

Sobre punir os enfermos mentais*

TALES HENRIQUE ULHOA

“Gostamos tanto dos belos pensamentos que não conseguimos parar de falar o dia todo, o que não deixa muito tempo para ler. Dilaceramo-nos em nome da paz, e prometemos a prisão em nome da liberdade”.

*(ALBERT CAMUS,
O Improviso dos Filósofos)*

Sumário: 1. *Apontamentos iniciais: sobre a natureza retributiva das medidas de segurança;* 2. *A aliança (trágica) entre direito penal e psiquiatria: sobre a periculosidade;* 3. *A supremacia do haloperidol: sobre a dupla punição;* 4. *O direito penal como “prima ratio”: sobre a vinculação da medida de segurança;* 5. *O juiz como médico: sobre o prazo mínimo de internação e de tratamento ambulatorial;* 6. *A nefasta sanha de encarcerar: sobre a indeterminação temporal do cumprimento da medida de segurança;* 7. *O cérebro, esse grande desconhecido: sobre a aferição da cessação da periculosidade;* 8. *O começo antes do começo: sobre o início da execução da medida de segurança;* 9. *O perigoso perene: sobre a desinternação condicional;* 10. *O estigma do louco criminoso: sobre o art. 133 da LEP;* 11. *Epílogo: sobre os caminhos possíveis*

1. Apontamentos iniciais: sobre a natureza retributiva das medidas de segurança

Em dezembro de 2007, aproximadamente quatro mil inimputáveis/semi-imputáveis¹ encontravam-se submetidos à medida

* O autor agradece ao Prof. Virgílio de Mattos pela atenciosa leitura do texto.

¹ Nos termos do modelo em vigor desde a Lei 7.209, de 11 de julho de 1984,

de segurança detentiva Brasil.² Nada obstante o impacto pessoal, familiar e terapêutico produzido pela aplicação das medidas de segurança, o silêncio da academia é contumaz, se não covarde e constrangedor. Nesse sentido, já acentuou Vinicius Peluso que o tratamento do tema tem se mostrado superficial e acrítico, por serem as medidas de segurança um assunto doutrinária e dogmaticamente mal-amado.³

Embora o “arsenal de exclusão” tenha há muito se restringido, eis que medidas “terapêuticas” cujo emprego já foi obstinadamente sustentado (como a indução do vômito, as hibernações e sangrias, os afogamentos, o coma insulínico, a nau dos loucos ou a lobotomia), não mais se fazem presentes, ressalta cristalina a natureza meramente punitiva, nunca curativa, do instituto jurídico previsto no Título VI da Parte Geral do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que constitui o nosso Código Penal.

Teima a doutrina em pontificar diferenças de natureza jurídica entre as medidas de segurança e as penas. Mesmo os autores que admitem aquelas como *forma* de sanção penal opõem-se à inafastável conclusão de que há identidade absoluta entre os dois institutos.⁴ Outros vão ainda mais longe, ao considerarem

que reformou a parte geral do Código Penal de 40, as medidas de segurança são aplicadas, obrigatoriamente, aos inimputáveis, enquanto aos semi-imputáveis impõe-se o sistema vicariante (pena reduzida *ou* medida de segurança). Na estatística apresentada, não foi possível, por ausência de especificação, determinar a quais espécies de agentes sem imputabilidade completa (inimputáveis e semi-imputáveis) os números se referem.

2 Dados consolidados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça do Brasil.

3 PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *A medida de segurança de internamento para inimputáveis e seu prazo máximo de execução*, p. 1.

4 Nesse sentido, vide NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal – parte geral e parte especial*, p. 523.

a medida de segurança como instituto meramente assistencial e curativo, motivo pelo qual sua aplicação poderia, inclusive, fazer-se de imediato, sem qualquer observância a alguns princípios historicamente insculpidos na normatividade penal, como a legalidade e a anterioridade.⁵

A despeito da autoridade dos autores, não podemos concordar com os entendimentos acima expostos. Afinal, uma e outra empenham-se nos mesmos fins (prevenção geral, positiva e negativa, e prevenção especial). Como recorda Cláudio Heleno Fragoso,

*“pena e medida de segurança têm o mesmo fundamento. Ambas servem à proteção de bens jurídicos e se destinam a prevenir a prática de crimes. Na execução, ambas tendem à reintrodução do agente na sociedade, sem que venha a cometer novos crimes. (...) a medida de segurança detentiva para imputáveis, que o condenado recebe e sofre como uma pena, também é perda de bens jurídicos, tendo natureza aflitiva, por vezes, mais grave do que a pena”.*⁶

E é verdade. Afinal, só o mais otimista poderia considerar que a medida de segurança será tomada, pelo inimputável, como “tratamento”, se, na verdade, implicará em longa privação de sua liberdade. Como, inclusive, esperar que seja formado o tão necessário vínculo fiduciário entre médico e paciente, quando o primeiro pode vir a atuar no sentido de agravar a situação penal deste?

E há mais. Ambos os institutos jurídicos pressupõem a ocorrência de fato típico, ilícito, culpável e punível e, com isso, também

5 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 41-42.

6 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, p. 387.

não deixam de manifestar natureza retributiva, no sentido de que se opõem a uma infração penal punível (são, pena e medida de segurança, conseqüências jurídicas e necessárias do crime).⁷ Não existe, de fato, qualquer diferença de cunho ontológico entre as penas e as medidas de segurança. E nem mesmo há, em toda a dogmática penal, consenso quanto às funções da pena, de modo a legitimar a diferenciação. Finalmente, tanto as penas como as medidas de segurança se igualam quando de sua execução.⁸

Vislumbrando construir vias alternativas e efetivamente viáveis às medidas de segurança, e sem a pretensão de esgotar o tema eleito, este artigo procura demonstrar as contradições e defeitos do instituto. Poucos não são os argumentos. Senão vejamos.

2. A aliança (trágica) entre direito penal e psiquiatria: sobre a periculosidade

Contaminado pelo discurso positivista dominante no final do século XIX, mais precisamente a partir de 1870, com a “fosseta de Vilella” descoberta -sic- por Lombroso em 13 de dezembro século XX, e ainda no dealbar do século XX, momento em que a psiquiatria se afirmava como especialidade médica, e tendo como precedente histórico a superposição, aos clássicos, das tipologias criminais sistematizadoras propugnadas por Lombroso (o delinqüente como tipo anômalo, sob um enfoque antropológico), Garofalo (que tenta criar um conceito de periculosidade – *temibilità*) e, um pouco mais adiante, por Ferri, o saber criminológico não descuidou de furtar aos agentes portadores de enfermidade mental alguns dos institutos essenciais do

7 QUEIROZ, Paulo. Penas e medidas de segurança se distinguem realmente? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, p. 15.

8 GOMES, Luiz Flavio. Duração das medidas de segurança. *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*.

moderno direito penal, como possibilidade de transação penal, progressão de regime, suspensão condicional da pena, suspensão condicional do processo e remição da pena pelo trabalho.⁹

Não causa espanto, aliás, que anda mal a doutrina ao vaticinar que a pena teria caráter retributivo-preventivo, ao passo que a medida de segurança consistiria em dispositivo fundamentado na prevenção e na cura dos inimputáveis (chegou a ser chamada de “código de segurança” pela exposição de motivos de 1940) ou semi-imputáveis (inovação da parte geral da reforma de 1984) que cometem fatos definidos como crime. Nesse sentido, a primeira teria por base a *culpabilidade*, tendo a segunda, como elemento subjacente e legitimador, além do fato típico, a *periculosidade* do agente.

Tendo como referência essencial os alienistas franceses e suas descrições da monomania e da degeneração, o conceito de loucura deixou de restringir-se ao delírio, podendo este ser considerado o marco inaugural do estabelecimento da relação entre doença mental e comportamento violento ou desviante.¹⁰

Assim, compulsado o tratamento conferido ao tema da periculosidade pela doutrina jurídica e pelo saber psiquiátrico, bem como a redação do texto legal (art. 97 c/c art. 26, *caput*, ambos do Código Penal), algumas perguntas se impõem. Afinal, o que vem a ser a periculosidade? Trata-se de condição a ser aferida no passado (quando do cometimento do delito) ou no presente (sentença absolutória “imprópria”)? Existem parâmetros objetivos a serem considerados quando da sua medida?

9 MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída*, p. 23.

10 PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY-FILHO, Antônio; LIMA-JR, Alberto Soares. A estratégia da periculosidade: psiquiatria e justiça penal em um hospital de custódia e tratamento.

Sem dúvida, essas questões adentram em um sistema reverberante, em que um conceito é definido por outro conceito que, por sua vez, remete ao anterior: se a periculosidade é a probabilidade de o sujeito cometer crimes, a probabilidade de um sujeito cometer crimes corresponde, exatamente, à periculosidade. Nada mais simples...

Notável, nesse ponto, que se trata, na verdade, de conceito impossível de ser definido, maculado por *pressupostos* para a sua configuração ou, como bem ensina Virgílio de Mattos, impregnado de condições *a priori*.¹¹ Por constituir-se em mero juízo de probabilidade, empiricamente formulado e sem qualquer dado objetivo, resta sujeito a erros graves,¹² eis que remete a um estado subjetivo “mais ou menos duradouro de anti-sociabilidade”.¹³

Nesse sentido, há que se redargüir: o que afasta, já de início, a probabilidade de que qualquer um de nós, imputáveis, vir a delinqüir? Ora, como cedoço, os crimes cometidos pelos imputáveis são, de maneira global, mais violentos do que os cometidos pelos inimputáveis por doença mental, já de antemão reputados “perigosos”.¹⁴ Outrossim, não seríamos, todos nós, perigosos “pré-delituais”¹⁵

11 MATTOS, Virgílio. *Op. cit.*, p. 181.

12 *v.* FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 390.

13 ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*, p. 21.

14 Cf. dados coletados pelo Programa Pólos de Cidadania/Projeto Saúde Mental, relativos aos anos de 1999 a 2001, em que se destaca, no grupo dos imputáveis, os homicídios (35%), o tráfico de drogas (15%) e o roubo (13%), em oposição ao observado para os inimputáveis (homicídios – 30%; furto – 11%) e lesão corporal – 10%). Cf. MATTOS, Virgílio, *op. cit.*, p. 202-203.

15 Nesse sentido, confira-se Maria Lúcia Karam: “A idéia 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”, *in* Medidas de segurança: punição do enfermo mental e violação da dignidade. *Verve*, p. 217.

E não é só. Essa distinção dicotômica carece de qualquer fundamento dogmático. A periculosidade, de *per se*, não constitui elemento apto a impor a aplicação da medida de segurança, já que se exige, sem exceções, a concorrência de todos os pressupostos da punibilidade, tanto gerais como especiais (*e.g.*, erro de proibição inevitável),¹⁶ seguindo o mesmo raciocínio ao qual se sujeitam os agentes imputáveis.

Não bastasse, é claramente equivocada a consideração de que o juízo de culpabilidade seria substituído pelo juízo de periculosidade. Veja-se, mais uma vez, a lição de Paulo Queiroz: “[...] em favor dos inimputáveis militam também, além das excludentes de tipicidade e ilicitude, todas as causas de exclusão de culpabilidade, bem como causas extintivas de punibilidade (prescrição, decadência)”.¹⁷ Nesses casos, em que o inimputável é protegido por uma causa exculpante outra que a inimputabilidade, impõe-se a absolvição, não havendo que falar em aplicação de medida de segurança.

Igualmente imperioso lamentar que o diploma legal repressivo não tenha logrado demarcar, expressamente, o espectro de incidência das medidas de segurança aos inimputáveis, no que concerne ao elemento subjetivo do delito. Como é fácil aduzir, vê-se que mesmo quando a natureza do fato praticado pelo inimputável for culposa, caberá

submetê-lo à medida de segurança detentiva, já que o parâmetro a ser observado pelo juiz quando da decisão absolutória é

16 Essa, a preciosa lição de José Frederico Marques: “A pretensão punitiva pode estar sujeita a condições. Não basta assim a prática de um fato típico, antijurídico e culpável para que surja a punibilidade. Em certos casos, imprescindível se faz, para nascer o direito concreto de punir, que se realize determinada condição: é o que se denomina de condição objetiva de punibilidade” (*Tratado de direito penal*, v. 3, p. 369).

17 QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, p. 15.

a espécie de pena privativa de liberdade (se de reclusão ou de detenção) prevista para o delito nas hipóteses de sua prática por agente imputável.¹⁸

Afora a manifesta impropriedade ontológica da distinção (que o legislador reformador de 1984 insistiu em preservar, embora, sob o aspecto prático, nada tenha de significativo no campo do direito penal material), salta aos olhos a absoluta anomalia da solução, pois não há que se falar em periculosidade na hipótese de cometimento de delito culposos.

Não menos importante a discussão relativa ao momento de aferição da periculosidade, como sobredito. Aqui, especial relevo ganha a hipótese em que, quando da prolação da sentença (sempre posterior à conduta típica e ilícita, por óbvio), houver cessado a manifestação clínica da enfermidade mental e, como corolário necessário, a periculosidade do agente (que decorre da insanidade mental). Afinal, dada a natureza episódica ou cíclica dos vários quadros clínicos de etiologia mental, é freqüente a dissociação entre o estado mental do agente no momento em que o delito é praticado e aquele de quando responde judicialmente; muitas vezes, o agente mostra-se mentalmente hígido quando do julgamento.¹⁹ A se seguir o disposto pelo Código Penal, ainda assim caberia aplicação da medida de segurança? Ou seria o agente considerado imputável, sendo então propriamente condenado, mesmo sob o risco de recorrência do quadro mental (o que, diga-se, é a regra), aplicando-se, quando

18 Código Penal, art. 97, *caput*: “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” – grifos meus.

19 BESSA, Noeli Kühl; WOOD, Daniel Ricardo Augusto. *Briefing* do levantamento da situação de inimputáveis custodiados no Complexo Médico Penal sem previsão de alta social. *Caderno do Ministério Público do Paraná*.

da recaída, o disposto pelo § 4º do art. 97 do Código Penal ou, ainda, o art. 98 do mesmo diploma legal, ambos por analogia *in malam partem* (o que é absolutamente vedado pela dogmática penal)? De se imaginar a sobrecarga e o desvario junto aos juízos de execução, quando o agente apresentasse quadro mental intermitente e policíclico, com conversões várias entre a pena privativa de liberdade e a medida de segurança...

Ainda no que toca à impertinência da periculosidade enquanto elemento maior a nortear a imposição da medida de segurança, insta ressaltar que, por não estar firmada esta na natureza ou gravidade dos bens jurídicos que com tais medidas se pretende preservar, há que se apontar a inexistência de qualquer fundamento científico para o que possa vir a ser a “periculosidade”.²⁰ Nesse sentido, sintomática a definição da expressão, levada a termo por Florian: “a periculosidade pode considerar-se como o estado, a atitude, a inclinação de uma pessoa a cometer, com grande probabilidade, *quase certeza, delitos*”.²¹

Assim sendo, cabe indagar: qual a probabilidade de um indivíduo imputável delinqüir? Ou, melhor: a taxa de reincidência para os inimputáveis é maior do que a observada entre os imputáveis? A resposta é negativa!

Habitualmente, é repetitiva a argumentação no sentido de que a reincidência, específica ou genérica, seria maior entre os criminosos portadores de sofrimento mental. Admitida essa falsa premissa, estar-se-ia a concluir que os agentes submetidos à medida de segurança seriam criminosos de pior estirpe do que os demais criminosos. Até o presente, contudo, tal nunca se comprovou, a se considerar as estatísticas disponíveis. Sobre o tema, confira-se o que ensina Orlando Faccini Neto: “[...] nada

20 MATTOS, Virgílio de, *op. cit.*, p. 182.

21 Cf. ANDRADE, Haroldo da Costa, *op. cit.*, p. 8.

de concreto, no campo da estatística, há, a revelar que inimputáveis cometam maior número de crimes do que os imputáveis. A experiência forense, bem se diga, parece demonstrar o contrário”.²²

Em verdade, a prática reiterada de ilícitos penais é mais frequente entre os indivíduos sem qualquer comprometimento da sua capacidade de entender e querer, ao contrário do que deduz o senso comum. Nesse sentido, o alerta de Muñoz Conde: “o risco que a sociedade deve assumir em relação a reiteração dos inimputáveis é o mesmo que assume, diariamente, em relação ao imputáveis que, após cumprirem a pena, saem em liberdade, na maioria das vezes mais escolados”.²³

Ainda no campo dos números, Gabriel Gauer demonstrou, com pertinência, que entre as mulheres (8,7% da amostra de 617 internos), 86,5% não possuíam antecedentes criminais, enquanto entre os homens (91,3% da mesma amostra), menos da metade, ou seja, 44,5%, possuía tais antecedentes.²⁴ Como é fácil notar, razão alguma há a justificar o tratamento diferenciado, discriminatório mesmo, imposto aos inimputáveis (veja-se o exemplo da legítima defesa própria, que não raro os tribunais se negam a reconhecer quando o agente é portador de sofrimento mental).

A periculosidade, como se depreende, consiste em um mero *pressuposto*, alimentado por crenças, medos, expectativas, suspeitas ou qualquer outro sentimento anímico que se queira; nunca, contudo, mostrou-se segura enquanto norte para o jul-

22 FACCINI NETO, Orlando. *Atualidades sobre as medidas de segurança*.

23 CONDE, Francisco Muñoz; JESCHEC, Hans Heinrick. *Adiciones de Derecho Español al Tratado de Derecho Penal*, p. 124, cit. por ANDRADE, Haroldo da Costa, *op. cit.*, p. 87.

24 GAUER, Gabriel José Chittó *et al.* Inimputabilidade: estudo dos internos do Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso. *Revista de Psiquiatria do Grande do Sul*, p. 286 e ss.

gador, até mesmo porque sempre será impossível a sua comprovação científica. Diante de fatos concretos, trata-se de solução simplista, divorciada da realidade tão claramente exposta.²⁵

Finalmente, em homenagem à lógica, já tão ferida pelas anomalias que permeiam as medidas de segurança, trazemos nova consideração ao cotejo. Se a periculosidade do indivíduo decorre da enfermidade mental que o acomete, e se esta, o mais comumente, tende a se manifestar intermitentemente, como assegurar que a cessação da periculosidade, tão cara àqueles que não questionam o conceito, será definitiva? Salvo se se considerar que o laudo médico indicativo da ausência de periculosidade tenha o condão de impedir a recorrência dos sintomas mentais e, com isso, o retorno da periculosidade, o cuidado vigorosamente imposto pelo § 1º do art. 97 do CP soa desafinado com os objetivos colimados, tornando manifesta a incongruência do instituto jurídico representado pelas medidas de segurança.

3. A supremacia do haloperidol: sobre a dupla punição

Embora esforçada a doutrina no sentido de conferir natureza curativa ou terapêutica às medidas de segurança, tal não é verdadeiro. Diversos, aliás, são os desacertos no que toca à aptidão das medidas de segurança para, de fato, ao menos mitigar as conseqüências (leia-se, sintomas e sinais clínicos) dos processos patológicos envolvidos no desenvolvimento das enfermidades mentais, salvo se o efeito curativo à qual alude a doutrina referir-se à sociedade extramanicomial.

De fato, o tão apregoado “tratamento” a que se vinculam as medidas de segurança não pode (e nem deve) ser considerado como tal.

25 PAIM, Isaías. A crueldade da medida de segurança. *Revista Semestral da ES-MAGIS*, p. 119.

Manifestamente inócuo do ponto de vista médico-terapêutico (embora eficaz no sentido de conter os infelizes internos), o “tratamento” instituído resume-se, via de regra, a uma única droga, o onipresente haloperidol. Embora se erijam razões de ordem econômica como justificativa para o seu uso quase exclusivo (trata-se de antipsicótico de baixo custo), não nos parece razoável que, dada a ampla gama de doenças mentais que acometem os inimputáveis delinquentes, sejam todas abordadas da mesma maneira (farmacologicamente) e, o que é mais grave, com uma única droga.

A constatação não é nossa, tampouco nova: em trabalho realizado entre março e dezembro de 1996, em um hospital de custódia e tratamento do Estado da Bahia, observou-se que 96% dos internos faziam tratamento puramente farmacológico.²⁶

Ressalte-se, ainda, que o citado “baixo custo” refere-se, unicamente, ao aspecto financeiro, já que conhecida a grave plêiade de efeitos secundários relacionados ao citado neuroléptico, notadamente as síndromes extrapiramidais, que podem atingir até 61% dos seus usuários.²⁷ Sabendo-se que a terapia farmacológica não trata (não cura), mas tão-somente ameniza os sintomas das doenças mentais, de se questionar qual o caráter curativo das medidas de segurança, já que, em suma, consistem estas em encarcerar os agentes inimputáveis e administrar-lhes neurolépticos quando mais agitados... Tratamento específico, notadamente não-farmacológico, não há.

26 PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY-FILHO, Antônio; LIMA-JR, Alberto Soares, *op. cit.*

27 CHABOLLA, David R. Drug-induced parkinsonism as a risk factor for Parkinson's disease: a historical cohort study in Olmsted County, Minnesota. *Mayo Clin Proc*, p. 724-727.

A maioria dos internos recebe visitas médicas sobremaneira esparsas (não raro anuais), pautadas, de maneira geral, em avaliações superficiais e desinteressadas, sem qualquer traço de abordagem individualizada. O que dizer, então, das intervenções psicológicas e psiquiátricas (essenciais à progressão do enfermo mental), mais raras ainda. Na PIEP, Complexo Penitenciário Feminino Estevão Pinto, por exemplo, há um único psiquiatra para toda a massa carcerária. Não há consulta; quem indica/medica são os auxiliares de enfermagem, a pedido da “guarda”, sempre que os internos se “agitam”. No estudo anteriormente citado, 69% dos internos estavam sem atendimento médico há mais de um mês, enquanto 52% destes foram avaliados por seus médicos assistentes em uma média de um atendimento mensal.²⁸ O baixo número de atendimentos médicos é explicado: número insuficiente de profissionais, superposição de atividades e, ainda, elevado número de pacientes.

Em nosso meio, a realidade não é (e nem poderia) ser diferente: embora seja responsável pela internação da grande maioria dos agentes sob medida de segurança em Minas Gerais (147 do total, em dezembro de 2007), o Hospital Psiquiátrico e Judiciário Jorge Vaz, de Barbacena, efetuou somente 15 atendimentos psiquiátricos em janeiro de 2008.²⁹

Acrescente-se, ainda, que os estabelecimentos em que são recolhidos (este, o termo mais apropriado) os agentes imputáveis têm caráter essencialmente custodial, importando reconhecer que o tratamento neles levado a efeito tende a ser questionado, inclusive, pelos próprios agentes de saúde.

28 PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY-FILHO, Antônio; LIMA-JR, Alberto Soares, *op. cit.*

29 MINAS GERAIS. Subsecretaria de Administração Prisional da Secretaria de Estado de Defesa Social.

Submetidos, assim, a uma abordagem psiquiátrica uniforme e meramente farmacológica, sujeitam-se os internos a uma dupla punição: banidos do mundo social, privados de qualquer rudimento de dignidade, esquecidos *ad infinitum*, submetem-se os “loucos de todos os gêneros” (mas tratados de maneira padronizada!) a um *ius puniendi* estatal meramente retributivo, donde inescapável a conclusão pela impossibilidade de cura ou controle sintomatológico, de reinserção social ou mesmo de retorno ao convívio familiar.

Como se percebe, esse é o sentido da dupla punição: etiquetados pela reação social ao crime, são os agentes inimputáveis punidos pela conduta arbitrariamente selecionada como socialmente desviante e, ainda, pelo fato natural de estarem acometidos por uma enfermidade mental.

4. O direito penal como *prima ratio*: sobre a vinculação da medida de segurança

Por não se firmar nem na natureza, nem na gravidade dos bens jurídicos que pretende preservar, resta vinculada a medida de segurança detentiva unicamente à prática de um crime ao qual se comine pena de reclusão.

Assim, reconhecido o estado de inimputabilidade do agente, deve o juiz cognitivo, ao “absolver” o réu, impor medida de submissão a “tratamento” sob regime de internação (não por acaso, a sentença, nessa hipótese, é denominada sentença absolutória “imprópria”), a teor do que dispõe o *caput* do art. 97 do estatuto penal repressivo.

Referido dispositivo legal, contudo, não se coaduna com os mais básicos princípios limitadores do poder punitivo do Estado, notadamente no que concerne à lesividade e à subsidia-

riedade, essenciais ao chamamento da força do direito penal para a solução dos conflitos sociais. Não assiste razão à lei, portanto, quando impõe a internação obrigatória nos casos em que o crime que deu origem ao processo penal for punível com reclusão.

Tal conduta tem produzido resultados desastrosos no que tange à abordagem terapêutica do agente inimputável, que, ao ser desnecessariamente mantido internado vê prejudicado o seu tratamento, mesmo porque, na maioria dos casos, certamente estaria mais bem cuidado sob regime ambulatorial. Só assim, o problema da reincidência criminal poderia ser, pelo menos parcialmente, controlado.

Ora, se o escopo das medidas de segurança é preventivo-especial e não retributivo, como firma a doutrina e a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, consistindo em obstar eventual lesão futura a bens jurídicos, a determinação da espécie a ser imposta não poderia, nunca, pautar-se no fato delituoso que levou à imposição da medida de segurança.

Quanto aos nossos tribunais, raros são os que têm apontado para a não-obrigatoriedade de se impor medida de segurança detentiva quando o crime praticado pelo inimputável tiver como consequência jurídica uma pena de reclusão.³⁰

Veja-se, ainda, a questão dos portadores de transtornos de personalidade, notadamente em sua vertente anti-social (“psicopatas”). Embora seja pacífico o entendimento de que se trata,

30 MATTOS, Virgílio de. *Trem de doido – O direito penal e a psiquiatria de mãos dadas*, p. 130. Nesse sentido, confira-se o trecho de corajoso acórdão: “Se, entretanto, o fato previsto como crime for punível com detenção poderá o juiz submetê-lo, simplesmente, a tratamento ambulatorial, nos termos do art. 97 do CP” (TJPR – RCr. 173.321-9 – Rel. Des. Oto Luiz Sponholz – 1ª C – J. 09/06/2005) (RT 840/642).

em geral, de indivíduos semi-imputáveis, e não inimputáveis,³¹ tem sido rotineira a imposição de internação compulsória a esses agentes.

Tal conduta opõe-se frontalmente às mais atuais diretrizes psiquiátricas, na medida em que a internação desses agentes em hospitais de custódia e tratamento, além de inútil do ponto de vista terapêutico, tem ensejado a piora do quadro mental dos demais enfermos.

Por outro lado, ao se conferir ao julgador a prerrogativa de determinar, nos casos em que o crime for originalmente punido com detenção, a espécie de medida de segurança (se acompanhamento médico-ambulatorial ou internação) a ser aplicada (art. 97, *caput, in fine*), configurada está uma das principais distorções do instituto: tal fixação lança mão de um juízo cuja estruturação é toda feita não em relação à *gravidade da doença* (de se esperar, por tratar-se, como sustentam os seus prosélitos, de medida terapêutica), mas em relação à *gravidade do delito*. Com isso, dão lugar, o médico e o agente, ao juiz e à cominação da pena em abstrato, em aberrante inversão de todo o discurso legitimador da imposição das medidas de segurança.

5. O juiz como médico: sobre o prazo mínimo de internação e de tratamento ambulatorial

Impõe o § 1º do art. 97 do CP que o prazo mínimo da medida de segurança imposta ao inimputável será de um a três anos. No caso, o legislador infraconstitucional conseguiu, de saída, violar o princípio da proporcionalidade. O excesso na imposição da medida de segurança, aqui, já se observa no início. Explica-se.

31 SILVA, Francisco Deliane. A imputabilidade penal e os “fronteiriços”. No mesmo sentido: FACCINI NETO, Orlando, op. cit.

Ao fixar o prazo mínimo de um ano, a ser obrigatoriamente observado pelo juiz, há que se atentar para a hipótese em que a cessação da periculosidade, conforme aferida pela avaliação médico-psiquiátrica, se instale antes deste hiato temporal.

E não seria demais insistir: qual o fundamento para que o agente inimputável tenha o seu direito à liberdade ofendido pela internação compulsória (eufemismo para reclusão) mesmo tendo cessada a sua temibilidade? Afinal, nada impede que a manifestação clínica de seu transtorno mental (da qual decorrem, frise-se, a inimputabilidade e a periculosidade) esteja controlada (farmacológica ou espontaneamente) antes do prazo mínimo fixado pelo julgador. Ainda que o art. 176 da Lei de Execução Penal – LEP autorize ao juiz a determinação de exame destinado à averiguação da periculosidade antes de completado o prazo mínimo, sobrejuz a carência de idoneidade do dispositivo legal em promover tal desiderato, já que a autorização está condicionada a requerimento do Ministério Público, do interessado, de seu defensor ou procurador. Realmente, todas são hipóteses de difícil concreção, dado o perfil dos destinatários das medidas de segurança, geralmente desprovidos de seu *status* de cidadãos e de capacidade cognitiva e volitiva.³²

Recorde-se, ainda, que, em muitos Estados da federação, o tempo gasto para a conclusão dos laudos psiquiátricos, quando do incidente de insanidade mental, tende a ultrapassar os seis meses,³³ fazendo letra morta do preceituado pelo § 1º do art. 150 do Código de Processo Penal. O que dizer, então, quando o agente já se encontra sujeito à medida de internação compulsória...

32 PELUSO, Vinicius de Toledo Piza, *op. cit.*, p. 1.

33 FACCINI NETO, Orlando. *Atualidades sobre as medidas de segurança*, *op. cit.*

Segundo dados apresentados por Maria Fernanda Tourinho Peres, o tempo médio para a conclusão dos laudos de sanidade mental no hospital de custódia e tratamento estudado foi de 12 meses e, dentre os concluídos, apenas 31% o foram em prazo inferior a um mês; além disso, havia somente um médico perito para cada 43 laudos solicitados.³⁴

O prazo mínimo, inclusive, não guarda relação com o delito praticado, em patente galanteria a um direito penal do autor (do qual a medida de segurança é o exemplo mais espetacular, no mau sentido), intolerável por sobrepor o juízo de reprovação não sobre o fato praticado, mas sobre o “ser” pessoal.³⁵ Essa perspectiva, aliás, destoa do fim precípua do direito penal (e do sistema normativo geral), voltado para a regulação da *conduta* humana.

Observe-se, ainda, os critérios para a fixação do prazo mínimo apresentados pela doutrina: gravidade da doença; possibilidade, ou não, de recuperação; e duração do “tratamento curativo” necessário. Todos, como se nota, irrazoáveis, à falta de melhor adjetivo. A uma, por ser complexo o curso evolutivo das enfermidades mentais; a duas, posto que virtualmente impossível determinar, de antemão, se o processo patológico que acomete o agente será passível de reversão, dada a subjetividade da psiquiatria (sobre o tema, retornaremos em momento oportuno); a três, pela também impossibilidade de se determinar o lapso temporal necessário para o efetivo controle da doença, se tanto for viável.

34 PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY-FILHO, Antônio; LIMA-JR, Alberto Soares, *op. cit.*

35 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* – Parte geral, p. 422.

6. A nefasta sanha de encarcerar: sobre a indeterminação temporal do cumprimento da medida de segurança

Ao contrário dos antecessores Código Criminal do Império (1830), Código Penal da República (1890) e Consolidação das Leis Penais (1932), o Código Penal de 1940 sobressai em seu rigor.³⁶ Se, nos anteriores, inadmissível o recolhimento por prazo não determinado, não impõe o atual diploma penal qualquer limitação ao tempo de execução das medidas de segurança, em flagrante oposição à exigida filtragem principiológica e normativa instituída pela ordem constitucional quando se está a tratar de sanção penal.³⁷

Para o legislador e parte da doutrina, infelizmente, o que importa não é a cura da enfermidade que acomete o agente inimputável, mas tão-somente a cessação da periculosidade, dogma maior e intocável do nosso sistema jurídico penal, quando o assunto é sanção penal aos inimputáveis enfermos mentais.³⁸

Impende ressaltar, aqui, que o sistema de proteção aos direitos fundamentais insculpido na Carta de 1988 veda a aplicação de penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, *b*). Nesse ponto, insito reconhecer, a partir de um esforço hermenêutico teleológico e sistemático, que pretendeu o nosso sistema constitucional referir-se tanto às penas em sentido estrito como às medidas de segurança. Como ensina, mais uma vez, Vinícius Peluso, “é imperioso interpretar-se a palavra ‘*penas*’ do art. 5º, XLVII, ‘*b*’, da CF, como ‘*sanções penais*’ (*penas e medidas de segu-*

36 GONÇALVES, Antonio Baptista. *A única pena de prisão perpétua no Brasil: o manicômio*.

37 Dispõe o § 1º do art. 97 do CP: “*A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) ano a 3 (três) anos*”.

38 FACCINI NETO, Orlando, *op.cit.*

rança) [...] interpretação, essa, que tem a função de impedir a subversão e a perturbação do esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido”.³⁹

Como lembra Orlando Faccini Neto, é possível resgatar, no direito comparado, três sistemas voltados à regulação das medidas de segurança:⁴⁰ (1) o tempo de internação é limitado pelo prazo máximo da pena abstratamente cominada ao delito, caso tivesse sido o agente reconhecido como imputável (Espanha, México, Peru); (2) a internação não pode exceder o limite máximo da pena relativa ao tipo delitual praticado pelo inimputável, embora permita-se, quando o fato praticado corresponder a crime punível com pena superior a oito anos e o perigo de novos fatos da mesma espécie desaconselhar a liberação, a prorrogação da internação por períodos sucessivos de dois anos, até que cesse a periculosidade (Portugal) – o que, sabemos, não acontece nunca ou quase nunca, o que, se não é o mesmo, produz efeito igual; (3) o prazo máximo de internação é fixado e, findo o lapso temporal, a medida de segurança é extinta, qualquer que seja a situação do internado – é o sistema mais “garantista”, convenhamos.

Nosso sistema penal, portanto, destoa de todos esses sistemas, já que nele impera a indeterminação do prazo de submissão à internação obrigatória, ainda que este exceda ao limite máximo prescrito pelo *caput* do art. 75 do Código Penal, que é de trinta anos; inúmeros, aliás, são os casos em que este limite é ultrapassado. Desse modo, devassado fica o princípio da proporcionalidade, uma vez que submetido ao destampatório do § 1º do art. 97 do mesmo diploma legal.

Apontando para a inconstitucionalidade do nosso modelo, já

39 PELUSO, Vinicius de Toledo Piza, *op. cit.*, p. 6-7.

40 FACCINI NETO, Orlando, *op. cit.*

ressalvou Luiz Flávio Gomes que “do modo como o nosso Código Penal disciplina o assunto é muito fácil a violação do princípio da proporcionalidade, na medida em que o autor de um furto ou de lesões corporais, por exemplo, pode ficar privado de sua liberdade por tempo superior ao autor de um homicídio, de um roubo, ou de um estupro”.⁴¹

Não é demais lembrar, ainda, que o princípio da legalidade impõe que seja observado o direito do condenado de conhecer, desde o início, a amplitude da sanção que está a lhe ser aplicada, sob pena de lhe falecer a necessária segurança jurídica, inerente ao nosso sistema constitucional-penal. Decerto, a execução final tem que ter um fim, devido ao risco de se privar, perpetuamente, a liberdade individual do agente.⁴²

Notável, portanto, nova contradição do instituto em questão: embora os autores que a justificam se esforcem em atribuir-lhe caráter não punitivo, por estar voltada, argumentam, para o tratamento curativo do agente, a inexistência de prazo máximo para a submissão à internação compulsória acaba por infligir privações e restrições ainda mais gravosas do que as sanções típica e abertamente dotadas de conteúdo punitivo.⁴³ Desse modo, impõe-se reconhecer, e sem qualquer embaraço, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 97 do nosso Código Penal, discordante que é com toda a hermenêutica constitucional, não sendo demais considerar tal dispositivo infraconstitucional não recepcionado pela Constituição de 1988.⁴⁴

41 GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.

42 ANDRADE, Haroldo da Costa, *op. cit.*, p. 32.

43 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte geral*, p. 861.

44 Com o mesmo entendimento: PELUSO, Vinicius de Toledo Piza, *op. cit.*; PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*, p. 97-98;

7. O cérebro, esse grande desconhecido: sobre a afeição da cessação da periculosidade

Resiste intocável, em nosso ordenamento jurídico-penal, a necessidade de laudo afirmativo da cessação de periculosidade do agente inimputável, a fim de que possa ser interrompida sua internação obrigatória. Este, entendemos, é um dos pontos fulcrais da matéria.

Consoante os §§ 1º e 2º do Código Penal, a internação será por prazo indeterminado, até que cesse a periculosidade, o que deve ser atestado via laudo médico-psiquiátrico, a ser emitido depois de concluído o tempo mínimo inicial fixado pelo juiz do processo de conhecimento, a cada ano, enquanto persistir a internação compulsória ou a critério do juiz.

O problema, neste campo, reside exatamente na aptidão do exame psiquiátrico em revelar a periculosidade, maior ou menor, do agente. Seria tal possível? Existe segurança nas conclusões, dada a subjetividade dessa especialidade médica? A nós, parece que ambas as respostas devem ser negativas.

Discorrendo sobre o tema, acentua o médico-forense Guillermo Portero Lazcano, chefe da Clínica Médico-Forense de Bilbao:⁴⁵

“La psiquiatria, pese a los importantes avances de los últimos tiempos, sigue siendo la disciplina medica que más carga subjetiva posee (...) [a psiquiatria] es ciencia menos exacta que en el resto de especialidades médicas (...) en psiquiatria la verdad es mucho más rela-

45 LAZCANO, Guillermo Portero. Valoración Medico Forense de La Enfermedad Mental. *Caderno Vasco de Criminologia*, p. 137-138.

tiva que en resto de especialidades médicas.”

Igualmente sintomática, a baixa concordância entre as medidas de segurança propostas pelos psiquiatras e aquelas determinadas pelos juízes para os indivíduos semi-imputáveis.⁴⁶ De fato, como as medidas de segurança tendem a ser pautadas pelo fato delituoso e não pelo diagnóstico e gravidade da doença mental (aspecto já criticado), diferente não poderia ser a ilação.

Digno de nota, ainda, que em quase todas as comarcas do país os exames para averiguação da existência ou cessação da periculosidade, quando realizados, são efetivados de forma sumária e por profissionais pouco afeitos à semiologia psiquiátrica, mesmo porque patente a inexistência de Serviços de Psiquiatria Forense.⁴⁷

Para que o leitor tenha uma idéia mais aproximada da dimensão do problema e da perplexidade que o tema propicia, confira-se Clarissa Gorenstein e Laura de Andrade, ao discutirem a subjetividade da psiquiatria: “(...) procura-se demonstrar que todas as especialidades médicas são igualmente subjetivas, pois é o médico-sujeito quem determina o que é ou não objetivo. Busca-se, desse modo, salientar a importância da opção doutrinária do psiquiatra, que acaba se refletindo em sua forma de abordar um caso, diagnosticá-lo e tratá-lo”⁴⁸

Resta clara, vale observar, a ampla margem de subjetividade que trespassa os laudos produzidos quando da averiguação da

46 RAMOS, Maria Regina Rocha. *Psiquiatras Forenses e Operadores do Direito: Como Anda Relação entre esses Profissionais*. Anais do XXI Congresso Brasileiro de Psiquiatria, 2003.

47 SILVA, Francisco Deliane, *op. cit.*

48 GORENSTEIN, Clarice; ANDRADE, Laura HSG. As três tsunamis da Psiquiatria: mau uso, abuso e não-uso. *Revista de Psiquiatria Clínica*, p. 237-239.

cessação de periculosidade. Não por acaso, assenta Jacques de La Haye, vigilante:

“Reina uma imensa confusão no que concerne à doença mental. Através dos tempos e dos países, as definições que puderam ser dadas variaram tanto que não existem definições verdadeiras. Classificações das patologias foram efetuadas no transcurso dos anos, mas nunca foram exaustivas ou definitivas. Foram sempre duvidosas. Provocaram debates intermináveis nos quais ninguém jamais estava de acordo; criaram-se escolas; e denominações aplicadas às perturbações do comportamento no campo psicológico são tais que nenhuma ciência real pode ser constituída em matéria de psiquiatria.”⁴⁹

Ao contrário das outras especialidades médicas, cujo arsenal propedêutico há muito tem sido complementado por recursos subsidiários objetivos, na psiquiatria não há marcadores biológicos aptos a conferir segurança aos diagnósticos da especialidade, que acabam por pautar-se em dados meramente subjetivos, em que se destacam somente os sinais e sintomas que conformam o quadro clínico do paciente.⁵⁰

No ano de 1972, Cooper demonstrou interessante (e assustadora) divergência entre os diagnósticos efetuados por dois grupos de psiquiatras.⁵¹ Tendo, ambos os grupos, avaliado o mesmo conjunto de pacientes, o primeiro daqueles, sediado em Nova Iorque, concluiu tratar-se de pacientes esquizofrê-

49 LA HAYE, Jacques Lesage de. *La mort de l'asile. Histoire de l'antipsychiatrie*, p. 23.

50 GORENSTEIN, Clarice; ANDRADE, Laura HSG, *op. cit.*, p.237.

51 COOPER, JE, *et al. Psychiatric diagnosis in New York and London*, 1972.

nicos e alcoólatras, enquanto psiquiatras atuantes em Londres foram taxativos em diagnosticá-los como portadores de transtorno maníaco e depressão psicótica.

Já em outro trabalho de monta, Luiz Dractu descreve um caso psiquiátrico que, tendo sido apresentado em uma sessão clínica, recebeu dois diagnósticos distintos, o que, segundo o autor, traduziria “uma maneira de abordagem, ou seja, uma determinada doutrina.”⁵² Assim, conclui que tanto o diagnóstico como o tratamento fundamentam-se, sempre, no ponto de vista do psiquiatra, o que varia de acordo com a doutrina que o médico segue.

Percorrendo o tema, Orlando Faccini Neto aduz que a subjetividade nos é inerente, o que tornaria impossível afastar as contingências, compreensões e pré-compreensões que envolvem o atuar humano; por isso, a validade dos laudos restaria inquestionável.⁵³

Apesar da força do raciocínio do eminente magistrado, aplicável ao atual sistema do nosso Código Penal, há que se reconhecer que o conceito de estado perigoso finca raízes muito mais em razões de ordem jurídica do que médica.⁵⁴

Guido Palomba dá a conhecer que, quando se trata da formação do juízo de certeza do psiquiatra forense, as dificuldades são ainda maiores quando se trata da aferição da cessação de periculosidade, em contraste com o exame criminológico (realizado nos imputáveis), já que fatores adicionais devem ser consi-

52 DRACTU, Luiz. A subjetividade em psiquiatria: implicações diagnósticas e discussão de um caso. *Temas*, v. 14, n. 26, p. 31-47, jun. 1984.

53 FACCINI NETO, Orlando, *op.cit.*

54 BONNET, Emílio. *Medicina Legal*, p. 168.

derados⁵⁵ os elementos, de fato, não são seguros, dado que não existe correlação necessária entre a gravidade do quadro clínico e a periculosidade. Pode ocorrer, inclusive, de a enfermidade mental piorar, conquanto a periculosidade mostre-se reduzida.

Como os elementos arvorados como aptos a indicar a existência de periculosidade são essencialmente circunstanciais, importa notar que as circunstâncias presentes durante a internação não são as mesmas daquelas que se impõem quando o agente inimputável está no seio social. Assim, mesmo se considerado o esforço argumentativo que proclama a finalidade preventiva especial imputada às medidas de segurança (“reduzir o risco social”) fácil reconhecer que tal não se mostra adequado a atingir este objetivo.

Para o bem da verdade, o discursivo da periculosidade, tipicamente psiquiátrico, em divorciado dos propósitos clínicos maiores (diagnóstico e prognóstico clínico), assume caráter meramente sancionador.

Para clarear o tema, confira-se o relato de Omar Bravo, do qual trazemos breve síntese.⁵⁶ Cuida-se de homem de 43 anos de idade que morava em uma cidade-satélite de Brasília, e que, após o cometimento de fato delituoso recebeu, entre 1985 e 1998, quatro diagnósticos diferentes: epilepsia, esquizofrenia, sociopatia e oligofrenia.

Maior sobressalto causa, contudo, outro caso apontado pelo mesmo autor, em que um homem de 64 anos, após ter sido submetido a medida de segurança entre 1966 e 1994 (percebam o diapasão temporal), e tendo finalmente recebido autorização para saída temporária, foi novamente reclamado pela Justiça

55 PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de psiquiatria forense*, p. 213.

56 BRAVO, Omar Alejandro. As prisões da loucura, a loucura das prisões. *Psicologia & Sociedade*, p. 35.

com fundamento em laudo, de 1996, que assim pontificou: “[o agente] ainda é considerado perigoso (...) por falta de família disposta a recebê-lo.”⁵⁷ Este, talvez, seja um dos mais eloqüentes exemplos do ceder da Justiça ao discurso psiquiátrico que, assim, passa a ocupar lugar central na determinação da responsabilidade penal e imputabilidade pessoal. Como fica fácil depreender, os diagnósticos ficam à deriva, indo de um extremo ao outro e, muitas vezes, são absolutamente divergentes.

Como bem assevera o psicólogo argentino: “A suposta assepsia dos discursos jurídico-diagnósticos desses laudos lhes permite tomar distância das conseqüências institucionais e subjetivas de sua aplicação.”⁵⁸ A dizer: a ausência de sucesso no controle das doenças mentais que acometem os agentes inimputáveis acaba sendo atribuída, nos laudos, à própria entidade nosológica em si, e não à inexistência de tratamentos apropriados e “às péssimas condições institucionais”.

O que importa, mais uma vez, é excluir os inconvenientes, tudo sob o manto da periculosidade que, manifesto nos laudos psiquiátricos, procura ocultar o seu verdadeiro desiderato.

Enfim, dada a sua formulação essencialmente subjetiva, não há como perfilar o alicerce científico que os exames de cessação da periculosidade se apregoam.

8. O começo antes do começo: sobre o início da execução da medida de segurança

Reza o art. 171 da LEP que a guia para o início da aplicação da medida de segurança somente será expedida *após* o trânsito em julgado da sentença absolutória imprópria.

57 BRAVO, Omar Alejandro. Idem., p. 37.

58 BRAVO, Omar Alejandro. Idem, p. 39.

Desse modo, deverá o agente permanecer em prisão comum enquanto aguarda, por exemplo, o recurso ministerial, ou mesmo a expedição da guia?⁵⁹ A posição que goza da predileção de nossa doutrina (e à qual nos filiamos) entende que não, dada a inadequabilidade das condições prisionais. Assim, deverá o juiz determinar, de imediato, a internação?

Maria Fernanda Tourinho Peres, em cuidadoso estudo, coligiu as seguintes aberrações (a conclusão é nossa):⁶⁰

- o tempo mínimo para a decretação da medida de segurança variou entre 1 e 180 meses (média de 34 meses);
- em 98% dos casos, o prazo mínimo inicial da medida de segurança foi superior a um ano, com nítida tendência de decretação da medida de segurança em seu limite superior de duração (3 anos);
- o tempo transcorrido entre a internação e a decretação da medida de segurança por sentença judicial variou entre 0 e 179 meses, com uma média de 28, 8 meses, sendo que 24% dos pacientes tiveram sua sentença decretada depois de três anos de internação (ou seja, após o tempo máximo previsto para a medida de segurança inicial).

Nítidos, portanto, a tendência para internações prolongadas e o amplo lapso temporal em que o agente sobejou internado, embora sem que sua medida de segurança houvesse sido decretada (em muitos casos, inclusive, a decretação se deu *após o tempo máximo de duração da medida de segurança*, conforme dispõe o § 1º do art. 97 do Código Penal).

59 Conforme dispõe o art. 172 da LEP, a guia de internamento ou de tratamento ambulatorial é obrigatória para o início da execução da medida de segurança.

60 PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY-FILHO, Antônio; LIMA-JR, Alberto Soares, *op. cit.*

A questão atinente a essa lacuna, de fato, mostra-se de difícil superação, mormente se considerarmos que a solução proposta (determinação, de imediato, da internação, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença) é imperfeita, revelando mais uma anomalia do instituto.

9. O perigoso perene: sobre a desinternação condicional

Contrariando o princípio da reserva legal, impõe o § 3º do art. 97 do estatuto penal que a desinternação (ou liberação da medida de segurança ambulatorial) será, invariavelmente, condicional. Desviado do imperativo que fixa os limites do poder de coação estatal, tal dispositivo configura verdadeira aberração do instituto jurídico em questão.

De fato, ao instituir que, no prazo de um ano, permanecerá o agente sujeito a ter lançada sua volta para a instituição de custódia e tratamento caso sua conduta mostre-se reveladora da “persistência de sua periculosidade”, mais uma vez impõe o legislador gravame maior do que o dispensado aos agentes imputáveis. Necessário, aqui, instar que a *desinternação condicional* não se confunde com o *livramento condicional* aplicável aos inimputáveis, que constitui medida de política criminal voltada a reduzir o período de reclusão do condenado, permitindo, com isso, que este cumpra parte de sua pena em liberdade. No caso da desinternação condicional, todo o período de cumprimento da medida de segurança já se exauriu, daí a impropriedade das condicionantes.

Voltando ao ponto central da discussão, ao se aplicar ao desinternado as regras do livramento condicional, por força do art. 178 da LEP, há que se perguntar: afinal, o que vem a ser o “fato indicativo de persistência de sua periculosidade”? Discutir com

o vizinho? Dirigir em velocidade excessiva? Ou, ainda mais absurdo, não obter ocupação lícita “dentro de prazo razoável”, se apto para o trabalho? A se considerar a dificuldade de inserção dos inimputáveis no mercado de trabalho, especialmente quando egressos do sistema penal, a reinternação certamente estará garantida, e tão-somente por motivos sociais (tripla punição!), mesmo porque não é necessário que o fato que poderá vir a ensejar esse retrocesso na execução seja de natureza delitual.

10. O estigma do louco criminoso: sobre o art. 133 da LEP

Parecendo não contente com todos os gravames anteriormente elencados, quis o legislador impor mais uma marca do sistema penal retributivo ao agente inimputável. É que de acordo com o art. 133 da LEP, cuja aplicação se impõe por força do disposto no art. 178 do mesmo diploma legal, depois de liberado e cumprido o prazo legal das condicionantes, caso o agente fixe residência fora da comarca do juízo da execução, deverá o juízo do novo local de residência ser informado, mediante remessa de cópia da sentença de livramento, de sua “condição”.

Mais uma vez, assume o inimputável papel de sujeito meramente passivo, como se fosse uma entidade isolada, encerrada em seu mundo imprevisível e incompressível, destacado da realidade social da qual deveria fazer parte⁶¹ e marcado pelo estigma de louco-criminoso.

11. Epílogo: sobre os caminhos possíveis

Na dicção de Francisco Bissoli Filho, a seletividade do processo de criminalização é pautada pelo discurso jurídico-penal vencedor, com clara consideração e maior agravamento das

61 BASAGLIA, Franco. *A instituição negada*, p. 308.

condutas mais afeitas aos fracos.⁶² Esse, o ponto essencial em que o etiquetamento negativo dos inimputáveis tende a reforçar a conduta desviante, ao levar em consideração as conotações sociais dos autores.

No quadro dos argumentos apresentados, e restando claras as contradições e defeitos do modelo atual, cuja incompatibilidade com o nosso sistema penal-constitucional é manifesto, cumpre apontar soluções para a violência institucional representada pelas medidas de segurança.

Desde já, importa deixar claro que perfilamo-nos com a corrente que entende ser essencial a abolição das medidas de segurança, devendo-se aplicar aos agentes delituosos inimputáveis por transtorno mental única e exclusivamente as medidas administrativas não-penais dispostas pela legislação civil (arts. 1.767 a 1.778), afastando-os do sistema penal. Embora esse entendimento possa parecer mero apego à forma, como afirma Guilherme de Souza Nucci,⁶³ entendemos que, ao se facultar a tutela dos agentes inimputáveis ao sistema terapêutico civil e administrativo, estaremos ajustados ao novo paradigma da psiquiatria trazido à luz pela já citada Lei 10.216/01.

Estamos convencidos, sim, em apontar para a completa ausência de fundamento doutrinário pertinente, ao qual a medida de segurança possa ser identificada. Afinal, a medida da culpabilidade não é dada, exatamente, pela revelação do maior ou menor âmbito de autodeterminação da pessoa?⁶⁴ Logo, não sendo possível exigir outro comportamento (dada a enfermidade mental), afastada restará a culpabilidade e, como corolário lógico, crime não poderá haver (não é assim que se dá com os imputáveis?).

62 BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*, p. 181.

63 *Op. cit.*, p. 523.

64 KARAM, Maria Lúcia, *op. cit.*, p. 216

Enquanto tal não se verifica, pelo menos no horizonte visível, há que se propor algumas vias alternativas possíveis. São as que seguem.

Quanto ao prazo mínimo da medida de segurança inicial

Dada a natureza curativa das medidas de segurança, ainda que meramente sob o aspecto teórico, a imposição do prazo mínimo (um ano) deveria ser revogada, eis que tal exigência não se coaduna com a gravidade da doença (não pode mesmo ter qualquer relação, vez que o transtorno mental, afastada sua “incurabilidade” não pode ter um prazo máximo ou que “responda” ao tratamento). Assim, o prazo mínimo deveria ser completamente aberto, baseando-se o julgador exclusivamente nas condições mentais do agente, podendo, inclusive, ser afastada a sua imposição, dependendo do caso, por força do preceituado pelo art. 4º da Lei 10.216/01, marco maior da luta antimanicomial (“*a internação dar-se-á apenas quando os demais recursos se mostrarem insuficientes*”).

Quanto à indeterminação do prazo máximo de cumprimento da medida de segurança detentiva

A doutrina, quanto a essa questão, tende a ser pacífica no que concerne à inconstitucionalidade do § 1º do art. 97 do Código Penal brasileiro, eis que em confronto direto com a norma constitucional conduzida pelo art. 5º, XLVII, “b” da Carta Constitucional de 1988. Ainda quanto ao tema, as soluções apontadas são distintas:

a) o tempo máximo de aplicação das medidas de segurança deve observar o prazo máximo cominado em abstrato ao delito que a fundamentou (Vinícius Peluso, André Copetti, Cezar Roberto Bitencourt, Haroldo da Costa Andrade);

b) deve-se empregar o marco legal de 30 anos inculpido no art. 75 do Código Penal (Vinícius Peluso, Luiz Flávio Gomes);

c) estabelecimento de um prazo máximo pelo legislador penal (Orlando Faccini Neto, Luiz Regis Prado).

Embora razoáveis as propostas, impõe-se questionar: findo o prazo, o que fazer com o doente mental? A resposta tende a ser uníssona: encaminhá-lo para hospital da rede pública (não seria melhor um serviço substitutivo, fora da lógica hospitalocêntrica? Um lar-abrigado, por exemplo). No entanto, por que adiar, qualquer que seja o prazo, o encaminhamento do enfermo mental à justiça não-penal? O que se espera obter mantendo-se o agente inimputável sob o manto do direito penal? A resposta está com Ary Queiroz Vieira Júnior:

“Parece-me que somente a ânsia social por vingança justifica o ato insano de entregar ao direito penal agente que cometeu crime inteiramente desprovido de discernimento quanto ao que praticou, e sem qualquer condição de avaliar a gravidade ou o caráter criminoso do que fez. Por que deveria ele ser apanhado na malha da justiça penal?”⁶⁵

Na verdade, eis que certa a incompatibilidade entre “tratamento médico” e “sistema prisional”, o tratamento dos transtornos mentais, qualquer que seja a sua etiologia, não se ajusta ao caráter retributivo inerente às medidas de segurança.

d) os inimputáveis devem ser trazidos para o plano da responsabilidade penal (imputabilidade), pois somente dessa forma

65 VIEIRA JÚNIOR, Ary Queiroz. *Indeterminação temporal da medida de segurança: uma análise constitucional.*

será possível resgatar-lhes todas as garantias precípuaas do direito penal material e processual moderno, atualmente não lhes afirmadas.

Nesse sentido, veja-se a lição de Baratta, ao apontar para a crise pela qual passam as técnicas judiciais de verificação dos conceitos dogmáticos de autor imputável semi-imputável e inimputável: “(...) pondo término, de uma vez por todas, à existência anacrônica e ambígua de um sistema punitivo paralelo destinado aos sujeitos portadores de transtornos psíquicos”⁶⁶

De qualquer forma, em face da precariedade prisional ora vigente, em que avulta a total discrepância entre a realidade carcerária e o preconizado em nossa legislação, alinhamo-nos com a opinião de que se deva respeitar o prazo cominado em abstrato ao delito que está a ensejar a aplicação da internação obrigatória, com a ressalva, bem lembrada por Faccini Neto, de que como o escopo desta não é retributivo (ou, pelo menos, não *pode* ser retributivo), o prazo máximo deveria ser desgarrado da pena cominada ao crime praticado, e que a solução ora apresentada assumiria caráter substitutivo e temporário até que se opte pela abolição das medidas de segurança ou, ao menos, pela fixação legal do prazo máximo.

Quanto à desinternação ou liberação condicional

Quanto a este ponto, dúvida não há: as condicionantes devem ser abolidas por completo, de sorte que, findo o prazo máximo de imposição da medida de segurança esta deverá ser revogada e não suspensa (o que ocorre pela natureza condicional da desinternação), encaminhando-se o ex-interno à esfera civil-administrativa.

66 BARATTA, Alessandro. *Princípios del derecho penal mínimo*, cf. citado por Virgílio de Mattos, *op. cit.*, p. 32.

Quanto ao prazo mínimo para realização do exame de cessação da periculosidade

Igualmente, deve ser completamente abolido, devendo tal exame ser direcionado pela evolução clínica do interno.

Quanto à vinculação da espécie de medida de segurança à espécie de pena cominada ao delito

Reconhecido que não há qualquer diferença material entre reclusão e detenção, mas tão-somente implicações processuais distintas, ainda assim questionáveis,⁶⁷ temos como revogada a parte inicial do art. 97 do Código Penal, posto que incompatível com a nova ordem trazida pelo art. 4º da Lei 10.216/01.

Desse modo, a cominação de reclusão ao crime que estiver a embasar a imposição da medida de segurança não tem o condão de vincular a espécie desta (internação).

Quanto à falácia do escopo curativo das medidas de segurança

Sendo notória a completa impropriedade do intuito terapêutico vulgarmente creditado às medidas de segurança, impõe-se propugnar pela aplicação mais constante dos sistemas de desinternação progressiva ou de alta progressiva, a exemplo das corajosas experiências do Instituto Psiquiátrico Forense de Porto Alegre, do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Franco da Rocha e do Manicômio Judiciário de Recife, exemplos maiores, como bem assinalou Eduardo Ferrari, de que “o bom senso supera o direito positivo”.⁶⁸

67 Para René Ariel Dotti, com a reforma ocorrida em 1984, desapareceu a distinção entre reclusão e detenção na execução da pena.

68 FERRARI, Eduardo Reale. As medidas de segurança criminais e sua progressão executória: desinternação progressiva. *Boletim IBCCRIM*, n. 99, fev. 2001.

Dentre seus aspectos fundamentais, destaca-se o fato de permitir ao paciente acostumar-se, gradualmente, ao meio social e familiar, rechaçando-se, com isso, os efeitos deletérios da internação, notadamente o hospitalismo e o mimetismo.

Eduardo Reale Ferrari elaborou importante artigo pertinente ao tema, ao qual remetemos o leitor interessado nos detalhes desses programas de cunho progressivo.⁶⁹

Em Minas Gerais, destaca-se o PAI-PJ (Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental Infrator), absolutamente pioneiro. Acompanhando agentes que respondem a ações penais e que apresentam indícios de sofrimento mental, o projeto se empenha em propor medidas de inclusão social do sentenciado, através de acompanhamento multidisciplinar (psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, advogados, enfermeiros etc.).⁷⁰

Como se depreende do que foi até aqui exposto, colocado está o caminho, na hipótese de se abandonar a postura passiva tão comum aos nossos tempos, e que está a exigir que se milite contra os espíritos acríticos, passivamente submetidos ao *topos* dogmático inquestionável que justifica a normatividade instituída. Só assim, tornar-se-á possível evitar que a reprimenda de Aramis Nassif se faça realidade:

“(...) o Direito, como ciência autônoma, tem a propensão, na aplicação pela maioria de seus operadores, de verdadeira preguiça intelectual

69 *Op. cit.*

70 O programa foi oficializado pelo TJ-MG em 2001. Por enquanto, o programa só existe em Belo Horizonte, sendo coordenado pela psicóloga judicial Fernanda Otoni de Barros.

que o despoja de qualidades extrínsecas e epistemológicas importantes para

O programa foi oficializado pelo TJ-MG em 2001. Por enquanto, o programa só existe em Belo Horizonte, sendo coordenado pela psicóloga judicial Fernanda Otoni de Barros.

*sua completude, empurrando-os à cômoda leitura dos manuais práticos que têm enriquecido seus autores e entorpecido a mente de seus leitores; ou à interpretação lítero-estática da norma jurídica, em intransigente positivismo, pouco importando as conseqüências de eventual injustiça daí decorrente.*⁷¹

Bibliografia

ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

BASAGLIA, Franco. *A instituição negada*. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

BESSA, Noeli Kühl; WOOD, Daniel Ricardo Augusto. *Briefing do levantamento da situação de inimputáveis custodiados no Complexo Médico Penal sem previsão de alta social*. Caderno do Ministério Público do Paraná, v.2, n. 10, nov. 1999.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização – Dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

71 NASSIF, Aramis. Reincidência: necessidade de um novo paradigma. *Revista de Estudos Criminais*, p. 120.

BONNET, Emílio. *Medicina Legal*. 2. ed. Buenos Aires: López Editores, 1993.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça. *Sistema Penitenciário no Brasil – Dados Consolidados*. Brasília, 2007.

BRAVO, Omar Alejandro. *As prisões da loucura, a loucura das prisões*. *Psicologia & Sociedade*, v. 19, n. 2, p. 34-41, 2007.

CHABOLLA, David R. Drug-induced parkinsonism as a risk factor for Parkinson's disease: a historical cohort study in Olmsted County, Minnesota. *Mayo Clin Proc*, n. 7, p. 724-727, 1998.

COOPER, JE, et al. *Psychiatric diagnosis in New York and London*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1972.

DRACTU, Luiz. A subjetividade em psiquiatria: implicações diagnósticas e discussão de um caso. *Temas*, v. 14, n. 26, p. 31-47, jun. 1984.

FACCINI NETO, Orlando. *Atualidades sobre as medidas de segurança*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 18 fevereiro 2008.

FERRARI, Eduardo Reale. As medidas de segurança criminais e sua progressão executória: desinternação progressiva. *Boletim IBCCRIM*, n. 99, fev. 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GAUER, Gabriel José Chittó et al. Inimputabilidade: estudo dos internos do Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso. *Revista de Psiquiatria do Grande do Sul*, v. 3, n. 29, p. 286-293, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Duração das medidas de segurança. *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 5, jan./mar. 1990.

_____. Medidas de segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 2, 1993.

GONÇALVES, Antonio Baptista. *A única pena de prisão perpétua no Brasil: o manicômio*. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br>>. Acesso em 19 abril 2007.

GORENSTEIN, Clarice; ANDRADE, Laura HSG. As três tsunamis da Psiquiatria: mau uso, abuso e não-uso. *Revista de Psiquiatria Clínica*, vol. 32, n. 4, p. 237-239, jul./ago., 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2006, v. I.

KARAM, Maria Lúcia. Medidas de segurança: punição do enfermo mental e violação da dignidade. *Verve*, São Paulo, n. 2, p. 210-224, 2002.

LA HAYE, Jacques Lesage de. *La mort de l'asile. Histoire de l'antipsychiatrie*. Saint-Georges d'Oléron: Libertaires, 2006.

LAZCANO, Guillermo Portero. Valoración Médico Forense de La Enfermedad Mental. *Caderno Vasco de Criminologia*, n. 10, p. 137-138, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. III.

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

_____. *Trem de doido – O direito penal e a psiquiatria de mãos dadas*. Belo Horizonte: Una, 1999.

MINAS GERAIS. Subsecretaria de Administração Prisional da Secretaria de Estado de Defesa Social.

NASSIF, Aramis. Reincidência: necessidade de um novo paradigma. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal – parte geral e parte especial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

PAIM, Isaías. A crueldade da medida de segurança. *Revista Semestral da ESMAGIS*, n. 10, p. 119-137, nov. 1997.

PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de psiquiatria forense*. São Paulo: Atheneu, 2003.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *A medida de segurança de internamento para inimputáveis e seu prazo máximo de execução*. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/%7B1D000601-34CD-453A-A7CD-F8661603363D4%7D_amedida.pdf>. Acesso em: 11 março 2008.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY-FILHO, Antônio; LIMA-JR, Alberto Soares. A estratégia da periculosidade: psiquiatria e justiça penal em um hospital de custódia e tratamento. *Psychiatry on Line*. São Paulo, v. 3, n. 8, 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

QUEIROZ, Paulo. Penas e medidas de segurança se distinguem realmente? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 147, p. 15-16, fev. 2005.

RAMOS, Maria Regina Rocha. *Psiquiatras Forenses e Operadores do Direito: Como Anda Relação entre esses Profissionais*. Anais do XXI Congresso Brasileiro de Psiquiatria, 2003.

SILVA, Francisco Deliane. *A imputabilidade penal e os “fronteiriços”, ou a semi-imputabilidade penal e uma visão de justiça, ou ainda, a falibilidade do sistema penal e de saúde pública e a progressão do regime no cumprimento da pena, mesmo nos crimes etiquetados de hediondos*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br>. Acesso em 10/03/2008.

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

VIEIRA JÚNIOR, Ary Queiroz. *Indeterminação temporal da medida de segurança: uma análise constitucional*. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em 13 dezembro 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

