**ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA
(ESAJ)**

LUCIENE RIBEIRO MOÇO

**O INSTITUTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA E O
CARÁTER HUMANIZADOR DA LUTA ANTIMANICOMIAL**

Rio de Janeiro

2019

LUCIENE RIBEIRO MOÇO

**O INSTITUTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA E O
CARÁTER HUMANIZADOR DA LUTA ANTIMANICOMIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Escola de Administração Judiciária (ESAJ), como requisito parcial do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

ORIENTADORA: Professora Doutora MARIA CAROLINA DE
ALMEIDA DUARTE

Rio de Janeiro

2019

LUCIENE RIBEIRO MOÇO

**O INSTITUTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA E O
CARÁTER HUMANIZADOR DA LUTA ANTIMANICOMIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)
apresentado ao Curso de Pós-Graduação em
Direito Penal e Processo Penal da Escola de
Administração Judiciária (ESAJ), como
requisito parcial do título de Especialista em
Direito Penal e Processo Penal.

Aprovado em ____ de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor WALTER ARANHA CAPANEMA
Escola de Administração Judiciária

Professor Doutor JOSÉ MARIA DE CASTRO PANOEIRO
Escola de Administração Judiciária

Aos amigos do Curso de Pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal, com votos de que a vida seja leve e repleta de saúde, fé e perseverança.

RESUMO

O direito penal brasileiro possui duas espécies de sanção penal: pena e medida de segurança. No exercício do *ius puniendi*, a resposta estatal a ser imposta depende do sujeito que viola a norma penal. A aplicação da pena é destinada aos imputáveis e aos semi-imputáveis sem periculosidade, com fundamento em um juízo de culpabilidade. A aplicação da medida de segurança é destinada aos inimputáveis psíquicos e aos semi-imputáveis dotados de periculosidade. Este estudo objetiva analisar se as mudanças promovidas pela reforma psiquiátrica, que resultou na incorporação da Lei nº 10.216/2001 ao ordenamento jurídico brasileiro, foram absorvidas pelo sistema de justiça criminal, no que se refere à execução da medida de segurança destinada ao indivíduo portador de transtorno psíquico em conflito com a lei. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, instrumentalizada por meio de consulta legislativa, jurisprudencial e bibliográfica, com a leitura de obras e a exposição de citações dos principais autores sobre o tema. Dessa forma, abordaram-se as transformações do Estado Democrático de Direito, o surgimento das dimensões dos direitos fundamentais, as teorias da finalidade da pena e os princípios constitucionais, derivados do fundamento da dignidade da pessoa humana, tais como o da legalidade, da responsabilidade penal pessoal, da individualização da pena e da humanidade da pena, que legitimam o exercício do poder punitivo pelo Estado. Posteriormente, analisaram-se as características das sanções penais, com ênfase na medida de segurança. E, por fim, descreveu-se sobre a luta antimanicomial que busca garantir os direitos humanos dos indivíduos portadores de sofrimento mental e promover formas alternativas de tratamento humanizado, em substituição aos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico.

Palavras-chaves: Medida de Segurança. Lei da Reforma Psiquiátrica. Desinstitucionalização.

ABSTRACT

The Brazilian criminal law has two types of criminal sanction: penalty and security measure. In the exercise of *ius puniendi*, the state response to be imposed depends on the subject who violates the penal norm. The application of the penalty is intended for the imputable and semi-imputable without dangerousness, based on a judgment of guilt. The application of the safety measure is aimed at the psychic inimputables and the semi-imputable ones with dangerousness. This study aims to analyze whether the changes promoted by the psychiatric reform, which resulted in the incorporation of Law No. 10.216 / 2001 into the Brazilian legal system, were absorbed by the criminal justice system, regarding the execution of the security measure aimed at individuals with psychic disorder in conflict with the law. It is a qualitative research, instrumentalized through legislative, jurisprudential and bibliographic consultation, with the reading of works and the exposition of citations of the main authors on the subject. Thus, were objects of approach the transformations of the Democratic Rule of Law, the emergence of the dimensions of fundamental rights, the theories of the purpose of punishment and the constitutional principles derived from the foundation of human dignity, such as legality, responsibility criminal justice, the individualization of the penalty and the humanity of the penalty, which legitimize the exercise of punitive power by the State. Subsequently, the characteristics of criminal sanctions were analyzed, with emphasis on the security measure. Finally, it described the antimanicomial struggle that seeks to guarantee the human rights of individuals with mental suffering and to promote alternative forms of humanized treatment, replacing custody and psychiatric hospitals.

Keywords: Security Measure. Psychiatric Reform Law. Deinstitutionalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
Capítulo 1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O <i>IUS PUNIENDI</i> ESTATAL	9
1.1. As transformações do Estado de Direito e a ampliação dos direitos fundamentais.....	9
1.2. As teorias e as finalidades da pena	14
1.2.1. Teoria absoluta e finalidade retributiva	15
1.2.2. Teoria relativa e finalidade preventiva	17
1.2.3. Teoria mista ou unificadora e dupla finalidade: retributiva e preventiva.....	19
1.3. Os princípios limitadores do <i>ius puniendi</i>	20
1.3.1. Princípio da Legalidade	21
1.3.2. Princípio da Responsabilidade Penal Pessoal.....	23
1.3.3. Princípio da Individualização da Pena.....	24
1.3.4. Princípio da Humanidade das Penas.....	25
Capítulo 2. A MEDIDA DE SEGURANÇA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO ...	27
2.1. Sanções Penais: Penas e Medidas de Segurança.....	27
2.2. Tratamento mais gravoso dispensado ao agente submetido à medida de segurança.	34
Capítulo 3. A LUTA ANTIMANICOMIAL E A REFORMA PSIQUIÁTRICA	44
3.1. O movimento antimanicomial e a Lei nº 10.216/2001	44
3.2. A necessidade de superação do atual fundamento legal da medida de segurança.....	51
3.3. Os modelos alternativos aos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

A medida de segurança é uma das espécies de sanção penal aplicada pelo Estado, no exercício do *ius puniendi*, aos inimputáveis psíquicos e aos semi-imputáveis dotados de periculosidade que praticam condutas definidas como infrações penais. Essa resposta estatal é fundada em um juízo positivo de periculosidade do autor do injusto penal, possui finalidade exclusiva de prevenir o cometimento de novos ilícitos penais e natureza terapêutica.

No Brasil, a partir do final da década de 1970, iniciou-se o movimento antimanicomial, influenciado, principalmente, pelas ideias do psiquiatra italiano Franco Basaglia, com o propósito de reformular o modelo de assistência psiquiátrica, de tutelar os direitos fundamentais dos usuários do sistema de saúde mental e de extinguir as instituições hospitalares com perfil segregacionista. Como consequência desse movimento, foi promulgada a Lei nº 10.216, no ano de 2001, com viés de desinstitucionalização manicomial.

Com o presente trabalho busca-se responder ao seguinte questionamento: as mudanças promovidas pela reforma psiquiátrica brasileira foram absorvidas pelo sistema de justiça criminal, no que se refere à execução da medida de segurança destinada ao indivíduo portador de transtorno psíquico em conflito com a lei?

Esta pesquisa justifica-se na necessidade de analisar o estatuto jurídico que rege a lógica do poder estatal concernente à atenção dispensada aos indivíduos em vulnerabilidade psíquica, no que se refere ao fundamento da aplicação da medida de segurança, à promoção da proteção dos direitos humanos e ao caráter curativo e ressocializador da sanção penal.

A metodologia utilizada para a realização desse estudo foi a pesquisa qualitativa, instrumentalizada por meio de consulta legislativa, jurisprudencial e bibliográfica, com a leitura de obras e a exposição de citações dos principais autores sobre o tema.

Este trabalho foi estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo, abordou-se o papel primordial dos direitos fundamentais como limitadores do exercício do *ius puniendi* estatal, com a descrição histórica das transformações do Estado de Direito, relativas ao surgimento do Estado Liberal, do Estado Social e, por fim, do Estado Democrático de Direito, que resultaram na ampliação gradativa dos direitos humanos.

Ainda, no primeiro capítulo, descreveu-se sobre as teorias da pena cujo escopo é explicitar o objetivo a ser alcançado com a aplicação da sanção penal, que pode possuir finalidade retributiva e/ou preventiva. Ademais, tratou-se das espécies das normas jurídicas, com a descrição das características dos princípios e das regras e o exame dos principais valores

norteadores do ordenamento jurídico, que visam a resguardar o valor essencial da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, versou-se sobre o conceito e as espécies de sanção penal, em que se apresentaram as distinções entre pena e medida de segurança. Além disso, dissertou-se a respeito de situações que evidenciam o tratamento mais gravoso dispensado ao agente portador de sofrimento psíquico quando submetido à aplicação de medida de segurança em comparação àquele submetido ao cumprimento de pena.

No terceiro capítulo, relatou-se acerca dos objetivos dos movimentos antimanicomiais; da Lei nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental; da necessidade de superação da punição do portador de sofrimento psíquico em conflito com lei com fundamento em um estado de perigo presumido; e da substituição dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico pelos modelos alternativos, que buscam assegurar o tratamento do usuário do sistema de saúde mental, sem privá-lo do convívio familiar e social, reconhecê-lo como sujeito de direitos e de garantias e afastar o estigma de indivíduo perigoso que, efetivamente, representa risco à sociedade e, por isso, deve ser alvo de segregação.

Capítulo 1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O *IUS PUNIENDI* ESTATAL

1.1. As transformações do Estado de Direito e a ampliação dos direitos fundamentais

Nos termos da premissa do atual Estado Democrático de Direito de que todo o poder emana do povo, que o exerce direta ou indiretamente, por meio de representantes eleitos, consoante os comandos constitucionais, segundo o disposto no parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹, o atuar do Estado, ao estabelecer e ao impor regras à sociedade, com a criação, a modificação, a restrição ou o condicionamento de direitos, interesses e liberdades, apenas será legítimo se for exercido de acordo com a parcela de poder recebida do seu real titular.

Assim, é imprescindível a observação por parte do Estado dos limites impostos pelos direitos fundamentais, que possuem como princípio-matriz a dignidade da pessoa humana, que se trata de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sobretudo no que se refere à criação de normas de direito penal, em razão da potencialidade de restrição ou privação da liberdade, que é um dos mais valiosos direitos do ser humano.

Destarte, tendo como ponto de partida momento posterior às fases primitivas da civilização dos povos, visto que nessas, de acordo com as palavras de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 21, *apud* GRECO, Rogério, 2015, p. 2), “inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares”, Rogério Greco afirma que, nas sociedades pós-modernas, o Estado passou a exercer o poder de punir de forma exclusiva, sem, contudo, afastar a possibilidade de o particular exercer o *ius accusationis* nas ações penais em que a iniciativa é de natureza privada, e houve o surgimento do Estado de Direito Liberal cujo conceito é relativamente novo².

O surgimento do Estado de Direito, segundo leciona Rogério Greco, foi consequência das lutas empreendidas por um dos mais importantes movimentos, denominado de Iluminismo,

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 dez. 2019.

² GRECO, Rogério. *Sistema prisional. Colapso atual e soluções alternativas*. 2. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 2.

que visava à preservação de direitos humanos, considerados como naturais e, portanto, inerentes a todo ser humano, contra a tirania do absolutismo monárquico, principalmente, na França³.

Destaca Rogério Greco, ainda, a importância da Revolução Francesa, em 1789, e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão cujos princípios, além de continuarem a ser utilizados e aperfeiçoados para nortear a proteção ao ser humano, foram, no que se refere ao direito penal e processo penal, responsáveis pela origem de pensamentos reconhecidos como garantistas, que possuem o princípio maior da dignidade da pessoa humana como orientador do devido processo legal⁴.

O referido doutrinador assegura que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão objetiva declarar, de forma solene, os direitos naturais. Esses são inalienáveis e sagrados, inatos ao homem, uma vez que são indissociáveis de sua própria condição de ser humano, como ocorre com a dignidade, e possuem as seguintes características:

- I. Abstração, ou seja, embora a declaração tenha sido levada a efeito pelos franceses, os direitos ali constantes não pertencem exclusivamente a eles, mas sim a todo ser humano, independentemente de sua origem;
- II. Inalienabilidade, significando dizer que o homem, por mais que queira ou que seja constringido a isso, não pode abrir mão desses direitos, já que inerentes à sua própria natureza;
- III. Imprescritibilidade, não se perdendo com o passar do tempo, razão pela qual podem ser arguidos a todo instante;
- IV. Universalidade, no sentido de pertencerem a todos os homens e, ao mesmo tempo, individuais, pois inerentes a cada um individualmente;
- V. Sagrados, pois o próprio Deus, ao criar o ser humano, os instituiu⁵.

Rogério Greco explica que a arbitrariedade monárquica foi combatida por quatro vertentes:

- I. A origem cristã dos direitos foi relegada cada vez mais a um segundo plano; o direito natural se descristianizou no transcurso de uma progressiva “deseologização” de uma cultura europeia, até alcançar um cunho inclusive anticristão e antirreligioso na época das luzes francesas.
- II. A doutrina jusnaturalista dos direitos começou a basear-se na razão humana preferentemente e em sua autonomia ética, ao passo que se ia estendendo cada vez mais a secularização. Os direitos humanos se deduziram somente da razão e das pessoas dela dotadas.
- III. O direito natural se voltou até o bem-estar e a dor do indivíduo isolado. O “indivíduo” descoberto no Renascimento, tal qual a personalidade “individual”, revalorados pela Reforma protestante, se converteram em categorias absolutas, ficando o Estado encarregado da tarefa de fomentar e garantir sua felicidade.
- IV. As opiniões políticas tendentes a afastar um Estado onipotente surgiram alentadas cada vez de maior consistência. A colocação em prática de ideias democrático-constitucionais, especialmente as de colaboração cidadã no procedimento legislativo, o governo e a administração, se converteram em requisito inseparáveis dos direitos fundamentais (OESTREICH, Gerhard, 1990, p. 44-45, *apud* GRECO, Rogério, 2015, p. 19-20)⁶.

³ GRECO, Rogério, *op. cit.*, p. 19.

⁴ *Idem*, p. 7.

⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁶ *Ibidem*, p.19-20.

Marcelo Novelino, ao conceituar o Estado de Direito, preleciona:

O Estado de Direito é um Estado liberal de direito, que representa a institucionalização do triunfo da burguesia ascendente sobre as classes privilegiadas do Antigo Regime. Contra a ideia de um Estado de polícia, que tudo regula e que assume a busca da “felicidade dos súditos” como tarefa própria, no Estado Liberal há nítida distinção entre forças políticas e econômicas (Estado abstencionista). No Estado de polícia, característico do século XVIII, o soberano governava em nome do Estado, mas exercia o poder de forma discricionária, conforme aquilo que considerasse de interesse do Estado e dos súditos⁷.

Marcelo Novelino ressalta, ainda, que a limitação do Estado pelo direito, com a distribuição das funções em órgãos distintos, é fator que o distingue do Estado monárquico absolutista, visto que neste o poder legiferante, a execução da lei e a jurisdição se concentravam em um só órgão⁸.

Como bem observa Rogério Greco, esta nova espécie de Estado, denominado de Estado da razão, influenciado pelas ideias iluministas, devia observar os princípios considerados inatos a todo ser humano, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de cumprir sua finalidade de evitar e combater o arbítrio e a tirania dos governantes, daí seu reconhecimento como “liberal”, uma vez que passou a condicionar a autoridade do Estado e a viabilizar a liberdade do cidadão com a preservação de seus direitos⁹. Mais adiante, esse mesmo autor afirma que:

Lei e Estado de Direito, portanto, são denominações indissociáveis, embora a segunda tenha uma abrangência maior do que a primeira. Em sua concepção original, o chamado Estado Liberal de Direito significava que a liberdade do cidadão era a regra e a sua limitação, a exceção, que só poderia verificar-se através de uma lei formalmente editada (relação de coordenação). Em sentido contrário, o Estado somente podia fazer aquilo que estivesse previamente determinado em uma lei, ou seja, sua liberdade de ação ficava limitada e condicionada à prévia existência de um diploma legal (relação de subordinação)¹⁰.

Na mesma linha, Marcelo Novelino lista as principais características do Estado Liberal:

- I. Os direitos fundamentais basicamente correspondem aos direitos da burguesia (liberdade e propriedade), sendo consagrados apenas de maneira formal e parcial para as classes inferiores;
- II. A intervenção da Administração Pública somente pode ocorrer dentro da lei (princípio da legalidade da Administração Pública);
- III. A limitação pelo Direito se estende ao soberano que, ao se transformar em “órgão do Estado”, também passa a se submeter ao império da lei (Estado limitado);
- IV. O papel do Estado se limita à defesa da ordem e segurança públicas, sendo os domínios econômicos e sociais deixados à esfera da liberdade individual e de concorrência (Estado mínimo)¹¹.

⁷ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Método, 2014, p. 37.

⁸ *Idem*, p. 37.

⁹ GRECO, Rogério, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰ *Idem*, p. 4.

¹¹ NOVELINO, Marcelo, *op. cit.*, p. 38.

Segundo assegura Rogério Greco, a evolução dos direitos humanos apontados como de primeira dimensão, relacionados aos direitos de liberdade, a exemplo da livre-iniciativa econômica, da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, da liberdade de ir e vir, da liberdade política e religiosa, do livre arbítrio, resultaram do constitucionalismo liberal¹².

Pedro Lenza leciona que os direitos humanos de 1ª, 2ª e 3ª dimensões foram anunciados a partir dos lemas da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – e assevera que os de 1ª dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos que traduzem o valor liberdade¹³.

No entanto, Marcelo Novelino esclarece que o regime liberal desse Estado de Direito, dotado de uma postura abstencionista por parte do Estado, exige certa igualdade entre os indivíduos, a fim de viabilizar uma competição equilibrada. E, em razão da crise econômica e da crescente demanda por direitos sociais após o fim da Primeira Guerra Mundial (1918), o liberalismo entra em colapso, o que ocasiona uma transformação profunda no Estado Liberal que passa a intervir nas fases de produção e distribuição de bens e nas relações econômicas, o que faz surgir o Estado Social, que visa a superar o antagonismo existente entre a igualdade política e a desigualdade social¹⁴.

Reforça Rogério Greco ao dizer que, em razão dessa nova realidade social, surgem novas necessidades que resultam no reconhecimento de novos direitos humanos concernentes à classe trabalhadora que se via brutalmente explorada pelos detentores do poder econômico, sendo obrigada a trabalhar de forma demasiada em troca de salários injustos, o que ocasionava o aumento vertiginoso das desigualdades sociais¹⁵.

E, diante desse novo cenário, são fixados, como descreve Pedro Lenza, os direitos humanos de 2ª dimensão, que são os direitos sociais, culturais e econômicos, e também os direitos coletivos, que correspondem ao valor igualdade da Revolução Francesa¹⁶.

Nas palavras de Marcelo Novelino, com o fim da Segunda Guerra Mundial, há uma transformação do Estado Social para o Estado de Direito Democrático. Este difere daquele na medida em que busca a efetividade dos direitos fundamentais, a inclusão de novos mecanismos de soberania popular e a garantia jurisdicional das cartas constitucionais, consoante se depreende de suas características:

¹² GRECO, Rogério, *op. cit.*, p. 20.

¹³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1056.

¹⁴ NOVELINO, Marcelo, *op. cit.*, p. 41.

¹⁵ GRECO, Rogério, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶ LENZA, Pedro, *op. cit.*, p. 1057.

- I. Consagração de institutos de democracia direta e indireta que introduzem o povo no governo do Estado, tais como plebiscito, referendo e iniciativa popular;
- II. Preocupação com a efetividade e dimensão material dos direitos fundamentais, assegurados mediante a jurisdição constitucional;
- III. Limitação do Poder Legislativo, não apenas no aspecto formal (modo de produção do direito), mas também no âmbito material, fiscalizando a compatibilidade do conteúdo das leis com os valores consagrados na Constituição;
- IV. Imposição constitucional não apenas de limites, mas também de deveres ao legislador;
- V. Aplicação direta da Constituição com o reconhecimento definitivo de sua força normativa;
- VI. Ampliação do conceito meramente formal da democracia (participação popular, vontade da maioria, realização de eleições periódicas, alternância no Poder) para uma dimensão substancial, como decorrência do reconhecimento da força normativa e vinculante dos direitos fundamentais, os quais devem ser usufruídos por todos, inclusive pelas minorias perante a vontade popular (pluralismo, proteção das minorias, papel contramajoritário do Poder Judiciário)¹⁷.

Ante a nova configuração do Estado de Direito que se mostra como um Estado Democrático de Direito, Pedro Lenza cita que novos problemas e preocupações mundiais surgem, como os relacionados ao preservacionismo ambiental, e o ser humano passa a ser considerado como integrante de uma coletividade e, portanto, dotado de direitos de solidariedade ou fraternidade – terceiro lema da Revolução Francesa – que são os direitos transindividuais, denominados de direitos humanos de 3ª dimensão, que ultrapassam os interesses individuais, tendo em vista que se referem à proteção do gênero humano, dotados de elevado grau de humanismo e universalidade¹⁸.

Corroborando com o exposto, Rogério Greco exemplifica, como direitos humanos de 3ª dimensão, o direito ao meio-ambiente limpo, sadio, preservado, não poluído; o reconhecimento de patrimônios públicos universais; o direito à paz; o direito ao desenvolvimento e o direito do consumidor¹⁹. Mais adiante, esse mesmo autor ressalta:

Assim, nesse Estado Constitucional e democrático de direito é que encontraremos o fundamento de validade do *ius puniendi*, bem como suas limitações. A partir do momento em que esses direitos humanos, conquistados e declarados ao longo dos anos, foram inseridos nos corpos das Constituições de cada Estado, passaram a ser reconhecidos como direitos fundamentais. Assim, para grande parte de nossos doutrinadores, a exemplo de Gerhard Oestreich, direitos fundamentais seriam os direitos humanos reconhecidos, formalmente, nos textos constitucionais (OESTREICH, Gerhard, 1990, p. 26, *apud* GRECO, Rogério, 2015, p. 27). Esse reconhecimento pode ser expresso, quando a Constituição assim os declara, como ocorre, com frequência, com a dignidade da pessoa humana, ou pode ser implícito, oriundo, por exemplo, de outro direito ou princípio fundamental²⁰.

¹⁷ NOVELINO, Marcelo, *op. cit.*, p. 44.

¹⁸ LENZA, Pedro, *op. cit.*, p. 1058.

¹⁹ GRECO, Rogério, *op. cit.*, p. 24-25.

²⁰ *Idem*, p. 26-27.

Em vista disso, o exercício do *ius puniendi* pelo Estado deve ser orientado pelos preceitos constitucionais concernentes aos direitos e às garantias fundamentais e pelos limites relacionados aos mandamentos de otimização próprios dos princípios.

Vale ressaltar que essa orientação deve estar presente em ambas as vertentes desse poder, ou seja, tanto em sua vertente objetiva, caracterizada na produção, pelo Poder Legislativo, de normas jurídicas dotadas de conteúdo geral e abstrato e de coercitividade, tendo em vista que descrevem, no caso de normas penais incriminadoras, condutas definidoras de infrações penais que ensejam a aplicação de determinada sanção penal, quanto em sua vertente subjetiva, que é a específica da apreciação de casos concretos, com a elaboração da norma jurídica casuística, pelo Poder Judiciário.

1.2. As teorias e as finalidades da pena

No que se refere às teorias da pena, Cleber Masson explica que há estreita ligação entre essas teorias, que são a absoluta, a relativa e a mista ou unificadora, e a finalidade da pena, e é possível, inclusive, afirmar que as teorias próprias dos fins da pena estão relacionadas diretamente com a origem do direito penal²¹.

O autor Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 65-66), citado por Cleber Masson (2014, p. 571), discorre que:

O problema dos fins (*rectius*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto à própria história do direito penal; e, no decurso desta já longa história, ele tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto a filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal. A razão de um tal interesse e de sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra dos problemas dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal e, na plena acepção do termo, do seu paradigma²²

A respeito das teorias da pena, Claus Roxin (1973, p. 82-85, *apud* CARVALHO, Salo de, 2013, p. 53)²³ leciona:

Que a tipologia absoluta deriva da finalidade autônoma atribuída à pena, ou seja, a sanção é desvinculada teoricamente de qualquer efeito ou projeção social – *absolutus*,

²¹ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado – Parte geral*. v. 1. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 572.

²² *Idem*, p. 571.

²³ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

no latim, significa *desvinculado*. Em sentido oposto, as teorias relativas referem a modelos punitivos direcionados a uma finalidade extrínseca, no caso à prevenção de delitos ou de reações ilegítimas (formais ou informais) – relativo deriva do latim *referre*, que significa *referir-se a algo ou a alguma coisa*

1.2.1. Teoria absoluta e finalidade retributiva

Para essa teoria, a finalidade exclusiva e única da pena é a de punir, sendo a reprimenda penal concebida como castigo. Desse modo, com a aplicação dessa sanção penal não se busca qualquer fim, mas apenas a realização da justiça, tendo em vista que a culpa do agente é compensada pelo cumprimento da pena, que restaura a ordem atingida pelo delito.

A esse respeito, Cleber Masson ensina que a teoria absoluta baseia-se na ideia de que a pena figura como justa retribuição estatal em virtude da prática de mal injusto pelo condenado, por este ter violado a lei penal incriminadora e praticado conduta descrita como crime ou como contravenção penal, e aduz que essa teoria não possui finalidade prática, em razão de desprezar a readaptação social do infrator e se preocupar apenas com a punição, a fim de retribuir a prática do ilícito penal²⁴.

Na mesma linha, Roberto Lyra (1942, p. 43, *apud* MASSON, Cleber, 2014, p. 572)²⁵ afirma que “a pena atua como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, com a finalidade única de castigá-lo, fator esse que proporciona a justificação moral do condenado e o restabelecimento da ordem jurídica”

Salo de Carvalho preleciona que as teorias absolutas ou retributivas sustentam-se:

Fundamentalmente, no modelo iluminista do contrato social, no qual o delito é percebido como uma ruptura com a obrigação contratual, configurando a pena uma indenização pelo mal praticado. A relação entre crime e pena se estabelece a partir da noção de dívida, e a lógica obrigacional fixa a necessidade da reparação do dano em razão do inadimplemento (descumprimento das regras sociais). O poder de punir se expressa, pois, como um direito/dever do Estado exercido por meio da expropriação forçada de algo de valor quantificável²⁶.

Em continuação, Salo de Carvalho expõe que:

Na transposição do medievo à modernidade, a função de expropriação da pena se materializa no sequestro do tempo, pois a capacidade de trabalho e a liberdade do culpado seriam os únicos objetos passíveis de conversão da dívida em um bem tangível. O aprisionamento do tempo de liberdade surge, portanto, como a sanção característica da modernidade²⁷.

²⁴ MASSON, Cleber. *op. cit.*, p. 572-573.

²⁵ *Idem*, p. 572.

²⁶ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 53.

²⁷ *Idem*, p. 54.

Ao encontro do exposto, Michel Foucault assevera:

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.

Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos — daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou — é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. 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 disposições²⁸.

Salo de Carvalho, ao afirmar que Immanuel Kant e Friedrich Hegel são os expoentes desta teoria retributiva, explica que o retributivismo kantiano influenciou a dogmática penal no século XX, tendo em vista que Immanuel Kant, em sua obra *Metafísica dos Costumes*, assevera que, independentemente de qualquer condição, a lei penal deve ser acatada, por se tratar de um imperativo categórico, e que a única justificativa à punição é o desrespeito ao contrato. Por conseguinte, a ruptura com o imperativo categórico gera a aplicação da lei penal. O infrator deve se sujeitar aos efeitos da pena por ter delinqüido (1797, p. 166, *apud* CARVALHO, Salo de, 2013, p. 54)²⁹.

Além disso, Salo de Carvalho observa que:

A pena, segundo o modelo kantiano, não poderia ter qualquer finalidade (utilitária). Os objetivos de melhorar ou corrigir o homem delinqüente (prevenção especial positiva) ou de intimidar ou persuadir os não delinqüentes a não praticar crimes (prevenção geral negativa) seriam ilegítimos. Se o poder público utilizasse a pena como instrumento de emenda e de dissuasão, o direito acabaria por mediatizar o ser humano, ou seja, o homem seria transformado em um meio para o alcance de um fim, o que tornaria a sanção imoral³⁰.

No que se refere ao retributivismo hegeliano, Salo de Carvalho expõe que esse modelo se opõe ao modelo kantiano, uma vez que Friedrich Hegel aborda o tema na seara jurídica:

Para Hegel, a pena será justificada pela necessidade de recomposição do direito violado. A violência da pena corresponderia àquela violência perpetrada contra o ordenamento jurídico. O delito, portanto, por configurar lesão ao direito, deveria ser neutralizado por meio de uma força correspondente.

Em *Princípios da Filosofia do Direito*, o autor trata das relações entre crime, violência e penalidade. O princípio fundamental da teoria hegeliana é centrado na noção de que a violência destrói a si mesma com outra violência: “a supressão do crime é a remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. (1986, p. 92-93, *apud* CARVALHO, Salo de, 2013, p. 55-56)³¹.

²⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. Nascimento da prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 20.

²⁹ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 54.

³⁰ *Idem*, p. 55.

³¹ *Ibidem*, p. 55-56.

Leonardo Sica destaca ser difícil desassociar a ideia de pena de castigo, punição ou retorsão: “A história de sua evolução comprova-lhe a natureza retributiva. De fato, tal natureza atende à arraigada concepção de que a um mal, deve corresponder outro, refletindo uma reação irracional do homem”³² e aduz que “ainda viceja com força o idealismo disseminado pela doutrina de Kant de que a pena deve ser imposta por uma exigência de justiça”³³.

Além disso, Leonardo Sica (2002, p. 57), ao citar Immanuel Kant (1853), diz que:

Para o filósofo alemão, a pena é um “imperativo categórico”, exemplificado na hipótese de uma sociedade que estivesse para se dissolver, onde, por esse imperativo, todos os condenados deveriam ser executados antes de a sociedade se desfazer, para que o mal que tivessem causado fosse devidamente retribuído³⁴.

Também Leonardo Sica (2002, p. 57) cita Friedrich Hegel (1997):

Na esteira de Kant, Hegel também entendia ser a pena uma consequência (só que jurídica e não ética) necessária do delito, em sua formulação dialética, dizia que a pena é a negação da negação do direito, como meio de restaurar a ordem atingida pelo crime cometido³⁵.

1.2.2. Teoria relativa e finalidade preventiva

Com o enfraquecimento da teoria retributiva, ganhou força a doutrina utilitarista que considera e justifica a pena como um meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos – teoria relativa –, atuando como forma de controle da delinquência.

Essa teoria se manifesta por meio da prevenção geral, destinada a todos os cidadãos, quer em seu aspecto negativo (intimidação coletiva, com a ameaça da lei dirigida aos cidadãos, a fim de que esses se abstenham de cometer delitos), quer de forma positiva (com vistas a promover a confiança do cidadão no sistema jurídico penal), e da prevenção especial, dirigida ao delinquente em particular, com o objetivo de que ele não volte a delinquir, retirando-o do convívio social (aspecto negativo) e visando à sua ressocialização, reeducação e correção (aspecto positivo), para que ele possa, posteriormente, para lá retornar.

De efeito, como destacado por Salo de Carvalho³⁶, a partir da década de 1970, houve o desgaste dos modelos absolutos ou retributivistas, em razão da influência das teorias relativas

³² SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 57.

³³ *Idem*, p. 57.

³⁴ *Ibidem*, p. 57.

³⁵ *Ibidem*, p. 57.

³⁶ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 57.

ou de prevenção geral negativa, com a utilização do direito penal para tutelar bens jurídicos, e de prevenção especial positiva, fundada no caráter ressocializador da pena.

Eugenio Zaffaroni e Nilo Batista, (2003, p. 115) citados por Salo de Carvalho (2013, p. 61), destacam que:

Existem dois grandes discursos de legitimação do poder punitivo construído a partir de funções preventivas: “a) o que pretende que o valor positivo da criminalização atue sobre os que não delinquiram, das chamadas teorias da prevenção geral, as quais se subdividem em negativa (dissuasórias) e positiva (reforçadoras); b) o que afirma que o referido valor atua sobre os que delinquiram, das chamadas teoria da prevenção especial, as quais se subdividem em negativas (neutralizantes) e positivas (ideologias re: reproduzem um valor positivo na pessoa)”³⁷.

Já Cleber Masson aclara que, com relação à teoria relativa da pena, essa se revela contrária à teoria absoluta, por não se preocupar com a imposição de castigo ao condenado, por entender que a pena possui finalidade preventiva e por defender que o objetivo da pena não consiste em realizar a justiça sobre a terra, mas tão somente em proteger a sociedade. Desse modo, a finalidade da pena visa a prevenir a prática de novas infrações penais pelo infrator, tendo em vista que a reprimenda penal consiste em instrumento para evitar futuras ações criminosas³⁸.

Ademais, Cleber Masson elucida que a prevenção possui dúplice vertente: geral e especial.

A prevenção geral é destinada ao controle da violência, na medida em que busca diminuí-la e evitá-la. Pode ser negativa ou positiva.

A prevenção geral negativa busca intimidar os membros da coletividade acerca da gravidade e da imperatividade da pena, retirando-lhes eventual incentivo quanto à prática de infrações penais. Demonstra-se que o crime não compensa, pois ao seu responsável será inevitavelmente imposta uma pena, assim como aconteceu em relação ao condenado punido.

A prevenção geral positiva, de outro lado, consiste em demonstrar e reafirmar a existência, a validade e a eficiência do Direito Penal. Almeja-se demonstrar a vigência da lei penal. Em suma, o aspecto positivo da prevenção geral repousa na conservação e no reforço da confiança na firmeza e no poder de execução do ordenamento jurídico. A pena ainda é dotada de prevenção especial, direcionada exclusivamente à pessoa do condenado. Subdivide-se também a prevenção especial em negativa e positiva.

Para a prevenção especial negativa, o importante é intimidar o condenado para que ele não torne a ofender a lei penal. Busca, portanto, evitar a reincidência.

Finalmente, a prevenção especial positiva preocupa-se com a ressocialização do condenado, para que no futuro possa ele, com o integral cumprimento da pena, ou, se presentes os requisitos legais, com obtenção do livramento condicional, retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo Direito³⁹.

Para Salo de Carvalho⁴⁰, a respeito do modelo de prevenção geral negativa, “o sentido utilitário da pena rompe com o pensamento retributivista, no qual a sanção possui finalidade

³⁷ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 61.

³⁸ MASSON, Cleber, *op. cit.*, p. 572.

³⁹ *Idem*, p. 572-574.

⁴⁰ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 63.

em si mesma ao repreender fatos passados ao invés de atribuir significado futuro”. E, continua esse autor, “a pena adquire uma finalidade intimidatória, pois o exemplo aplicado ao infrator seria o meio necessário para constranger o corpo social a não incorrer na mesma conduta”.

Nos termos dos dizeres de Leonardo Sica⁴¹:

As teorias de prevenção geral baseiam-se na ideia de dissuasão, conferindo à pena o poder de coação psicológica e moral sobre o indivíduo e a coletividade, intimidando o homem ante a ameaça de punição ou infundindo na coletividade um sentimento de respeito às normas.

Intimidação e exemplaridade são os fundamentos da prevenção geral negativa. Para os defensores dessa corrente a pena exerce coação psicológica sobre o indivíduo, retraindo possíveis impulsos criminais.

(...) surge a teoria de maior repercussão em tempos recentes que é a prevenção geral positiva. Embora a premissa seja a mesma ideia de dissuasão, a nova teoria procura legitimá-la em fins mais dignos e delimitados. A pena deve servir de comunicação para a coletividade, não de forma intimidatória (negativa), mas como reforço à validade das normas na consciência coletiva e para ratificar a confiança institucional. Assim, ao penalizar determinada conduta, o Estado demonstra que determinado bem está protegido pela ordem jurídica. Essencial, assim, a exata definição do bem jurídico-penal.

Em resumo, a prevenção geral, seja negativa ou positiva, radica-se em duas ideias: a utilização do medo e o reconhecimento da racionalidade do homem, que submetido à pressão resultante do poder intimidativo ou comunicativo da pena, não atentaria contra os valores por esta protegidos.

Encarada só pelo aspecto positivo, a prevenção geral atribui à pena o papel em reafirmar a validade e o respeito às normas, o que é aceitável. Ilusório é crer que a pena, como instrumento de controle social, tenha a função primordial nessa tarefa.

Essa crença criou um obstáculo às instâncias informais de controle, uma vez que atribuiu à pena o papel de introjetar no cidadão o valor de bens como a vida e o patrimônio, resultando em um Direito Penal verdadeiramente dependente da pena. Enfim, acabou por desencadear o simbolismo penal, abrindo as portas para o chamado Direito Penal de Emergência.

Ademais, assim como a prevenção especial é vulnerável ao considerar a ressocialização como necessária a todos os condenados, a prevenção geral positiva deixa de avaliar a possibilidade (real) de nem todos os membros da coletividade estarem aptos a aderir aos valores expressos na norma penal e graduados consoante a quantidade da sanção.

1.2.3. Teoria mista ou unificadora e dupla finalidade: retributiva e preventiva

De acordo com a teoria mista ou unificadora, também denominada de teoria da união, eclética, intermediária, conciliatória ou unitária, a finalidade da pena tanto é castigar o condenado em razão do cometimento da infração penal – caráter retributivo da pena disposto na teoria absoluta – quanto é evitar a prática de novas infrações penais seja por parte do criminoso ou por parte da sociedade – caráter preventivo da pena disposto na teoria relativa.

⁴¹ SICA, Leonardo, *op. cit.*, p. 62-63.

Dessa forma a pena se apresenta em três vertentes: retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

A teoria mista ou unificadora é a adotada pelo Código Penal⁴² brasileiro, em seu artigo 59, *caput*, ao dispor que a pena será estabelecida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

1.3. Os princípios limitadores do *ius puniendi*

Segundo Robert Alexy⁴³, o gênero normas jurídicas comporta duas espécies: regras e princípios. Esse autor, com a finalidade de distinguir os princípios das regras, assevera que, com base no critério da generalidade, aqueles são normas com grau de generalidade relatividade alto, e estas possuem grau de generalidade relativamente baixo. Além disso, os princípios se diferem das regras com base no fato de serem a razão da existência das regras ou por serem as próprias regras. Ademais, esse autor expõe que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes e, destarte, são mandamentos de otimização caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados.

Em um Estado Democrático de Direito, Rogério Greco⁴⁴ destaca que “princípios penais fundamentais, expressos ou implícitos nos textos constitucionais, funcionam como limites internos do *ius puniendi*, tendo todos eles como norte o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Sobre os princípios constitucionais de limitação das penas e das medidas de segurança no direito brasileiro, Salo de Carvalho⁴⁵, por sua vez, enfatiza que:

Os princípios corresponderiam às regras do jogo do direito penal nos Estados democráticos de direito e, em decorrência de sua gradual incorporação pelos textos constitucionais a partir de 1948, estabeleceriam vínculos formais e materiais de validade das normas e das decisões sobre a responsabilidade penal e a aplicação da pena.

⁴² BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848 de 07 dez. de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 dez. 2019.

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2006. p. 90-91.

⁴⁴ GRECO, Rogério, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁵ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 252.

De acordo, ainda, com Salo de Carvalho⁴⁶, com o objetivo de estabelecer uma estrutura de direitos e garantias dos direitos fundamentais, incluindo os direitos individuais, sociais e transindividuais, e de combater o totalitarismo presente por praticamente todas as Constituições ocidentais, após a Segunda Guerra mundial, foi elaborada a carta dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, em que direitos e garantias individuais e coletivos que eram compreendidos somente como direitos naturais foram enunciados e passaram a integrar os sistemas jurídicos, servindo como parâmetro de validade das leis e dos demais atos dos poderes públicos. Outrossim, esse autor afirma, ainda, que “paralelamente, os clássicos princípios do direito penal e do direito processual penal, voltados especialmente à tutela das liberdades individuais, são densificados”.

Mais adiante, Salo de Carvalho aclara que o fato de normas constitucionais determinarem restrições ao exercício do poder punitivo estatal não significa que esse poder tenha sido impedido de agir, e isso fica evidente em razão da presença de mandados de criminalização no próprio texto constitucional, como a determinação de serem previstas como crimes práticas relacionadas à discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, bem como a determinação de inafiançabilidade e de imprescritibilidade da prática de racismo e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático⁴⁷.

Citam-se, entre os princípios limitadores do sistema punitivo, o da legalidade, o da reponsabilidade penal pessoal, o da individualização da pena e o da humanidade das penas.

1.3.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade está estampado no artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.⁴⁸ (...).

⁴⁶ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 253.

⁴⁷ *Idem*, p. 253-254.

⁴⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2019.

Esse preceito constitucional determina que é imprescindível a existência de lei que preveja a conduta considerada como infração penal (preceito primário do tipo penal), bem como sua correspondente sanção penal (preceito secundário do tipo penal), para que seja possível responsabilizar penalmente o sujeito que viole a norma.

Salo de Carvalho explicita que o princípio da legalidade se decompõe em duas regras de legitimação: legitimação formal ou princípio da legalidade em sentido amplo e legitimação substancial ou princípio da legalidade em sentido estrito ou princípio da taxatividade, que caracterizam um sistema jurídico democrático. O referido autor aduz que a legitimação formal condiciona à existência de lei a possibilidade de reconhecimento de comportamento como criminoso e “trata-se de uma regra de divisão do poder punitivo que prescreve ao juiz a possibilidade de declarar como delito somente as condutas que foram reservadas ao legislador determinar como puníveis”. E quanto à legitimação substancial, Salo de Carvalho leciona que “seriam preceitos normativos de formação da linguagem penal que prescrevem ao legislador o uso de termos de extensão determinada na construção dos tipos penais para que, em momento posterior, seja possível sua aplicação judicial”⁴⁹.

Rogério Greco entoa que o princípio da legalidade possui quatro funções: proibir a retroatividade da lei penal; proibir a criação de crimes e penas por meio dos costumes; proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; e proibir incriminações vagas e indeterminadas⁵⁰.

O autor Salo de Carvalho ressalta quanto à possibilidade do uso das demais fontes do direito – direito consuetudinário, jurisprudência e direito comparado – serem admissíveis no direito penal desde que sejam utilizadas com vistas a ampliar a liberdade:

Assim, é absolutamente lícito afirmar a possibilidade de flexibilização ou relativização da legalidade penal; no entanto, apenas se esta flexibilização projetar uma ampliação dos horizontes de liberdade. Neste sentido não se podem esquecer as inúmeras construções dogmáticas que potencializam o uso das fontes materiais e da analogia *in bonam partem*, como, p. ex., as causas supraleais de exclusão da tipicidade (princípio da insignificância e da adequação social), da ilicitude (consentimento do ofendido) e da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa e direito de resistência)⁵¹.

Mais precisamente com relação à sanção penal, o princípio da legalidade se mostra incompatível com eventual pena indeterminada, sendo indispensável para a validade do preceito secundário a determinação prévia da resposta penal a ser imposta ao autor do delito.

⁴⁹ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 254-255.

⁵⁰ GRECO, Rogério, *op. cit.*, p. 32-33.

⁵¹ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 257.

Com o escopo de atender a esse princípio constitucional, o nosso ordenamento jurídico adotou o sistema de penas determináveis dentro de limites rígidos, máximos e mínimos, estabelecidos pelo legislador, para que o juiz, dentro desses balizamentos, no caso concreto, estabeleça a pena justa e necessária à reprovação e à prevenção do delito.

1.3.2. Princípio da Responsabilidade Penal Pessoal

O princípio da responsabilidade penal pessoal está prescrito no artigo 5º, XLV, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.⁵² (...).

De acordo com esse princípio, Salo de Carvalho expõe que “a possibilidade de aplicação da pena é condicionada ao estabelecimento de um vínculo concreto entre o autor do fato e a conduta incriminada, pois a imputação recai apenas sobre aquela pessoa que deu causa ao resultado típico⁵³.”

Mais adiante, Salo de Carvalho⁵⁴ esclarece que o princípio da responsabilização penal pessoal não se cinge à relação de causalidade estabelecida entre a conduta do autor e a ocorrência do resultado previsto na lei penal como ilícito (elemento objetivo), porquanto abarca também a necessidade de que esse sujeito tenha optado livre e conscientemente em violar o preceito incriminador ou, pelo menos, tenha deixado de observar um dever objetivo de cuidado inerente às condutas sociais de risco (elemento subjetivo). Nesse contexto, continua o citado autor a mencionar que há três dimensões restritivas do princípio em questão:

1ª) Vedação de imposição de pena (ou de efeitos acessórios da sanção criminal) a terceiros alheios ao processo de realização do delito; 2ª) Restrição da responsabilidade criminal ao autor da ação ou omissão típica; 3ª) Negação de qualquer modalidade de responsabilidade penal objetiva (*sine culpa*) ou solidária.

⁵² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2019.

⁵³ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 257.

⁵⁴ *Idem*, p. 258-259.

Sobre o tema, merece destaque o ensinamento de Giuseppe Bettiol (1976, p. 85), citado por Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior⁵⁵:

Do caráter afitivo deriva também para a pena o caráter pessoal, no sentido de que pode ser submetido à pena somente quem cometer o crime. Não há responsabilidade penal por fato alheio, diversamente do que ocorre em relação às sanções civis. A responsabilidade penal está intimamente ligada à pessoa do agente, assim como o pressuposto da pena, isto é, a culpabilidade tem caráter estritamente pessoal. Deve-se notar que, nestes últimos tempos, em várias leis penais especiais, foram criadas infelizmente presunções de culpabilidade, de participação num fato alheio que ferem via de regra o princípio de que não se pode punir por motivo algum quem não participou, de algum modo, da prática de um crime. A responsabilidade penal, assim, como não se comunica a estranhos, não se transmite aos herdeiros.

1.3.3. Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena possui assento constitucional no artigo 5º, XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos.⁵⁶ (...).

Segundo os ensinamentos de Salo de Carvalho, o princípio da individualização da pena decorre do modelo de aplicação personalíssima da resposta penal, e esse autor ainda esclarece que “a necessidade de limitação da sanção ao grau de culpabilidade dos autores, dos coautores e dos partícipes do delito impõe uma adequação quantitativa e qualitativa em todos os níveis de habilitação do poder punitivo (Legislativo, Judicial e Executivo) ”⁵⁷.

Esse princípio deve ser analisado em três vertentes: legislativa, judicial e administrativa ou executória.

A fim de caracterizar cada um desses planos, Salo de Carvalho afirma que a individualização legislativa ocorre no ato de produção dos tipos penais incriminadores, em que

⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA Jr, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2002, p. 79-80.

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2019.

⁵⁷ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 261.

a conduta ilícita é explicitada, e o balizamento penal previsto no preceito secundário do tipo é definido; a individualização judicial é instrumentalizada na sentença penal condenatória, de acordo com o horizonte punitivo definido pelo legislador; e, por fim, a individualização administrativa ou executiva que se relaciona com execução da sentença penal condenatória já transitada em julgado, fase em que a individualização da pena preza pela efetivação dos direitos dos condenados concernentes à quantidade da pena (remição, detração e comutação), à qualidade da pena (prescrição, indulto, progressão de regime prisional e *novatio legis* benéfica) e ao cumprimento da pena em estabelecimento de acordo com o delito, a idade e o sexo do apenado⁵⁸.

Cabe pontuar que Alessandro Baratta (2002, p. 161), citado por Thayara Castelo Branco (2019, p. 115), denominou o processo de produção de normas e de definição de conduta desviada de criminalização primária; o processo de aplicação dessas normas, por meio do processo penal, pelos órgãos de investigação e pelo Poder Judiciário, de criminalização secundária; e o processo de execução das penas e das medidas de segurança, de criminalização terciária⁵⁹.

Em trabalho sobre o tema, esclarece Paulo Xavier de Souza⁶⁰:

(...) o termo individualização da pena, empregado pela Constituição Federal (art. 5º, XLVI), não se satisfaz com uma interpretação estrita; ao contrário, comporta a ideia de individualização ampla, interpretada como atividade que se desdobra em três momentos sucessivos, porém, integrados, que conjuntamente materializam o verdadeiro conteúdo do princípio de individualização, requerendo prudência redobrada dos órgãos encarregados da sua instrumentalização prática, visando a permitir maior eficácia do princípio como instrumento de garantia da liberdade individual, atendendo à filosofia do Estado Democrático que buscou inspiração no ideal do Estado Democrático de Direito e no princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88).

1.3.4. Princípio da Humanidade das Penas

Com a finalidade de que o sistema punitivo brasileiro seja pautado em preceitos humanitários e condicionado ao respeito às garantias dos direitos fundamentais, o princípio da

⁵⁸ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 262-263

⁵⁹ BRANCO, Thayara Castelo. *A (des) legitimação das medidas de segurança no Brasil*. 2. ed., rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 115.

⁶⁰ SOUZA, Paulo Xavier de. *Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 29.

humanidade das penas está previsto no artigo 5º, incisos III e XLVII, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 (...)

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
 (...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis.⁶¹ (...).

No que se refere à pena de morte, que, em regra, é vedada, Salo de Carvalho⁶² destaca que com a ratificação, pelo Brasil, por meio do Decreto nº 678/1992⁶³, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), proíbe-se que essa pena seja restabelecida, em razão da cláusula de proibição de retrocesso, em conformidade com o artigo 4º, ‘3’, da mencionada Convenção:

Artigo 4
 Direito à Vida
 (...)

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
 (...)

Em continuação, Salo de Carvalho menciona:

A vedação da pena de morte e do tratamento cruel apresenta-se, na Constituição de 1988, como um desdobramento do princípio de respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, III), harmonizando-se com os demais dispositivos relativos à vedação da tortura e de qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), bem como às prescrições de respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIV). Esta variedade de dispositivos conforma uma cadeia de princípios humanistas que deve orientar as práticas punitivas, reforçando a ideia da instrumentalidade redutora (redução de danos) da dogmática penal (dogmática consequente)⁶⁴.

⁶¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2019.

⁶² CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 267.

⁶³ BRASIL. Decreto nº 678 de 06 de nov. de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 dez. 2019.

⁶⁴ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 267.

Capítulo 2. A MEDIDA DE SEGURANÇA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

2.1. Sanções Penais: Penas e Medidas de Segurança

De acordo com o conceito trazido por Cleber Masson, “sanção penal é a resposta estatal, no exercício do *ius puniendi* e após o devido processo penal, ao responsável pela prática de um crime ou de uma contravenção penal”⁶⁵.

Há duas espécies do gênero sanção penal no direito penal brasileiro: pena e medida de segurança. A primeira é dirigida aos imputáveis e semi-imputáveis sem periculosidade, em que a responsabilidade penal se sustenta em um juízo de culpabilidade. Já a segunda, em que a responsabilidade penal é fundada em um juízo de periculosidade, é destinada aos inimputáveis psíquicos e semi-imputáveis dotados de periculosidade, nos termos do que dispõem os artigos 26 e 98, ambos do Código Penal⁶⁶:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Enfatiza Salo de Carvalho⁶⁷ que “a semi-imputabilidade é uma categoria intermediária entre a capacidade e a incapacidade plenas” e que os agentes que praticam condutas consideradas ilícitas estão sujeitos a distintas consequências do direito penal brasileiro: “Primeira, aplicação de pena ao imputável; segunda, aplicação de pena reduzida ou de medida de segurança ao semi-imputável; terceira, aplicação de medida de segurança ao inimputável psíquico; quarta, aplicação da medida socioeducativa ao inimputável etário”.

⁶⁵ MASSON, Cleber, *op. cit.*, p. 567

⁶⁶ BRASIL. Código Penal. Decreto-lei 2.848 de 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁶⁷ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 499.

Convém ressaltar que, segundo explicitado por José Elias Gabriel Neto e Luciano André Losekan⁶⁸, em razão da reforma da parte geral do Código Penal brasileiro, operada pela Lei nº 7.209/1984, foi abandonado o sistema do duplo binário ou sistema do dualismo rígido ou, ainda, do duplo trilho e foi adotado o sistema vicariante.

Registra-se que, no sistema do duplo binário, inspirado no Código Penal italiano, os indivíduos dotados de periculosidade, imputáveis ou semi-imputáveis, deviam sujeitar-se ao cumprimento da pena imposta, tendo em vista sua culpabilidade, e, posteriormente, ao cumprimento da medida de segurança.

Destarte, seriam aplicadas, sucessivamente, pena e medida de segurança ao infrator da lei penal, seja no caso de ele ter sido acometido por algum transtorno mental no curso do processo penal ou no caso de já ser portador de transtorno mental no momento da prática da infração penal.

E, no atual sistema vicariante ou unitário, caso o magistrado constate tratar-se de sujeito portador de transtorno mental, inimputável ou semi-imputável, dotado de periculosidade, será determinada a aplicação apenas da medida de segurança.

Convém ressaltar que a imputabilidade é um dos componentes da culpabilidade, e, esta, por sua vez, compõe a estrutura do conceito analítico, formal ou dogmático de crime, de acordo com o conceito tripartido de crime, o qual considera que os elementos do crime são fato típico, ilicitude e culpabilidade. Ou, consoante o conceito bipartido de crime, a culpabilidade é entendida como pressuposto de aplicação da pena, uma vez que os elementos que integram o crime são fato típico e ilicitude.

Na verdade, independentemente da adoção do conceito bipartido ou tripartido de crime, fato é que a imputabilidade faz parte da estrutura da culpabilidade, juntamente com a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, nos termos da teoria limitada da culpabilidade, segundo Cleber Masson⁶⁹, que cita decisão do Supremo Tribunal Federal neste sentido:

EMENTA: "*HABEAS CORPUS*". TRÁFICO DE ENTORPECENTES (Art. 12 da Lei n. 6.368/76). ALEGAÇÃO DE VÍCIO NA DOSAGEM DA PENA PORQUANTO EXACERBADA E NÃO FUNDAMENTADA: IMPROCEDÊNCIA. 1. A culpabilidade se determina pela imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e possibilidade do conhecimento do injusto. A quantidade de substância entorpecente apreendida demonstra o imenso potencial ofensivo à sociedade, não havendo como desprezar-se que esta atitude visava tão-somente à obtenção de lucro fácil, mediante procedimento delituoso. Isto, por si só, já justifica a exacerbação da reprimenda. 2. O art. 59, do CP, determina que a fixação da pena deverá atender à culpabilidade, aos

⁶⁸ GABRIEL NETO, José Elias; LOSEKAN, Luciano André. *Medidas de segurança e periculosidade – Aspectos jurídicos, médicos e psicológicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017, p. 14-15.

⁶⁹ MASSON, Cleber, *op. cit.*, p. 467

antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime. Ao fixar a pena, não se adstringe o juízo aos critérios de primariedade e bons antecedentes do réu, mas às condições estabelecidas no dispositivo penal. 3. "*HABEAS CORPUS*" indeferido⁷⁰.

Segundo Cleber Masson, o Código Penal Brasileiro não traz o conceito de imputabilidade, porém descreveu as situações em que há inimputabilidade, em concordância com o disposto em seus artigos 26, *caput*, 27 e 28, § 1º, e, dessa forma, o conceito de imputabilidade é extraído, indiretamente, dessas hipóteses, como sendo “a capacidade mental, inerente ao ser humano de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”⁷¹.

Dessa forma, Cleber Masson leciona que a imputabilidade penal depende da presença simultânea dos elementos intelectual e volitivo. Aquele “é a integridade biopsíquica, consistente na perfeita saúde mental que permite ao indivíduo o entendimento do caráter ilícito do fato”, e este “é o domínio de vontade, é dizer, o agente controla e comanda seus impulsos relativos à compreensão do caráter ilícito do fato, determinando-se de acordo com esse entendimento”⁷².

Da leitura do artigo 27, do Código Penal brasileiro, em obediência ao preceito constitucional previsto no artigo 228, da Constituição da República Federativa do Brasil, depreende-se que o Brasil adotou o critério cronológico para fins de imputabilidade penal, tendo em vista que esse diploma normativo alude que “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”, logo, *a contrario sensu*, conclui-se que, para fins de responsabilização penal, presume-se, embora relativamente, visto que se admite prova em contrário, que o sujeito, ao completar 18 anos de idade, torna-se imputável.

Vale ressaltar que, de acordo com o artigo 26, do Código Penal brasileiro, a imputabilidade deve ser verificada ao tempo da ação ou da omissão. Destarte, menciona Cleber Masson que “se ao tempo da conduta o réu era imputável, a superveniência de doença mental não altera esse quadro. O réu deve ser tratado como imputável, limitando-se a nova causa a

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* nº 73.097/MS, da 2ª Turma, Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ: 19/04/1996. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+73097%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+73097%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=htt p://tinyurl.com/mx2v27x>> Acesso em: 14 nov. 2019.

⁷¹ MASSON, Cleber, *op. cit.*, p. 476

⁷² *Idem*, p. 476

suspender o processo até o seu restabelecimento”⁷³, nos termos do artigo 152, *caput*, do Código de Processo Penal⁷⁴:

Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149.

§ 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.

§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença.

Aponta a doutrina três critérios para aferição da inimputabilidade: o biológico, o psicológico e o biopsicológico.

Segundo Cleber Masson, para o critério biológico, estará caracterizada a inimputabilidade caso o sujeito seja portador de transtorno mental ou possuidor de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, fatos esses provados em laudo pericial, mesmo que, ao tempo da ação ou da omissão concernente à infração penal, esse agente tenha demonstrado comportamento condizente com a lucidez e compatível a entender o caráter ilícito do fato e a determinar-se de acordo com esse entendimento. A respeito desse critério, esse autor afirma que “esse sistema atribui demasiado valor ao laudo pericial, pois se o auxiliar da Justiça apontasse um problema mental, o magistrado nada poderia fazer. Seria presumida a inimputabilidade, de forma absoluta”⁷⁵.

Para o critério psicológico, é irrelevante se o sujeito possui ou não determinada deficiência mental, tendo em vista que a inimputabilidade estará caracterizada se o agente se mostrar incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Nesse diapasão, Cleber Masson entoa que o inconveniente desse critério “é abrir espaço para o desmedido arbítrio do julgador, pois competiria exclusivamente ao magistrado decidir sobre a imputabilidade do réu”⁷⁶.

Por fim, há no critério biopsicológico a fusão dos critérios biológico e psicológico, pois, é considerado inimputável aquele que, ao momento da prática da infração penal, é portador de transtorno mental e, por essa característica, é incapaz de entender o caráter ilícito do fato delituoso ou de se comportar como esse entendimento. Nessa hipótese, Cleber Masson aduz que “esse sistema conjuga as atuações do magistrado e do perito. Este (perito) trata da questão biológica, aquele (juiz) da psicológica”⁷⁷.

⁷³ MASSON, Cleber, *op. cit.*, p. 476.

⁷⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689 de 03 de out. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 04 dez. 2019.

⁷⁵ MASSON, Cleber, *op. cit.*, p. 477.

⁷⁶ *Idem*, p. 477.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 477.

O Código Penal brasileiro acolheu como regra o sistema biopsicológico e, excepcionalmente, o sistema biológico para os menores de 18 anos e o sistema psicológico para os casos em que o sujeito atua sob efeito de embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, de acordo com o disposto nos artigos 26, *caput*, 27 e 28, § 1º, desse diploma legal, nos termos expostos por Cleber Masson⁷⁸.

Com exceção da inimputabilidade própria dos menores de 18 anos, que se sujeitam à legislação especial da Lei nº 8.078/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e, de acordo com o conceito tripartido de crime, em que a culpabilidade é elemento do crime, os sujeitos inimputáveis que violam a norma penal são processados e julgados segundo as regras da legislação penal e, ao fim, são absolvidos impropriamente, já que, embora tenham praticado fato típico e ilícito, são desprovidos de culpabilidade, por ausência da imputabilidade, não lhes sendo imposta pena, mas sim medida de segurança, como previsto no artigo 386, parágrafo único, III, do Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

- I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;
- II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- III - aplicará medida de segurança, se cabível.

Salo de Carvalho explicita que a incapacidade, seja a psíquica ou a etária, no direito penal brasileiro, atinge diretamente a culpabilidade, tendo em vista que, nos termos do Código Penal, “a menoridade absoluta, a doença mental e o desenvolvimento mental retardado ou incompleto são causas de exclusão da culpabilidade, razão pela qual as condutas praticadas por pessoas nestas situações não podem ser adjetivadas como crime⁷⁹”. Vale ressaltar que, ao que tudo indica, o citado autor adota o conceito tripartido de crime, em que a culpabilidade não é taxada como um pressuposto para a aplicação da pena, mas sim como um dos elementos que

⁷⁸ MASSON, Cleber, *op. cit.*, p. 477.

⁷⁹ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 500.

compõe o conceito analítico, formal ou dogmático de crime, pois afirma que “a inexistência de crime acarreta, conseqüentemente, a impossibilidade de aplicação de pena”⁸⁰.

Cleber Masson⁸¹ explica que o juízo de culpabilidade, que é exercido, de acordo com o conceito bipartido de crime, em razão de a culpabilidade ser pressuposto para a aplicação da pena, em se tratando de inimputáveis e semi-imputáveis dotados de periculosidade, é substituído pelo juízo de periculosidade, o qual fundamenta a aplicação de medida de segurança. Todavia, esse autor assegura que o Código Penal brasileiro presume de forma absoluta a periculosidade dos inimputáveis, nos termos do *caput* do seu artigo 97:

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Perícia médica

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Desinternação ou liberação condicional

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Esclarece Salo de Carvalho que, por opção de política criminal, o sistema de responsabilização penal possui duas espécies de respostas jurídicas ao autor de conduta considerada ilícita, uma fundada no sistema de culpabilidade, que se refere à aplicação de pena ao agente imputável, e outra fundada no sistema de periculosidade, concernente à aplicação de medida de segurança ao inimputável psíquico ou ao semi-imputável, dotado de periculosidade⁸².

De acordo com Cleber Masson⁸³, as espécies de sanções penais, pena e medida de segurança, possuem características distintas, visto que a pena, de acordo com a teoria eclética, possui dupla finalidade: retributiva (pena atua como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso) e preventiva (a finalidade da pena é evitar futuras ações puníveis). E a medida de

⁸⁰ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 500.

⁸¹ MASSON, Cleber, *op. cit.*, p. 482-483.

⁸² CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 501.

⁸³ MASSON, Cleber, *op. cit.*, p. 860

segurança destina-se exclusivamente à prevenção de novas infrações penais (prevenção especial de ressocialização do agente dotado de periculosidade).

Ademais, a pena é aplicada por período certo, e a medida de segurança é determinada quanto ao prazo mínimo e indeterminada quanto ao prazo máximo, nos termos do disposto no artigo 97, § 1º, do Código Penal brasileiro.

Outro ponto que diferencia a pena da medida de segurança é que, para a aplicação daquela, é necessário um juízo positivo de culpabilidade e, para a aplicação desta, é necessário um juízo positivo de periculosidade.

Outrossim, a pena possui como destinatários agentes imputáveis e semi-imputáveis não dotados de periculosidade. E a medida de segurança possui como destinatários sujeitos inimputáveis psíquicos e semi-imputáveis dotados de periculosidade.

Além disso, as espécies de penas previstas no Código Penal brasileiro são as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a de multa, em conformidade com o disposto no artigo 32, do Código Penal brasileiro, e as espécies de medida de segurança são a detentiva, que importa em privação de liberdade, e a restritiva, em que o sujeito, embora em liberdade, deve se submeter a tratamento ambulatorial, nos termos do artigo 96, desse mesmo diploma legal:

Art. 32 - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
 I - Privativas de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
 II - Restritivas de direitos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
 III - de multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Art. 96. As medidas de segurança são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
 I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
 II - Sujeição a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
 Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Importa esclarecer que o critério definidor para a imposição da espécie de medida de segurança é a natureza da pena privativa de liberdade cominada em abstrato à infração penal. Pois, a medida de segurança será obrigatoriamente detentiva, se o fato for punível com pena de reclusão, e, na hipótese de o fato ser punível com pena de detenção, o juiz, tendo como parâmetro o grau de periculosidade do réu, fixará a medida de segurança detentiva ou restritiva, nos termos dispostos no artigo 97, *caput*, do Código Penal.

2.2. Tratamento mais gravoso dispensado ao agente submetido à medida de segurança

De início, ressalta-se que os dispositivos constitucionais que evidenciam garantias aos direitos fundamentais limitadoras do sistema punitivo estatal, em sua literalidade, como o princípio da legalidade, o da responsabilidade penal pessoal e o da individualização da pena, fazem menção apenas às penas, não abarcando as medidas de segurança.

Essa ausência de positivação de princípios potencializa a vulnerabilidade dos indivíduos dotados de periculosidade e sujeitos à medida de segurança, tendo em vista que ficam mais propensos a terem seus direitos violados pela atuação do poder punitivo estatal.

De acordo com os ensinamentos de Salo de Carvalho, o sujeito perigoso é aquele que “diferentemente do culpável, não possui condições mínimas de discernir a situação em que está envolvido, sendo impossível avaliar a ilicitude de seu ato e, conseqüentemente, atuar de acordo com as expectativas do direito” e que a periculosidade, cujo grau é verificado por meio do incidente de insanidade mental, é um estado de antissociabilidade que enseja a realização de um juízo de delinquência futura – prognóstico de delinquência futura – sobre o autor do fato definido em lei como crime⁸⁴.

Mais adiante, Salo de Carvalho revela que o reconhecimento do estado de periculosidade do sujeito se traduz na produção de efeitos sancionatórios, pois, “em razão de a periculosidade ser entendida como um estado ou atributo natural do sujeito – o indivíduo carrega consigo uma potência delitiva que a qualquer momento pode concretizar um ato lesivo contra si ou contra terceiro –, a resposta estatal não pode ser determinada *ex ante*⁸⁵”.

Sendo assim, para inaugurar o conjunto de distinções desfavoráveis ao agente sujeito à medida de segurança quando comparado àquele ao qual lhe é imposta pena, utiliza-se justamente o argumento de que a aplicação daquela sanção penal possui finalidade terapêutica, curativa, e, por consequência, deve perdurar durante o tempo necessário do tratamento, que objetiva cessar a periculosidade do agente, com o controle da disposição delitiva. Nesse cenário, há a possibilidade de flagrante violação do princípio da humanidade das penas, tendo em vista a viabilidade de perpetuação da resposta punitiva cominada ao sujeito perigoso, pois o artigo 97, em seu § 1º, do Código Penal, enuncia que a medida de segurança será por tempo indeterminado:

⁸⁴ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 502.

⁸⁵ *Idem*, p. 502.

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (...)

Importa acrescentar que, segundo a vedação constitucional de prisão perpétua, Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 786, *apud* CARVALHO, Salo de, p. 513) argumenta que “como pena e medida de segurança não se distinguem ontologicamente, é lícito sustentar que essa previsão legal – vigência por prazo indeterminado da medida de segurança – não foi recepcionada pelo atual texto constitucional”⁸⁶.

Ao passo que, com relação à pena, o Código Penal limita, em seu artigo 75, o prazo máximo de cumprimento dessa sanção penal:

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (...)

Porém, importante salientar que, em razão da publicação da Lei nº 13.964/2019⁸⁷ (Lei do Pacote Anticrime), ocorrida no dia 24 de dezembro de 2019, a redação do artigo 75 do Código Penal sofrerá alteração, consoante o artigo 2º daquela lei, e passará a dispor que o prazo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade será de 40 (quarenta) anos, nos seguintes termos:

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

Ressalta-se, portanto, que a alteração desse dispositivo do Código Penal ocorrerá a partir do dia 23 de janeiro de 2020, visto que o prazo de *vacatio legis* da Lei nº 13.964/2019 é de 30 (trinta) dias, conforme disposto em seu artigo 20 e de acordo com a contagem de prazo prevista no artigo 8º da Lei Complementar nº 95/1998.

Todavia, embora não exista limitação legal quanto ao prazo máximo de aplicação da medida de segurança, Salo de Carvalho menciona que o legislador, por outro lado, não se inibiu de fixar o prazo mínimo de aplicação dessa sanção penal, segundo se depreende da leitura do §

⁸⁶ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, 513.

⁸⁷ BRASIL. Lei nº 13.964 de 24 de dez. de 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20>. Acesso em: 01 jan. 2020.

1º do artigo 97 do Código Penal, e isso, na realidade, demonstra “a inserção (subliminar) de uma tarefa retributiva de sanção aos inimputáveis pelo cometimento do ilícito”⁸⁸, pois, mesmo com a cessação de periculosidade antes do prazo mínimo fixado em lei, que evidenciaria a desnecessidade da submissão do agente à manutenção da medida de segurança, frente ao seu viés terapêutico, o agente continuaria sob o controle penal por imposição legal.

Para Paulo Queiroz (2011, p. 457), citado por Salo de Carvalho (2013, p. 516), em caso de cessação da periculosidade do agente, “a medida de segurança perde a sua razão de ser, parecendo que o constrangimento deva cessar prontamente, em homenagem aos princípios da humanidade e proporcionalidade, especialmente”⁸⁹. Ao encontro dessa posição, Miguel Reale Júnior (2004, p. 176), citado também por Salo de Carvalho (2013, p. 516), lembra que a Lei de Execução Penal prevê, em seu artigo 176, a possibilidade de que o exame de cessação de periculosidade ocorra antes do prazo mínimo de 1 ano⁹⁰:

Art. 176. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior⁹¹.

No entendimento de Salo de Carvalho, “a solução mais adequada, portanto, parece ser a não definição do tempo mínimo, inclusive porque inexistem critérios adequados, na doutrina e na jurisprudência, que orientem essa quantificação”⁹²

Certo é que a jurisprudência tem afastado a correlação exata entre o tempo máximo da medida da segurança e a cessação da periculosidade do agente, visto que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça afirmam que, em razão do caráter punitivo constante na medida de segurança, deve haver prazo máximo de duração dessa sanção penal, nos termos das decisões do Supremo Tribunal Federal que fixam o prazo máximo da medida de segurança em 30 (trinta) anos:

EMENTA: PENAL. *HABEAS CORPUS*. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.216/2001. WRIT CONCEDIDO EM PARTE. I – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Na espécie, entretanto, tal prazo não foi alcançado. II - Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal).

⁸⁸ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 503.

⁸⁹ *Idem*, p. 516.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 516.

⁹¹ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de jul. de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 28 dez. 2019.

⁹² CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 516.

III – Laudo psicológico que reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio. IV – Ordem concedida em parte para determinar a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.216/2001, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente⁹³.

EMENTA: PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. MEDIDA DE SEGURANÇA. CUMPRIMENTO DA MEDIDA EM PRAZO SUPERIOR AO DA PENA MÁXIMA COMINADA AO DELITO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INÍCIO DO CUMPRIMENTO. MARCO INTERRUPTIVO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. CONTINUIDADE. PRAZO MÁXIMO DA MEDIDA. 30 (TRINTA) ANOS. PRECEDENTES DO STF. DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA. ART. 5º DA LEI 10.216/2001. APLICABILIDADE. ALTA PROGRESSIVA DA MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO DE 6 (SEIS) MESES. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. A prescrição da medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o marco interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, **limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos, conforme a jurisprudência pacificada do STF** (grifo deste trabalho). Precedentes: HC 107.432/RS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 24/5/2011; HC 97.621/RS, Relator Min. Cezar Peluso, Julgamento em 2/6/2009. 2. In casu: a) o recorrente, em 6/4/1988, quando contava com 26 (vinte e seis) anos de idade, incidiu na conduta tipificada pelo art. 129, § 1º, incisos I e II, do Código Penal (lesões corporais com incapacidade para o trabalho por mais de 30 dias), sendo reconhecida a sua inimputabilidade, nos termos do caput do artigo 26 do CP, b) processada a ação penal, ao recorrente foi aplicada a medida de segurança de internação hospitalar em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos, sendo certo que o recorrente foi internado no Instituto Psiquiátrico Forense, onde permanece até a presente data, decorridos mais de 23 (vinte e três) anos desde a sua segregação; c) o recorrente tem apresentado melhoras, tanto que não está mais em regime de internação, mas de alta progressiva, conforme laudo psiquiátrico que atesta seu retomo gradativo ao convívio social. 3. A desinternação progressiva é medida que se impõe, provendo-se em parte o recurso para o restabelecimento da decisão de primeiro grau, que aplicou o art. 5º da Lei 10.216/2001, determinando-se ao Instituto Psiquiátrico Forense que apresente plano de desligamento, em 60 (sessenta) dias, para que as autoridades competentes procedam à "política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida" fora do âmbito do IPF. 4. Recurso provido em parte⁹⁴.

Entretanto, para o Superior Tribunal de Justiça, consoante decisões proferidas, inclusive com entendimento sumulado, o limite máximo da medida de segurança deve ser aquele correspondente ao máximo da pena abstratamente cominada ao tipo penal violado pelo portador de sofrimento psíquico:

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* nº 107.432/RS, da 1ª Turma, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 09/06/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1223082&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20%20107432>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *HABEAS CORPUS* nº 103.383/RS, da 1ª Turma, Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 04/11/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=629266&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RHC%20%20100383>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

Súmula 527-STJ: O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado⁹⁵.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO. ART. 97, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PROVIDO. 1. Paciente preso em flagrante no dia 20/10/2010, por crime de lesão corporal cometido contra sua tia, sendo o flagrante homologado e convertido em prisão preventiva. 2. Prolatada sentença de absolvição imprópria, submetendo o réu ao cumprimento de medida de segurança por prazo indeterminado, foi interposta apelação, parcialmente provida, apenas para limitar o tempo máximo de cumprimento da medida de segurança ao máximo de 30 anos, nos termos do art. 75 do Código Penal. 3. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que o limite máximo da duração da medida de segurança é o mesmo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, com base nos princípios da isonomia e da proporcionalidade. 4. *HABEAS CORPUS* não conhecido. Writ concedido, de ofício, para, fixando o prazo máximo de 3 anos para a medida de segurança, declarar o término do seu cumprimento⁹⁶.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO E HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. PRORROGAÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA. LAUDOS PERICIAIS. PERMANÊNCIA DA PERICULOSIDADE DO AGENTE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO AO MÁXIMO DA PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. PEDIDO DE DESINTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *HABEAS CORPUS* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República. 2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *HABEAS CORPUS* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade. 3. As instâncias ordinárias constataram, com fulcro em laudos periciais, que o Paciente não está em condições de retornar ao convívio social. Em decorrência dessa constatação, decidiram pela manutenção da medida de segurança, com possibilidade de alta progressiva. 4. Consoante o disposto no art. 182 do Código de Processo Penal, o laudo pericial não vincula o magistrado, que poderá aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, desde que o faça em decisão validamente motivada, o que restou observado no caso em apreço. 5. Nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 97, § 1.º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade. Assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 527. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HABEAS CORPUS* nº 269.377/AL, da 6ª Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 13/10/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153309534/habeas-corpus-hc-269377-al-2013-0124571-2/certidao-de-julgamento-153309548?ref=serp>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

perpetrado e não pode ser superior a 30 (trinta) anos, situações não ocorrentes no caso. 6. Ordem de *HABEAS CORPUS* não conhecida⁹⁷.

Por conseguinte, para o imputável, violador das normas de direito penal, com base no tempo fixado da pena, haverá a regulação dos seus direitos concernentes à progressão de regime, ao livramento condicional, à remição, à detração, ao indulto, à comutação e ao prazo prescricional em concreto. E, para o sujeito submetido à medida de segurança, o prazo máximo dessa reprimenda penal estará associado à cessação da periculosidade, segundo imposição legal, ou será de 30 anos, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, ou será limitado ao limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Importa salientar que José Elias Gabriel Neto e Luciano André Losekan⁹⁸ destacam que o tempo de duração da medida de segurança substitutiva da pena privativa de liberdade, hipótese em que, durante o cumprimento dessa pena, o preso é acometido de transtorno mental, nos termos do que dispõe o artigo 183, da Lei de Execução Penal – Lei 7.210/1984, é limitado pelo saldo da pena privativa de liberdade ainda a cumprir, independentemente da cessação de periculosidade do sujeito.

Corroborando com esse entendimento Ricardo Antonio Andreucci:

O mais lógico é que tal medida tenha seu limite fixado no restante da pena privativa de liberdade que o condenado tinha ainda por cumprir. E isso porque a imputabilidade, no caso, foi verificada no momento do crime, quando o agente era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, recebendo, em contrapartida, a justa punição. Se, no curso da execução, tornou-se doente mental, merece tratamento, mas não por tempo indeterminado. Vencido o prazo inicialmente fixado para a pena privativa de liberdade e persistindo a doença mental, deverá o agente ser desinternado e colocado à disposição do juízo cível competente, para que se lhe promova a interdição ou outra medida adequada. Restabelecendo-se o agente, voltará para o cárcere⁹⁹.

Para Amilton Bueno de Carvalho (2007, p. 201), citado por Salo de Carvalho (2013, p. 515), a fim de que se assegurasse ao sujeito dotado de sofrimento psíquico o mesmo tratamento dispensado ao imputável, com vistas a observar o princípio constitucional da isonomia e da proporcionalidade, o prazo da medida de segurança não poderia ser maior do que a pena que seria aplicada caso o agente fosse imputável.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HABEAS CORPUS* nº 285.953/RS, da 5ª Turma. Relator: Ministra Laurita Vaz. DJ: 24/06/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25147954/habeas-corpus-hc-285953-rs-2013-0422383-2-stj/certidao-de-julgamento-25147957?ref=serp>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

⁹⁸ GABRIEL NETO, José Elias; LOSEKAN, Luciano André, *op. cit.*, p. 17-18.

⁹⁹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Medida de Segurança*. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/medida-de-seguranca>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

Neste sentido, Salo de Carvalho expõe¹⁰⁰:

O julgador, na sentença (absolvição imprópria), realizaria a dosimetria da medida, como se pena fosse – excluindo, logicamente, das circunstâncias de análise aquelas relativas à culpabilidade, pois se trata de inimputável –, estabelecendo o horizonte sancionatório máximo. O procedimento é absolutamente adequado, inclusive para fins de orientação dos prazos prescricionais e definição dos direitos inerentes à execução das medidas de segurança.

Importante salientar que, segundo Salo de Carvalho, há um processo de inversão, denominado de reversibilidade, em que ocorre a violação dos direitos do portador de sofrimento psíquico em conflito com a lei justamente sob o argumento de protegê-los. Esse autor ressalta que a exclusão da responsabilidade penal desse sujeito, com o propósito de garantir seus direitos, concretiza a reversibilidade, pois, “o mesmo processo de desresponsabilização que veda a imposição de pena afasta todos os limites inerentes à intervenção punitiva”¹⁰¹.

Em vista disso, mais adiante, Salo de Carvalho¹⁰² cita que, além da possibilidade de perpetuidade da medida de segurança, há outras situações que trazem prejuízos aos direitos e às garantias dos indivíduos sujeitos à essa sanção penal:

No âmbito do direito penal material, o *status* da inimputabilidade obstaculiza a incidência de uma série de garantias, notadamente as causas de exclusão da tipicidade (princípio da insignificância e princípio da adequação social), da ilicitude (consentimento do ofendido), da própria culpabilidade (coação moral irresistível, erro de proibição inevitável, inexigibilidade de conduta diversa) e da punibilidade (prescrição). Na órbita processual, são afastados inúmeros institutos despenalizadores como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Na esfera da execução das medidas de segurança, são excluídos inúmeros direitos assegurados aos presos como a remição, a detração, a progressão de regime e o livramento condicional – veja-se, p. ex., que a comutação e o indulto foram previstos apenas nos últimos Decretos presidenciais. Ademais, registre-se que este diagnóstico é feito sem propor uma análise comparativa entre as condições materiais em que ocorra a execução das penas e das medidas, pois se a situação carcerária nacional é, por si só, uma afronta aos direitos humanos, o cenário dos hospitais de custódia e dos manicômios judiciais rememora, sem exagero, as piores experiências de degradação humana presenciadas na história, que foram os campos de concentração criados pelo nacional-socialismo germânico.

Também Tânia Maria Nava Marchewka, ao analisar os aspectos criminológicos da Lei nº 9.099/1995, dos Juizados Especiais Criminais, que possui caráter despenalizador, ressalta que o princípio da adequação está para a suspensão condicional do processo assim como o princípio da individualização está para a pena. Diante disso, em seguida, essa autora afirma que

¹⁰⁰ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 515.

¹⁰¹ *Idem*, p. 520.

¹⁰² *Ibidem*, p. 520.

afastar a incidência da citada lei no caso de indivíduos portadores de transtornos mentais seria “a denegação da justiça e, ao mesmo tempo, flagrante violação dos direitos humanos”¹⁰³.

Outrossim, Salo de Carvalho expõe que também há restrições aos direitos do sujeito portador de transtorno mental quanto ao fato de a definição da espécie da medida de segurança, detentiva ou restritiva, ser baseada na natureza da pena cominada em abstrato à infração penal, visto que isso impede o devido procedimento de individualização da medida de segurança¹⁰⁴.

Na mesma linha, Tânia Maria Nava Marchewka ressalta que “esse critério rígido não é justo, nem mais adequado, sendo aconselhável que a lei deixasse ao prudente entendimento do juiz escolher entre a internação e o tratamento em liberdade”¹⁰⁵.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu quanto à possibilidade de substituição da internação por tratamento ambulatorial, mesmo em se tratando de caso em que a pena abstratamente cominada ao fato típico era de reclusão:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Execução. Condenação a pena de reclusão, em regime aberto. Semi-imputabilidade. Medida de segurança. Internação. Alteração para tratamento ambulatorial. Possibilidade. Recomendação do laudo médico. Inteligência do art. 26, caput e § 1º do Código Penal. Necessidade de consideração do propósito terapêutico da medida no contexto da reforma psiquiátrica. Ordem concedida. Em casos excepcionais, admite-se a substituição da internação por medida de tratamento ambulatorial quando a pena estabelecida para o tipo é a reclusão, notadamente quando manifesta a desnecessidade da internação¹⁰⁶.

Também o Superior Tribunal de Justiça concedeu o tratamento ambulatorial para conduta punida com pena de reclusão:

EMENTA: PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO PRIVILEGIADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUE NÃO FOI EXAMINADO PELO TRIBUNAL *A QUO* - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO QUE NÃO SE ADEQUA À NECESSIDADE SOCIAL NEM AO FIM CURATIVO ALMEJADO. CONDENAÇÃO QUE SE FOSSE EFETIVADA IMPLICARIA EM PENA DE DETENÇÃO. PACIENTE QUE SE ADEQUARIA MELHOR A TRATAMENTO REALIZADO EM MEIO LIVRE, COMO RECOMENDA HOJE A PSIQUIATRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESTA EXTENSÃO CONCEDIDA.

1. Não se pode conhecer de matéria que não foi submetida ao Tribunal *a quo*, sob pena de supressão de instância.
2. Paciente inimputável que, se condenado, ficaria sujeito à pena de detenção, pois é primário, de bons antecedentes, e o objeto furtado é de pequeno valor.

¹⁰³ MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. *Aspectos Criminológicos da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais*. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/35250/aspectos%20criminologicos.pdf?sequence=1>> Acesso em: 16 fev. 2019.

¹⁰⁴ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 512.

¹⁰⁵ MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. *As Contradições das Medidas de Segurança no Contexto do Direito Penal e da Reforma Psiquiátrica no Brasil –* Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82762/85743>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* nº 85.401/RS, da 2ª Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 12/02/2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+85401%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+85401%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/knrjofc>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

3. A medida de segurança deve atender a dois interesses: a segurança social e principalmente ao interesse da obtenção da cura daquele a quem é imposta, ou a possibilidade de um tratamento que minimize os efeitos da doença mental, não implicando necessariamente em internação.
4. Não se tratando de delito grave, mas necessitando o paciente de tratamento que o possibilite viver socialmente, sem oferecer risco para a sociedade e a si próprio, a melhor medida de segurança é o tratamento ambulatorial, em meio livre.
5. Ordem parcialmente conhecida e nesta extensão concedida, para permitir ao paciente o tratamento ambulatorial¹⁰⁷.

Também há decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que admitem a desinternação progressiva:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Réu inimputável. Imposição de medida de segurança. Prazo indeterminado. Cumprimento que dura há vinte e sete anos. Prescrição. Não ocorrência. Precedente. Caso, porém, de desinternação progressiva. Melhora do quadro psiquiátrico do paciente. HC concedido, em parte, para esse fim, com observação sobre indulto.

1. A prescrição de medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se-lhe o prazo com o início do seu cumprimento.
2. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos.
3. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação¹⁰⁸.

EMENTA: PENAL. EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA MEDIDA, TODAVIA, NOS TERMOS DO ART. 75 DO CP. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.216/01. *WRIT* CONCEDIDO EM PARTE.

- I. Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal).
- II. Esta Corte, todavia, já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Precedente.
- III. Laudo psicológico que, no entanto, reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio.
- IV. Ordem concedida em parte para extinguir a medida de segurança, determinando-se a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.216/01, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente¹⁰⁹.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HABEAS CORPUS* nº 113.016/MS, da 6ª Turma. Relatora: Ministra Jane Silva. DJ: 09/12/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4425375&num_registro=200801746302&data=20081209&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29 dez. 2019.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* nº 97.621/RS, da 2ª Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 26/06/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4344434/habeas-corpus-hc-97621-rs>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* nº 98.360/RS, da 1ª Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 23/10/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604609>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. MEDIDA DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. As medidas de segurança se submetem ao regime ordinariamente normado da prescrição penal. Prescrição a ser calculada com base na pena máxima cominada ao tipo penal debitado ao agente (no caso da prescrição da pretensão punitiva) ou com base na duração máxima da medida de segurança, trinta anos (no caso da prescrição da pretensão executória). Prazos prescricionais, esses, aos quais se aplicam, por lógico, os termos iniciais e marcos interruptivos e suspensivos dispostos no Código Penal. 2. Não se pode falar em transcurso do prazo prescricional durante o período de cumprimento da medida de segurança. Prazo, a toda evidência, interrompido com o início da submissão do paciente ao “tratamento” psiquiátrico forense (inciso V do art. 117 do Código Penal). 3. No julgamento do HC 97.621, da relatoria do ministro Cezar Peluso, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu cabível a adoção da desinternação progressiva de que trata a Lei 10.216/2001. Mesmo equacionamento jurídico dado pela Primeira Turma, ao julgar o HC 98.360, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, e, mais recentemente, o RHC 100.383, da relatoria do ministro Luiz Fux. 4. No caso, o paciente está submetido ao controle penal estatal desde 1984 (data da internação no Instituto Psiquiátrico Forense) e se acha no gozo da alta progressiva desde 1986. Pelo que não se pode desqualificar a ponderação do Juízo mais próximo à realidade da causa. 5. Ordem parcialmente concedida para assegurar ao paciente a desinternação progressiva, determinada pelo Juízo das Execuções Penais¹¹⁰.

EMENTA. EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. PLEITO DE TRANSFERÊNCIA PARA COLÔNIA DE DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA. PARECER FAVORÁVEL. NÃO CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. Ainda que tenha sido recomendada a transferência do paciente para colônia de desinternação progressiva, mediante laudo psiquiátrico, tem-se que, na espécie, devido às peculiaridades do caso, é temerária a transferência do paciente para sistema mais brando. De fato, a decisão de primeiro grau, com respaldo em parecer consistente do Ministério Público, prorrogou a medida de segurança (internação) por mais 01 (um) ano, uma vez que a periculosidade do paciente persiste, tendo ele se envolvido, durante o período de internação, em diversas ocorrências que revelam agressividade exacerbada. Ademais, o próprio laudo técnico apresentou que o paciente apresenta “distúrbios de conduta, rebaixamento do juízo crítico e conduta violenta”. Desse modo, a decisão do Juízo primevo, de determinar a prorrogação da internação do paciente por mais um ano, com a possibilidade de ser feita nova avaliação a qualquer tempo, mostra-se mais consentânea com as circunstâncias do caso. Ordem denegada¹¹¹.

Ao encontro do explicitado e a fim de garantir os direitos dos portadores de sofrimento mental, Paulo Queiroz (2011, p. 451), citado por Salo de Carvalho (2013, p. 520-521), aduz que não seria aplicada medida de segurança se na mesma situação não fosse aplicada pena, como em casos de atipicidade, causas de exclusão da ilicitude, fato não culpável ou extinção da punibilidade¹¹².

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* nº 107.777/RS, da 2ª Turma. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 16/04/2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21584144/habeas-corpus-hc-107777-rs-stf/inteiro-teor-110379816?ref=serp>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HABEAS CORPUS* nº 130.159/SP, da 5ª Turma. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 05/10/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6028799/habeas-corpus-hc-130159-sp-2009-0037282-2-stj/certidao-de-julgamento-12156001?ref=serp>>. Acesso em: 29 dez. 2019.

¹¹² CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, 520.

Quanto ao entendimento de Paulo Queiroz, Salo de Carvalho expõe que:

Na questão relativa à culpabilidade, p. ex., não se desconhece que para a doutrina penalística majoritária, sobretudo para os atores da teoria do delito, a imputabilidade constitui um pressuposto e não um elemento da culpabilidade. Assim, negar a imputabilidade como pressuposto, afirmando a inimputabilidade, impediria analisar os elementos da culpabilidade (potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa).

Todavia, é correto o raciocínio de Paulo Queiroz no sentido de que a Lei da Reforma Psiquiátrica impõe uma nova forma de olhar o problema. Inclusive porque os avanços provocados pela antipsiquiatria e pelo movimento antimanicomial possibilitam negar a absoluta incapacidade de compreensão e de vontade do portador de sofrimento psíquico. Cabe, portanto, à dogmática penal adequar-se à nova realidade de compreensão do fenômeno da loucura, redefinindo, no que for necessário, suas estruturas conceituais.

Neste cenário, a tese defendida por Paulo Queiroz é especialmente inovadora, pois ao sustentar que a ideia de culpabilidade não é totalmente estranha ao portador de sofrimento psíquico, desloca a categoria imputabilidade da função de pressuposto para a de elemento da culpabilidade. Assim, se a estrutura normativa da culpabilidade passa a ser composta pelos elementos imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de comportamento diverso, o sofrimento psíquico excluiria apenas a imputabilidade, situação que permitiria a aplicação das demais causas de exclusão da culpabilidade¹¹³.

Capítulo 3. A LUTA ANTIMANICOMIAL E A REFORMA PSIQUIÁTRICA

3.1. O movimento antimanicomial e a Lei nº 10.216/2001

No Brasil, o movimento antimanicomial, inspirado principalmente nas ideias do psiquiatra italiano Franco Basaglia, orientadas pela negação das instituições de violência e pela superação do aniquilamento de individualidades e da cultura asilar, iniciou-se no final da década de 1970 e visou a reformular o modelo de assistência psiquiátrica, com vistas a tutelar os direitos fundamentais das pessoas portadoras de transtornos mentais e a combater a segregação desses sujeitos que, sob a justificativa de pretensos tratamentos, sofrem preconceito, exclusão social, discriminação e são objetos de um processo de coisificação, com evidente e grave violação dos direitos humanos.

Influenciado pelo movimento antimanicomial, o Deputado Federal Paulo Delgado, em 1989, apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.657 referente à regulamentação dos direitos das pessoas com transtornos mentais e à extinção progressiva dos manicômios no Brasil.

¹¹³ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 521.

Após 12 anos de tramitação desse projeto de lei, aprovou-se a Lei nº 10.216/2001, conhecida como a Lei da Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial ou Lei Paulo Delgado, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

A Lei da Reforma Psiquiátrica relaciona-se diretamente na execução das medidas de segurança e no sistema de justiça criminal brasileiro.

Para Salo de Carvalho¹¹⁴, em face do caráter aflitivo das medidas de segurança, é fundamental que haja a ampliação dos direitos e garantias pertinentes ao estatuto jurídico dos imputáveis aos portadores de sofrimento psíquico, principalmente com o advento da Lei nº 10.216/2001 (Lei da Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial), com viés de desinstitucionalização manicomial.

Thayara Castelo Branco ressalta que o movimento europeu antipsiquiátrico, desenvolvido principalmente na Inglaterra, na década de 1960, por David Cooper, Aaron Esterson e Ronald Laing, de caráter libertário e com o objetivo de combater o totalitarismo, a opressão, a segregação indiscriminada e o genocídio penal-psiquiátrico, teve grande influência na reforma psiquiátrica brasileira, visto que a antipsiquiatria questionava o saber psiquiátrico e os processos médicos no campo do comportamento humano e denunciava os casos de pacientes crônicos no tratamento asilar, bem como a fabricação da loucura como relações de poder e de práticas discursivas:

Foi exatamente nesse contexto que surgiu a antipsiquiatria: em defesa das vidas humanas, com total negação do tradicionalismo psiquiátrico (asilar) violento, buscando promover formas alternativas de tratamento das pessoas em sofrimento psíquico. Essa política diz respeito ao desdobramento de poder em quaisquer instituições sociais, desde famílias até sindicatos e partidos. Diz respeito ao poder que temos sobre o próximo, ou o poder que o próximo tem sobre nós. (...). O ponto nevrálgico do movimento antipsiquiátrico recai sobre as inter-relações humanitárias. As características humanas que brotam das relações sociais agora passam a ter muito mais importância do que as individuais. Ou seja, o grande diferencial da antipsiquiatria foi perceber que os indivíduos são sujeitos transformados constantemente pelo meio social no qual estão inseridos, e dessa relação com os outros é que constroem suas próprias referências¹¹⁵.

Tendo em vista a indagação, relacionada ao movimento antipsiquiátrico, “quem são as pessoas sadias?”, Thayara Castelo Branco (2019, p. 161), ao citar David Cooper (1989, p. 32-35), expõe:

Nesse ponto, Cooper é enfático ao afirmar que as definições de saúde mental propostas pelos especialistas usualmente correspondem à noção de conformismo a um conjunto de normas sociais mais ou menos arbitrariamente pressupostas. São os ditames sociais e morais – em constantes mudanças – que determinam os parâmetros de “normalidade”. Atento a isso, salienta a necessidade de se olhar “mais de perto” o

¹¹⁴ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 504.

¹¹⁵ BRANCO, Thayara Castelo, *op. cit.*, p. 158-159.

sadio mental, observando denotativamente que nesse contexto incluem-se as famílias dos pacientes, empregadores em exercício, clínicos gerais, funcionários do bem-estar mental, Judiciário, assistentes sociais, psiquiatras, enfermeiros e muitos outros. Todas essas pessoas, em maior ou menor intensidade, estão implicadas numa violência sutil contra o objeto de seu cuidado¹¹⁶.

Mais adiante, Thayara Castelo Branco explica que os antipsiquiatras rejeitam completamente o determinismo biopsicopatológico criado pelas ciências médicas e absorvido pelo positivismo criminológico, visto que afirmam que “a ação pessoal, em sua essência, é a possibilidade de ultrapassar todas as determinações do que está para ser e proceder talvez na direção oposta ao esperado, ao menos que exista uma escolha determinável, a escolha de não escolher”¹¹⁷.

Posteriormente, na Itália, tendo em vista a crise do sistema psiquiátrico, Franco Basaglia organiza o movimento anti-institucional, antipsiquiátrico e antiespecialístico que possuía como objetivo a negação das instituições da violência e a luta pela despsiquiatrização, conforme relatado por Thayara Castelo Branco:

O psiquiatra italiano defendia a liberdade como ponto inicial do longo processo de construção de um modelo antimanicomial, frise-se, para ele, em constante mutação. Baseado no exemplo anglo-saxão de comunidades terapêuticas, a proposta era que o sujeito em sofrimento psíquico deixasse de aparecer como um homem resignado e submisso às vontades, intimidade pela força e pela autoridade que o tutelava. Tratou de provocar a “descristalização dos três polos da vida hospitalar” – doente, médico e enfermeiro – percebendo o “doente” como um homem, sujeito de direitos, responsabilidades, vontades e liberdade. Nada mais seria verticalizado; a relação seria horizontal, desinstitucionalizada, tornando a própria organização um ato terapêutico. (...) Era a substituição de um modelo de referência por algo que era em si a possibilidade de pôr-se como “antimodelo”, capaz de destituir a possibilidade de acomodar-se em novos padrões, simplesmente contrapostos aos tradicionais¹¹⁸.

Com a finalidade de esclarecer o termo “comunidade terapêutica” acima mencionado, Thayara Castelo Branco (2019, p. 164) utiliza-se do exposto na tese de pós-graduação em Serviço Social de Andréa Valente Heidrich (2007, p. 39):

O termo “comunidade terapêutica” foi criado por T. H. Main, em 1946 na Inglaterra. A consagração desse modelo ocorreu em 1959 com Maxwell Jones. Este, por sua vez, “organizou grupos de discussão, grupos operativos e grupos de atividade, objetivando envolver o sujeito com sua própria terapia e com a dos demais. Através da concepção de comunidade, buscava desarticular a estrutura hospitalar tida como segregadora e cronificadora. (...)”¹¹⁹.

O movimento de reforma psiquiátrica brasileiro intensificou-se de forma ainda mais relevante com a vinda de Franco Basaglia ao Brasil, em 1979. Ocasão em que o psiquiatra mineiro Antônio Soares Simone o levou para conhecer o Hospital Colônia de Barbacena, em

¹¹⁶ BRANCO, Thayara Castelo, *op. cit.*, p. 161.

¹¹⁷ *Idem*, p. 160.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 164-165.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 164.

Minas Gerais, e, Franco Basaglia, ao tomar conhecimento dos horrores perpetrados contra os que ali se encontravam, convocou a imprensa e afirmou: “Estive hoje num campo de concentração nazista. Em lugar nenhum do mundo, presenciei uma tragédia como esta”. As declarações do médico italiano tiveram repercussão nacional e internacional¹²⁰.

O Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM), surgido no Rio de Janeiro, em 1978, constitui-se em marco importante para a reforma psiquiátrica brasileira, como também foi a Conferência sobre Reestruturação da Atenção Psiquiátrica na América Latina, ocorrida em Caracas, Venezuela, em 1990, da qual participou o Deputado Federal Paulo Delgado, a convite da Organização Mundial da Saúde¹²¹.

Dessa conferência ocorrida em Caracas, resultou a edição da Declaração de Caracas, da qual o Brasil é signatário, que advertiu, conforme descrito por Thayara Castelo Branco, que a assistência psiquiátrica convencional não permitia alcançar objetivos compatíveis com um atendimento comunitário, descentralizado, participativo, integral, contínuo e preventivo, e assinalou que a reestruturação da assistência psiquiátrica ligada ao Atendimento Primário da Saúde, no quadro dos Sistemas Locais de Saúde, permitiria a promoção de modelos alternativos, centrados na comunidade e dentro de suas redes sociais, e que essa reestruturação implicaria a revisão crítica do papel hegemônico e centralizador do hospital psiquiátrico na prestação de serviços. Em continuação, Thayara Castelo Branco relata:

Nesse período, o Brasil já tinha seu primeiro Centro de Atenção Psicossocial – CAPS e, a partir de 1988, a experiência de Santos – em que o governo municipal fechou o hospital psiquiátrico da cidade em decorrência de sucessivos maus-tratos e o substituiu por uma rede de CAPS regionalizados – começou-se a fortificar a lógica extra-hospitalar. Naquele cenário de mudança social e de paradigmas, tornou-se clara a necessidade de uma lei nacional que sustentasse a nova concepção da psiquiatria pública, ancorada nos direitos humanos, na liberdade, nos métodos modernos de tratamento, na base territorial da organização dos serviços e na cidadania¹²².

Diante do novo cenário social, alterado pelas ideias reformistas no âmbito do cuidado à saúde mental, foi promulgada a Lei nº 10.216, em 06 de abril de 2001, que, conforme ressaltado por Thayara Castelo Branco, embora não preveja em seu texto a expressão “extinção progressiva dos manicômios”, do seu projeto original, fundamenta-se nos direitos específicos e difusos, e na cidadania plena dos pacientes, determinando, preferencialmente, os serviços comunitários de saúde mental, bem como a internação, em qualquer de suas modalidades, somente quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes¹²³.

¹²⁰ ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro. Genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil*. 7. ed. São Paulo: Geração editorial, 2013, p. 207.

¹²¹ *Idem*, p. 225.

¹²² BRANCO, Thayara Castelo, *op. cit.*, p. 172.

¹²³ *Idem*, p. 174.

Outrossim, relacionam-se os principais aspectos da Lei 10.216/2001:

- O caráter residual da internação, em qualquer de suas modalidades, que apenas será cabível nas hipóteses em que os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, conforme disposto no artigo 4º, *caput*, da referida lei.

- A vedação de internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, que são as desprovidas de estrutura que forneçam assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros, e que não assegurem aos pacientes os direitos relacionados à sua condição de vulnerabilidade psíquica, conforme disposto no artigo 4º, § 3º, da referida lei.

- A expressa enumeração legal dos direitos das pessoas portadoras de transtorno mental, conforme disposto no artigo 2º da referida lei: I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando a alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas; V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

No que se refere ao Poder Executivo, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em razão da edição da Lei nº 10.216/2001, editou a Resolução nº 05 de 04 maio de 2004, que dispõe a respeito das diretrizes para o cumprimento das Medidas de Segurança, adequando-as à previsão contida nessa lei:

(...) Tendo como objetivo adequar as medidas de segurança aos princípios do SUS e às diretrizes previstas na Lei nº 10.216/2001, ficam propostas as seguintes diretrizes:

1. O tratamento aos portadores de transtornos mentais considerados inimputáveis “visará, como finalidade permanente, à reinserção social do paciente em seu meio” (art. 4º, § 1º, da Lei nº 10.216/01), tendo como princípios norteadores o respeito aos direitos humanos, a desospitalização e a superação do modelo tutelar.
2. A atenção prestada aos pacientes inimputáveis deverá seguir um programa individualizado de tratamento, concebido por equipe multidisciplinar que contemple ações referentes às áreas de trabalho, moradia e educação e seja voltado para a reintegração sócio-familiar.
3. O internado deverá “ter acesso ao melhor tratamento consentâneo às suas necessidades” (art. 2º, § 1º, inciso I), de mesma qualidade e padrão dos oferecidos ao restante da população.
4. Os pacientes inimputáveis deverão ser objeto de política intersetorial específica, de forma integrada com as demais políticas sociais, envolvendo as áreas de Justiça e Saúde e congregando os diferentes atores e serviços que compõem a rede.
5. A medida de segurança deverá ser cumprida em hospital

Art. 17. O juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível buscará implementar políticas antimanicomiais, conforme sistemática da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001¹²⁵.

Além disso, com vistas também a atender aos parâmetros da Reforma Psiquiátrica e da Política Antimanicomial, o Conselho Nacional da Justiça editou a Recomendação nº 35, de 12 de julho de 2011, dirigida aos Tribunais, que dispõe sobre as diretrizes a serem adotadas em atenção aos pacientes judiciários e à execução da medida de segurança:

RESOLVE RECOMENDAR aos Tribunais que:

I – na execução da medida de segurança, adotem a política antimanicomial, sempre que possível, em meio aberto;

II – a política antimanicomial possua como diretrizes as seguintes orientações:

- a) mobilização dos diversos segmentos sociais, compartilhamentos de responsabilidades, estabelecimento de estratégias humanizadoras que possibilitem a efetividade do tratamento da saúde mental e infundam o respeito aos direitos fundamentais e sociais das pessoas sujeitas às medidas de segurança;
- b) diálogo e parcerias com a sociedade civil e as políticas públicas já existentes, a fim de buscar a intersetorialidade necessária;
- c) criação de um núcleo interdisciplinar, para auxiliar o juiz nos casos que envolvam sofrimento mental;
- d) acompanhamento psicossocial, por meio de equipe interdisciplinar, durante o tempo necessário ao tratamento, de modo contínuo;
- e) permissão, sempre que possível, para que o tratamento ocorra sem que o paciente se afaste do meio social em que vive, visando sempre à manutenção dos laços familiares;
- f) adoção de medida adequada às circunstâncias do fato praticado, de modo a respeitar as singularidades sociais e biológicas do paciente judiciário;
- g) promoção da reinserção social das pessoas que estiverem sob tratamento em hospital de custódia, de modo a fortalecer suas habilidades e possibilitar novas respostas na sua relação com o outro, para buscar a efetivação das políticas públicas pertinentes à espécie, principalmente quando estiver caracterizada situação de grave dependência institucional, consoante o art. 5º da Lei no 10.216/2001;
- h) manutenção permanente de contato com a rede pública de saúde, com vistas a motivar a elaboração de um projeto de integral atenção aos submetidos às medidas de segurança;
- i) realização de perícias por equipe interdisciplinar.

III – em caso de internação, ela deve ocorrer na rede de saúde pública ou conveniada, com acompanhamento do programa especializado de atenção ao paciente judiciário, com observância das orientações previstas nesta recomendação¹²⁶.

Importa ressaltar o papel primordial da luta antimanicomial, consoante exposto por Thayara Castelo Branco¹²⁷:

Há que se observar, sempre em destaque, que a luta que se desenvolve é contra uma lógica hospitalocêntrica inocuidadora, na busca contínua da responsabilidade/autonomia e valorização dos sujeitos, como também, da superação do aparato manicomial para que, de uma forma equivocada, não se transforme numa mera humanização e autorreprodução desse sistema, anulando os atores enquanto sujeitos de direitos e de transformação. E mais, a reforma brasileira, assim como a italiana, precisa ser vista e compreendida como um derivado do processo de

¹²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº. 113 de 20 abr. 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=136>>. Acesso em: 29 dez. 2019.

¹²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº. 113 de 20 abr. 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=136>>. Acesso em: 29 dez. 2019.

¹²⁷ BRANCO, Thayara Castelo, *op. cit.*, p. 180.

desinstitucionalização, ainda que não atingido plenamente em seu campo prático. Isso porque, no momento em que profere o objetivo da superação asilar, já confirma e alarga a ação desinstitucionalizadora.

3.2. A necessidade de superação do atual fundamento legal da medida de segurança

Com a finalidade de compatibilizar o sistema punitivo brasileiro ao novo modelo assistencial de saúde mental estabelecido pela Lei nº 10.216/2001, no que se refere à aplicação das medidas de segurança às pessoas em sofrimento psíquico submetidas ao sistema penal, principalmente no aspecto concernente à essa sanção penal do tipo detentiva, que é prevista como regra pelo Código Penal, surgem novos modelos alternativos ao sistema brasileiro prisional-manicomial, com vistas a tutelar os direitos fundamentais desses indivíduos, a afastar o estigma que relaciona o sofrimento psíquico com a presunção de periculosidade e a transformar o modelo penal-psiquiátrico (hospitalocêntrico) no modelo antipsiquiátrico e antimanicomial buscado pela já não tão recente legislação.

De início, vale ressaltar que, embora haja o entendimento dos que defendem que a Lei nº 10.216/2001 em nada inovou o sistema regulador das medidas de segurança, disposto no Código Penal, visto que, de acordo com o histórico de sua tramitação legislativa, dirige-se aos pacientes comuns, portadores de transtornos mentais, e não àqueles pacientes judiciários que, em função do transtorno mental, violaram a norma penal, existe parte da doutrina e da jurisprudência que sustenta que essa lei, ao dispor integralmente sobre os direitos e interesses da pessoa com transtorno mental, sem excluir os pacientes judiciários, regulou inteiramente e de forma diversa a matéria atinente às medidas de segurança e, destarte, revogou os dispositivos dos artigos 96 a 99 do Código Penal que regulamentam essa espécie de sanção penal¹²⁸.

Exposta essa conjuntura, passa-se a abordar aspectos sobre a periculosidade, que funciona como pressuposto da aplicação das medidas de segurança, e, destarte, vale aludir à afirmação feita por Thayara Castelo Branco de que “o indivíduo perigoso construído no Brasil tornou-se o fio condutor subsequente do desenvolvimento das legislações (penal-psiquiátricas), bem como da política criminal ligada à pessoa em sofrimento psíquico submetida ao Sistema de Justiça Criminal”. E, continua essa mesma autora a aduzir que, no caso da medida de segurança, cujo fundamento de sua aplicação hospeda-se na periculosidade do agente, que é

¹²⁸ GABRIEL NETO, José Elias; LOSEKAN, Luciano André, *op. cit.*, p. 38-39.

diagnosticada por um perito médico que atribui legitimidade à sua imposição, há a caracterização do tradicional direito penal do autor, tendo em vista que o Estado Penal-Psiquiátrico reage à periculosidade presumida do agente e a resposta jurídica fundamenta-se única e exclusivamente no aspecto subjetivo do sujeito, em razão da probabilidade de ele cometer novos crimes por causa de sua condição biopsicológica supostamente comprovada pela ciência médica – “futuurologia perigosa”¹²⁹.

Com o objetivo de criticar a punibilidade com base no estado de perigo que representa o portador de sofrimento psíquico à sociedade, Thayara Castelo Branco estabelece uma relação entre a periculosidade e o racismo e explica que este, aqui abordado, não é propriamente étnico, mas também o do tipo evolucionista, biológico, científico, que atua como mecanismo de poder, de controle social e como técnica de segregação, e que, baseada no racismo, a medicina psiquiátrica, em sua posição de poder, foi inspirada, afirmou o conceito de periculosidade e ditou o plano de inocuização e extermínio, com o objetivo de estabelecer o direito de prevenir comportamentos futuros, que justificam o confinamento e a eliminação dos dotados de periculosidade. A fim de corroborar com o exposto, essa autora (2019, p. 197-198) cita Thomaz Szasz (1977, p. 194):

Quando os psiquiatras chamam as pessoas de “paranoicas” ou “compulsivas”, em geral se referem a algo tão real como a pele escura de um negro ou a pele rósea de um branco. A questão não é que os diagnósticos psiquiátricos não tenham significado, mas que podem ser, e geralmente são, usados como cassetetes semânticos: golpear a respeitabilidade e dignidade do sujeito o destrói, efetiva e frequentemente, mais do que golpear seu crânio. A diferença é que o homem que empunha um cassetete é reconhecido por todos como uma ameaça pública, mas aquele que empunha um diagnóstico psiquiátrico não é¹³⁰.

Para Thayara Castelo Branco, o fundamento do sistema penal-psiquiatrizado que trabalha no funcionamento da punição (retributiva) como técnica de transformação individual, contenção de riscos e prevenção, assim como na procura dos estigmas patológicos para marcar os rotulados como “perigosos”, é a indissociabilidade preconceituosa e institucionalizada entre sofrimento mental e perigo¹³¹.

Para Salo de Carvalho, houve uma mudança no estatuto jurídico e na lógica do tratamento dos portadores de sofrimento psíquico no Brasil operada pela Lei nº 10.216/2001, que determina a realização de políticas públicas de desinstitucionalização, fixa como premissa o respeito à autonomia dos usuários do sistema de saúde mental e orienta a aplicação e a execução das medidas de segurança, inclusive em relação ao fundamento dessa sanção penal, a

¹²⁹ BRANCO, Thayara Castelo, *op. cit.*, p. 195.

¹³⁰ *Idem*, p. 195.

¹³¹ *Ibidem*, p. 199.

periculosidade. Em seguida, esse autor (2013, p. 523) cita Heleno Cláudio Fragoso (2003, p. 499), que antecipando o problema conceitual da periculosidade, afirma:

(...) é, em substância, um juízo de probabilidade que se formula diante de certos indícios. Trata-se de juízo empírico formulado, e, portanto, sujeitos a graves erros. Pressupõe-se sempre, como é óbvio, uma ordem social determinada a que o sujeito deve ajustar-se e que não é questionada¹³².

Com relação aos problemas decorrentes da instrumentalização do conceito deficitário de periculosidade na perícia, Heleno Cláudio Fragoso (2003, p. 246), citado por Salo de Carvalho (2013, p. 523), enuncia:

(...) as dificuldades a que conduz o critério legal, que concebe a psicologia da ação de forma que não corresponde à realidade. A ação se divide numa parte racional ou intelectual e noutra parte em que se opera a decisão da vontade. O perito pode constatar o estado de alteração do psiquismo, de fundo biológico, e assim afirmar se o acusado é, ou não, portador de quaisquer das doenças mentais, mas são irrespondíveis as indagações sobre a capacidade de entendimento do injusto e sobre a capacidade de determinação conforme tal entendimento¹³³.

Importa ressaltar que Salo de Carvalho leciona que a Lei da Reforma Psiquiátrica ensejou modificação na finalidade da resposta jurídica, no que se refere à medida de segurança, cujo fundamento (periculosidade) deve ser readequado, ainda mais em razão da dubiedade e da imprecisão científica de seu conceito. Ao encontro do exposto, Salo de Carvalho¹³⁴ (2013, p. 524) cita Maria Lúcia Karam (2002, p. 9) que afirma:

A ideia de “periculosidade” não se traduz por qualquer dado objetivo, ninguém podendo, concretamente, demonstrar que A ou B, psiquicamente capaz ou incapaz, vá ou não realizar uma conduta ilícita no futuro. Já por isso, tal ideia se mostra incompatível com a precisão que o princípio da legalidade, constitucionalmente expresso, exige de qualquer conceito normativo, especialmente em matéria penal. A “periculosidade” do inimputável é uma presunção, que não passa de uma ficção, baseada no **preconceito que identifica o “louco” – quem quer que apareça como “diferente” – como perigoso** (grifo deste trabalho).

E cita, ainda, Virgílio de Mattos (2006, p. 176) que assegura:

(...) o conceito de periculosidade não possui nenhum fundamento científico, sendo fruto muito mais de um **preconceito oracular sobre o futuro comportamento problemático (“desviante”, “criminoso”) do cidadão problemático** (grifo deste trabalho) (seja criança, adolescente, adulto ou idoso) do que propriamente de uma situação concreta.

No que concerne à inimputabilidade do portador de transtorno mental, Salo de Carvalho assegura que o conceito desse instituto deve ser reformulado, visto que a Lei nº 10.216/2001, ao considerar esse indivíduo como sujeito de direitos, possuidor de capacidade e autonomia e não como um objeto que sofre intervenções impostas pelo laboratório psiquiátrico forense, bem

¹³² CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 523.

¹³³ *Idem*, p. 523

¹³⁴ *Ibidem*, p. 524.

como ao não utilizar o termo doença mental para fazer referência àquele diagnosticado com sofrimento psíquico, busca priorizar o tratamento desinstitucionalizador, impedir que lhe seja decretado o rótulo de sujeito perigoso e obstar que esse agente seja considerado como absolutamente irresponsável, mas sim como dotado de graus de responsabilidade. Diante do exposto, esse autor afirma:

Nota-se, inclusive, ao longo do percurso trilhado pela antipsiquiatria e pelo movimento antimanicomial, a importância terapêutica de que o sujeito com sofrimento psíquico seja visto como responsável: responsável pelos seus atos passados, responsável pelo seu processo terapêutico, responsável pelos seus atos futuros. Negar ao portador de sofrimento psíquico a capacidade de responsabilizar-se é um dos principais atos de assujeitamento e de coisificação. Entender o portador de sofrimento psíquico como sujeito (de direitos) implica assegurar-lhe o direito à responsabilização, situação que deverá produzir efeitos jurídicos compatíveis com o grau ou o nível que esta responsabilidade *sui generis* pode gerar.¹³⁵

Importante enfatizar o exposto por Salo de Carvalho no sentido de que, com o reconhecimento da responsabilização diferenciada do usuário do sistema de saúde mental em conflito com a lei, exclui-se do sistema punitivo o binômio doença mental-periculosidade, com a superação do que fundamenta a aplicação da medida de segurança (juízo de periculosidade) e com a possibilidade de se reconhecer a responsabilidade penal *sui generis* desse indivíduo, por meio de um juízo condenatório, conforme sugerido por Virgílio de Mattos, em que ocorreria a individualização da sanção penal, nos mesmos termos em que ocorre no caso de réu imputável, sendo considerado o transtorno mental do imputado como uma atenuante genérica, e, posteriormente, haveria a substituição da pena pela medida de segurança pelo mesmo prazo, salvo se, avaliadas as condições psíquicas, fosse constatado que o condenado estaria em condições de convívio social, hipótese em que a medida de segurança seria extinta automaticamente. Diante do exposto, Virgílio de Mattos (2006, p. 168), citado por Salo de Carvalho (2013, p. 527), enuncia:

Todos os cidadãos, portadores ou não de sofrimento psíquico, deveriam ser considerados imputáveis para fins de julgamento penal, sendo asseguradas todas as garantias inerentes ao *status* jurídico de réu. No caso de condenação, seria adequada a imposição da pena dentro dos intervalos mínimos e máximos legalmente estabelecidos, havendo possibilidade de o transtorno mental do imputado servir como atenuante genérica, se houver relação entre a patologia e o crime, devendo a pena imposta ser cumprida, se o caso assim o exigir e apenas em períodos de crise, em hospital penitenciário geral¹³⁶.

Assim, ao usuário do sistema de saúde mental em conflito com a lei, segundo Salo de Carvalho, seriam aplicados os institutos criados pela Lei nº 9.099/1995: composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo. E, no que se refere à aplicação da pena,

¹³⁵ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 524-526.

¹³⁶ *Idem*, p. 527.

essa teria o processo de dosimetria idêntico ao designado ao réu imputável, com a análise da culpabilidade quanto aos elementos consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, com a possibilidade de absolvição no caso de existirem hipóteses legais ou supralegais de exclusão. Ressalta, ainda, esse autor que o sofrimento psíquico não exclui, por si só, a consciência da ilicitude, em razão de esse sujeito possuir uma culpabilidade *sui generis*, estabelecida de acordo com os preceitos trazidos pela reforma psiquiátrica, que lhe garantem determinado âmbito de responsabilização. Dessa forma, ao julgador compete analisar se o sofrimento psíquico afetou, de alguma forma, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. E, em caso positivo, seria permitido aplicar a aplicação da causa especial de diminuição de penal prevista do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal. Assim, com o reconhecimento de que portador de sofrimento psíquico possui responsabilidade *sui generis*, a ele seria destinado tratamento jurídico similar ao estabelecido ao semi-imputável: “se a Lei nº 10.216/2001 reconhece o usuário do sistema de saúde mental como sujeito com capacidades diferenciadas de compreensão (cognição) e vontade, em termos penais este quadro se assemelha muito às formas de culpabilidade reduzida”¹³⁷.

Para Thayara Castelo Branco, as importantes mudanças no modelo psiquiátrico, operadas pela reforma psiquiátrica, não tiveram impacto no sistema de justiça criminal, uma vez que a execução do sistema penal continua a ser guiada pela existência da periculosidade e pautada no risco e no controle, como estratégia de contenção de riscos e de prevenção, a fim de que seja mantido o tradicionalismo psiquiátrico, dotado de uma ampla rede institucional caracterizada pela segregação asilar isolacionista, conforme se depreende das seguintes situações¹³⁸:

- a) Não houve um redimensionamento do conceito de periculosidade e esta continua sendo uma categoria abstrata e amplamente atribuída, fortalecendo a visão da doença como totalizadora e reducionista do indivíduo. O sujeito objetificado, por sua condição biopsicopatológica imposta, pertence (por si só) à categoria dos diferentes, anormais, incivilizados e perigosos, sendo necessária à sua contenção. Esse sujeito, que muitas vezes é negro ou miscigenado e pobre, uma vez etiquetado, detém a presunção de periculosidade e, por estratégica (simbólica) de “preservação” individual e coletiva, precisa ser controlado e excluído socialmente;
- b) Pertencente à “classe perigosa”, cometendo algum ilícito típico, autoriza a articulação do Estado Penal com seu aparato de vigilância, captura e inocuidade, operacionalizando, em seu grau máximo, o exercício moderno do poder no âmbito da terapêutica e da normalização dos comportamentos humanos. Através dessas barreiras simbólicas, produz-se controle e exclusão;
- c) Apesar de Zaffaroni (2012, p. 273) afirmar que não estamos mais no tempo das disciplinas *psi* e da antropologia do *apartheid*, essa herança permanece, e o diagnóstico está cada dia mais presente e necessário. Por outro lado, a lei e sua simbologia de prevenção também se afirma. Nesse espaço singular e propício, o casamento entre o direito e a medicina, numa mesma vigilância (penal-psi) de base

¹³⁷ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 528-529.

¹³⁸ BRANCO, Thayara Castelo, *op. cit.*, p. 199-201.

seculares, projetou-se para além da mera disciplinarização dos corpos. **A antiga disputa pela hegemonia científica transformou-se numa das técnicas de biopoder mais eficazes: as medidas de segurança. Esta é a maior representante do modelo penal-psiquiátrico, articulada em função da periculosidade e como gestão da periculosidade** (grifo deste trabalho);

d) O pouco ruído causado pelos movimentos antipsiquiátrico e antimanicomial no âmbito penal tem como reflexo a permanência imutável na codificação, especificamente no que se refere ao instituto das medidas de segurança, vigentes na forma atual há mais de 30 anos. Na era da psiquiatrização do cotidiano e do populismo punitivo, **a medida de segurança (sobretudo a detentiva) é a manifestação mais forte da economia de punição psiquiátrica. É a via mais sólida (cientificamente) do controle penal brasileiro, como também é a superestrutura de sentenças de mortes invisíveis** (grifo deste trabalho);

e) Definitivamente não é da esfera legal que se obterá a conscientização e a mudança sociocultural necessária para a superação das raízes do extermínio penal-psiquiátrico.

3.3. Os modelos alternativos aos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico

A Lei nº 10.216/2001 dispõe, entre os direitos da pessoa portadora de transtorno mental, o de ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis – artigo 2º, VIII – e o de ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental – artigo 2º, IX – e prevê que a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes – artigo 4º, *caput* – e que o tratamento visarà, como finalidade permanente, à reinserção social do paciente em seu meio – artigo 4º, § 1º –, bem como veda a internação asilar – artigo 4º, § 3º.

Com esteio nessa previsão legal, Salo de Carvalho defende que não se justifica existir distinção entre os usuários dos serviços de saúde mental e aqueles que praticaram delitos, tendo em vista que ambos devem receber tratamento equânime e fundado no viés desinstitucionalizador, e afirma que a existência de manicômios judiciais, institutos psiquiátricos e hospitais de custódia e tratamento caracteriza ilegalidade:

Se a reivindicação do movimento antimanicomial consagrada na Lei nº 10.216/2001 é a de que os usuários dos serviços de saúde mental não sejam estigmatizados em manicômios e que em caso de necessidade de intervenção médica aguda recebam tratamento nos hospitais gerais, é injustificável a exclusão daquele portador de transtorno que se difere pelo cometimento do ilícito. Os avanços da reforma psiquiátrica, portanto, devem ser universais e incorporados nas práticas do sistema penal.

No entanto, sendo mantida a intervenção penal aos casos de ilícitos praticados por usuários de serviço de saúde mental, a preservação do rótulo *medida de segurança* só tem sentido se otimizar os direitos dos pacientes. Significa dizer que a única vantagem da manutenção da categoria medida de segurança é o controle jurisdicional de sua execução. Nestes casos, o sujeito submetido ao tratamento teria a garantia de que, ultrapassado o limite máximo da pena ou cessada a necessidade da intervenção curativa realizada no sistema público de saúde mental, seria decretada extinta a sanção

(medida de segurança). Excetuando este controle judicial, as intervenções terapêuticas devem ser idênticas aos demais casos de sofrimento psíquico¹³⁹.

Thayara Castelo Branco assevera que a lei da reforma psiquiátrica visa a redirecionar o modelo assistencial em saúde mental e a reafirmar a proteção e os direitos das pessoas em sofrimento psíquico, a fim de que o modelo baseado em instituições hospitalares, com perfil segregacionista, seja gradativamente abandonado e substituído por uma rede de atenção psicossocial consolidada, pautada em serviços abertos. E, no caso das internações compulsórias referentes às medidas de segurança detentivas, essa autora aduz que essas apenas devem ser indicadas quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, mesmo em se tratando de casos puníveis com reclusão, tendo em vista que o artigo 97 do Código Penal deve ser interpretado conforme o artigo 4º da Lei nº 10.216/2001, e que o juiz, na hipótese de determinação de internação compulsória, deverá observar o artigo 6º dessa lei, que exige laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos dessa medida¹⁴⁰.

Para Salo de Carvalho, a internação do portador de sofrimento psíquico que tenha violado norma penal, tendo em vista seu caráter marcadamente aflitivo, que em muito pouco se diferencia, na realidade empírica do sistema punitivo, das formas carcerárias de pena, deve ser de utilização excepcional (princípio da subsidiariedade) e, em continuação esse autor (2013, p. 508) cita exposição de Heleno Cláudio Fragoso (2003, p. 501):

O juiz deve preferir, sempre que legalmente possível, o tratamento ambulatorial. Está mais do que demonstrada a nocividade da internação psiquiátrica. Os manicômios judiciários, como instituições totais, funcionam como sinal negativo, agravando a situação mental do doente¹⁴¹.

Com objetivo de reduzir de forma progressiva os leitos psiquiátricos, Thayara Castelo Branco ressalta que a rede extra-hospitalar, composta por Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT) e Unidades Psiquiátricas em Hospitais Gerais (UPHG), deve ser qualificada, ampliada e fortalecida, e além disso, é necessário a promoção de ações da saúde mental na atenção básica e Saúde da Família¹⁴².

Os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) são:

Serviços de saúde de caráter aberto e comunitário constituído por equipe multiprofissional e que atua sobre a ótica interdisciplinar e realiza prioritariamente atendimento às pessoas com sofrimento ou transtorno mental, incluindo aquelas com necessidades decorrentes do uso de álcool e outras drogas, em sua área territorial, seja

¹³⁹ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 529-530.

¹⁴⁰ BRANCO, Thayara Castelo, *op. cit.*, p. 202

¹⁴¹ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 508.

¹⁴² BRANCO, Thayara Castelo, *op. cit.*, p. 202-204.

em situações de crise ou nos processos de reabilitação psicossocial e são substitutivos ao modelo asilar¹⁴³.

Os Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT) são:

Moradias que cuidam de pacientes com transtornos mentais, incluindo usuários de álcool e outras drogas, que tiveram alta de internações psiquiátricas, mas não possuem suporte financeiro, social ou laços familiares que permitam a reinserção social¹⁴⁴.

As Unidades Psiquiátricas em Hospitais Gerais consistem em:

Um conjunto de serviços de saúde mental situados em uma estrutura hospitalar geral. Levando-se em conta que o principal deles é a enfermaria psiquiátrica, a criação das UPHG representa uma alternativa aos hospitais psiquiátricos para o tratamento dos portadores de transtornos mentais severos em quadro agudo. A denominação UPHG está sendo utilizada como sinônimo de enfermaria psiquiátrica¹⁴⁵.

No que tange ao sistema de justiça criminal, Thayara Castelo Branco enuncia que os dois únicos modelos alternativos de tratamento “que se pode dizer que refletem os impactos do movimento antipsiquiátrico brasileiro são os de Minas Gerais (PAI-PJ) e de Goiás (PAILI)”¹⁴⁶.

Thayara Castelo Branco explica que o PAI-PJ (Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário), instituído pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, foi o primeiro programa brasileiro de assistência a pessoas em sofrimento psíquico submetidas ao sistema de justiça criminal, e, de acordo com informações obtidas no sítio eletrônico desse Tribunal, essa autora elucida:

A orientação de base do PAI-PJ pauta-se nos princípios da reforma psiquiátrica, através da Lei nº 10.216/2001, promovendo o acesso ao tratamento em saúde mental na rede substitutiva ao modelo manicomial, privilegiando o acompanhamento de cada sujeito para que a execução da sentença possa se dar de forma a considerar os pacientes como sujeitos de direito e capazes de responder por seus atos¹⁴⁷.

Em seguida, Thayara Castelo Branco (2019, p. 208) cita Fernanda Otoni de Barros-Brisset (2010, p. 31) que esclarece sobre o PAI-PJ:

A nossa experiência ensina que o fato de alcançar o direito de ter acesso ao tratamento de saúde que corresponda à singularidade clínica e social do cidadão, no ambiente universal e democrático do SUS, não o dispensa do dever de responder pelo seu crime, segundo a orientação do texto normativo em vigor. A possibilidade de responder pelo crime cometido é uma condição humanizante, um exercício de cidadania que aponta para a responsabilidade e para a capacidade do sujeito de se reconhecer como parte de um registro normativo que serve para todos. Responder pelo seu crime é um modo de

¹⁴³ Ministério da Saúde. *Centro de Atenção Psicossocial*. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/693-acoes-e-programas/41146-centro-de-atencao-psicossocial-caps>>. Acesso em: 31.12.2019.

¹⁴⁴ Ministério da Saúde. *Serviços Residenciais Terapêuticos*. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45927-mais-de-r-2-milhoes-para-ampliar-rede-de-saude-mental>>. Acesso em: 31.12.2019.

¹⁴⁵ Revista de Saúde Pública. *Viabilidade de unidades psiquiátricas em hospitais gerais no Brasil*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102009000100021>. Acesso em: 31.12.2019.

¹⁴⁶ BRANCO, Thayara Castelo, op. cit., p. 201-202.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 207.

inclusão, pois insere o sujeito dentro do “guarda-chuva” da lei, que abriga a todos sob o seu manto¹⁴⁸.

Já o PAILI, esclarece Thayara Castelo Branco, é o Programa de Atenção ao Louco Infrator responsável pela execução das medidas de segurança, que, embora tendo tido como inspiração o PAI-PJ, deste se distingue por não estar vinculado ao Poder Judiciário, mas sim à Secretaria de Saúde do Estado. Além disso, o Estado de Goiás, diversamente do de Minas Gerais, não mais possui Hospitais de Custódia e Tratamentos Psiquiátricos¹⁴⁹.

Em continuação, Thayara Castelo Branco (2019, p. 211-212) cita informações obtidas a partir de obra produzida pelo Ministério Público do Estado de Goiás (2009) sobre o PAILI:

Com total autonomia para ministrar o tratamento, a partir da sentença que determina a aplicação da medida de segurança, o médico e as equipes psicossociais das clínicas conveniadas ao SUS assumem o desenvolvimento da execução e colocam em prática a melhor terapêutica para cada caso concreto, acompanhados de perto pelos profissionais do PAILI, cuja atuação deve ser marcada pela interlocução e integração com todo o sistema de saúde mental, que inclui também os Centros de Apoio Psicossocial (CAPS) e as residências terapêuticas. O processo de execução da medida continua jurisdicionalizado, porém, não será o juiz quem determinará o tratamento a ser designado ao paciente, função destinada ao médico responsável, que é o profissional habilitado a estabelecer a necessidade da terapia, conforme artigo 6º da Lei nº 10.216/2001¹⁵⁰.

Para Salo de Carvalho, baseado em pareceres da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal, afirma que o PAI-PJ e o PAILI são programas que vedam o encarceramento de pacientes psiquiátricos em prisões, manicômios e hospitais de custódia¹⁵¹. E, em continuação, esse autor ressalta a contradição que pode ser verificada por meio das inovações trazidas por esses programas alternativos de intervenção punitiva, visto que “permitem compreender quão fértil é o espaço de atuação criado pela reforma psiquiátrica. Ao mesmo tempo expõe o quão deficitário é o discurso da dogmática penal, que permanece literalmente preso aos conceitos higienistas da psiquiatria do século passado”¹⁵².

Por fim, afirma Thayara Castelo Branco que:

Para vislumbrar um processo de transformação social e desinstitucionalização, é preciso modificar as relações de poder entre as pessoas e também é preciso que haja serviços que ajudem as famílias a encontrarem uma dinâmica diferente, não destrutiva, para que possam abandonar o desvalor da doença e compreender que é possível conviver com a diversidade. Deve-se, então, trabalhar para melhorar a qualidade de vida das pessoas e não para sequestrar as contradições e geri-las tecnicamente. Por isso torna-se uma missão desafiadora e que só poderá funcionar com uma comprometida participação global¹⁵³.

¹⁴⁸ BRANCO, Thayara Castelo, *op. cit.*, p. 208.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 211.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 211-212.

¹⁵¹ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 531.

¹⁵² *Idem*, p. 531.

¹⁵³ BRANCO, Thayara Castelo, *op. cit.*, p. 194.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Absolutista, caracterizado pela concentração de poderes exclusivamente nas mãos do monarca que, ilimitadamente, criava os crimes, determinava a sanção penal, cabendo-lhe, também, punir o infrator, o direito penal era exercido de forma arbitrária, absoluta e déspota.

O movimento Iluminista e a Revolução Francesa (1789) representaram uma ruptura com as ideias dominantes à época, sendo o Estado Absolutista substituído pelo Estado de Direito, com mudanças relevantes no exercício do direito penal, passando a ser limitada a intervenção estatal nas liberdades individuais, devendo o Estado observar os direitos fundamentais, a fim de legitimar o seu poder.

Assim, hodiernamente, ao criar os crimes e cominar as sanções penais, o Estado deve pautar sua conduta nos princípios constitucionais, tais como o da legalidade, o da responsabilidade penal pessoal, o da individualização da pena e o da humanidade das penas. O Estado somente estará autorizado e legitimado a invadir a esfera de liberdade do cidadão quando atuar em conformidade com os princípios constitucionais, sejam esses explícitos ou implícitos.

O princípio da legalidade, disposto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil, atua como garantia do cidadão, limitando o poder do Estado ao proibir incriminações vagas e abstratas, devendo a conduta proibida e a respectiva sanção penal estarem previamente descritas, de forma clara e precisa, em lei, que não pode retroagir para prejudicar o acusado. Também não se admite o uso de analogia contra o réu, inclusive no âmbito sancionatório.

O princípio da responsabilidade penal pessoal, disposto no artigo 5º, XLV, da Constituição da República Federativa do Brasil, impede a punição de terceiro não vinculado à conduta criminosa, não podendo a sanção penal passar da pessoa do autor da infração.

O princípio da individualização da pena, disposto no artigo 5º, XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, manifesta-se em três momentos distintos: na fase legislativa (cominação da pena), na judicial (aplicação da pena) e na executória ou administrativa (execução da pena).

O princípio da humanidade da pena, disposto no artigo 5º, III e XLVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, limita o poder do Estado no estabelecimento da sanção penal como resposta à prática do injusto penal, sendo assegurado que ninguém será submetido à tortura, a tratamento desumano ou degradante. Além disso, são vedadas as penas de morte,

salvo em caso de guerra declarada, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis e de caráter perpétuo. Esta última vedação é relevante no estudo do prazo máximo de duração da medida de segurança.

De acordo com o conceito tripartido de crime (fato típico, ilícito e culpável), a culpabilidade é um dos seus elementos, consubstanciada em um juízo de valor de censura sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo autor de um injusto penal.

Integram a culpabilidade, a imputabilidade, a consciência do ilícito e a exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade, reconhecida quando o agente é capaz de compreender o ilícito e de controlar ou determinar o seu comportamento, deve ser analisada à época do fato praticado, podendo ser afastada em razão da menoridade, da embriaguez completa por caso fortuito ou força maior e da inimputabilidade psíquica, em razão da existência de transtorno mental atestado por laudo médico próprio.

Praticado um crime ou contravenção, o Estado tem o direito e o dever de punir o infrator por meio da aplicação de uma sanção penal.

Pena e medida de segurança são espécies do gênero sanção penal, tendo a legislação brasileira, desde a reforma de 1984, adotado o sistema vicariante ou unitário, que prevê a aplicação de pena ou de medida de segurança, em substituição ao sistema do duplo binário, que permitia a aplicação cumulativa de pena e de medida de segurança.

A pena tem fundamento na culpabilidade, possui dupla finalidade (retributiva e preventiva) e se destina aos imputáveis ou semi-imputáveis sem periculosidade.

A medida de segurança tem fundamento na periculosidade, que é presumida pelo legislador, possui finalidade de prevenir a prática de futuros delitos pelo agente e de promover a sua cura e se destina aos inimputáveis e semi-imputáveis psíquicos, sendo que essa sanção penal será aplicada a estes excepcionalmente, quando ficarem demonstradas a necessidade e a conveniência de especial tratamento curativo devido à condição do sujeito.

O inimputável portador de transtornos mentais, por lhe faltar o requisito da culpabilidade, nos termos da legislação penal vigente, deve ser absolvido impropriamente, e a ele será aplicada medida de segurança, que pode ser detentiva (internação) ou restritiva (tratamento ambulatorial). O Código Penal, em seu artigo 97, adotou um critério legal para a definição da espécie dessa sanção penal. Se o crime praticado for apenado com reclusão, deve ser aplicada a medida de segurança de internação. E, se o crime praticado for apenado com detenção, o juiz tem a opção de aplicar a medida de segurança de internação ou a de tratamento ambulatorial.

Esse critério legal tem sido objeto de críticas ferrenhas e vem sendo mitigado pela doutrina e pelos Tribunais Superiores, mormente após o advento da Lei nº 10.216/2001. Tem prevalecido a ideia de que a escolha da respectiva espécie de medida de segurança, de acordo com a proporcionalidade, deve ter por base o grau de periculosidade ou do transtorno mental do agente, devendo ser aplicada a espécie recomendada no laudo médico pericial, por ser a melhor para a obtenção da cura, que é a finalidade maior dessa sanção penal, que não tem o escopo de castigar. De fato, o Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução nº 113/2010, estabeleceu que o juiz deve, sempre que possível, buscar a implantação de políticas antimanicomiais.

Apesar da existência da Lei nº 10.216/2001, a aplicação da medida de segurança, em conformidade com o previsto no Código Penal, em regra, resulta em flagrante violação ao princípio da proporcionalidade e da isonomia, uma vez que o portador de transtorno mental em conflito com a lei recebe tratamento mais gravoso do que o imputável que praticou a mesma conduta típica e ilícita. Ao agir desse modo, fica evidenciado que a real finalidade terapêutica dessa sanção penal não se concretiza, e que a medida de segurança, disfarçada e lamentavelmente, tem sido utilizada como forma de castigo, retribuição e, pior, como modelo de exclusão social.

É verdade que, timidamente, a doutrina e a jurisprudência, aos poucos, têm procurado modificar esse quadro crítico e desproporcional, ao não aceitarem a ideia de que a medida de segurança não possui prazo determinado, como previsto no artigo 97, § 1º, do Código Penal. Três correntes doutrinárias e jurisprudenciais têm abrandado o rigor dessa norma, que se mostra inconstitucional, em razão da violação do princípio da vedação da punição perpétua. A primeira limita o prazo máximo a 30 anos; a segunda limita ao máximo da pena cominada no preceito secundário do tipo praticado; e a terceira, mais recente, limita ao prazo da pena que seria imposta ao infrator se imputável fosse.

Da mesma forma, a doutrina e a jurisprudência também têm procurado afastar a equivocada regra, adotada pelo Código Penal, no sentido de que a espécie de medida de segurança deve ser aplicada de acordo com a natureza da pena cominada, privilegiando, na hipótese concreta, o grau de periculosidade e a melhor forma de tratamento na busca da cura do infrator portador de transtorno mental.

Assim, a presunção legal de que aquele que pratica um crime apenado com reclusão é mais perigoso não pode ter força absoluta e se mostra incompatível com a natureza e a finalidade da medida de segurança, que visa, de fato, a não punir o autor da infração, mas, apenas, curá-lo. Logo, a espécie de medida de segurança a ser fixada não pode ter por base

exclusivamente o critério objetivo legal, devendo ser valorado o que foi dito pelo médico, ou seja, essa sanção penal, ainda que estabelecida pelo juiz, deve este se orientar pelo que foi recomendado pelo médico.

Também se nota uma evolução dos Tribunais, no que se refere à possibilidade de desinternação progressiva, o que se mostra relevante para a redução das internações. Visto que, antes da desinternação plena, devido a não ocorrência da cessação total da periculosidade, há a transferência da medida de segurança detentiva para a de tratamento ambulatorial.

Na verdade, as mudanças ocorridas, mesmo que ainda de forma incipiente, deram-se a partir da edição da Lei nº 10.216/2001, que prevê a adoção de medidas antimanicomiais. Assim, não se deve mais desconsiderar a realidade acerca dos abusos e negligências existentes no tratamento dos enfermos que delinquiram e o fato de que, em regra, a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico não promove a cura, mas agrava a situação de sofrimento psíquico do autor da infração penal.

Na busca da redução dos danos, vem sendo defendida a substituição do formal tratamento manicomial por atendimentos terapêuticos, com objetivo de evitar que o paciente seja destituído dos direitos próprios de cidadão e de todo ser humano e de afastar que esse sujeito receba tratamento jurídico concretamente mais gravoso do que o imputável.

Diante do exposto, há a necessidade de reformulação do estatuto jurídico pertinente à aplicação da medida de segurança, previsto no Código Penal, a fim de assegurar aos indivíduos portadores de sofrimento psíquico a adoção de ações e políticas antimanicomiais.

Destarte, deve-se substituir, sempre que for possível e viável, a internação psiquiátrica por modelos alternativos de tratamento, semelhantes aos existentes nos Estados de Minas Gerais e Goiás, a fim de que os pacientes com transtornos mentais, ainda que em conflito com a lei, sejam assistidos por equipe multiprofissional, que valorize e reforce a importância do vínculo familiar e social e a própria condição de sujeito de direitos desses indivíduos. Assim, serão oportunizadas ao paciente melhores condições para o alcance da cura e lhe será afastado o estigma de indivíduo perigoso que, efetivamente, representa risco à sociedade e, por isso, deve ser alvo de segregação.

BRASIL. Lei nº 13.964 de 24 de dez. de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20>. Acesso em: 01 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HABEAS CORPUS* nº 113.016/MS, da 6ª Turma. Relatora: Ministra Jane Silva. DJ: 09/12/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4425375&num_registro=200801746302&data=20081209&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HABEAS CORPUS* nº 130.159/SP, da 5ª Turma. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 05/10/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6028799/habeas-corp-us-hc-130159-sp-2009-0037282-2-stj/certidao-de-julgamento-12156001?ref=serp>>. Acesso em: 29 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HABEAS CORPUS* nº 269.377/AL, da 6ª Turma. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJ: 13/10/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153309534/habeas-corp-us-hc-269377-al-2013-0124571-2/certidao-de-julgamento-153309548?ref=serp>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HABEAS CORPUS* nº 285.953/RS, da 5ª Turma. Relator: Ministra Laurita Vaz. DJ: 24/06/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25147954/habeas-corp-us-hc-285953-rs-2013-0422383-2-stj/certidao-de-julgamento-25147957?ref=serp>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 527. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* nº 73.097/MS, da 2ª Turma, Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ: 19/04/1996. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+73097%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+73097%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mx2v27x>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* nº 85.401/RS, da 2ª Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 12/02/2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+85401%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+85401%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/knrjofc>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* nº 97.621/RS, da 2ª Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 26/06/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4344434/habeas-corpus-hc-97621-rs>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* nº 98.360/RS, da 1ª Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 23/10/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604609>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* nº 107.432/RS, da 1ª Turma, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 09/06/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1223082&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%20107432>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* nº 107.777/RS, da 2ª Turma. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 16/04/2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21584144/habeas-corpus-hc-107777-rs-stf/inteiro-teor-110379816?ref=serp>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *HABEAS CORPUS* nº 103.383/RS, da 1ª Turma, Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 04/11/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=629266&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RHC%20/%20100383>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

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

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. Nascimento da prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GABRIEL NETO, José Elias; LOSEKAN, Luciano André. *Medidas de segurança e periculosidade – Aspectos jurídicos, médicos e psicológicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017.

GRECO, Rogério. *Sistema prisional. Colapso atual e soluções alternativas*. 2. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. *As Contradições das Medidas de Segurança no Contexto do Direito Penal e da Reforma Psiquiátrica no Brasil* – Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82762/85743>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. *Aspectos Criminológicos da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais* – Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/35250/aspectos%20criminologicos.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado – Parte geral*. v. 1. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2014.

Ministério da Saúde. *Centro de Atenção Psicossocial*. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/693-aco-es-e-programas/41146-centro-de-atencao-psicossocial-caps>>. Acesso em: 31.12.2019.

Ministério da Saúde. *Serviços Residenciais Terapêuticos*. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45927-mais-de-r-2-milhoes-para-ampliar-rede-de-saude-mental>>. Acesso em: 31.12.2019.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Método, 2014.

Revista de Saúde Pública. *Viabilidade de unidades psiquiátricas em hospitais gerais no Brasil*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102009000100021>. Acesso em: 31.12.2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA Jr, Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2002.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Paulo Xavier de. *Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.