrênico, não pode ser sancionado com uma pena e todavia, se o fato praticado e a personalidade do agente revelarem a existência de uma grave perigosidade, o sistema sancionatório criminal não pode deixar de intervir, sob pena de ficarem por cumprir tarefas essenciais de defesa social que a uma política criminal racional e eficaz sem dúvida incumbem.³⁸

Fixando a importância das medidas de segurança nos ordenamentos jurídicos, Rabinowicz menciona que são elas “o ponto central, não apenas da ciência penal como também de todo o Direito Positivo” e “que o século XX, sob o ponto de vista da evolução penal, é o século das medidas de segurança”³⁹.

2.1.3 Espécies

O Código Penal prevê duas modalidades de medidas de segurança, sendo que, para o fato previsto com reclusão, deve-se encaminhar o sentenciado para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, aplicando-se a medida de internação ou detentiva. Para o delito praticado, cominado com pena de detenção, a medida de segurança será a ambulatorial ou restritiva.

O juiz, no caso concreto, observando a gravidade do crime e a natureza da pena, determinará a melhor modalidade de tratamento ao sentenciado, seguindo o disposto no artigo 97 do Código Penal.

2.1.4 Estabelecimento

Para a definição do local de cumprimento da medida de segurança, faz-se necessária a escolha judicial da espécie. Se detentiva, encaminha-se o sentenciado

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999. p. 141.

³⁹ RABINOWICZ, Leon. **Mesures de sûreté**, Paris, 1929, p. 8/14, apud SOUZA, Moacyr Benedicto. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**. 1 ed. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 22.

para Hospital de Custódia e Tratamento. No Estado do Paraná, este estabelecimento é o CMP – Complexo Médico-Penal, nova denominação para o antigo Manicômio Judiciário do Estado. Na modalidade restritiva, ou não-detentiva, o tratamento é ambulatorial, sendo definido pelo juiz o local em que o sentenciado deverá se apresentar, bem como as condições impostas caso haja descumprimento.

Dotti explicita que:

A legislação nova prevê, com simplicidade, só duas espécies de medida de segurança, que são a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e a sujeição a tratamento ambulatorial (art. 96 do CP). A primeira modalidade, constituída pela clássica configuração de cunho institucional, supõe o recolhimento ao convencional manicômio (art. 99 da LEP). Já a segunda imagina a submissão a regime terapêutico em liberdade, ambas sob controle médico, porque visando a fins curativos exclusivamente.⁴⁰

Depreende-se que, o sentenciado somente ficará custodiado – tratamento compulsório, se o fato praticado ter como cominação legal de pena de reclusão, e o laudo de insanidade diagnosticar a periculosidade do réu.

2.1.5 Duração

O prazo de duração da medida de segurança, tanto ambulatorial como detentiva, regula-se pelo § 1º do artigo 97 do Código Penal. Assim, tem-se que o mínimo será de 01 a 03 anos, podendo o internado permanecer por tempo indeterminado, até que cesse sua periculosidade atestada em laudo médico.

Esse é um ponto bastante controvertido no instituto da medida de segurança, posto que, a indeterminação do prazo estabelece um caráter de perpetuidade do tratamento, uma afronta à Constituição no entender de Zaffaroni:

⁴⁰ DOTTI, René Ariel. op. cit. p. 290.

De acordo com as regras legais expressas, as medidas de segurança teriam limite máximo, ou seja, poderiam, por hipótese, perdurar durante toda a vida da pessoa a elas submetidas, sempre que não advenha uma perícia indicativa da cessação da periculosidade do submetido. (...) Se a Constituição Federal dispõe que não há penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b), muito menos se pode aceitar a existência de perdas perpétuas de direitos formalmente penais. (...) Não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal.⁴¹

No silêncio da legislação, o Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus*, decidiu que o prazo máximo de permanência do internado em medida de segurança não poderá ultrapassar o limite de 30 anos, bem como, se a superveniência de doença mental não se extinguir antes da pena aplicada ao semi-imputável, deverá ser extinta a medida e o interno ser encaminhado para hospital psiquiátrico da rede pública, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede de *habeas corpus*⁴².

Para melhor elucidação, reproduz-se a ementa do Acórdão do STF que balizou o prazo das medidas de segurança em 30 anos:

MEDIDA DE SEGURANÇA. PROJEÇÃO DE TEMPO – LIMITE. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos.⁴³

Essa postura firme do Supremo, teve que ser tomada em face da ausência de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro quanto à indeterminação do prazo máximo de internamento, fazendo com que o STF fixasse em 30 anos o limite para o cumprimento das medidas de segurança, referenciando-se no estipulado para a pena no artigo 75 do Código Penal. Desta forma, inviabilizou-se de vez a perpetuidade tão combatida do instituto, que se quer, preventivo, curativo e

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. op. cit. p. 733.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **6ª Turma, habeas corpus nº 41419-SP**. Relator Ministro Nilson Naves.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma, habeas corpus nº 84.219-4**. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello.

terapêutico, nunca em caráter de reprimenda corporal, como mera “suavização da pena” e disciplinador de “corpos dóceis”, como critica Foucault:

O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente. (...) Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições.⁴⁴

Importante frisar que, o Acórdão recomenda que depois de extinta a punibilidade, deve o internado que não obteve a cessação da periculosidade, ser encaminhado para hospital psiquiátrico da rede pública, feito o devido procedimento de interdição, obedecidos os parâmetros do artigo 1769 do Código Civil.

2.1.6 Extinção

Quando cessada a periculosidade, o juiz desinterna ou libera o sentenciado para que fique em liberdade vigiada. A extinção efetiva da medida de segurança ocorrerá após o período de um ano da liberdade vigiada, desde que, o desinternado ou liberado não tenha cometido nova infração ou descumprido as condições impostas na sentença de levantamento da medida de segurança.

Esse é também o entendimento de Reale Junior:

Verifica-se, de conseguinte, que o objetivo da medida de segurança, em suas duas espécies, consiste na cura, na melhora do paciente, que uma vez constatada impõe a desinternação ou liberação condicionais, sujeitas ao período de prova de um ano. Passado esse período, extingue-se a medida de segurança.⁴⁵

Ressalte-se que extinta a punibilidade, não subsiste a medida de segurança que tenha sido anteriormente imposta, em consonância com o parágrafo único do artigo 96 do Código Penal.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 17 ed. Petrópolis: Vozes, p. 18.

⁴⁵ REALE JUNIOR, Miguel. op. cit. p. 213.

Desta forma, prevalece o caráter terapêutico sobre o meramente punitivo, não havendo motivo para se alegar um tempo maior do que o efetivamente necessário para a cura do enfermo, assim entendido aquele que pratica o injusto penal sem o discernimento da ilicitude do ato perpetrado.

2.1.7 Exame de cessação de periculosidade

Ao término do período mínimo de internação (01 a 03 anos) estipulado na sentença absolutória imprópria, o internado deverá ser examinado pelos peritos da Comissão Técnica de Classificação. Em obtendo parecer favorável para o desinternamento, seguindo os requisitos expostos no artigo 175 da Lei de Execução Penal, “a cessação da medida de segurança é decidida pelo juiz da execução, sempre de modo condicional, por um ano”⁴⁶, ressalvado o poder de livre convencimento do magistrado, que poderá ou não, conceder a liberdade vigiada.

Pode a perícia médica ser antecipada no prazo previsto na sentença, Reale Junior, assim esclarece:

A perícia médica deverá, se constatada, findo o prazo mínimo, a persistência da doença, realizar-se de ano em ano, podendo, no entanto, ocorrer a qualquer tempo, conforme o art. 176 da Lei de Execução Penal, se há elementos justificadores da antecipação do exame.⁴⁷

Para que ocorra a mencionada antecipação, faz-se necessária a provocação de qualquer das partes: Ministério Público, interessado, procurador ou defensor, desta forma, propicia-se uma oportunidade para que o internado tenha sua periculosidade aferida, e em sendo constatada a cura ou a minimização dos sintomas que possibilitem a reinserção do interno, este, será colocado em liberdade vigiada antecipadamente, ou seja, aquém do prazo estabelecido na sentença prolatada pelo juiz monocrático. Evidencia-se, desta forma, o caráter preventivo do instituto.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit. p. 732.

⁴⁷ REALE JUNIOR, Miguel. op. cit. p. 179.

INIMPUTABILIDADE

3.1 IMPUTABILIDADE E CONCEITO DE CRIME

Crime é o desvalor da vida social, caracterizado pela conduta proibida pela lei, mediante ameaça de uma pena. Essa conduta deverá ser típica, antijurídica e praticada por agente culpável. Assim, identifica-se a imputabilidade penal, no dizer de Bitencourt, por exclusão ao conceito de inimputabilidade, sendo esta, a ausência de capacidade de entendimento do caráter ilícito ao tempo da ação ou omissão, por doença mental, retardo mental ou desenvolvimento mental incompleto.⁴⁸

A respeito da imputabilidade penal, assim leciona Munhoz Conde:

A culpabilidade baseia-se no fato de que o autor da infração penal, do tipo do injusto, do fato típico e antijurídico, possui as faculdades psíquicas e físicas mínimas requeridas para poder ser motivado, em seus atos, pelos preceitos normativos. Ao conjunto dessas faculdades mínimas, exigidas para se considerar um autor culpável por ter praticado fato típico e antijurídico, chama-se imputabilidade ou, mais modernamente, capacidade de culpabilidade.⁴⁹

Verifica-se que a imputabilidade de um fato só pode ser argüida contra alguém que o cometa movido pela conduta típica, antijurídica e culpável. “O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que a ela agrega a tutela penal”⁵⁰. Antijurídica é uma ação típica que não se justifica, sendo contrária ao direito, antinormativa, segundo o entendimento de Zaffaroni, “a antijuridicidade pressupõe a antinormatividade, mas não é suficiente

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral, vol. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 304.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE. Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.137.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT. 2001, p. 456.

antinormatividade para configurar a antijuridicidade, pois a antinormatividade pode ser neutralizada por um preceito permissivo”⁵¹.

Conforme o entendimento de Carrara, “a imputabilidade é o juízo que fazemos de um fato futuro, previsto como meramente possível; a imputação é o juízo de um fato ocorrido. A primeira é a contemplação de uma idéia; a segunda é o exame de um fato concreto”⁵².

3.1.1 A imputabilidade e a evolução do conceito de crime

Até o nascimento da concepção finalista de Hans Welzel, localizava-se o dolo e a culpa na culpabilidade, à luz da teoria causalista. No finalismo a imputabilidade penal é compreendida como sendo a capacidade de se imputar culpabilidade àquele que pratica a ação típica e antijurídica, contrária ao direito, pressupondo a vontade deliberada do indivíduo, sendo, portanto, passível de sanção. Nesse sentido, leciona Muñoz Conde:

Chama-se ação todo comportamento dependente da vontade humana. Só o ato voluntário pode ser penalmente relevante. A vontade implica, no entanto, sempre uma finalidade. Não se concebe um ato de vontade que não seja dirigido a um fim. O conteúdo da vontade é sempre algo que se quer alcançar, que dizer, um fim. Daí que a ação humana, regida pela vontade, seja sempre uma ação final, uma ação dirigida à consecução de um fim. A ação é o exercício da atividade final.⁵³

Para o criador da concepção finalista do delito, Welzel, a vontade integra o conceito de crime, pois é fator que desencadeia a ação final:

A vontade é a espinha dorsal da ação final, considerando que a finalidade baseia-se na capacidade de vontade de prever, dentro de certos limites, as

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. op. cit. p. 460.

⁵² CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**. Trad. Ortega Torres, Bogota: Temis, 1971. v. 1. § 1º, p. 34, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 303.

⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco. op. cit. p. 11.

conseqüências de sua intervenção no curso causal e de dirigi-lo, por conseguinte, conforme a um plano, à consecução de um fim. (...) A vontade final, sustentava Welzel, como fator que configura objetivamente o acontecer real, pertencente, por isso, à ação.⁵⁴

No finalismo, a vontade é preponderante para a caracterização do ilícito, sobretudo por que se ela não estiver presente, não há conduta, e sem conduta, um dos elementos estruturais do delito, não pode ocorrer o delito propriamente dito.

3.2 CRITÉRIOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA INIMPUTABILIDADE

3.2.1 Critério biológico

O fundamento desse sistema é a doença mental em si, inspirado no artigo 64 do Código Penal Francês, de 1810, conforme menciona Luiz Régis Prado,⁵⁵ ou seja, constada a existência da enfermidade, poderá o juiz considerar o réu penalmente inimputável.

Deve-se considerar penalmente inimputável o menor de 18 anos de idade, nesse caso, em estrita observância aos artigos 27 do Código Penal e 228 da Constituição Federal.

3.2.2 Critério psicológico

Esse sistema segue o preconizado pela Psicologia Criminal, onde o mais importante é a figura do criminoso e não o crime em si. Procura-se compreender o que levou o agente a delinquir. Para Luiz Régis Prado, esse entendimento tem

⁵⁴ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**. Trad. Cerezo Mir, Barcelona, Ed. Ariel, 1964, p.36, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 154.

⁵⁵ PRADO, Luiz Régis. op.cit. p. 349.

origem no Direito Canônico, onde só podiam ser punidos aqueles que faziam uso da razão.⁵⁶

3.2.3 Critério biopsicológico

Esse é o sistema adotado no ordenamento brasileiro, também conhecido por misto, exatamente por utilizar-se dos dois anteriores, conforme Miguel Reale Junior, o “legislador primeiramente fixa que em razão de doença mental o agente era incapaz de entender o caráter criminoso do fato”⁵⁷. Assim, caracteriza-se a doença mental como requisito principal para a inimputabilidade, seguindo-lhe, a face psicológica do critério, qual seja: a autodeterminação; ambas devem ser aferidas no incidente de insanidade mental, em conformidade com o artigo 149 do Código de Processo Penal.

3.3 CAUSAS DE INIMPUTABILIDADE

3.3.1 Embriaguez ou intoxicação completa involuntária

A embriaguez acidental involuntária, derivada de caso fortuito ou força maior, é uma das situações em que se pode invocar a exclusão de culpabilidade, em consonância com o artigo 28 § 1º do Código Penal, não ficando o acusado sujeito à imposição de nenhuma sanção penal, “sendo que ao tempo da ação, em virtude deste estado, não era o agente capaz de entender o caráter criminoso do ato ou de se determinar de acordo com esse entendimento, não se opera a ficção legal e há a isenção de pena”⁵⁸.

⁵⁶ PRADO, Luiz Régis. op. cit. p. 349.

⁵⁷ REALE JUNIOR, Miguel. op. cit. p. 209.

⁵⁸ Ibid. p. 215.

Nesse caso a inimputabilidade não é geradora de medida de segurança, haja vista não existir antijuridicidade na conduta do agente, no máximo pode ter ocorrido uma tipicidade, que se sabe, indiciária da antijuridicidade, porém, esta, não ocorreu. Não se tem, portanto, o injusto penal, necessário para se aplicar a sanção penal terapêutica.

3.3.2 Menoridade

A inimputabilidade pela idade, segue o critério biológico, pois basta ser menor de 18 anos e o agente fica isento de pena, conforme artigo 27 do Código Penal e 228 da Constituição Federal, sendo considerada “uma salutar medida de política criminal, sem se enfraquecer a defesa da sociedade, convicção a que se chega pelo exame do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90”⁵⁹. Como contrapartida estatal, aplica-se uma medida sócio-educativa sem teor punitivo.

3.3.3 Insanidade mental

A exclusão de culpabilidade por inimputabilidade está prevista no artigo 26 do Código Penal e no seu § único, devendo ser aferida no incidente de insanidade mental, podendo ser completa (doença mental) ou incompleta (perturbação de saúde mental), desenvolvimento mental incompleto ou retardo, estes últimos casos caracterizam a semi-imputabilidade, para a qual a “Reforma da Parte Geral estabeleceu o sistema vicariante, pelo qual ao semi-imputável aplica-se pena ou medida de segurança, cabendo ao juiz escolher a sanção mais condizente com o réu”⁶⁰.

A definição de doença mental tem sido uma tarefa de difícil consenso, na perspectiva de um enfrentamento do problema, observe-se o que ensina Bitencourt:

⁵⁹ REALE JUNIOR, Miguel. op. cit. p. 213.

⁶⁰ Ibid. p. 212.

Pela redação utilizada pelo Código deve-se dar abrangência maior do que tradicionalmente lhe concederia a ciência médica para definir uma enfermidade mental. Por doença mental deve-se compreender as psicoses, e, como afirmava Aníbal Bruno, aí se incluem os estados de alienação mental por desintegração da personalidade, ou evolução deformada dos seus componentes, como ocorre na esquizofrenia, ou na psicose maníaco-depressiva e na paranóia; as chamadas reações de situação, distúrbios mentais com que o sujeito responde a problemas embaraçosos do seu mundo circundante; as perturbações do psiquismo por processos tóxicos ou tóxico-infecciosos, e finalmente estados demenciais, a demência senil e as demências secundárias.⁶¹

Incluem-se, também, nas causas de inimizabilidade os transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substâncias psicoativas descritas no Código Internacional de Doenças, CID – 10⁶², da categoria F10 a F19, quer lícitas como o álcool, ou ilícitas como as previstas no § único do artigo 1º da lei 11.343/06.

A higidez mental do acusado constitui um dos critérios adotados nas sentenças absolutórias impróprias, fulcrado nos artigos 26, 96 e 97 do Código Penal e artigo 386, VI, § único, III do Código de Processo Penal, independentemente de onde estiver cometido o delito praticado, podendo estar no Código Penal, Contravenções Penais, leis especiais ou extravagantes.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 308.

⁶² CLASSIFICAÇÃO DE TRANSTORNOS MENTAIS E DE COMPORTAMENTO DA CID-10: **Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas** – coord. organização mundial da saúde. Trad. Dorgival Caetano – Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

4 DOENÇA MENTAL E DIREITO: A SANÇÃO PENAL NOS TERMOS DA LEI

4.1 PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

4.1.1 Prática de um injusto penal: Inimputabilidade como excludente de culpabilidade

O Código Penal, em seu artigo 26, definiu a inimputabilidade como sendo a ausência de entendimento da ilicitude ou a incapacidade de determinação, embora possuindo esse entendimento, isso durante a ação ou omissão, motivado por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

A inimputabilidade caracterizada pela exclusão de culpabilidade, isenta o agente de sanção penal, na modalidade pena, porém não o exime da medida de segurança. Desta forma, ensina Andreucci:

Como regra, ao agente dotado de culpabilidade (imputável em razão de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento), aplica-se a pena.

Ao agente não culpável (inimputável por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento) não se aplica pena, mas medida de segurança.⁶³

Zaffaroni ensina que o potencial conhecimento do injusto se verifica na culpabilidade, independentemente da posição do dolo, embora defenda a teoria estrita da culpabilidade que faz o deslocamento do dolo para o tipo:

As teorias que localizam o dolo na culpabilidade (causalistas) nem sempre exigiram que o dolo tivesse uma efetiva consciência da antijuridicidade. Algumas a colocaram dentro da culpabilidade, ao lado do dolo mas fora dele, o requisito da possibilidade de compreensão da antijuridicidade, entendido como “conhecimento potencial” (possibilidade de conhecimento). Este posicionamento, que sempre foi o mais coerente, é mantido quando se

⁶³ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. op. cit. p. 145.

retira o dolo da culpabilidade para levá-lo ao tipo. Esta é a chamada teoria “estrita” da culpabilidade, por nós sustentada e de acordo com a qual fazemos a nossa exposição.⁶⁴

Esse tem sido o entendimento da maioria da doutrina brasileira, no entanto, existem divergências quanto à culpabilidade, sendo o pensamento de Dotti, Mirabette, Damásio de Jesus, Fragoso, Régis Prado, Assis Toledo, Cirino dos Santos, Andreucci, Juarez Tavares, o mais recorrente na afirmação de que a imputabilidade é pressuposto de culpabilidade. Miguel Reale Junior, divergindo, entende que a imputabilidade é pressuposto da ação, assim, o inimputável não age, apenas pratica fatos.⁶⁵

A polêmica mais acirrada, no entanto, refere-se a culpabilidade como pressuposto de pena, não a elencando como requisito do crime. Integram essa corrente, nomes como os de Dotti, Damásio de Jesus, Mirabette, Andreucci, Delmanto e Monteiro de Barros.

Tal divergência é de fundamental importância, pois, aqueles que defendem que a culpabilidade não integra o crime, doutrinadores alinhados com Dotti e Damásio, afirmam que o fato típico e antijurídico já caracteriza o crime, sendo a culpabilidade, tão somente, motivo para aplicação de pena ou medida de segurança.

Contrariando essa posição doutrinária, temos aqueles que preconizam a aplicação de medida de segurança pelo cometimento da conduta típica e antijurídica, sendo que não houve crime, e sim, um injusto penal, e que a culpabilidade é parte integrante da estrutura do delito, posição esta, adotada por Fragoso, Hungria, Zaffaroni, Tavares, Cirino dos Santos, Assis Toledo, Greco, Luiz Luisi, Regis Prado, Nucci, Pierangeli, Frederico Marques.

Bitencourt sintetiza a posição atual quando afirma: “não acompanhamos o entendimento dominante no Brasil, segundo o qual ‘crime é ação típica e antijurídica’, admitindo a culpabilidade somente como mero pressuposto de pena”⁶⁶. Zaffaroni, confirmando o pensamento de Bitencourt, posiciona-se da seguinte forma:

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Francisco. op. cit. p. 617.

⁶⁵ REALE JUNIOR, Miguel. op. cit. p. 209.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit, p. 143/144.

Na doutrina, chamamos a conduta típica e antijurídica um “injusto penal”, reconhecendo que o injusto penal não é ainda delito, e sim que, para sê-lo, é necessário que seja também reprovável, isto é, que o autor tenha tido a possibilidade exigível de atuar de outra maneira, requisito que não se dá, por exemplo, na hipótese de “louco” (de quem, em razão de sua incapacidade psíquica, não se pode exigir outra conduta). Esta característica de reprovabilidade do injusto ao autor é o que denominamos culpabilidade e constitui a terceira característica específica do delito.⁶⁷

Nesse sentido, depreende-se que a exclusão de culpabilidade deve ser precedida pela certeza da inimputabilidade, aferida em perícia no decorrer do processo penal, ou até mesmo, durante o inquérito. Para esse fim, instaura-se o incidente de insanidade mental do acusado, em obediência às diretrizes emanadas pelo Código de Processo Penal, especialmente em seus artigos 149, 149 § 1º e 153.

A comprovação da inimputabilidade do agente ao tempo da ação ou omissão, isenta-o de pena, porém, autoriza o juiz a que lhe aplique a medida de segurança, detentiva ou ambulatorial, conforme a natureza da punição prevista para o delito, em consonância com o disposto no artigo 97 do Código Penal.

O inimputável, atualmente, compreendido como sendo aquele que não responde criminalmente por sua conduta, porém, é responsabilizado por essa ação, conquanto, seja ela, típica e antijurídica (injusto penal). Nem sempre foi assim, pois, ou não havia punição para o alienado mental, ou era ele condenado nos mesmos termos daquele que possuía pleno entendimento da reprovação social do seu proceder. Havia, também, aquele que nem chegava a cometer infração penal, e sim, um “quase-crime”, e era submetido a processo judicial, nos termos do artigo 549 do Código de Processo Penal de 1941 - revogado pela Reforma do Código Penal de 1984:

Se a autoridade policial tiver conhecimento de fato que, embora não constituindo infração penal, possa determinar a aplicação de medida de segurança (Código Penal, arts. 14 e 27), deverá proceder a inquérito, a fim de apurá-lo e averiguar todos os elementos que possam interessar a verificação da periculosidade do agente.⁶⁸

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. op. cit. p. 390.

⁶⁸ Decreto-lei nº 3.689 de 03/10/1941.

Desta forma, configura-se no ordenamento jurídico brasileiro uma nova concepção de aplicação de medida de segurança, que passa invariavelmente pela prática de um injusto penal, para que não se venha a ferir o Estado Democrático de Direito, pois como era antes, abriam-se possibilidades para que Estados ditatoriais ou totalitários perseguissem indiscriminadamente aos seus adversários políticos, e também, a uma insegurança jurídica, contrária à paz social e à ordem pública.

O injusto penal se configura quando se tem uma conduta humana amoldada perfeitamente a um tipo penal, sendo também, reprovável perante a sociedade, vale dizer, antijurídica, contrária ao direito. Pode o injusto ser formado a partir dos delitos descritos no Código Penal, Contravenções Penais, leis especiais, como a lei 11.343/06, denominada Lei de Drogas, e nas leis extravagantes.

Essa subsunção ocorre de forma seqüencial, teoria da *ratio cognoscendi*, ou seja, primeiro se verifica se ela é típica, depois, ilícita. Alguns autores entendem que isso deva ser observado de maneira unitária, por isso chamam o injusto típico, de tipo total de injusto, são os adeptos da teoria da *ratio essendi* (Reale Junior., Cirino dos Santos).

Greco elucida a diferença com essas palavras:

O injusto penal, contudo, não se confunde com o tipo total de injusto proposto pelos defensores da teoria da *ratio essendi*. O injusto penal existirá quando o intérprete, depois de concluir pela tipicidade do fato, analisando-a, primeiramente, chegar também à conclusão de que não existe qualquer causa que exclua a ilicitude da conduta típica praticada pelo agente. Ou seja, o estudo do injusto penal é realizado em duas fases distintas: fato típico e ilicitude.⁶⁹

Divergências à parte, o fato é que a prática de um injusto típico ou injusto penal, embora não caracterizando o crime, pela exclusão de culpabilidade, pressupõe conduta, tipicidade – dolo e culpa - e antijuridicidade, ficando o agente passível de uma sanção penal. Com relação ao explicitado, assim pensa Greco:

⁶⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: 10 ed. Impetus, 2008. p. 166.

Isso porque se o inimputável pratica um injusto típico, a conduta por ele levada a efeito não é amparada pelo ordenamento jurídico, como acontece no caso de conflitos de bens e interesses no estado de necessidade. (...) No caso de ataque de inimputáveis o ordenamento jurídico não protege esse tipo de comportamento. A agressão é considerada injusta, e não justa como no estado de necessidade.⁷⁰

Sobre as características do injusto penal, escreve Roxin:

O injusto penal, quer dizer, uma conduta típica e antijurídica, não é em si punível. A qualificação como injusto expressa tão somente que o fato realizado pelo autor é desaprovado pelo direito, mas não o autoriza a concluir que alguém deva responder pessoalmente por isso, pois que esta questão deve ser decidida em um terceiro nível de valoração: o da culpabilidade.⁷¹

Não podendo se beneficiar da ausência de conduta e nem de tipicidade e antijuridicidade, resta para o inimputável, a exclusão da culpabilidade pela inimputabilidade, caracterizadora da formação do injusto penal, um dos pressupostos para a aplicação da medida de segurança.

4.1.1.1 Medida de segurança no Tribunal do Júri

Em obediência ao princípio da soberania dos veredictos, a decisão dos jurados não pode ser alterada, sendo dada de forma categórica: culpado ou inocente; quando inocente o réu é absolvido, e quando culpado, ele é condenado. Então, como fica a imposição da medida de segurança? O réu recebe a absolvição com base nos artigos 386, VI, § único, III e 492, II, “c”, ambos do Código de Processo Penal, na seqüência o magistrado reconhece a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu e fundamenta sua decisão pela análise do laudo de insanidade mental devidamente trazido aos autos.

⁷⁰ GRECO, Rogério. op. cit. p. 355/356.

⁷¹ ROXIN, Claus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Barcelona: Ariel, 1989. p. 38, apud GRECO, Rogério. op. cit. p. 90.

Considerando a condição mental do réu, que ao tempo da ação ou omissão, era parcial ou totalmente incapaz de entender o caráter ilícito do ato praticado, na essência, igual ao procedimento verificado nas varas criminais; pois há um injusto penal combinado com doença mental, desta forma, a sanção possível é a medida de segurança.

4.1.1.2 Medida de segurança nas Contravenções Penais e na Lei de Drogas

Na lei das Contravenções Penais, tem-se dispositivo explícito quanto à aplicação da medida de segurança. O artigo 13 refere-se à aplicação em si, enquanto o artigo 16 estabelece o prazo mínimo de 06 meses para o primeiro exame. Na prática, os magistrados parecem desconhecer esse comando legal, pois aplicam a sanção penal embasados no Código Penal e estipulam o prazo mínimo entre 01 e 03 anos.

O procedimento adotado pelos magistrados consoante as contravenções penais, parece-nos equivocado. Porém, quando se trata da Lei de Drogas, em função desta lei não especificar prazo, nem se referir diretamente à aplicação de medida de segurança, como fazia a revogada lei 6368/76, a adoção do Código Penal como lei geral tende a beneficiar o réu com a aplicação da medida de segurança, quando a perícia médica demonstrar a necessidade de tratamento. Nesse sentido, não há razão para se condenar a imposição da sanção penal não punitiva.

4.1.1.3 Medida de segurança na legislação extravagante

Como se tem conhecimento, a maior parte dos crimes que transtornam a sociedade e por isso foram mais rapidamente codificados, se encontra no Código Penal, Lei das Contravenções Penais e leis especiais, como a Lei de Drogas. Desta forma, resta ainda, uma significativa parcela de leis esparsas que constituem crimes

cominados com pena. Portanto, isso significa que quaisquer dessas leis permitem a aplicação de medida de segurança, independentemente do que se dispõe em seu texto. Aqui, também, o que se exige como requisito é o crime, melhor dizendo, injusto penal combinado com uma doença mental atestada em laudo psiquiátrico, e a sanção penal, diferente da pena, se amolda ao previsto nos artigos do Código Penal e deve ser aplicada.

4.1.2 Periculosidade presumida – art. 26 do Código Penal

Após o cometimento do injusto penal, vislumbra-se a periculosidade como fundamento do instituto da medida de segurança, quer em seu viés de prevenção especial, visando a figura do inimputável, bem como prevenção geral, em defesa da sociedade.

A periculosidade constitui um dos temas mais acirrados do direito penal, pois algo subjetivo, que deve ser aferido em laudo de sanidade mental, acaba determinando a internação compulsória do agente, que de outra forma seria considerado criminoso e judicialmente sentenciado a uma condenação, não mais à medida de segurança com seu viés terapêutico.

Régis Prado assim define a periculosidade presumida:

A periculosidade não pode ser meramente presumida, mas plenamente comprovada. Sua aferição implica juízo naturalístico, cálculo de probabilidade, que se desdobra em dois momentos distintos: o primeiro consiste na comprovação da qualidade sintomática de perigoso (diagnóstico da periculosidade) e o segundo, na comprovação da relação entre tal qualidade e o futuro criminal do agente (prognose criminal).⁷²

Cirino dos Santos não diverge acerca da presunção legal de periculosidade:

A presunção legal de periculosidade criminal de autores inimputáveis de tipo de injusto exprime a prognose de futura realização de fato previsto como

⁷² PRADO, Luiz Régis. op. cit. p. 692.

crime, por indivíduos portadores de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, excludente da capacidade de conhecer o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme esse conhecimento (art. 26, CP).⁷³

O instituto da medida de segurança, ao contemplar a periculosidade, aborda diversas matizes referentes à dignidade da pessoa humana, notadamente, aquela que como um infante, não sabe discernir o caráter ilícito do fato que praticou, sendo à luz da lei, inimputável, ou isento de pena, conforme o artigo 26 do CP. Para tais pessoas, no ensinamento de Michel Foucault, têm-se o “princípio da porta giratória: quando o patológico entra em cena, a criminalidade, nos termos da lei, deve desaparecer”⁷⁴. Entretanto, na legislação brasileira e em inúmeras outras, deve o réu ser submetido a tratamento psiquiátrico compulsório, recebendo na prática, tratamento semelhante aos condenados, por vezes, dividindo o mesmo espaço com criminosos sentenciados a penas elevadíssimas em sistemas penitenciários abarrotados e desumanos.

4.1.3 Periculosidade real – art. 26 § único do Código Penal

Quanto à ausência de imputabilidade plena, esta se refere ao semi-imputável, fronteiro, que ao tempo da ação ou omissão, não possuía o total entendimento para discernir sobre a ilicitude de sua conduta, cabendo ao juiz, após averiguação pericial, substituir a pena privativa de liberdade por medida de segurança, em obediência ao artigo 98 do Código Penal, podendo ser ambulatorial ou detentiva.

Cirino dos Santos, assim se manifesta sobre a periculosidade real:

A determinação judicial de periculosidade criminal exprime a prognose de futura realização de fatos previstos como crimes por autores semi-imputáveis de tipos de injusto, portadores de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, condicionante de incapacidade parcial de conhecer o caráter ilícito do fato ou de determinar-se

⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2007. p. 646.

⁷⁴ FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

conforme esse conhecimento (art. 26, parágrafo único, CP), considerados como necessitados de “especial tratamento curativo”.⁷⁵

Importante mencionar que a medida de segurança é um instituto de política criminal que se não tem a pretensão de prevenir o delito, ao menos almeja restituir ao infrator sua condição de humano, integrante do quadro social do qual se afastou por um determinado período.

Deve-se notar, também, que a condição especial de portador de anomalia psíquica é que permite o tratamento diferenciado, caracterizando o injusto penal por exculpação, restando a internação compulsória como alternativa à periculosidade – real ou presumida.

Cabe ao réu nessas circunstâncias, a aplicação de medida de segurança – ambulatorial ou detentiva, isso em consonância com a modalidade de pena aplicável ao delito cometido.

4.1.4 Superveniência de doença mental

Após o processo penal em que o acusado for condenado a uma pena de reclusão ou detenção, pode o juiz da execução, de ofício, a pedido da autoridade administrativa ou do Ministério Público, converter a pena em medida de segurança (art. 183 da Lei de Execução Penal e art. 41 do Código Penal). Neste caso, o tempo mínimo será de 01 ano e computa-se o tempo de internamento para subtração do total da reprimenda corporal relativa à condenação. O condenado, agora em medida de segurança, se beneficia do instituto da detração penal, vale dizer, apenas no processo em que recebeu a conversão da pena em medida de segurança.

Conforme a doutrina de Regis Prado:

A medida de segurança imposta por força do art. 41 do CP não poderá exceder a duração da pena que havia sido aplicada pelo juiz. Se o prazo se

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. 646.

esgotar sem que o paciente se encontre plenamente recuperado, o mesmo deve ser colocado a disposição do juízo cível competente.⁷⁶

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de Habeas Corpus nº 41.419 – SP, assim se manifestou em relatoria do Ministro Nilson Naves:

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE (execução) – DOENÇA MENTAL (superveniência) – MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA – PRAZO DETERMINADO – COISA JUGADA. A duração da medida de segurança substitutiva imposta em razão da superveniência de doença mental não pode ultrapassar o tempo determinado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sob pena de ofensa a coisa julgada.⁷⁷

Note-se que essa aplicação de medida de segurança constitui, na prática, e isso na execução penal, um resquício do sistema duplo binário, isto por que o sentenciado imputável, transforma-se em inimputável, porém, permanecendo com as atribuições pertinentes à pena logo que cessada sua periculosidade. Um retrocesso, pois, como ensina Fragoso, “a tendência moderna é no sentido de abandono do sistema do duplo binário”⁷⁸, mas pouco lembrado pela doutrina e jurisprudência no caso da superveniência de doença mental.

Resta, ainda, apenas uma questão de considerável complexidade, a saber: quando ocorre a conversão faltando poucos meses para o cumprimento da reprimenda e o sentenciado não apresenta condições de retorno à sociedade, e em face da periculosidade nem pode ser transferido para hospital da rede comum. Na prática acaba ficando no Hospital de Custódia até se verificar a cessação da periculosidade.

Essa questão não tem sido amplamente debatida, isso apenas mostra o pouco valor que se dá ao doente mental, sobretudo quando associado ao delito e à miserabilidade.

⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal**. São Paulo: RT, 2007, p. 202.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **6ª Turma, Habeas Corpus n. 41419 – SP**. Relator Ministro Nilson Naves.

⁷⁸ FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 407.

5 PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL

5.1 PROJETO DE LEI NO CONGRESSO NACIONAL

Desde 2000, tramita no Congresso Nacional, projeto de lei que busca alterar a atual percepção sobre a inimputabilidade, considerando tão somente a doença mental como critério para a desinternação do indivíduo em cumprimento de medida de segurança. Assim, terminado o prazo cominado em lei para o delito praticado, o interno sai em liberdade vigiada, independentemente de cura ou de prognose de periculosidade.

Conforme o Projeto, a internação e mesmo o tratamento ambulatorial devem se realizar em estabelecimentos públicos, evitando-se os descasos com a pessoa do inimputável, abusos verificados em algumas instituições particulares. Esses estabelecimentos poderão ser utilizados quando a pena máxima cominada ao delito não for superior a 04 anos, isso associado à devida autorização do juiz da execução.

Atualmente, o prazo previsto para a realização de exame de cessação de periculosidade para o indivíduo sujeito à internação ou tratamento ambulatorial é de um ano, o projeto reduz significativamente para seis meses a aferição da cessação da doença, possibilitando uma maior oportunidade para o levantamento da medida de segurança.

A crítica mais recorrente que se faz ao instituto da medida de segurança é a do seu caráter de perpetuidade, sem dúvida inconstitucional, por ferir cláusula pétrea e desrespeitar a dignidade da pessoa humana com tratamento desumano e degradante. Para resolver esse impasse, o Projeto prevê que a medida de segurança não poderá exceder ao prazo máximo cominado para o delito estipulado no tipo legal.

A nova redação para o artigo 98 é a seguinte:

O tempo de duração da medida de segurança não será superior à pena máxima cominada ao tipo legal de crime.

§ 1º - Findo o prazo máximo e não cessada a doença por comprovação pericial, será declarada extinta a medida de segurança, transferindo-se o

internado para tratamento comum em estabelecimentos médicos da rede pública, se não for suficiente o tratamento ambulatorial.

§ 2º - A transferência do internado ao estabelecimento médico da rede pública será de competência do Juízo da Execução.⁷⁹

Outra crítica sempre presente nos escritos contrários ao instituto da medida de segurança, chegando mesmo a pedir sua eliminação do sistema penal, refere-se à impossibilidade de progressão de regime, do mais gravoso para o menos rigoroso. Nesse sentido, o Projeto também inova, pois propõe na nova redação do artigo 97, a desinternação progressiva, consistente em saídas temporárias da unidade para que o internado se acostume com a semi-liberdade e preserve os vínculos familiares e sociais, para quando em liberdade vigiada possa ter a adaptação ao mundo externo facilitada. Tudo isso com o amparo e supervisão da instituição e com a realização da perícia médica para o desinternamento definitivo, caso não ocorra nenhum acontecimento que indique a necessidade de restabelecimento do tratamento nas mesmas condições anteriores previstas na sentença absolutória imprópria. Nas palavras de Basaglia, a *via crucis* pela qual passa o profissional na hora em que tem que decidir pela desinternação ou não:

É verdade que é um drama se dar alta a uma pessoa que esteve num manicômio. Essa pessoa passou anos e anos internada e agora deverá enfrentar aquela realidade que a rejeitou e a empurrou para o manicômio.⁸⁰

Por fim, o Projeto retira, pelo menos dos textos legais, o espectro do homem perigoso, construído pelo imaginário popular e por sociólogos e penalistas (Lombroso, Jakobs), e tão criticado por outros (Foucault, Chomski, Zaffaroni, Cirino dos Santos), e pelos seguidores da chamada antipsiquiatria (Basaglia, Castel, Laing, Cooper, Szasz); também, acirradamente combatido pelos adeptos da desconstrução das medidas de segurança (Mattos), e em geral, pelos defensores da luta antimanicomial.

⁷⁹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Comentários ao projeto de código penal**: parte geral. São Paulo: 1. ed. Juarez de Oliveira, 2001. p. 94.

⁸⁰ BASAGLIA, Franco. **A psiquiatria alternativa**: contra o pessimismo da razão, o otimismo da prática. São Paulo: Ed. Brasil Debates, 1979. p. 30.

Desta forma, mesmo mantendo-se intacto o instituto da medida de segurança, em seu viés sancionatório, busca-se além de sua preservação como recurso de proteção social, o cumprimento dos dispositivos constitucionais de negativa de prisão perpétua, e acima de tudo, a valoração do princípio da dignidade da pessoa humana, levando-se em consideração o caráter de pessoa diferenciada que sofre transtornos que a conduziram à transgressão da norma.

CONCLUSÃO

O presente estudo procurou apresentar o histórico das idéias em torno do doente mental, mais especificamente, quando ele pratica um ato contrário ao direito, constituído de uma conduta típica, antijurídica, não culpável – um injusto penal.

Pela análise histórica mostrou-se que, num primeiro momento, o doente mental não sofria assédio repressivo; com o surgimento de regulamentações passou-se a julgá-lo e condená-lo, semelhantemente a uma pessoa com compreensão intacta, chegando a levá-lo para prisões comuns com delinqüentes considerados “normais”, infligindo um castigo por demais severo a quem não possuía discernimento para assimilar tal punição.

Surge nesse cenário o instituto da Medida de Segurança como sendo a resposta penal àquele que, embora inimputável, possui conduta, esta, típica e antijurídica.

Não se nega em toda elaboração do texto que o doente mental, mesmo aquele que cometeu um injusto penal, é pessoa diferenciada por sua anomalia psíquica, e, por tanto, deve ser tratada com especial atenção em consonância com uma política criminal que, ao mesmo tempo que aplica uma sanção penal – medida de segurança, deve levar em consideração o caráter da pessoa com necessidade de tratamento terapêutico/curativo, atributos da prevenção especial do instituto estudado.

Assim, vê-se com bons olhos as alterações no Código Penal, em especial, as relacionadas com a aplicação e execução das Medidas de Segurança, possibilitando uma maior adequação entre o discurso protetivo e as práticas executórias – por vezes tão punitivas quanto às penas.

A crítica mais persistente relacionada com as Medidas de Segurança, gira em torno do seu caráter perpétuo, pois seu tempo mínimo é de 01 a 03 anos e o máximo é indeterminado. Esta polêmica, que se alça em nível de inconstitucionalidade, pois a Constituição Federal renega a pena de prisão perpétua tem seus dias contados, haja vista o Projeto de Reforma do Código Penal propor que o tempo máximo seja estipulado pelo da pena cominada em abstrato. Sem dúvida, um avanço para se coibir as possíveis arbitrariedades em sede de execução, pois nesse quesito, se

propiciou muito poder aos integrantes das Comissões Técnicas de Classificação, no dizer de Foucault, verdadeiros juízes anexos.

As concepções contrárias ao instituto – Luta Antimanicomial e Antipsiquiatria, possibilitadoras da Reforma Psiquiátrica, insculpidas na Lei 10.216/01, via de regra, não dão respostas à questão que se levanta quando o doente mental comete um fato previsto como crime – pressuposto de aplicação de Medida de Segurança, ou seja, quer se tratar o enfermo mental sem responsabilizá-lo pelo fato ilícito. Acredita-se ser um erro do ponto vista de política criminal, pois se abrem demasiadas oportunidades para a delinqüência. Nesse sentido, legitima-se o instituto penal sancionatório – a Medida de Segurança, como barreira protetiva contra as condutas que se entendem perniciosas ao meio social.

Crítica muito difundida relacionada à Medida de Segurança, também com justa razão, refere-se à prognose de periculosidade do sentenciado, ligada à concepção de direito penal do autor e não do fato cometido. A Reforma, também, propõe sua exclusão, permanecendo, no entanto, a doença mental como parâmetro para aplicação da medida na fase processual, e em sede de execução, mesmo que permaneça a doença, cumprido o prazo determinado em sentença, o interno é liberado. Significativa mudança para uma nova visão sobre o doente mental que transgride a regra.

Espera-se que com essas mudanças, o instituto tome novo vigor em seu caráter especial e também geral, para que possa contribuir com a paz social tão almejada pela sociedade brasileira.

Conclui-se que enquanto as relações sociais e econômicas, no seio da sociedade brasileira e internacional, forem regidas pelo sistema capitalista em seu viés econômico, e liberal, na via política, estaremos sempre com as discrepâncias entre os que têm e os que não têm, e é óbvio, necessitam ter. Aqui surge o conflito e o Direito Penal se propõe a dirimi-lo. Enquanto não vem o “melhor dos mundos” - livre desses impasses - o “louco”, o “doente mental”, os “ninguéns”, os “lumpenproletariados”, enfim, a maior parte dos casos de inimputabilidade continuará habitando os manicômios judiciários, ou qualquer outro nome que se lhes atribua, e a Medida de Segurança permanecerá sendo a resposta penal satisfatória dentro das demandas provocadas pelo sistema de produção, reprodução e acumulação, que se entendem como legítimas no seio do pensamento dominante.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso de direito penal**: parte geral. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. **Comentários ao projeto de código penal**: parte geral. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

ASSIS, Machado de. **O alienista**. São Paulo: Ática, 1989.

BASAGLIA, Franco. **A psiquiatria alternativa**: contra o pessimismo da razão, o otimismo da prática. São Paulo: Brasil Debates, 1979.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma, Habeas Corpus nº 84.219-4**. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Diário da Justiça de 16/08/05.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **6ª Turma, Habeas Corpus nº 41.419-SP**. Relator Ministro Nilson Naves.

CLASSIFICAÇÃO DE TRANSTORNOS MENTAIS E DE COMPORTAMENTO DA CID-10: **Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas** – Coord. Organização Mundial da Saúde. Trad. Dorgival Caetano – Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

CORRÊA, José Machado. **O doente mental e o direito**. São Paulo: Iglu, 1999.

COYLE, Andrew. **Administração penitenciária**: uma abordagem de direitos humanos. Londres: International Centre for Prison Studies, 2002.

DELEUZE, Gilles; Guattari, Felix. **O anti-édipo**: capitalismo e esquizofrenia. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

DEPEN. Departamento Penitenciário do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.pr.gov.br/depen>>

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Penas e medidas de segurança no novo código**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **A crise do sistema penitenciário.** Disponível em:
<http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/rene_dotti.pdf>

FOUCAULT, Michel. **Eu, Pierre Riviere, que matei minha mãe, minha irmã e meu irmão.** Rio de Janeiro: Graal, 1992.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 17. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. **Os anormais.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **História da loucura.** 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

_____. **Doença mental e psicologia.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GARCIA, José Alves. **Psicopatologia forense.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GUYAU, Jean Marie. **Crítica da idéia de sanção.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

JOYCE, James. **Retrato do artista quando jovem.** São Paulo: Civilização Brasileira, 1970.

KUEHNE, Maurício. **O papel do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.** Disponível em:
<http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/mauricio_kuehne.pdf>

MATTOS, Virgílio de. **Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança.** Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MUÑOZ CONDE. Francisco. **Teoria geral do delito.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

PIAZETTA, Naele Ochoa. **O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Comentários ao código penal.** 4. Ed. Ver. São Paulo: RT, 2007.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROXIN, Claus. **Introducion al derecho penal y al derecho penal procesal.** Barcelona: Ariel, 1989.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SZASZ, Thomas. **O mito da doença mental**. São Paulo: Circulo do Livro, 1974.

SOUZA, Moacyr Benedicto. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**. São Paulo Bushatsky, 1979.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. São Paulo Saraiva, 1997.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.