THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS

Análise dogmática das medidas de segurança: fundamentos e perspectivas

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Alamiro Velludo Salvador Netto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo
2020

THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS

Análise dogmática das medidas de segurança: fundamentos e perspectivas

Versão Original

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia

Orientador: Prof. Titular Alamiro Velludo Salvador Netto

São Paulo

2020

Ficha catalográfica:

SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca.

Análise dogmática das medidas de segurança: fundamentos e perspectivas / Thiago Pedro Pagliuca dos Santos

2020.

272 f.

Orientador: Alamiro Velludo Salvador Netto

Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo,

Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2020.

1. Criminologia. 2. Direito penal. 3. Medida de segurança. 4. Internação compulsória. 5. Internação involuntária. 5. Psiquiatria. I. Salvador Netto, Alamiro Velludo. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Tudo que alcancei na vida não teria sido possível sem o carinho, apoio e amor de meu pai, José Camilo Soares dos Santos, minha mãe, Lindaura Pagliuca dos Santos, e todos os meus irmãos: Christiane, Alexandre, Letícia, Lubianca, Josianne, Rafael e Gabriela. Obrigado por darem sentido à minha existência – proporcionando-me a alegria de ser tio de Lucca, Bruna, Eduardo, Eric, Ângelo e Sofia – e me inspirarem, cada um a seu modo, a lutar por um mundo melhor.

À Érica Leoni, exemplo de mulher e defensora pública, por todo o amor e companheirismo nesses anos difíceis: obrigado por estar ao meu lado e sempre me incentivar a continuar, apesar de tudo.

Ao Patrick Cacicedo, irmão da vida, que, com sua humildade e mente brilhante, sempre serviu de bússola em minha atuação profissional e acadêmica, além de me acolher nas tempestades tortuosas.

Aos amigos que de algum modo auxiliaram na elaboração desta tese, principalmente aos que a leram em primeira mão e fizeram suas pertinentes sugestões: além de Érica e Patrick, meus sinceros agradecimentos a Leonardo Issa, Gislaine Batista, Luiz Dal Santo e Milena Liporini.

A todos os amigos e amigas que a Defensoria Pública de São Paulo me proporcionou; se fosse nomeá-los todos, necessitaria de milhares de páginas.

Aos escreventes, estagiários e magistrados que me acolheram no Tribunal de Justiça de São Paulo, principalmente ao querido Marcos Tamassia.

Ao meu orientador, Alamiro Velludo Salvador Netto, por ter confiado em mim nesta empreitada.

Aos examinadores Bruno Shimizu e Sérgio Salomão Shecaira, pelas dedicadas observações na banca de qualificação.

Por fim, um agradecimento especial a Kenarik Boujikian, por me fazer ainda ter fé na humanidade: obrigado por me inspirar com sua fibra, coragem e comprometimento com a luta por um mundo melhor.

Se você gritasse,

se você gemesse,

se você tocasse,

a valsa vienense,

se você dormisse,

se você cansasse,

se você morresse...

Mas você não morre,

você é duro, José!

(**Carlos Drummond de Andrade**)

THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS

Análise dogmática das medidas de segurança: fundamentos e perspectivas

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia

Orientador: Prof. Titular Alamiro Velludo Salvador Netto

BANCA EXAMINADORA

Presidente:_____

Prof. Titular Alamiro Velludo Salvador Neto

1º Examinador(a):_____

2º Examinador(a): _____

3º Examinador(a): _____

4º Examinador(a): _____

5º Examinador(a): _____

Data da avaliação:

RESUMO

SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca. **Análise dogmática das medidas de segurança: fundamentos e perspectivas**. 2020. 272 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Esta tese analisa o tema das medidas de segurança sob uma perspectiva afastada da ideologia da defesa social. São revistos os seus fundamentos históricos e as críticas criminológicas e psiquiátricas direcionadas àquelas medidas. Busca-se demonstrar que a psiquiatria moderna, desde a década de 1950, com o advento dos psicofármacos, já superou o paradigma da defesa social em relação às pessoas com transtornos mentais, não sendo mais indicadas internações compulsórias prolongadas como tratamentos terapêuticos. Ademais, defende-se que as internações compulsórias tratadas pela doutrina como meramente "civis" são verdadeiras manifestações do poder punitivo e, portanto, devem ser analisadas pelo direito penal. Qualquer internação psiquiátrica que seja imposta a alguém contra a sua vontade somente pode se justificar legitimamente em caso de surto, risco de morte ou emergência médica (internação involuntária). A internação compulsória fora dessas hipóteses somente pode ser imposta se o portador de transtorno mental houver cometido um injusto penal, respeitadas todas as garantias penais e processuais penais. São ainda analisadas as teses contemporâneas que defendem a inconstitucionalidade das medidas de segurança ou, no outro extremo, a inconstitucionalidade do próprio instituto da inimputabilidade. Ao final, sugere-se uma dogmática consequente e redutora de danos que, considerando as medidas de segurança como verdadeiras penas, não permite que o inimputável seja tratado de forma mais gravosa que o imputável.

Palavras-chave: Medida de segurança. Internação psiquiátrica. Inimputabilidade. Defesa social.

ABSTRACT

SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca. **Security measures**. 2020. 272 f. Thesis (Doctorate). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

This dissertation analyzes criminal punishments issued to an unimputable person ("security measures") from a perspective that is far removed from social defense. It examines historic principles, as well as criminological and psychiatric criticisms, directed at such measures. The dissertation seeks to demonstrate that since the 50's, with the advent of psychiatric drugs, modern psychiatry has overcome the social defense paradigm regarding people with mental disorders, and, therefore, prolonged forced commitment to a mental institution is no longer recommended as therapeutic treatment. Furthermore, it argues that forced commitment to a mental institution that is considered merely "civil" is, in fact, a true manifestation of punitive power and should be analyzed by criminal law. Any psychiatric confinement imposed to a person against his or her will can only be justified in cases of mental outburst, threat to life or medical emergency (involuntary commitment). Psychiatric confinement for other reasons may only be imposed if the mentally impaired person has committed a criminal act, and the person's rights and due criminal processes have been observed. The dissertation also analyzes contemporary theses that argue that security measures are unconstitutional or, that, by contrast, the concept of that a person can be unimputable is unconstitutional. Finally, the dissertation deems security measures true punishment, and suggests a solution that is reasonable, reduces harm, and does not allow a criminally unimputable person to be treated more severely than a person who is criminally imputable.

Keywords: Security measures. Psychiatric commitment. Inimputability. Social defense.

RIASSUNTO

SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca**. Misure di sicurezza**. 2020. 272 f. Tesi (Dottorato). Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2020.

Questa tesi analizza il tema delle misure di sicurezza da una prospettiva diversa dall'ideologia di difesa sociale. I suoi fondamenti storici sono rivisti, così come le critiche criminologiche e psicologiche a loro rivolte. La tesi dimostra che la psichiatria moderna há già superato il paradigma della difesa sociale per quanto riguarda il trattamento delle persone com disturbi mentali. Questo si è osservato dagli anni '50 con l'avvento dei psicofarmaci, rendendo inappropriati i ricoveri ospedalieri coercitivi prolungati come trattamento terapeutici. Inoltre, si sostiene che i ricoveri ospedalieri coercitivi trattati dalla dottrina come puramente «civili» sono propri manifestazioni del potere punitivo e, per quello, dovrebbero essere analizzati dal diritto penale. Qualsiasi ricovero psichiatrico imposto a qualcuno contro la loro volontà può essere legittimamente giustificato soltanto in caso di episodio psicótico acuto, rischio di morte oppure emergenza medica (ricovero involontario). Il ricovero ospedaliero coercitivo al di fuori di queste ipotesi può essere imposto soltanto se la persona con disturbo mentale ha commesso un reato, osservate tutte le garanzie penali e procedurali. Sono analizzate anche le tesi contemporanee che difendono l'incostituzionalità delle misure di sicurezza o, ancora, la própria incostituzionalità dell'istituto di non imputabilità. Alla fine, se suggerisce una dogmática penale coerente, che riduca danni e che, considerando le misure di sicurezza come propria penalità, non consenta che il non imputabile sia trattato più severamente dell'imputabile.

Parole chiave: Misure di sicurezza. Ricovero psichiatrico. Non imputabile. Difesa sociale.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 17
1. SURGIMENTO, CONSOLIDAÇÃO E CRISE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA 23
1.1. A ideologia da defesa social 26
1.2. Pressupostos da Escola Clássica 29
1.3. Pressupostos da Escola Positiva 35
1.4. Monismo, duplo binário e o sistema vicariante 45
1.5. Franz von Liszt e seu "positivismo crítico" 51
2. DISTINÇÕES E SEMELHANÇAS ENTRE PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA E A TEORIA DA DUPLA GARANTIA 55
2.1. Distinções entre penas e medidas de segurança 55
2.1.1. Retribuição x prevenção 56
2.1.2. Repressão x terapêutica 57
2.1.3. Passado x futuro 59
2.1.4. Proporcionalidade com o fato x proporcionalidade com a personalidade 59
2.1.5. Culpabilidade x periculosidade 60
2.1.6. Justiça x utilidade 64
2.1.7. Duração determinada x duração indeterminada 65
2.1.8. Injusto penal x ato antissocial 65
2.1.9. Irretroatividade da lei x retroatividade da lei 67
2.1.10. Obrigatoriedade x oportunidade 68
2.1.11. Mal x bem 68
2.1.12. Outras diferenças 68
2.2. Semelhanças entre penas e medidas de segurança 69
2.3. Teoria da dupla garantia ao inimputável autor de injusto penal 70
3. PARADIGMAS DA PSIQUIATRIA 73
4. INTERNAÇÕES COMPULSÓRIAS: A ILEGÍTIMA PERSISTÊNCIA DE MEDIDAS DE SEGURANÇA PRÉ-DELITUAIS E DE PENAS PERPÉTUAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 83
4.1. Poder punitivo, legislação penal e direito penal 83
4.2. Internações voluntárias, involuntárias e compulsórias 89
4.3. O debate sobre restrição de direitos não prescinde dos juristas 95
4.4. Medidas privativas de liberdade devem ser analisadas pelo direito penal 97
4.4.1. Distinção entre crime e outros atos ilícitos 99

4.4.2. Distinção entre pena e outras sanções 104

4.5. Internações compulsórias pré-delituais e internações compulsórias pós-infracionais 121

5. PROPOSTAS DE DIREITO PENAL QUANTO ÀS MEDIDAS DE SEGURANÇA 133

5.1. Doutrina ortodoxa das medidas de segurança 134

5.2. Inconstitucionalidade das medidas de segurança 135

5.3. Inconstitucionalidade da distinção entre imputáveis e inimputáveis 143

5.4. Dupla garantia 145

5.5. Juarez Tavares e a inconstitucionalidade das medidas de segurança 145

6. TRATAMENTO JURÍDICO DO PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL: DIÁLOGO ENTRE DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL 157

6.1. Objeto do exame médico-legal e equipe técnica responsável por sua realização ... 159

6.2. Legitimidade ativa, sistema acusatório, *nemo tenetur se detegere e non reformatio in pejus* 171

6.3. Momento da instauração do incidente e necessidade de nomeação de curador 175

6.4. Do incidente de insanidade mental, seu procedimento e a problemática da internação provisória, da prisão preventiva e da execução provisória da medida de segurança 182

6.5. Doença mental superveniente ao crime 189

6.6. Da incidência dos institutos despenalizadores aos portadores de transtornos mentais 192

6.7. Inimputabilidade, semi-imputabilidade e escolha da medida de segurança adequada, prazo mínimo e máximo 193

6.7.1. Necessidade de análise das provas da forma como seria feito com o imputável 195

6.7.2. A decisão sobre a imputabilidade cabe ao magistrado 195

6.7.3. Tratamento jurídico do semi-imputável 200

6.7.4. Tratamento jurídico do inimputável: prazo mínimo, prazo máximo e escolha da medida de segurança adequada 201

6.8. Os portadores de transtornos de personalidade antissocial (psicopatas) são imputáveis? 209

6.9. Da prescrição da medida de segurança 217

6.10. Inimputável e o tribunal do júri 220

6.11. Inimputável com vários processos criminais 222

6.12. Dos direitos do indivíduo em cumprimento de medida de segurança de internação 228

6.13. Dos direitos do indivíduo em cumprimento de tratamento ambulatorial: a questão da regressão (art. 97, §4º do CP) 231

6.14. Da incidência dos direitos de execução penal: progressão de regime, livramento condicional, remição da medida de segurança, saída temporária 235

6.15. Do exame de cessação de periculosidade 236

6.16. Liberação condicional: em que consiste a prática de fato indicativo da persistência da periculosidade? 242

6.17. O que fazer com o portador de doença mental com grave dependência institucional? 244

CONCLUSÃO 249

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 257

INTRODUÇÃO

Na primeira metade do século XX, as medidas de segurança foram se consolidando na doutrina e nas legislações a ponto de se naturalizarem como instrumentos legítimos de defesa social. Previstas no código penal brasileiro de 1940 não só para os inimputáveis, mas também para os semi-imputáveis e imputáveis considerados perigosos, foram recebidas, à época, com especial entusiasmo por todos os penalistas brasileiros.

A primeira crise relacionada às medidas de segurança ocorreu, no Brasil, nas décadas de 1960 e 1970, período em que a doutrina passou a criticar com afinco o sistema do duplo binário, então adotado pela legislação brasileira. Mesmo os penalistas que haviam defendido sua inclusão no código penal de 1940 reconheceram que não havia diferença prática entre penas e medidas de segurança aplicadas a imputáveis. Essas críticas levaram à extinção do sistema do duplo binário em 1984 e a adoção do sistema vicariante, que vedou a aplicação cumulativa de penas e medidas de segurança: estas últimas só poderiam ser aplicadas às pessoas com doença mental que fossem declaradas inimputáveis ou semi-imputáveis.

Não há dúvida de que a adoção do sistema vicariante foi um grande avanço legislativo, mas as medidas de segurança continuaram naturalizadas como sanções jurídicas próprias aos indivíduos com transtornos mentais, ou seja, os fundamentos dessas medidas não eram questionados. Alguns dispositivos penais claramente prejudiciais aos inimputáveis – como a imposição da medida de internação vinculada à natureza da pena cominada (reclusão) e o prazo indeterminado das medidas de segurança – eram encarados sem qualquer estranhamento; afinal, prevalecia a ideologia da defesa social.

Nos últimos anos, porém, esses temas passaram a despertar a atenção de pesquisadores brasileiros preocupados com a dignidade humana das pessoas com sofrimento psíquico. A principal ofensiva dos movimentos progressistas foi contra o prazo indeterminado das medidas de segurança, pois, reconhecida a sua natureza penal, isso representaria uma pena perpétua, vedada pela Constituição Federal.

Desde a tese de doutorado de Eduardo Reale Ferrari, de 2000[1], que defendeu a ampliação de todas as garantias penais e processuais penais às medidas de segurança, elas

---

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

passaram a ser tratadas de uma perspectiva distinta da que dominava até então: a ideologia da defesa social foi pouco a pouco sendo questionada. O papel dos movimentos antimanicomiais foi fundamental para que isso ocorresse, inclusive com a positivação jurídica de alguns de seus postulados na lei 10.216/01, conhecida como lei de reforma psiquiátrica.

Após a promulgação dessa lei, sobrevieram novos trabalhos acadêmicos aprofundando a questão da forma como a pessoa com transtorno mental autora de injusto penal vinha sendo tratada pelo direito. Paradigmática, nesse sentido, foi a obra de Virgílio de Mattos, escrita em 2004 como tese de doutorado e publicada como livro em 2007. Ele rompeu com a doutrina dominante ao defender que a única forma de resguardar os direitos dos inimputáveis era acabar com o instituto da inimputabilidade: autores de crimes, com ou sem transtornos mentais, deveriam receber penas, com todas as garantias penais e processuais penais pertinentes.

O interesse pelo tema não cessou e, em 2008, Paulo Jacobina publicou obra extremamente crítica às medidas de segurança. Joe Velo também apresentou visão crítica sobre a psiquiatrização do direito penal e o instituto da inimputabilidade. Antônio Carlos da Ponte, por sua vez, abordou o assunto da perspectiva do processo penal. Em 2013, Salo de Carvalho resgatou as ideias de Virgílio de Mattos e sustentou a responsabilização diferenciada dos portadores de transtornos mentais[2].

No último lustro, pelo menos quatro juristas brasileiros distantes da ideologia da defesa social publicaram teses de doutorado sobre medidas de segurança: Haroldo Caetano, Mariana Weigert, Thayara Castelo Branco e Jéssica Almeida[3]. Ao ter acesso a essas leituras, convencemo-nos de que efetivamente as críticas direcionadas aos fundamentos das medidas de segurança são corretas, principalmente porque elas nasceram em um contexto social no qual se acreditava no racismo científico, o que, além de ter sido desacreditado como teoria, é eticamente indefensável.

---

[2] MATTOS, Virgílio de. **Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Revan, 2006; JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**. Brasília: ESMPU, 2008; VELO, Joe Tennyson. **Teoria crítica do juízo de imputabilidade criminal**. UFPR: Curitiba, 2013; PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012; CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

[3] CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal: pistas para a extinção dos manicômios judiciários**. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Instituto de Psicologia da UFF, 2018; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciários brasileiros**. Tese de doutorado. Porto Alegre: Instituto de Psicologia da UFRGS, 2015; BRANCO, Thayara Castelo. **A deslegitimação das medidas de segurança no Brasil**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança: modelos e práticas envolvendo pessoas com transtorno mental implicadas com a Justiça Criminal**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2019.

A literatura psiquiátrica, por sua vez, convenceu-nos de que o paradigma médico que embasou o pensamento dos penalistas do início do século passado, em defesa da aplicação das medidas de segurança aos chamados "loucos criminosos", foi superado. Desde a década de 1950, há formas efetivas de tratamento de transtornos mentais, inclusive os mais graves, não se justificando mais internações compulsórias prolongadas.

Por que, então, pesquisar sobre o tema, se as críticas às medidas de segurança já foram elaboradas – e de forma muito satisfatória – pelos autores mencionados? Se já há massa crítica a respeito do objeto de conhecimento, por que estudá-lo em um doutorado? A resposta é simples: se da perspectiva criminológica as críticas às medidas de segurança já atingiram certo consenso, ainda não há tese de dogmática que as tenha absorvido e extraído delas todas as suas consequências jurídicas nos âmbitos do direito penal, processo penal e execução penal. Em outras palavras: embora haja massa crítica sobre o tema, ela é, ainda, insuficiente, ao menos da perspectiva do saber propriamente jurídico[4].

Com efeito, grande parte dos autores mencionados limita-se a críticas ou a propostas de *lege ferenda*, o que, embora seja de fundamental importância, deixa os operadores jurídicos sem um referencial teórico útil. Os manuais de direito penal, em regra alheios às críticas – embora haja honrosas exceções –, permanecem adotando premissas ultrapassadas. Enfim, o que se percebe é um abismo entre a crítica criminológica e a dogmática jurídica.

São poucos os autores que tratam das medidas de segurança desde os seus fundamentos e, ao mesmo tempo, propõem diretrizes dogmáticas que possam ter reflexos práticos. Nesse sentido, destacamos a obra de Salo de Carvalho – a qual será detalhadamente analisada no capítulo 5 –, que parte de uma crítica criminológica incisiva e oferece uma dogmática consequente de redução de danos.

Outro debate que pretendemos suscitar – e que ainda não vislumbramos na doutrina penal – é o que diz respeito às internações compulsórias. Em diversas situações elas representam claro exercício do poder psiquiátrico punitivo, mas são ignoradas pelos penalistas, o que permite a existência de um limbo jurídico que autoriza a privação de liberdade individual fora do direito penal e sem qualquer garantia.

---

[4] Para José Paulo Netto, só há três hipóteses que justificam a pesquisa que tenha como finalidade a produção de conhecimento: (a) ou não há massa crítica em relação ao objeto a ser estudado; (b) ou a massa crítica em relação ao objeto a ser estudado é insuficiente, devendo-se buscar a diminuição da distância entre ele e o seu conhecimento; (c) ou, finalmente, a massa crítica existente é equivocada, devendo ser revista: NETTO, José Paulo. **O método em Marx (aula)**. Faculdade de Serviço Social da UFPE. Recife: 2002.

Esses dois tópicos – (1) consequências jurídicas das críticas criminológicas às medidas de segurança e (2) inclusão das internações compulsórias na dogmática penal – são as novidades que esta tese busca promover.

No primeiro capítulo, será analisado o surgimento das medidas de segurança. Para tanto, discorreremos sobre a escola clássica, a escola positiva e os seus pressupostos. Demonstraremos como as ideias fundamentais do positivismo biológico lombrosiano, embora tenham sido descartadas pelo pensamento criminológico hegemônico, permanecem orientando o direito penal.

No segundo capítulo, exploraremos as distinções que a doutrina costuma apontar entre penas e medidas de segurança para verificarmos se realmente faz sentido diferenciá-las. Apresentaremos, ao final, a tese da dupla garantia que, reconhecendo a natureza penal das medidas de segurança, não descuida da situação de especial vulnerabilidade do sujeito que as sofre. Isso impõe a aplicação ao inimputável não só de todos os direitos e garantias penais e processuais penais, mas também das normas garantidoras previstas na lei de reforma psiquiátrica, estatuto da pessoa com deficiência, entre outras leis protetivas.

No terceiro capítulo, os paradigmas da psiquiatria atual serão brevemente mencionados para que se possa colocar em xeque os fundamentos positivistas criminológicos adotados por diversos peritos forenses.

No capítulo quatro, demonstraremos que as internações de pessoas com transtornos mentais somente podem ocorrer em situações excepcionais. Para isso, entre outros requisitos, deve haver sua concordância (internação voluntária) ou uma situação excepcional de surto, risco de morte ou emergência (internação involuntária). A internação compulsória, por sua vez, prevista na lei 10.216/01 ao lado da voluntária e da involuntária, é clara manifestação do poder punitivo, já que busca exercer um controle social sobre um indivíduo supostamente perigoso em razão de seu transtorno mental. Por consequência, ela somente se justifica se for precedida de um injusto penal e do devido processo legal. A generalização, na jurisprudência, das internações compulsórias pré-delituais e pós-infracionais violam o direito fundamental à liberdade e diversas garantias penais e processuais penais.

No capítulo cinco, serão analisadas com detalhes as obras mencionadas no início desta introdução, com o objetivo de apontar as omissões e limitações que, a nosso ver, podem ser supridas, ao menos parcialmente, por esta tese.

Por fim, no capítulo 6, serão aplicadas todas as críticas criminológicas e psiquiátricas analisadas nos capítulos anteriores ao direito penal, processo penal e execução penal das medidas de segurança. Os assuntos serão enfrentados sob a perspectiva da teoria da dupla garantia, isto é, partindo-se da premissa de que o inimputável não pode ser, em nenhuma hipótese, tratado de forma mais gravosa que o imputável. O leitor atento perceberá que o formato deste capítulo será um pouco diverso dos outros, pois focaremos em aspectos práticos, úteis no dia a dia forense, que são desdobramentos dos fundamentos teóricos agasalhados nesta tese.

Diversas expressões costumam se referir ao mesmo objeto, sendo estas as principais: doença mental, transtorno mental e sofrimento psíquico. A primeira é mais tradicional e parte do modelo médico, reconhecendo que o sofrimento psíquico, mesmo que sua causa biológica não seja possível de determinar, é uma doença. Ela é utilizada pelo código penal brasileiro. A segunda expressão afasta-se um pouco da discussão sobre a natureza biológica ou não daquele sofrimento e é utilizada no mais tradicional manual diagnóstico internacional - "Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders" (DSM-5), da Associação Americana de Psiquiatria – e na Lei 10.216/01. A última é costumeiramente utilizada pelos movimentos antimanicomiais e busca afastar o estigma da pessoa, que não deve ser compreendida somente como alguém doente ou com algum transtorno, mas em toda a sua complexidade existencial. Outras expressões também costumam ser utilizadas com o mesmo significado, como loucura e anomalia psíquica. Todas elas serão adotadas indistintamente neste trabalho.

1. SURGIMENTO, CONSOLIDAÇÃO E CRISE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Convém iniciar o capítulo com um panorama geral sobre a medida de segurança. Ela foi pensada no final do século XIX como um instrumento de combate à criminalidade a ser utilizado pelo Estado contra indivíduos considerados perigosos, em relação aos quais a aplicação de pena proporcional ao fato praticado era tida como insuficiente para impedir a reiteração delitiva.

Seu alvo eram não somente as pessoas portadoras de transtornos mentais, mas também os jovens, vadios, mendigos, ébrios habituais e certas classes de criminosos. Destacavam-se, dentre estes, os habituais, profissionais, reincidentes e por tendência[5]. Sua finalidade era curar os delinquentes corrigíveis e neutralizar os incorrigíveis, conforme expôs Franz von Liszt em seu Programa de Marburgo, que será oportunamente estudado. Para isso, era necessário que pudesse ser aplicada por prazo indeterminado[6].

Fruto da ideologia da defesa social, a medida de segurança teve como principal influência o positivismo criminológico, ainda que, na forma como a conhecemos hoje, tenha surgido, na verdade, da conciliação entre esta escola e a clássica. Ela se positivou no código penal italiano de 1930 ("Código Rocco") durante o fascismo[7] e se expandiu para a maioria das legislações ao redor do mundo[8]. O nazismo também se valeu largamente das medidas de segurança[9].

A doutrina destaca a importância de Carl Stooss, que, em 1893, no anteprojeto do código suíço, não aprovado na época, previu de maneira clara e organizada o sistema binário de aplicação de sanções com as penas ao lado das medidas de segurança[10]. Estudiosos destacam,

---

[5] VALLE, Hugo Ayal del. **De las medidas de seguridad**. Senda: Santiago, 1943. p. 72-87.
[6] ASUA, Luis Jimenez de. **La sentencia indeterminada**, 2ª ed. Tipografica Editora Argentina: Buenos Aires, 1948, p. 94.
[7] BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Editora Rio: Rio de Janeiro, 1977, p. 168.
[8] ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad: ensayo de una teoria general basada en el derecho comparado**. Universidad Central de Venezuela: Caracas, 1967, p. 31-33. No mesmo sentido: SOUZA, Moacyr Benedicto. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 26.
[9] FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 173; NOGUEIRA, J. C. Ataliba. Medidas de segurança. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 106-107.
[10]PINHO, Demosthenes Madureira de. **Medidas de segurança (teoria geral)**. Rio de Janeiro: Typ. do 'Jornal do Commercio' – Rodrigues e CIA, 1938, p. 26; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Comentários aos artigos 96 a 99 do CP. In: REALE Jr. Miguel (coordenador). **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 263. No mesmo sentido: SOUZA, Moacyr Benedicto, *op. cit.*, p. 25.

porém, que antes mesmo da criação destas já havia dispositivos legais esparsos que tinham a mesma função de defesa social, como, por exemplo, os que permitiam a internação de pessoas portadoras de transtornos mentais em manicômios[11].

Não há como negar a importância das ideias do positivismo criminológico na consolidação do instituto das medidas de segurança: a ideologia da defesa social, que já estava presente na escola clássica, foi levada às suas últimas consequências; passou-se ao estudo do criminoso em detrimento da análise do crime; por conseguinte, surgiram classificações de delinquentes devidamente acompanhadas de propostas de medidas que deveriam ser aplicadas baseadas na personalidade deles, não no delito cometido. Para Miguel Reale Jr., o cientificismo do positivismo criminológico realizou, enfim, "uma revolução copernicana em matéria penal"[12].

Percebe-se – e adiante o assunto será mais bem desenvolvido – que a escola de pensamento mais influente da medida de segurança parte de premissas hoje inaceitáveis, pois se fundamenta em ideias cientificamente desacreditadas, além de violar o princípio da proporcionalidade entre crime e castigo e a cláusula pétrea constitucional que proíbe a imposição de penas perpétuas. Afastadas as noções de periculosidade e de classificação de indivíduos, baseadas no racismo científico[13] do início do século XX, que resultou no holocausto[14], deve-se investigar o que ainda se pode aproveitar da ideia da medida de segurança.

Os defensores do positivismo criminológico puro buscavam a total substituição das penas por medidas de segurança no que se convencionou chamar de teoria monista ou unitária, mas o que prevaleceu legislativamente foi a teoria dualista, que acrescentou esse instrumento de defesa social aos ordenamentos jurídicos sem prejuízo da manutenção das penas propriamente ditas.

Inicialmente, permitia-se a aplicação de ambas – pena e medida de segurança – ao mesmo autor pelo mesmo fato. É o que se convencionou denominar de sistema do duplo binário:

---

[11] SOUZA, Moacyr Benedicto. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**, p. 24.
[12] REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 486.
[13] Garofalo, ao se referir ao negro africano – e afastar seu atributo de enfermo – afirma que ele "rouba sempre que se lhe apresenta ocasião para isso" (GARÓFALO, Raffaele. **La criminologia**. Montevideo/Buenos Aires: Editoral BdeF, 2005, p. 89). Sobre a influência do racismo científico no positivismo criminológico, fundamental a leitura de Shecaira: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 108/136.
[14] FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**, p. 151: "A questão racial era, certamente, o ponto mais importante e mais representativo da ideologia nazista. Desde meados do século XIX, diversos autores defendiam a desigualdade natural das raças. O nazismo colheu essas correntes, e delas se aproveitou no âmbito de sua própria ideologia ariana e antissemita".

a medida de segurança se aplicava não somente ao inimputável ou semi-imputável, mas a qualquer pessoa considerada perigosa, inclusive ao imputável. No Brasil, o sistema do duplo binário foi previsto no código penal de 1940.

Desde a reforma da parte geral do código penal ocorrida em 1984, porém, ao menos na legislação, esse sistema foi abandonado em prol do vicariante. A medida de segurança passou a ser aplicável somente aos portadores de transtornos mentais que tivessem praticado um injusto penal e fossem declaradas inimputáveis ou, excepcionalmente, semi-imputáveis, desde que, nesse caso, necessitassem de especial tratamento curativo.

O sistema é vicariante, pois não se pode aplicar à mesma pessoa, pelo mesmo fato, duas sanções distintas. Para o inimputável, aplica-se a medida de segurança. Para o imputável, a pena. Ao semi-imputável, pode-se optar por uma ou outra, mas não é possível sua aplicação cumulativa.

O estudo das medidas de segurança permite compreender como as principais ideias defendidas pelo positivismo criminológico puderam ser incorporadas, com maior ou menor grau de explicitação e de lógica, às legislações no decorrer do século XX, espraiando-se para o século XXI. Essa constatação é assustadora quando se compreende que o próprio fundamento daquela escola é o racismo científico, conforme bem destacado por Shecaira: "Pondere-se que a existência de manifestações de cunho racista correu o mundo, e o racismo foi dominante por um largo período. (...) instituía uma continuidade entre caracteres físicos e morais, de tal forma que a divisão racial corresponderia a uma divisão reproduzida culturalmente"[15].

Não se trata de mera análise histórica despretensiosa. Aquelas ideias estão presentes até hoje, a ponto de, conforme informado por Christiano Fragoso, a França ter estabelecido, em lei de 25/02/2008, a "reténtion de sûreté", que permite a manutenção da segregação do sentenciado mesmo após o cumprimento de sua pena, desde que presente a periculosidade. Além disso, alguns penalistas influentes, como Guilherme de Souza Nucci[16], pregam o retorno do sistema do duplo binário para "delinquentes efetivamente perigosos" e outros defendem medidas constitucionalmente vedadas como a castração química[17].

---

[15] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, p. 119. Destacando o racismo como componente orgânico de todo o sistema penal: CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**, p. 193.
[16] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 670.
[17] Essas informações estão em FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**, p. 381-384. Quanto à castração, foi introduzida em 1933 na Alemanha "como prevenção-crime e não como medida de eugenia" (NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**, p. 199). Nogueira é contra essa medida, pois vai "de encontro a um dos fins visados com as medidas de segurança, que é a readaptação social do indivíduo perigoso. O castrado

É preciso, portanto, compreender o contexto por trás disso.

1.1. A ideologia da defesa social

Pode-se conceituar a ideologia da defesa social como o pensamento que parte de uma divisão binária da sociedade (bem *vs.* mal; saudável *vs.* doente; cidadão *vs.* inimigo) e prega, para a defesa do corpo social, a aplicação de medidas restritivas ou privativas de liberdade ou de outros direitos contra indivíduos considerados perigosos a fim de impedi-los de cometer crimes ou outros atos antissociais.

Essas medidas, invariavelmente aplicadas ou fomentadas pelo Estado, ora são justificadas como exercício do poder de polícia administrativa, ora como pena, mas sempre com as finalidades declaradas de intimidação, correção ou neutralização da pessoa.

Normalmente se pressupõe, para a imposição de tais medidas, a prática de um delito ou, ao menos, de uma conduta antissocial. No entanto, há autores que se satisfazem com a mera constatação da periculosidade e defendem a existência de medidas pré-delituais, o que será analisado oportunamente.

A finalidade declarada da ideologia da defesa social, por ser legítima, deveria ser buscada a qualquer preço e por instrumentos enérgicos - o que respeitaria o princípio da isonomia - pois quem viola (ou pode violar) as normas jurídicas e sociais não deve ter o mesmo tratamento dispensado a quem não o faz.

Alessandro Baratta[18] explica que a ideologia da defesa social não se inaugurou com a escola positiva, pois se fez igualmente presente na escola clássica e mesmo antes dela[19], e ainda é dominante nas ciências jurídicas e nas opiniões do senso comum. Seus princípios, para o criminólogo italiano, são os seguintes: (a) legitimidade do poder punitivo; (b) princípio do bem

---

será um revoltado contra a sociedade, nunca se adaptará" (*ibid.*, p. 202). No mesmo sentido é a lição de Ponte. Para o festejado professor da Pontifícia Universidade Católica, o princípio da humanidade tem relevância nas medidas de segurança, pois proíbe a criação de "impedimento ou comprometimento que recaia sobre toda a vida do sentenciado ou paciente, como a morte, amputação, marcação cutânea, esterilização, castração etc." (PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82-83).

[18] BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41-43.

[19] Antes mesmo do iluminismo, a ideia de defesa social já se apresentava. Nesse sentido: MACHADO, Maíra Rocha. Beccaria e a racionalidade penal moderna na história dos saberes sobre o crime e a pena, de Álvaro Pires. In: GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**, v. 1, t. 1, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 112; ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 195; BRUNO, Aníbal. Perigosidade criminal e medidas de segurança, p. 123. Salo de Carvalho destaca que "todos os sistemas punitivos, da antiguidade à pós-modernidade, apresenta(ra)m discursos mais ou menos coerentes sobre a legitimidade das incriminações e os fundamentos dos castigos" (CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 46).

e do mal; (c) culpabilidade; (d) prevenção; (e) igualdade; (f) princípio do interesse social e do delito natural.

Dentre os princípios listados por Baratta, parece-nos que é o da prevenção o que mais caracteriza a ideologia da defesa social. A distinção entre a concepção de defesa social para as diferentes escolas penais estaria situada na atitude interior do criminoso. A escola clássica exigiria a culpabilidade enquanto condenação moral. A escola positiva, por sua vez, se fundamentaria na periculosidade como um simples dado sociopsicológico, não moral-normativo. Em ambos os casos, no entanto, a função do Estado seria prevenir a ocorrência de novos delitos ou atos antissociais.

Há diversas críticas à ideologia da defesa social. Ela exalta a segurança social em detrimento do indivíduo, permitindo a privação e restrição de direitos em prol da ordem pública ainda que ele não tenha praticado qualquer delito. Mesmo os autores mais preocupados com as liberdades públicas, e que exigem como pressuposto da aplicação de uma pena ou medida de segurança o cometimento de um crime, admitem a possibilidade, supostamente fora do âmbito do direito penal, de o poder de polícia eminentemente administrativo atuar sobre algumas pessoas, inclusive privando-as de sua liberdade, independentemente de qualquer conduta, bastando que apresentem perigo à sociedade[20].

A divisão binária da sociedade entre bem e mal não resiste a qualquer análise que queira ir além da superfície. O estudo dos processos de criminalização – primária e secundária[21] – demonstra que a seletividade, inerente ao sistema de justiça criminal, privilegia a punição de certas classes de sujeitos, normalmente mais vulneráveis ao poder punitivo (seja em razão do estereótipo criminal[22], da prática de atos grotescos e de fácil detecção ou da perda de cobertura

---

[20] Permitindo a internação "civil" ou "administrativa" de indivíduos que já cumpriram pena ou medida de segurança com fundamento em sua periculosidade: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral, vol. 1**, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 949; PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e Processo Penal**, p. 98.

[21] "Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Enquanto (...) a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-se à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro, v. 1: teoria geral do direito penal**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43).

[22] BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 168/169: "O estereótipo do delinquente se fixa na figura do favelado (...). A construção social do delinquente se subordina a sua origem de classe, mas o sistema penal (...) se encarrega de disfarçá-lo: o principal expediente é proclamar, na lei e nas teorias jurídicas, que as pessoas são punidas pelo que fazem e não pelo que são, ainda que baste visitar uma penitenciária para convencer-se do contrário".

política), em detrimento de outras, independentemente da danosidade social da conduta de cada um. Isso fere a isonomia, pois, embora quase todas as pessoas já tenham violado em algum momento uma norma criminalizadora, apenas uma parcela é sancionada[23].

Além disso, a criminologia vem alertando que os supostos efeitos preventivos da sanção penal em muitos casos são falsos. Não há como se afirmar, por exemplo, que a prisão de alguém possa incutir-lhe valores sociais elevados e o reintegrar à sociedade como sustenta a teoria da prevenção especial positiva. Salo de Carvalho[24] lhe impinge críticas do ponto de vista jurídico-normativo e empírico. Assevera que há violação ao princípio da secularização; na esfera processual penal, desrespeita o sistema acusatório; no campo da execução penal, justifica a proliferação de instrumentos moralistas que desrespeitam direitos fundamentais.

Ainda nos casos em que o discurso preventivo seja mais racional – como o da prevenção geral negativa –, não é possível generalizá-lo para fundamentar todo o sistema penal. Muito embora destaque que a prevenção geral negativa tem o mérito "de evitar a tendência sempre presente no âmbito punitivo de fusão das esferas do direito e da moral"[25], Salo de Carvalho lhe aponta duas críticas fundamentais. A primeira se refere ao seu principal efeito, que é o aumento constante das penas com o risco, nas palavras de Claus Roxin, de se converter o sistema penal em terror estatal. A segunda crítica se refere à ausência de demonstração da relação causal entre o aumento da sanção e a diminuição dos delitos. Exemplifica com a Lei 8.702/90, que trata dos crimes hediondos, sendo "possível diagnosticar a ausência de um impacto direto ou uma relação direta entre o incremento do punitivismo e a diminuição dos delitos"[26].

Por último, mas não menos importante, no Estado Democrático de Direito, em que a dignidade da pessoa humana é o seu elementar fundamento, os fins evidentemente não justificam os meios.

Pois bem. Compreendido, ainda que sumariamente, o que é a ideologia da defesa social, bem como suas principais críticas, deve-se frisar, na linha erigida por Baratta, que ela já estava

---

[23] "A criminalização primária é um programa tão imenso que *nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável.* As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se *natural* que o sistema penal *leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário*" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*., **Direito penal brasileiro, v. 1**, p. 43-44). Sobre o tema: CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**, p. 185-194.
[24] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 86-90.
[25] *Ibid.*, p. 67.
[26] *Ibid.*, p. 69.

presente no pensamento clássico, embora tenha se acentuado com o positivismo criminológico. É o que passamos a analisar.

1.2. Pressupostos da Escola Clássica

Para os penalistas clássicos, inspirados no pensamento ilustrado, a sanção devia guardar certa proporcionalidade com o crime cometido, além de pressupor a culpabilidade, ou seja, a possibilidade de o indivíduo compreender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com tal entendimento, o que estaria ausente em certas pessoas, como as portadoras de transtornos mentais.

Não se ignora a crítica existente à expressão escola clássica, uma vez que tal epíteto foi dado pejorativamente por Ferri a todos os pensamentos anteriores ao positivismo criminológico sem distingui-los de forma clara, como se fossem absolutamente homogêneos, o que efetivamente não eram. No entanto, sua utilização é didática para separar os autores que defendiam o livre-arbítrio e a culpabilidade daqueles outros que fundamentavam a punição no determinismo e na periculosidade[27].

A falta de homogeneidade em autores considerados clássicos pode ser apontada em pelo menos três temas: (a) existência ou não do contrato social; (b) finalidade da sanção; e (c) pena de morte.

Carrara, por exemplo, um dos principais expoentes do direito penal, ao contrário de outros clássicos, não partia da tese do contrato social. Para ele era falso que em algum momento o ser humano já tenha vivido sem um vínculo associativo[28], o que, por si só, já é motivo que impede a compreensão de todos como pertencentes a uma mesma escola. Além disso, ao contrário de Feuerbach, que visualizava na pena uma finalidade preventiva geral negativa, também conhecida como coação psicológica[29], Carrara atribuía-lhe um aspecto fundamentalmente retributivo[30]. Quanto à pena de morte, Basileu Garcia[31] demonstra que Rousseau, Beccaria e Filangieri, partindo da mesma premissa do contrato social, chegavam a conclusões díspares sobre a legitimidade de sua imposição pelo Estado.

---

[27] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, p. 100.
[28] CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 18.
[29] FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 51/52.
[30] CARRARA, Francesco. *Op. cit.*, p. 25.
[31] GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**, p. 100.

A despeito das distinções, o que se convencionou denominar escola clássica possuía alguns fundamentos comuns irrenunciáveis: o crime é um ente jurídico; o ser humano, desde que mantidas suas normais condições psíquicas, tem o livre-arbítrio para infringir ou não a lei; a punição depende da culpabilidade do sujeito; e, por fim, a pena deve ser proporcional ao crime praticado.

O pensamento jurídico não é senão reflexo, com algumas adaptações, das ideias políticas e sociais de seu tempo, por sua vez fundamentadas nas concretas relações econômicas vigentes. Aliás, como se verá adiante, o advento da escola positiva também não destoou das teorias em voga na sua época; pelo contrário: incorporou-as nas teses criminológicas, políticas e jurídicas por ela defendidas. Não é possível, pois, compreender nenhuma teoria fora de seu contexto histórico.

No caso da escola clássica, seu caldo de cultura era a consolidação do capitalismo e a luta contra o absolutismo, que exigiam a priorização do indivíduo em detrimento do social. Os direitos fundamentais precediam à própria noção de Estado, a quem caberia tão somente declará-los e assegurá-los.

Demais, fundamentalmente importante no pensamento vigorante até então – que irá diferenciá-lo da escola positiva, fundamentada no racismo científico – era a consideração de todos os indivíduos como sujeitos iguais, ainda que formalmente, em direitos e obrigações. Não há como se olvidar o lema fundamental da Revolução Francesa: igualdade, liberdade e fraternidade. A defesa intransigente do princípio da igualdade naquele momento histórico era necessária para a libertação da burguesia das amarras sociais existentes, que dividiam a sociedade em estratos sociais bem definidos.

Alysson Leandro Mascaro explica que o absolutismo inicialmente atendia aos interesses da classe burguesa, visto que a unificação dos Estados, ao romper com o segregacionismo dos feudos, possibilitaria uma maior envergadura comercial[32]. No entanto, após a superação do feudalismo e a consolidação do sistema absolutista, a mesma burguesia percebeu que essa nova lógica também não lhe favorecia. Por fazer parte do povo, ela não participava dos privilégios da nobreza. Outrossim, era inerente ao absolutismo a ausência de liberdade, o que afetava sobremaneira as transações burguesas. Desenvolveu-se, então, uma nova reflexão sobre os

---

[32] MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 134. No mesmo sentido: TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**, 3ª ed. São Paulo: Peirópolis, 2002, p. 25.

limites do Estado. Essa reflexão, que já tinha se iniciado no século XVII[33], se firmaria no século XVIII com a consolidação do iluminismo, para o qual "o poder político não pode se assentar no acaso, nem nos costumes, nem na tradição nem em pretensões de delegação divina, como era o caso no Absolutismo. Somente a vontade dos indivíduos pode gerar o poder político legítimo"[34].

Do iluminismo se alimentou a escola clássica de direito penal, cujo pensamento, com todas as variações decorrentes do fato de que não há completa homogeneidade em seus autores, pode ser resumido com a célebre lição de Francesco Carrara: "O delito é um ente jurídico"[35]. Sobre a Escola Clássica, afirma Vera Malaguti Batista: "Talvez a ideia mais importante, que viria a ser desconstruída pelo positivismo, fosse aquela em que a definição do delito seria o limite e o fundamento para o legislador"[36].

O brasileiro Joaquim Augusto de Camargo, adepto do pensamento ilustrado, era afastado de qualquer vestígio do positivismo criminológico, razão pela qual optamos pela análise de sua obra para melhor compreender a escola clássica na perspectiva de um relevante jurista brasileiro do século XIX. Entre 1881 e 1882, debruçado sobre o Código Criminal do Império de 1830[37], escreveu: "1.°) não existe possibilidade moral, direito de impor uma pena, em razão de um fato consumado, se esse direito não decorrer do princípio eterno e absoluto do justo; 2.°) toda ação penal que não emanar de um superior moral, será fato imoral, nunca punição"[38].

Suas críticas foram direcionadas a praticamente todas as teorias da pena que vigoravam à época[39], mas se concentrou de forma mais detalhada e demorada ao "sistema de conservação ou de legítima defesa", que pode ser entendido, em resumo, como defesa social. O autor diferenciava claramente a pena da legítima defesa: "Com efeito, punir não é o mesmo que

---

[33] ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**, p. 100.
[34] MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**, p. 150.
[35] CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**, p. 11.
[36] BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 38-39.
[37] Sobre o código penal imperial de 1830, Nilo Batista aponta as contradições fundamentais que o envolviam: "A compreensão da programação criminalizante que teve seu núcleo no Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, (...) pode ser facilitada pela análise de dois grandes eixos, no primeiro dos quais encontramos a *contradição entre o liberalismo e a escravidão*, e no segundo o movimento político de *descentralização e centralização*, que se valeu intensamente do processo penal (...). A contradição entre a condição escrava e o discurso liberal era irredutível: como disse Emília Vioti da Costa, 'a escravidão constituía o limite do liberalismo no Brasil'" (BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 33).
[38] CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito penal brasileiro**, 2ª. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 175.
[39] *Ibid*, p. 181-189.

defender-se, assim como impor uma pena não é o mesmo que defender-se de um mal presente. (...). A defesa é cega e brutal. O que se defende o que quer é livrar-se, repelindo o ataque" [40].

O conceito de defesa dado pelo autor é exato e fundamenta uma incisiva crítica atual à teoria da defesa social da perspectiva constitucional, uma vez que o princípio da dignidade humana proíbe ao Estado que trate um indivíduo de maneira desarrazoada, maltratando-o, ferindo-o ou lesando-o, desconsiderando, ainda, seus atributos pessoais. Além disso, no momento da imposição da sanção penal, o Estado deve agir com sobriedade, e não de forma "cega e brutal", como se espera de quem simplesmente se defende de um ataque: "O que se defende não se importa que o seu agressor seja maltratado, ferido, lesado, ou que pereça, assim como se está no exercício de suas faculdades, se é ébrio, louco, constrangido etc.; o que quer é repelir o ataque. Se conseguir isso, seu ato é justificado" [41].

Outra distinção – agora lógica – entre defesa e punição se refere ao aspecto temporal em que uma e outra têm incidência. A pena é aplicada depois "que o crime já foi consumado, tornou-se irreparável, pertence ao domínio do passado"[42]. A defesa, por sua vez, pressupõe uma situação de perigo que ainda não cessou.

Para o penalista brasileiro, a doutrina completa e verdadeira sobre o direito de punir – com claro cunho religioso – é a de Rossi, que pode ser resumida na seguinte frase: "Logo, o direito de punir funda-se: na justiça absoluta, compreendida pela razão, e da qual emana a positiva, e no restabelecimento da ordem moral e social, que é perturbada pelo delito"[43].

Essa ideia clássica do direito penal entende a imposição da pena como uma necessidade da justiça para se retribuir um mal causado. Fundamentada no livre-arbítrio, compreende o criminoso como alguém que, de forma livre e consciente, decidiu-se a praticar um crime e, por isso, deve receber uma sanção proporcional ao fato. Por isso, afirma Camargo: "O ordinário é o que tem por punição penas fixas. O extraordinário é o punido com pena a arbítrio do juiz" [44]. As qualidades intrínsecas do autor somente deveriam ser analisadas para se apurar eventual inimputabilidade em decorrência de transtornos mentais ou idade, o que impossibilitaria a reprovação de sua conduta.

---

[40] CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito penal brasileiro**, p. 184.
[41] *Ibid*.
[42] *Ibid.*, p. 185.
[43] *Ibid.*, p. 192.
[44] *Ibid.*, p. 200.

A distinção entre as escolas clássica e positiva se reflete ainda nos institutos da tentativa, desistência voluntária e crime impossível. Para Camargo, em harmonia com a legislação vigente à época e, no particular, ainda hoje[45], mesmo que determinada vontade criminosa seja expressa em um plano concreto e conhecido de um indivíduo, o Estado não pode puni-lo se não causar lesão ou perigo a um bem jurídico: "Pode haver imoralidade, ou vontade má e perversa, mas pune-se a esta? Não. Não houve mal material, não houve o sobressalto social, não houve ofensa. Não há, portanto, delito"[46].

O positivismo criminológico não assente com essa conclusão, pois a simples demonstração da periculosidade de alguém – independentemente do perigo ou do dano causado por sua conduta – imporia sua punição. Ferri, ao criticar a solução de Carrara quanto à tentativa impossível, escreve: "A conclusão da impunidade é indubitavelmente de 'lógica jurídica'; mas (...) ela é (...) moral e socialmente absurda"[47].

É perceptível, portanto, que as chamadas teorias clássicas se importam mais com o crime objetivamente considerado do que com o seu autor. Ainda que um indivíduo demonstre de forma inequívoca sua vontade de lesar bens jurídicos, trata-se de situação penalmente irrelevante, diante da inexistência de "mal material" ou "sobressalto social". Somente é possível a análise dos atributos pessoais do indivíduo para verificar a imputabilidade e o elemento volitivo do injusto.

As limitações ao poder punitivo são, por essa razão, muito mais contundentes do que nas ideias pregadas pelo positivismo criminológico, as quais permitem uma postura ilimitada do Estado em prol da defesa social. Não se pode punir uma pessoa, para os clássicos, por maiores os incômodos que ela cause à comunidade, senão pelo crime efetivamente praticado e em proporção a ele, desde que constatada sua imputabilidade[48].

---

[45] O art. 14, inc. II do Código Penal exige, para a punição da tentativa, que o agente pratique ao menos atos executórios.

[46] CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito penal brasileiro**, p. 221.

[47] FERRI, Enrique. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime.** São Paulo: Saraiva, 1931, p. 525.

[48]Isso não afasta as críticas existentes à escola clássica. Salo de Carvalho afirma ser "possível perceber a baixa intensidade do princípio da retribuição como critério limitador da pena. Pelo contrário, o ideal retributivo pode legitimar, sobretudo em sociedades imersas na cultura punitivista, a aplicação de penas extremas e cruéis" (CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 59-60). Vera Malaguti Batista afirma que a "delimitação do crime pela definição do delito seria enfim uma desnaturalização e uma politização só possível pela compreensão das necessidades de ordem da passagem do mercantilismo absolutista para os engenhos urbanos da Revolução Industrial. A atitude crítica, de toda maneira, seria para relegitimar o poder punitivo" (BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**, p. 40). No mesmo sentido estão as críticas de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, ao destacarem os elementos de defesa social inseridos naquele pensamento: ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.*, **Direito penal brasileiro, v. 1**, p. 527.

Interessante a análise feita por Camargo do art. X, §2º do código criminal do Império, que possuía a seguinte redação: "Também não se julgarão criminosos: (...) os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e neles cometerem crimes". Após mencionar diversas leis então vigentes, aduz: "Todos, portanto, concordam em declarar que o louco ou o demente, quando nesse estado comete crime, não é responsável nem pode ter imputação e menos criminalidade"[49].

A exclusão completa do sistema penal dos inimputáveis por doenças mentais é realçada por Camargo ao comentar em apenas dois parágrafos o art. XII daquele código ("Os loucos, que tiverem cometido crimes, serão recolhidos às casas para eles destinadas, ou entregues às suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente"). Destaca que se trata de "uma medida de suma precaução, para, com a reclusão desses infelizes, não haver a repetição dos atos nocivos e prejudiciais". Conclui que é uma "medida de polícia administrativa", sendo o destino do enfermo "dependente do arbítrio do juiz"[50].

Este ponto é fundamental: os autores clássicos, ainda que excluam os inimputáveis do direito penal, permitem que o Estado tome medidas de polícia administrativa contra eles para resguardar a sociedade dos perigos que supostamente representam. Essa legitimidade é pressuposta e não questionada, mesmo que, na prática, resulte em privação de liberdade às vezes perpétua. Não se trata de medida de segurança, como instituto de direito penal que veio à tona posteriormente, mas de simples medida sanitária, sem qualquer relação com o sistema criminal. Na prática, porém, deixa o inimputável sujeito ao arbítrio do Estado em situação de maior vulnerabilidade do que a do imputável, situação, aliás, que persiste até hoje.

Todas as garantias penais e processuais defendidas pelo pensamento ilustrado - proporcionalidade entre crime e sanção, impossibilidade de punição de atos preparatórios, diminuição da pena em caso de crime tentado etc. – caem por terra quando a situação do inimputável é remetida ao poder administrativo de polícia. É nítida, portanto, a influência da ideologia da defesa social nesse pensamento, embora seu discurso não seja tão explícito nesse sentido como o da escola positiva.

---

[49] CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito penal brasileiro**, p. 352. Igualmente afirmava Carrara: "Não pode haver legislador que não admita como princípio a nenhuma imputabilidade do louco" (CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**, p. 193). Em sentido semelhante: REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, 2009, p. 485.
[50] *Ibid.*, p. 396.

Em outros autores clássicos e pré-clássicos, mas que defendiam teorias preventivas – e não somente retributivas – da pena, é ainda mais clara a presença dos elementos da ideologia da defesa social. Basileu Garcia menciona que o criminólogo positivista Florian afirmava que Benthan, Feuerbach e Romagnosi – autores considerados clássicos – eram "os pais do positivismo no Direito Penal", justamente em razão do "elevado apreço" que a escola positiva tem pela "defesa social contra o delito e o delinquente", ideologia que já estava presente naqueles pensadores[51].

Para Aníbal Bruno, "o positivismo criminal italiano aceitou e desenvolveu o princípio, já esboçado na obra anterior de filósofos e juristas, que tem a defesa social como fundamento e objeto do direito sancionador"[52]. Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar concordam com essa assertiva ao salientar que qualquer legitimação do poder punitivo desemboca na ideia de defesa social, "porque, invariavelmente, *qualquer* legitimação *do poder punitivo vai desembocar na ideia de guerra ou de defesa social*, como comprova todo o contratualismo, inclusive Rousseau"[53].

A ideologia da defesa social não comporta as limitações defendidas pela escola clássica. Anitua observa a contradição entre um conceito forte de defesa social – que permite o emprego de sanções perpétuas e inocuizantes para evitar a reiteração de crimes – e os limites traçados pelo iluminismo: "Este direito penal, como prerrogativa do Estado, permitia projetar uma defesa social que, por defender interesses tão elevados, resistiria contra os limites que ele mesmo traçava".[54]

Aníbal Bruno destaca que as teorias preventivas presentes no pensamento de muitos clássicos exigiam o desenvolvimento de uma nova doutrina sobre a questão criminal: os postulados iluministas teriam se tornado insuficientes para garantir a defesa social[55].

1.3. Pressupostos da Escola Positiva

Não tardou, portanto, para que se priorizassem os ideais da defesa social em detrimento dos princípios clássicos do direito penal. Isso se deu na transição do século XIX para o século XX. Nesse momento histórico, a teoria social buscava aplicar o método positivo de

---

[51] GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**, p. 133. Em sentido semelhante: PINHO, Demosthenes Madureira de. **Medidas de segurança (teoria geral)**, p. 19.
[52] BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 13.
[53] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. **Direito penal brasileiro, v. 1**, p. 527.
[54] ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**, p. 199-200.
[55] BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 125.

conhecimento das ciências naturais também às ciências humanas. Juarez Cirino dos Santos explica: "A noção filosófica de que (...) o comportamento social pode ser explicado por relações causais desenvolve-se em um sistema estruturado na ideia geral de determinismo a partir dos trabalhos de Comte, popularizados sob o lema de 'conhecer para prever'"[56].

De acordo com Alysson Leandro Mascaro, a mudança no pensamento ocorrida nessa época em relação às ciências sociais, como não poderia deixar de ser, deveu-se em grande parte à alteração das relações econômico-sociais da burguesia. Enquanto ainda vigorava o absolutismo, era necessário lutar contra ele priorizando-se o indivíduo em detrimento do Estado. A partir do momento em que este último incorporou em suas constituições os postulados filosóficos do iluminismo, tornou-se possível o estudo da sociedade por ela mesma, abrindo-se espaço para o positivismo sociológico[57].

Mascaro explica que Augusto Comte desejou ser o artífice de uma nova organização social e propôs que a história fosse recontada a partir de três estados: o teológico, o metafísico e o positivo. O iluminismo estaria ainda no estágio intermediário, ou metafísico. O verdadeiro conhecimento, por seu turno, estaria no estado positivo, em que a compreensão do mundo seria científica e obtida diretamente da observação dos fatos. Ele buscava compreender as leis sociais inspirado nas ciências duras: química, física e biologia[58]. A importância do filósofo francês para a criminologia positiva é inconteste. Juan Bustos Ramíres destaca o papel essencial da lei da causalidade para a explicação da questão criminal[59]: o objetivo da criminologia positiva era justamente compreender as causas do delito.

Como esclarecido quando analisamos a escola clássica, também para compreender o positivismo criminológico é necessário resgatar o pensamento político, social e científico da época em que ele se desenvolveu.

Lilia Schwarcz identifica no século XIX a emergência da ideia de raça e a naturalização da diferença dos indivíduos e das sociedades. O termo raça teria sido introduzido na literatura especializada no início daquele século por Georges Cuvier. Era "uma reação ao Iluminismo em sua visão unitária da humanidade"[60]. O tema tornou-se constante na época das grandes

---

[56] SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
[57] MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de sociologia do direito**, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 66.
[58] *Ibid.*, p. 70.
[59] BERGALLI, Roberto; RAMÍRES, Juan Bustos. **O pensamento criminológico I: uma análise crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 60.
[60] SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 63.

navegações: “Nas narrativas de viagem, que aliavam fantasia à realidade, esses ‘novos homens’ eram frequentemente descritos como estranhos em seus costumes, diversos em sua natureza”[61].

A historiadora e antropóloga destaca que o debate entre o iluminismo e as teorias raciais fundamenta-se em um problema mais remoto sobre a origem da humanidade. De um lado, a visão monogenista, dominante até o século XIX e baseada nos ensinamentos bíblicos, pregava uma origem comum de todos os indivíduos. De outro, passou-se a considerar a hipótese poligenista como uma alternativa plausível, ou seja, partia-se da crença em diversos centros de criação correspondentes às diferentes raças. Duas visões de mundo, portanto, se opunham. Esse embate entre poligenistas e monogenistas tenderia a se amenizar com a publicação de “A origem das espécies”, em 1859, de Charles Darwin, cujas ideias passaram a constituir o paradigma da época[62].

Para Schwarcz, são muitas as interpretações da obra de Darwin que se desviam de seus reais fundamentos para propor análises do comportamento das sociedades[63]. O darwinismo serviu de sustentação teórica para posturas conservadoras, justificando, por exemplo, o imperialismo europeu.

Nesse cenário, duas escolas deterministas ganharam relevo: o determinismo geográfico e o determinismo racial (“darwinismo social” ou “teoria das raças”). Para o primeiro, a potencialidade de civilização de um país poderia ser analisada por uma avaliação objetiva de suas condições físicas e climáticas. Para o segundo, encarava-se com pessimismo a miscigenação.

De forma absolutamente oposta à noção humanista vigorante no iluminismo, o determinismo racial partia de três proposições básicas: a) a realidade das raças; b) a existência de uma continuidade entre as características físicas e morais; c) preponderância da raça no

---

[61] *Ibid.*, p. 58.
[62] *Ibid.*, p. 64.
[63] *Ibid.*, p.73. Para adaptar o darwinismo às posturas poligenistas, “bastou minimizar a importância da origem comum e relevar as máximas deterministas, presentes na ótica darwinista, que apontavam para a importância das leis e regularidades da natureza. Para os poligenistas, *seleção natural* implicava pensar na *degeneração social* (...). Uma só teoria fundamentava, dessa forma, as diferentes interpretações das escolas, que disputavam a hegemonia na representação de sua época” (*ibid.*, p. 75).

comportamento do sujeito[64]. É evidente o vínculo desse determinismo racial com o pensamento lombrosiano[65].

Do darwinismo social surgiu a eugenia, em 1883, cunhada por Francis Galton, que "buscava provar, a partir de um método estatístico e genealógico, que a capacidade humana era função da hereditariedade e não da educação"[66]. A eugenia foi utilizada largamente como política de Estado no curso do século XX. Diversos entes federativos dos Estados Unidos adotaram o procedimento de esterilização obrigatória para prevenir doenças mentais, além de outras supostas degenerações, o que foi legitimado pela Suprema Corte em decisão de 02/05/1927. Shecaira explica que, "em 1940, não menos de 35.878 homens, mulheres, crianças, loucos, criminosos e vagabundos tinham sido esterilizados"[67].

É notável observar que os discursos e as teorias não se sucedem, mas convivem, de forma contraditória, e lutam para prevalecer sobre outros[68]. Não é possível pensar em uma cronologia histórica exata dessas escolas de pensamento. Nesse sentido, Lilia Schwarcz indica que, mesmo no século XVIII, em que ainda prevaleciam as teses humanistas da ilustração, já havia uma reflexão – posto que embrionária e tímida – sobre as diferenças dos homens. Buffon relacionava o continente americano à escassez e corroborava a tese de debilidade e imaturidade dessa terra. Surgia, de sua concepção etnocêntrica, um senso de hierarquia entre homens[69].

---

[64] SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**, p. 78. A autora, ao tratar das contradições entre as escolas influenciadas pelo darwinismo e o pensamento original de Darwin, salienta como a eugenia tinha como pressuposto algo completamente distinto do evolucionismo: "Com efeito, punha-se por terra a hipótese evolucionista, que acreditava que a humanidade estava fadada à civilização, sendo que o termo *degeneração* tomava aos poucos o lugar antes ocupado pelo conceito de evolução (...). Para os autores darwinistas sociais, o progresso estaria restrito às sociedades 'puras', livres de um processo de miscigenação, deixando a evolução de ser entendida como obrigatória" (*ibid.*, p. 79-80).

[65] Juarez Cirino dos Santos considera o determinismo biológico de Lombroso um "desenvolvimento criminológico de uma intuição darwiniana" (SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão**, p. 55).

[66] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Op. cit.*, p. 79.

[67] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, p. 115. Além do exemplo da Alemanha nazista, o autor menciona outros países que aderiram por meio de lei às práticas eugênicas: Suíça (1928), Noruega (1934), Suécia (1937). No Brasil, o Holocausto Brasileiro – genocídio praticado contra os internos do hospício de Colônia, em Barbacena – também se baseou fortemente na teoria da eugenia: "(...) a estimativa é que 70% dos atendidos não sofressem de doença mental (...) tornou-se destino de desafetos, homossexuais, militantes políticos, mães solteiras, alcoolistas, mendigos, negros, pobres, pessoas sem documentos e todos os tipos de indesejados, inclusive os chamados insanos. A teoria eugenista, que sustentava a ideia de limpeza social, fortalecia o hospital e justificava seus abusos" (ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil**. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 31).

[68] Ao iniciar o seu curso de criminologia, Zaffaroni alerta: "(...) não se deve confundir este curso da criminologia teórica ou de palavras da academia com uma história da disciplina. A história importa o registro de fatos passados cujas consequências se projetam no presente, mas o curso da criminologia se refere a fatos do passado que diretamente continuam presentes (...). Nada termina completamente nesses discursos. Nem sequer a Idade Média terminou na criminologia e sua estrutura discursiva continua vigente como nunca (...). Ninguém se espante (...) se, depois de vermos Lombroso, eu lhes explico que hoje renasce uma criminologia biológica" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73).

[69] SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**, p. 61-62.

A doutrina destaca a relação das medidas de segurança com o racismo, a teoria da degenerescência e a eugenia[70]. A análise é correta: os principais fundamentos do positivismo criminológico são a defesa social e a periculosidade[71], a qual somente se sustenta se for possível a hierarquização de indivíduos, o que é legitimado pelo racismo científico e as teorias dele decorrentes, como a da degenerescência e a da eugenia.

Shecaira explica que foi com a publicação da obra fundamental de Lombroso – "O homem delinquente" –, em 1876, que se inaugurou o que se pode chamar período "científico" da criminologia. Não foi o criminólogo italiano o criador de uma teoria absolutamente inédita, mas "alguém que teve a capacidade de recolher o pensamento esparso que vicejava à sua volta para articulá-lo de forma inteligente e convincente"[72]. Ficou conhecido principalmente por sua teoria do criminoso nato e por acolher o determinismo biológico em detrimento da hipótese do livre-arbítrio.

A adesão de Lombroso à ideologia da defesa social é ressaltada logo no prefácio à 4ª edição de sua conhecida obra, em que ele se defendia das críticas de ser benevolente com criminosos sustentando que, a rigor, almejava para os delinquentes natos e loucos detenção perpétua, "em uma prisão que teria outro nome"[73].

Além do fundador da escola positiva, não há como deixar de mencionar os nomes de Enrico Ferri e Rafaelle Garofalo. O primeiro se destacou por salientar os aspectos sociais da criminalidade, evitando o reducionismo biológico. Como qualquer positivista, negava o livre-arbítrio e pregava que a responsabilidade moral deveria ser substituída pela responsabilidade social, com fundamento na defesa social. O foco do sistema penal deveria estar na prevenção, não na repressão. O teórico ficou igualmente conhecido por sua classificação de delinquentes[74], que será oportunamente analisada.

Garofalo, por sua vez, introduziu o conceito de temibilidade[75], que é a fonte da ideia de periculosidade e, portanto, fundamental para o instituto da medida de segurança. Também se

---

[70] BRANCO, Thayara Castelo. **A deslegitimação das medidas de segurança no Brasil**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 29. No mesmo sentido: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, p. 119; CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal: pistas para a extinção dos manicômios judiciários**. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Instituto de Psicologia da UFF, 2018, p. 60; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 286-287.
[71] BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 22.
[72] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, p. 101.
[73] LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**, 4ª ed. Trad. de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, s/d, p. XXIII.
[74] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia,** p. 105.
[75] GARÓFALO, Raffaele. **La criminologia**, p. 258.

destacou por seu conceito de delito natural, que será igualmente analisado nesta tese no momento adequado. Ele era intransigente defensor da pena de morte, pois acreditava que para o criminoso incorrigível a própria prisão perpétua não era suficiente, uma vez que lhe possibilitava regressar à sociedade por outros meios – fugas, revoluções, indultos, anistias etc. –, além do risco que ele causaria aos agentes penitenciários. Afirmava, ainda, para defender sua conclusão: "(...) não se vê qual seja a utilidade de conservar a vida de seres que não devem voltar a fazer parte da sociedade; não se compreende o objetivo da conservação de uma vida puramente animal"[76]. Quanto aos portadores de transtornos mentais que cometessem crimes, Garofalo defendia seu encarceramento em manicômio pelo tempo necessário para a cura[77].

O criminólogo italiano criticava os clássicos por não se ocuparem dos alienados. Para ele, o crime é a mera expressão do caráter do indivíduo e há muitos loucos "que têm realmente a intenção de causar danos, de incendiar e ainda de matar". Ainda que a causa seja a alienação, "isso não impede que aquela produza um caráter persistente" e, "por conseguinte, há que temer que cometam novos delitos". Em razão disso, o sistema penal, em defesa da sociedade, deveria ser aplicado. É curioso que o criminólogo italiano, embora analisasse os portadores de transtornos mentais dentro do sistema penal, entendesse injusto que se lhes aplicasse a pena de morte, "porque uma condição indispensável para poder aplicá-la é que se haja rompido todo vínculo de simpatia entre a sociedade e o criminoso; agora, uma enfermidade não pode romper esse vínculo"[78].

A escola positiva da criminologia busca refutar o princípio do livre-arbítrio, pregado pela escola clássica, e suas decorrências lógicas. O criminoso o seria, em suma, por alguma doença, loucura, degeneração, falha moral. Ele não seria livre para praticar o crime, mas determinado a isso. Assim, as penas que visassem à sua reprovação pelo delito seriam impróprias. Dever-se-ia lhes aplicar medidas corretivas, se possível, ou meramente neutralizadoras.

Para muitos autores, o advento das medidas de segurança em complemento ou substituição às penas foi influenciado pela difusão do medo contra as classes perigosas, que

---

[76] *Ibid.*, p. 319. Em outro trecho afirmava, resignado e sem pudor, com assombrosa sinceridade: "Sem dúvida, o espetáculo da vida é lamentável (...). E se a igualdade não é desse mundo, é preciso que haja felizes e infelizes sem culpa sua. Essa injustiça é inevitável. A justiça humana não pode menos que imitar a natureza, excluindo de si aqueles indivíduos que não se adaptam à existência social" (*ibid.*, p. 261).
[77] *Ibid.*, p. 319.
[78] *Ibid.*, p. 241.

precisavam ser contidas. Nesse sentido, Nilo Batista[79] afirma que "a legalidade era um desastre para as emergências cotidianas do controle das ilegalidades populares, e muito especialmente para o oscilante recrutamento de mão de obra do capitalismo industrial". Era necessário um controle "para além da lei e para além do crime". A teoria responsável por legitimar e realizar a pena sem lei e sem crime para se concretizar o disciplinamento da mão de obra industrial era a defesa social. O dispositivo adequado, a medida de segurança[80].

No plano do discurso, a escola positiva sempre sinalizou a incapacidade da escola clássica de lidar com o problema do aumento da criminalidade. Afora uma ou outra voz isolada que permanecia adepta do pensamento ilustrado mais puro, de forma geral, no final do século XIX e início do século XX, entendia-se necessária a previsão de sanções adequadas à personalidade do criminoso. Dizia-se que a finalidade preventiva que se pregava para o direito penal pela ideologia da defesa social não se cumpria com os postulados clássicos: "Quando esse sistema, baseado em nobre aspiração espiritualista de justiça absoluta, atingia o máximo de acabamento e perfeição, era quando mais alto subia a curva das estatísticas da criminalidade"[81].

Desconsideradas as distinções existentes entre os próprios criminólogos positivistas, são estas as principais características da teoria que então surgia: (a) aprofundava a ideia de que a finalidade do sistema penal era a defesa social; (b) compreendia que o direito penal clássico não era suficiente para cumprir tal finalidade; (c) entendia ser necessário deixar em segundo plano o crime para se focar no indivíduo que o praticasse; (d) pregava que o livre-arbítrio era um conceito metafísico, não científico, que deveria ser abandonado em prol do determinismo; (e) diante do abandono do livre-arbítrio, declarava não ser possível falar-se em culpabilidade; (f) defendia que a atuação do sistema penal se fundamentasse na periculosidade do agente; (g) partia de alguma classificação de indivíduos, o que o racismo científico, que vigorou até a década de 1990 com o *apartheid* na África do Sul, permitia e incentivava: a depender de seus

---

[79] BATISTA, Nilo. Prefácio. In: DIETER, Mauricio. **Política criminal atuarial**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 9. Shecaira afirma que, com a revolução industrial, "a criminalidade cresce diretamente proporcional ao aumento da miséria" (SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, p. 108).

[80] De uma perspectiva crítica, citando os marxistas Rusch e Kirchheimer, Mattos explica a lógica aplicável à revolução industrial, que "precisava regular a loucura, segregar e utilizar a mão-de-obra barata resultante da precariedade das relações de trabalho, barrar, conter a mendicância e a vagabundagem, canalizar os pobres de todo o gênero para as fábricas, para a produção. Assim, escandalosos, loucos, pobres, doentes e desvalidos em geral são segregados em um mesmo local" (MATTOS, Virgílio de. **Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 56). Criava-se, assim, o rótulo vago da periculosidade: "A loucura torna-se mais uma questão de ordem pública do que propriamente de medicina" (*ibid.*, p. 57/58).

[81] BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 11. No mesmo sentido: SILVA, A. J. Costa e. **Comentários ao código penal**, 2ª ed. São Paulo: Contasa, 1967, p. 280.

atributos físicos (inclusive raciais) e mentais, seriam considerados mais ou menos perigosos. Com isso, legitimava-se a neutralização, eliminação e inocuização de pessoas consideradas perigosas e incorrigíveis[82].

A influência do positivismo criminológico no próprio direito penal foi assombrosa. Com exceção da hipótese do determinismo biológico, que permanece bastante discutida – e normalmente rejeitada –, pode-se dizer que todas as outras ideias da escola positiva ainda orientam os operadores jurídicos, por mais que, no âmbito da criminologia, elas tenham sido desacreditadas e superadas pelas escolas que perpassaram o século XX[83]. É nítido o abismo existente entre o avanço científico na criminologia e a estagnação da dogmática penal.

Dentre os juristas brasileiros não positivistas que adotaram postulados daquela escola, destaca-se, por exemplo, Ataliba Nogueira. Embora crítico da tese do determinismo e dos exageros do positivismo criminológico, concorda explicitamente com a classificação de criminosos. Defende que a sanção adequada leve em consideração a personalidade do agente, não o crime cometido, pois a pena clássica seria insuficiente para a defesa social nos casos de imaturos, enfermos mentais, delinquentes habituais, profissionais ou por tendência[84].

Ataliba Nogueira deixa clara a relação entre a ideia de periculosidade e a classificação de delinquentes[85], os quais divide em seis tipos: imaturos em virtude da idade; enfermos mentais com imputabilidade excluída; delinquentes de responsabilidade diminuída; dados ao ócio e à vagabundagem; alcoólatras habituais ou pessoas dadas a outros tóxicos; delinquentes habituais, profissionais e por tendência. Esses três últimos possuiriam periculosidade social qualificada[86].

O delinquente habitual, segundo o código italiano de 1930, adotado por Nogueira, é o condenado por três delitos não culposos e da mesma índole a uma pena total superior a cinco anos que, posteriormente, em até dez anos, é novamente condenado por delito doloso[87]. O criminoso profissional é o habitual que depende dos proventos do crime para sobreviver. O delinquente por tendência, por fim, é o que comete delito doloso contra a vida ou a integridade

---

[82] Alguns poucos positivistas, no entanto, contrários à pena de morte, não adotavam a classificação do criminoso incorrigível: ASUA, Luis Jimenez de. **La sentencia indeterminada**, p. 37-39.
[83] Teoria Crítica, *Labbeling Aproach*, Teoria da Subcultura Delinquente, Teoria da Anomia, Teoria da Associação Diferencial, Escola de Chicago. Sobre essas escolas de pensamento, cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, p. 137-357.
[84] NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**, p. 83-84.
[85] *Ibid.*, p. 128.
[86] NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**, p. 129-131. Com classificação parecida: SOUZA, Moacyr Benedicto. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**, p. 146-147.
[87] *Ibid.*, p. 132.

física em razão de sua índole particularmente maldosa. Não é necessária, para se reconhecer esse último, a constatação da reincidência[88].

É importante registrar que, a despeito da constante menção da jurisprudência brasileira a criminosos habituais – principalmente para afastar o instituto da continuidade delitiva (art. 71 do CP)[89] –, o ordenamento jurídico brasileiro nunca adotou qualquer classificação de delinquentes. As tentativas históricas fracassaram: foram previstas no "Projeto Sá Pereira", "Projeto Alcântara Machado" e "Anteprojeto Nelson Hungria". O código penal de 1969 adotou uma classificação própria, mas não chegou a entrar em vigor[90].

A Lei 13.964/19 tentou inserir no código de processo penal uma classificação parecida ao negar ao autor de "conduta habitual, reiterada ou profissional" o acordo de não persecução penal (art. 28-A, §2º, inc. II do CPP). A técnica legislativa, porém, foi desastrosa, pois, ao contrário do "Código Rocco", não descreveu em que consistiria a criminalidade habitual, reiterada ou profissional.

A classificação de criminosos mais conhecida é a de Ferri, que divide os criminosos em (1) nato, (2) louco, (3) habitual, (4) ocasional e (5) passional. O primeiro pode ser equiparado ao criminoso por tendência[91], em regra incorrigível. O segundo, como o nome indica, é aquele levado ao crime por sua enfermidade mental, somada à atrofia de seu senso moral. O habitual e o ocasional são exatamente opostos: o primeiro é o de alta periculosidade e dificilmente readaptável, enquanto o segundo, tendo sido levado ao delito por circunstâncias exógenas mais do que endógenas, nem sequer necessita de tratamento. Por derradeiro, para Ferri, criminoso passional é o que pratica um crime impelido por paixão[92]. Para esses dois últimos – ocasional e passional - a pena clássica seria suficiente[93].

Outra classificação bastante conhecida é a de Franz von Liszt. Em seu Programa de Marburgo, dividia os delinquentes em três espécies: ocasionais, recuperáveis e irrecuperáveis.

---

[88] *Ibid.*, p. 132-134.
[89] Assim, por exemplo: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 557.486/MS, Rel. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 10/03/2020.
[90] SOUZA, Moacyr Benedicto. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**, p. 139.
[91] Em sentido contrário, para Alcides Munhoz Netto, o "criminoso por tendência" não é o "criminoso nato", incorrigível, mas o indivíduo perigoso que apresenta probabilidade de reincidência (*apud* SOUZA, Moacyr Benedicto. *Op. cit.*, p. 142). No entanto, não há como se enxergar qualquer distinção entre os dois.
[92] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, p. 106. Acolhendo essa classificação de Ferri, entre outros: MARÇAL, Orlando. **Da imputabilidade criminal: sob os pontos de vista antropológico, psicológico e sociológico**. Livraria Clássica Editora: Coimbra, 1919, p. 82-83.
[93] O criminoso passional, para Ferri, não ostentava periculosidade, o que lhe rendeu críticas de um de seus discípulos: RABINOWICZ, Léon. **O crime passional**, 2ª ed. Sucessor: Coimbra, 1961, p. 201-202.

A sanção penal teria uma função distinta para cada categoria: aos primeiros, intimidação; aos segundos, emenda; aos últimos, inocuização[94].

O mais persistente e importante vestígio da escola positiva foi, sem qualquer dúvida, o instituto da medida de segurança, que pressupõe outro conceito: o da periculosidade. Embora ele não subsista sem uma classificação e hierarquização das pessoas, ainda é bastante utilizado, inclusive por doutrinadores mais críticos.

Juarez Cirino dos Santos, já na década de 1970, em sua dissertação de mestrado, desmontou completamente os fundamentos da criminologia positivista[95]. O mesmo autor, no entanto, em sua obra de direito penal, ao abordar o tema da medida de segurança, acolhe, ainda que com crítica[96], o conceito da periculosidade para distingui-la da pena: "Ao contrário da natureza retributiva das penas criminais, fundadas na culpabilidade do fato passado, as medidas de segurança (...) são fundadas na periculosidade de autores inimputáveis de fatos definidos como crime"[97]. Em paralelo, afirma que "a posição da literatura brasileira constitui, na melhor das hipóteses, a expressão de sentimentos pessoais: não existe nenhuma norma que vincule as medidas de segurança ao princípio da legalidade na lei brasileira"[98]. Por fim, permite que o inimputável seja tratado de forma mais gravosa do que o imputável, ao afastar daquele a possibilidade de alegar erro de proibição ou inexigibilidade de conduta diversa[99], o que lhe rendeu justas críticas de Paulo Queiroz[100].

É evidente a distância que separa a criminologia das disciplinas jurídicas dogmáticas. O pensamento criminológico hegemônico já rejeitou o positivismo biológico e seus fundamentos. Por outro lado, no direito penal – assim como no processo penal e na execução penal –, eles permanecem hígidos e, além de estarem ainda imersos na doutrina, embasam decisões judiciais diuturnamente[101].

---

[94] LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**, t. 1. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 144. Sobre a importância de Liszt na consolidação do conceito de periculosidade: DOYLE. Daniel Alvarez. **La nueva peligrosidad criminal: medidas de seguridad pospenitenciarias para delincuentes imputables**. Buenos Aires/Montevideo: Editorial B de F, 2019, p. 1; BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 37.
[95] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia da repressão**, p. 56.
[96] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**, 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 607.
[97] *Ibid.*, p. 605.
[98] *Ibid.*, p. 609.
[99] *Ibid.*, p. 611.
[100] QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 548-549.
[101] O conceito da periculosidade é utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos temas: (a) fundamento da prisão preventiva (STJ, 5ª Turma, HC 550194/SP, Rel. Jorge Mussi, j. 05/03/2020); (b) justificativa para inserção de preso em estabelecimento prisional de segurança máxima (STJ, 3ª Seção, CC 168595/RJ, Rel. Laurita Vaz, j. 11/03/2020); (c) motivo para a fixação de regime inicial fechado, embora a lei permita o aberto ou semiaberto (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 547568/MG, Rel. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 10/03/2020); (d)

1.4. Monismo, duplo binário e o sistema vicariante

Dado o quase completo abandono das ideias puramente clássicas, entre o final do século XIX e início do século XX, justamente em razão da necessidade histórica de se adotarem medidas repressivas mais contundentes contra as chamadas classes perigosas, penalistas e criminólogos passaram a digladiar entre dois sistemas distintos: monista e dualista. Ambos pressupunham uma classificação de tipos de criminosos, pois a sanção (pena ou medida de segurança) deveria levar em consideração as características do autor, não do fato praticado.

O sistema monista afastava completamente a ideia do livre-arbítrio, substituindo-a pelo determinismo, pregando a imposição de uma única sanção a imputáveis e inimputáveis, que seria cumprida durante o tempo e na forma necessária para resguardar a defesa social, até que cessasse a periculosidade do indivíduo; o dualista, por sua vez, mantinha o sistema repressivo tradicional aos imputáveis não perigosos, acrescentando-lhe as medidas de segurança, aplicáveis não só aos inimputáveis, mas aos semi-imputáveis e imputáveis perigosos.

O positivismo biológico defendeu o sistema monista: não seria necessária a previsão de duas sanções distintas (penas e medidas de segurança), pois as finalidades de ambas seriam rigorosamente as mesmas e seriam aplicadas em conformidade com a personalidade do criminoso. Essa ideia, desenvolvida por Grispigni, foi aprovada no VII Congresso de Antropologia Criminal realizado em 1911 em Colônia, tendo como principais participantes Ferri e Franz von Liszt[102]. Estes dois conhecidos penalistas, no entanto, anos depois, aceitaram o dualismo como forma de conciliar os postulados do classicismo e do positivismo.

Souza observa que, no Brasil, não são muitos os adeptos dos princípios do positivismo criminológico e, em razão disso, a defesa do sistema monista não é tão difundida[103]. Foram

---

circunstância judicial desfavorável para a majoração da pena-base, embora o vetor periculosidade não esteja inserto no art. 59 do CP (STJ, 6ª Turma, ArRg no AREsp 1498052/SP, Rel. Nefi Cordeiro, j. 18/02/2020); (e) justificativa para o indeferimento de livramento condicional ou exigência de exame criminológico (STJ, 6ª Turma, HC 357789/SP, Rel. Antonio Saldanha Palheiro, j. 27/06/2017); (f) justificativa para o indeferimento de progressão de regime ou exigência de exame criminológico (STJ, 6ª Turma, AgRg no RHC 123196/AL, Rel. Nefi Cordeiro, j. 05/03/2020). A classificação de criminosos, embora sem amparo legal, também é adotada por aquele tribunal, em regra para incrementar a punição. Já se fez menção ao: (a) criminoso profissional (STJ, 5ª Turma, HC 94901/SP, Rel. Laurita Vaz, j. 08/04/2008); (b) criminoso por tendência (STJ, 6ª Turma, HC 162661, Rel. Sebastiao Reis Júnior, j. 03/02/2012 (decisão monocrática)); (c) criminoso habitual (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 557.486/MS, Rel. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 10/03/2020); (d) criminoso ocasional (STJ, 5ª Turma, HC 243852/SP, Rel. Jorge Mussi, j. 07/08/2012); (e) criminoso incorrigível (STJ, 6ª Turma, HC 516781, Rel. Nefi Cordeiro, j. 06/12/2019 (decisão monocrática).

[102] SOUZA, Moacyr Benedicto. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**, p. 71.

[103] *Ibid.*, p. 65.

poucas as legislações que o adotaram, destacando-se o código penal da Rússia da década de 1920[104].

Historicamente, a maioria dos autores que pregou o monismo das sanções penais visou não a estender as garantias constitucionais das penas às medidas de segurança, mas sim, com fundamento na ideologia da defesa social, permitir, em todos os casos, que a sanção fosse adaptada, em sua forma de cumprimento e duração, à personalidade do criminoso. Com isso se flexibilizava o princípio da proporcionalidade entre o crime praticado e a medida a ser imposta pelo Estado; no limite, possibilitava a imposição de sanções penais perpétuas, a despeito das constantes proibições constitucionais[105].

O monismo sempre sofreu críticas por abandonar completamente os fundamentos do direito penal clássico: livre-arbítrio, culpabilidade, proporcionalidade entre crime e sanção, impossibilidade de se tratarem da mesma forma os imputáveis e os inimputáveis. Outra crítica se situa em plano distinto: se o monismo fosse desenvolvido até suas últimas consequências, levaria à ausência de distinção entre a pena e outras sanções jurídicas, rompendo a divisão didática entre os ramos do direito, uma vez que todo o ordenamento jurídico – e não apenas o direito penal – possui normas que, em alguma medida, visam a resguardar a ordem pública e a defesa social[106].

Nelson Hungria, que pode ser identificado com a escola técnico-jurídica, era ferrenho opositor do positivismo criminológico e, por consequência, do sistema monista. Em clara defesa ao retribucionismo, sustentava Hungria que a "*compensatio mali cum malo* é ditada por uma lei da natureza e depara justificação em nossa própria consciência (...) a ideia da retorsão do mal pelo mal continua inscrita e viva na razão humana"[107]. É certo que a opinião de Hungria não era puramente retribucionista, pois ele também destacava a suposta eficácia preventiva da

---

[104] BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 99/100. ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad**, p. 90.

[105] Como se verá com mais detalhes adiante, esta tese defende a semelhança entre penas e medidas de segurança, mas com sentido absolutamente diverso das teorias criminológicas positivistas, somente para estender a estas as garantias daquelas. Reconhecendo essa tendência atual: REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 490; DOYLE. Daniel Alvarez. **La nueva peligrosidad criminal**, p. 10.

[106] PINHO, Demosthenes Madureira de. **Medidas de segurança (teoria geral)**, p. 55.

[107] HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal, v. 3**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 15. No mesmo sentido: BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal, parte geral, v. 2**. São Paulo: Saraiva, 1973, 612/613.

pena, acolhendo, assim, uma perspectiva eclética sobre suas finalidades, que ainda é encontrada em grande medida nos manuais de direito penal brasileiro[108].

A crítica de Hungria ao positivismo criminológico não o impedia de reconhecer seu mérito de afastar o penalista das abstrações da escola clássica, que obstavam uma luta eficiente contra a criminalidade, principalmente no que dizia respeito aos semi-imputáveis, os quais, embora mais perigosos do que os imputáveis, eram punidos de forma mais branda[109].

Fica claro que, independentemente da teoria da pena que se adote, quando se parte da ideologia da defesa social, na essência, as escolas penais e as teorias dualista e monista se aproximam sobremaneira, inclusive permitindo a acomodação forçada de institutos absolutamente contraditórios com suas ideias principais, como o das medidas de segurança para imputáveis, algo incompatível com o direito penal baseado na proporcionalidade entre fato e sanção[110].

Aníbal Bruno destacava como, na prática, o código penal de 1940 fora impregnado do positivismo criminológico, embora formalmente tenha adotado o sistema do duplo binário: "Daí para a imputabilidade diluir-se na periculosidade e a pena na medida de segurança não vai larga distância. O projeto do código brasileiro promove, assim, um passo avançado no sentido dessa legislação do futuro"[111]. O vaticínio do penalista não se concretizou: a imputabilidade não se diluiu na periculosidade e a pena permanece separada da medida de segurança, principalmente após a Reforma Penal de 1984, que mais afastou tais institutos do que os aproximou. No entanto, por outro lado, não há como concordar com Nilo Batista quando defende que "a afirmativa de que o CP de 1940 representou uma incorporação dos princípios da criminologia positivista constitui evidente exagero"[112].

Ainda que nominalmente a legislação tenha rejeitado o sistema unitário e a doutrina criticasse o positivismo criminológico, o principal efeito prático desta escola – permitir a segregação por tempo indeterminado de certas pessoas – foi obtido com o duplo binário.

---

[108] Salo de Carvalho destaca que "esta aparente incompatibilidade teórica é sanada pela utilidade política dos discursos polifuncionais" (CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 67).
[109] HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 21.
[110] Nina Rodrigues destacava essa contradição ao afirmar que os juristas "substituíram inconscientemente na aplicação prática da repressão criminal o livre-arbítrio pela defesa social, punindo, com manifesta contradição, em nome da liberdade de querer, a indivíduos certamente perigosos, mas completamente inimputáveis" (RODRIGUES, Raimundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil** (E-book). Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011, posição 1231-1233).
[111] BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 105.
[112] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et. al.* **Direito penal brasileiro, v. 1**, p. 464.

Hungria explicitava que esse sistema surgiu da necessidade de se teorizar e justificar a segregação perpétua de autores perigosos[113]. É a mesma justificativa utilizada hoje por Guilherme Nucci para pregar a sua repristinação[114].

O embuste de etiquetas não é somente sentido na prática pelo sujeito que sofre a medida de segurança; ele pode ser constatado da análise do próprio discurso do qual se originou esse instituto. Sua finalidade originária não era proteger pessoas com transtorno mental. Seu objetivo declarado, de forma muito explícita no princípio e com mais restrições com o passar do tempo, era a defesa social, com a segregação de pessoas tidas como perigosas. A cura desses indivíduos também sempre veio atrelada àquela finalidade, mas de forma secundária.

O sistema dualista resultou da conciliação entre as escolas clássica e positivista[115]. Para atingir o objetivo de inocuizar certos sujeitos, construiu-se a ficção das medidas de segurança: ao inimputável aplicava-se uma medida de segurança por tempo indeterminado com a possibilidade de segregação perpétua caso ele fosse incorrigível. Tratando-se de imputável considerado perigoso, aplicava-se uma pena proporcional ao fato e, após sua extinção, era imposta uma medida de segurança, por tempo indeterminado (possivelmente perpétua), cumprida muitas vezes no mesmo estabelecimento prisional. Mudava-se a etiqueta, mas a essência permanecia a mesma. E com a mera mudança do rótulo foram afastadas as garantias individuais em favor da defesa social.

No Brasil, o código penal do Império de 1830 e o primeiro código penal da República, de 1890, não previram o instituto da medida de segurança, limitando-se a declarar a inimputabilidade do portador de transtorno mental e, como consequência, excluindo-o do sistema penal[116], deixando-o à mercê do poder de polícia administrativa legitimado pela psiquiatria[117].

---

[113] HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal, v. 3**, p. 21.
[114] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 670.
[115] SOUZA, Moacyr Benedicto. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**, p. 35; NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**, p. 54-55.
[116] Sobre os códigos penais brasileiros do século XIX: PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e Processo Penal**, p. 32-34.
[117] Sobre a história brasileira do tratamento dado aos portadores de transtornos mentais: WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciários brasileiros**. Tese de doutorado. Porto Alegre: Instituto de Psicologia da UFRGS, 2015, p. 63-65; CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século**. Rio de Janeiro: UERJ, 1998; MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 61; CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**, p. 42.

Ao tratarem da história do ordenamento jurídico brasileiro, alguns autores enxergam nos códigos penais do século XIX espécies de medidas de segurança, uma vez que se previa aos inimputáveis o recolhimento em instituição apropriada. Marafanti, Pinheiro, Ribeiro e Cordeiro inclusive visualizavam distinções entre ambos os códigos: no de 1891, "ao contrário do Código do Império, a indicação da internação era baseada no risco representado pelo agente, visando garantir a ordem pública, e não na conveniência do juiz, fortalecendo-se cada vez mais o conceito de medida de segurança"[118]. Para Souza, mesmo sob a vigência dos códigos de 1830 e 1890, as providências administrativas previstas a inimputáveis, vadios, anarquistas, toxicômanos pouco se diferenciavam das medidas de segurança[119].

Essa ideia, porém, não deve ser acolhida. O direito penal simplesmente ignorava a questão dos inimputáveis, que eram lançados a outra disciplina emergente, a psiquiatria. Tanto é que os penalistas somente debatiam sobre os critérios que deveriam ser considerados para constatar a imputabilidade ou a inimputabilidade do sujeito. Quanto à medida a ser aplicada ao inimputável, caberia exclusivamente à disciplina médica.

Somente com o código penal brasileiro de 1940, influenciado pelo italiano de 1930, sob os aplausos da doutrina[120], foram previstas expressamente as medidas de segurança com o acolhimento do duplo binário[121].

Posteriormente, em 1984, também com a concordância da maioria dos penalistas, aboliu-se tal sistema, substituindo-o pelo vicariante, pois se constatou, na prática, a completa ausência de distinção entre penas e medidas de segurança aplicáveis aos imputáveis[122].

---

[118] MARAFANTI, Ísis; PINHEIRO, Maria Carolina Pedalino; RIBEIRO, Rafael Bernardon; CORDEIRO, Quirino. Aspectos históricos da medida de segurança e sua evolução no direito penal brasileiro. In: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. (organizadores). **Medida de segurança: uma questão de saúde e ética**. São Paulo. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013, p. 47-48.

[119] SOUZA, Moacyr Benedicto. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**, p. 27. No mesmo sentido: NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**, p. 242-243.

[120] CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**, p. 43.

[121] Art. 79. A medida de segurança é imposta na sentença de condenação ou de absolvição. Art. 82. Executam-se as medidas de segurança: I - depois de cumprida a pena privativa de liberdade; II - no caso de absolvição, ou de condenação a pena de multa, depois de passada em julgado a sentença. § 1° A execução da medida de segurança é suspensa, quando o indivíduo tem de cumprir pena privativa de liberdade. § 2° A execução da medida de segurança detentiva precede a da medida de segurança não detentiva.

[122] Para Mariana Weigert, o sistema do duplo binário já não teria sido recepcionado pela Constituição de 1946 (WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 92-93), embora esse entendimento não tenha tido qualquer ressonância antes de 1984. Na Espanha isso ocorreu em 1995. O Código Penal de 1995 derrogou a Lei de Periculosidade e Reabilitação Social. Ela já era interpretada por muitos como contrária à Constituição de 1978, tendo o Tribunal Constitucional, embora não declarado sua inconstitucionalidade, entendido que "não cumpria com as exigências mínimas do Estado de Direito, assentando as bases para sua derrogação explícito no ano de 1995": DOYLE, Daniel Alvarez. **La nueva peligrosidad criminal**, p. 21.

O próprio Nelson Hungria, que foi fervoroso defensor do sistema adotado pelo Código Penal de 1940, passou a criticá-lo e propor sua extinção[123]. Sobre o sistema do duplo binário, Fragoso afirmou: "Esse esquema, por seu artificialismo, não funcionou em parte alguma, estando hoje em completo descrédito. A falência do sistema se deve ao fato de nunca ter sido possível distinguir, na execução, a pena privativa de liberdade, da custódia de segurança"[124]. A imposição de pena e medida de segurança a uma mesma pessoa por um mesmo crime viola o princípio *ne bis in idem*, que proíbe a dupla punição pelo mesmo fato[125].

Parece evidente que essa distinção teórica entre o sistema monista e o do duplo binário não tem qualquer efeito prático. Digladiam-se as teses por décadas, mas a consequência jurídica é idêntica: o sujeito considerado perigoso pode permanecer segregado perpetuamente. Ambos os sistemas legitimam o positivismo biológico e aceitam uma hierarquização e classificação dos indivíduos, dividindo-os entre perigosos e não perigosos[126]. Ademais, nenhum deles se preocupa com o chamado poder administrativo de polícia, que pode resultar em longas privações de liberdade.

O avanço concreto significativo para a garantia dos direitos individuais surgiu somente com o sistema vicariante, pois proibiu, pelo menos às pessoas não portadoras de doença mental, a segregação perpétua sob o rótulo de medida de segurança.

Para avançar mais, no entanto, é necessário: (a) impedir que as medidas de segurança sejam mais graves que as penas e (b) diferenciar de forma clara as restrições de direitos que podem ser feitas pelo poder de polícia (direito administrativo) das que somente se justificam pelo direito penal.

---

[123] A um dos críticos à extinção do duplo binário, Basileu Garcia – que afirmou ser a antiga estrutura das medidas de segurança de incontestável utilidade na proteção coletiva –, respondeu Nelson Hungria: "Ora, que vale a suposta maior proteção de tal sistema, se ele não tem passado e não passará, no Brasil como alhures, de pura legislação de fachada? Durante os 22 anos de vigência do atual Código brasileiro, o capítulo sobre medidas de segurança não representou mais do que um poema futurista" (SOUZA, Moacyr Benedicto. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**, p. 107).

[124] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 388.

[125] REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 487-488; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 940.

[126] No capítulo 4 de sua obra, Souza faz um completo resgate histórico dos congressos jurídicos que discutiram o tema das medidas de segurança: SOUZA, Moacyr Benedicto. *Op. cit.*, p. 71-83.

1.5. Franz von Liszt e seu "positivismo crítico"

A análise do pensamento de Liszt é fundamental para a compreensão das medidas de segurança e suas contradições[127]. Como já observado, seu Programa de Marburgo dividia os delinquentes em três espécies: ocasionais, recuperáveis e irrecuperáveis. Para cada espécie de criminoso a sanção penal teria uma função distinta: intimidação, emenda ou inocuização[128]. De acordo com o professor alemão, a "Política Criminal exige, em geral, que a pena, como meio, seja adequada ao fim, isto é, seja determinada quanto ao gênero e à medida segundo a natureza do delinquente (...) para impedir que no futuro ele cometa novos crimes"[129].

O pensamento de Liszt deve ser bem analisado diante de sua importância e complexidade. O positivismo sociológico o teria influenciado, fundando o que ficou conhecida como "nova escola penal"[130]: "Na realidade, a dogmática penal converte-se em uma gama de compromissos de dogmas: normativos, naturais e sociais. Nisso reside sua força, mas também sua grande debilidade"[131].

Roxin, em texto originalmente publicado em 1969, ressalta que Liszt pode ser considerado determinista. A saúde mental, necessária para a imposição de pena, seria concebida como simples "possibilidade de determinação normal por motivos", ou seja: "Quem reage aos motivos de forma anormal, quer dizer, de modo diferente do homem médio normal, não é imputável"[132].

Todas as pessoas autoras de injustos penais, porém, ainda que inimputáveis, deveriam se submeter a sanções penais, que não teriam finalidades retributivas, mas preventivas: intimidação, emenda e inocuização. Essa concepção de Liszt sobre os fins da pena tornava problemática a distinção entre pena e medida de segurança, "porque se a pena não se propõe de modo primário a compensação retributiva da culpa e se, ao invés, prossegue exclusivamente

---

[127] Costuma-se destacar que o pensamento de Liszt fundamentou as medidas de segurança: BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 126-127.
[128] LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**, p. 144.
[129] LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 153.
[130] Hugo Valle denomina de "positivismo crítico" as escolas ecléticas que conciliaram a escola clássica com o positivismo criminológico. Quanto a Liszt, chama seu movimento de escola político-criminal alemã: VALLE, Hugo Ayal del. **De las medidas de seguridad**, p. 17.
[131] BERGALLI, Roberto; RAMÍRES, Juan Bustos. **O pensamento criminológico I**, p. 61.
[132] ROXIN, Claus. Franz Von Liszt e a concepção político-criminal do projecto alternativo. In: **Problemas fundamentais de direito penal**, 3ª ed. Editora Lisboa: Vega, 2004, p. 67/68.

metas preventivas, com auxílio de semelhante critério ela já não pode ser delimitada das medidas que servem para os mesmos fins”[133].

Dito de outro modo, não seria possível distinguir penas de medidas de segurança, pois ambas teriam as mesmas finalidades: qualquer sanção aplicada contra autores de injustos penais, imputáveis ou não, dependeriam, para a sua quantificação, do grau de periculosidade do seu destinatário, e não da sua culpabilidade.

É por isso que em um primeiro momento Liszt adotou a teoria unitária e não viu distinção entre penas e medidas de segurança: ambas almejavam os mesmos fins e dependiam do cometimento de um injusto penal. O penalista alemão ironizava os dualistas, mais preocupados com o rótulo do que com o conteúdo da sanção: “‘Na ‘punição’ do delinquente habitual não cabe extravasar a ‘proporção entre culpa e expiação’. Mas os nossos adversários nada têm a objetar a que, uma vez cumprida a pena, se imponham ‘medidas de segurança’ perpétuas ou desmesuradamente grandes’”[134].

Roxin menciona as famosas frases de Liszt no sentido de que, “por paradoxal que possa parecer, o Código Penal é a Magna Carta do delinquente” e que o “direito penal é a barreira intransponível da política criminal”[135]. Mas como seria possível que Liszt, conhecido por tais aforismas, defendesse a aplicação de pena orientada para fins político-criminais? Roxin explica essa aparente contradição: “(...) uma vez constatada a punibilidade através do ‘método jurídico’, a sanção deveria medir-se exclusivamente pelas necessidades sociais (...). O direito penal é o dono e senhor absoluto do ‘se’, e a política criminal, a soberana exclusiva do ‘como’ da pena”[136].

Na construção proposta por Liszt, portanto, era fundamental o fato criminoso e, em relação à sua apuração, deveriam ser respeitadas todas as garantias clássicas do direito penal. Nenhuma sanção poderia ser aplicada a quem, por exemplo, a despeito de sua periculosidade, não houvesse praticado um delito. O direito penal era a barreira intransponível da política criminal: medidas de segurança pré-delituais, dentro dessa lógica, não deveriam ser permitidas.

No entanto, constatada a prática de um crime, a imposição e a execução da sanção deveriam guardar proporcionalidade com a personalidade do criminoso, não com o delito praticado. Nada obstaria, antes se recomendava, a aplicação de penas perpétuas aos

---

[133] *Apud* ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal,** p. 74.
[134] *Ibid.*, p. 80.
[135] *Ibid.*, p. 76.
[136] *Ibid.*, p. 78-79.

incorrigíveis, por razões de política criminal, ainda que o crime não fosse de gravidade elevada. O direito penal, nesse momento, não poderia ser oposto como barreira à política criminal. O penalista alemão se destacou, assim, por sua defesa às sentenças indeterminadas[137].

O posicionamento de Liszt não se manteve estável ao longo do tempo. Em congresso de 1911, sua opinião coincidiu com a do positivismo criminológico de Ferri, e defendeu fervorosamente o pensamento monista[138]. Posteriormente, em 1926, rendeu-se ao dualismo e aceitou algumas distinções entre as penas e medidas de segurança[139].

É provável que a sua defesa do sistema dualista fosse meramente pragmática e estratégica a fim de legitimar o ingresso das medidas de segurança nas legislações penais[140]. Ainda havia grande resistência dos penalistas a concordarem com a completa substituição das penas por medidas de segurança, uma vez que se trataria de um abandono total dos postulados clássicos. No entanto, de maneira geral, aceitava-se a existência das medidas de segurança ao lado das penas. Assim, Liszt abriria mão de sua coerência teórica para alcançar um resultado prático idêntico ao que almejava: a sanção penal aplicada em conformidade aos seus fins.

Reiteramos que, da nossa perspectiva, não existe qualquer distinção prática entre os sistemas monista e dualista (do duplo binário), uma vez que ambos permitem, posto que com distintos rótulos, a aplicação de sanção penal indeterminada e vinculada à periculosidade do indivíduo que a sofre. Cremos que a análise do pensamento de Liszt, que transitou entre ambos os sistemas, deixa isso claro.

---

[137] ASUA, Luis Jimenez de. **La sentencia indeterminada**, p. 69.

[138] O VII Congresso de Antropologia Criminal realizado em 1911 em Colônia, com destaque a Ferri e Von Liszt, aprovou-se a ideia de sanção criminal unificada defendida por Grispigni: SOUZA, Moacyr Benedicto. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**, p. 71.

[139] O I Congresso Internacional de Direito Penal, reunido em 1926 em Bruxelas (após o Projeto Ferri, na Itália, não ter sido aprovado), por sua vez, teria firmado posição conciliatória: SOUZA, Moacyr Benedicto. *Op. cit.*, p. 74-75.

[140] BRUNO, Aníbal**. Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 126-127. Igualmente defensor de uma postura conciliatória, no Congresso de 1926, Ferri "renunciou à luta e passou à posição de uma política criminal conciliadora" (*ibid*., p. 196)

2. DISTINÇÕES E SEMELHANÇAS ENTRE PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA E A TEORIA DA DUPLA GARANTIA

2.1.Distinções entre penas e medidas de segurança

O penalista historicamente mais influente do Brasil, Nelson Hungria, inicialmente era entusiasta das medidas de segurança. Afirmava que a inclusão destas ao lado das penas ajustava o código penal de 1940 à política criminal então em vigor na maioria dos países. De acordo com suas lições doutrinárias, eram nítidas as distinções entre ambas as espécies de sanção penal[141].

Com inspiração na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, Hungria listava sete distinções entre pena e medida de segurança: (a) seus destinatários são diversos; (b) o fundamento da pena é ético, baseado na justiça, ao passo que o da medida de segurança é meramente utilitário; (c) a pena é sanção e decorre de um crime já praticado; a medida de segurança não é sanção e se impõe por um fato provável futuro; (d) a pena é fundamentalmente retributiva; a medida de segurança, preventiva; (e) a pena deve guardar proporcionalidade ao crime cometido; a medida de segurança, ao estado de periculosidade; (f) a pena é aflitiva; a medida de segurança, não; (g) a prevenção buscada pela pena é geral e especial; a buscada pela medida de segurança, somente especial[142].

No mesmo sentido, Battaglini, penalista da escola técnico-jurídica italiana, elencava cinco distinções entre penas e medidas de segurança: (a) a pena é um instituto ético-jurídico; a medida de segurança, de defesa social; (b) a pena é fundamentalmente repressiva; a medida de segurança, medida de tutela preventiva; (c) a pena se vincula com o fato criminoso; a medida de segurança, com a periculosidade; (d) a pena é proporcional aos danos e perigos derivados do delito; a medida de segurança, às causas de possíveis futuros delitos; (e) ao contrário da pena, a medida de segurança, em regra, não é sanção jurídica, pois não tem como função reforçar um preceito legal[143].

---

[141] Embora ele tenha reconhecido, na década de 1960, que, na prática, as penas e medidas de segurança aplicadas aos imputáveis não se distinguiam realmente, o que o levou a defender a extinção do duplo binário: SOUZA, Moacyr Benedicto. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**, p. 107.
[142]HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal, v. 3**, p. 9-11.
[143] BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal**, p. 731-732.

Essas distinções apontadas pelos renomados penalistas resumem bem a forma como a doutrina historicamente tratou da questão. Impõe-se, porém, sua análise crítica, aprofundada e atualizada.

Praticamente todos os penalistas mencionam distinções entre penas e medidas de segurança, mas nos parece ser Garcia Iturbe o autor que as estudou com maior extensão e profundidade. Ele observa que os autores clássicos, na defesa do sistema do duplo binário, destacam as distinções entre ambos os institutos, enquanto os positivistas, adeptos de um conceito unitário de sanção penal, realçam suas semelhanças. Para o professor venezuelano, porém, o fundamental é "ver se é possível a unificação, apesar das diferenças, ou o dualismo, apesar das semelhanças"[144]. São listadas por ele doze diferenças (dentre elas estão as apontadas por Hungria e Battaglini), que serão analisadas com detalhes a seguir.

2.1.1. Retribuição x prevenção

A pena perseguiria a retribuição; a medida de segurança, a prevenção. Iturbe critica essa distinção, pois o sujeito que sofre a medida de segurança a sente como retribuição contra o seu comportamento. Por outro lado, a pena teria também função preventiva[145].

Essa distinção é muito semelhante com a que o autor apresenta no item seguinte e, embora ainda hoje renomados penalistas continuem fundamentando a distinção entre penas e medidas de segurança em suas finalidades[146], desde uma teoria agnóstica – que reconhece a impossibilidade de serem conhecidas as reais funções das sanções penais –, trata-se de critério bastante frágil.

Com efeito, de acordo com a teoria agnóstica, formulada por Eugenio Raúl Zaffaroni, as finalidades declaradas da pena que compõem o arsenal teórico de todos os penalistas – retribuição, prevenção geral e prevenção especial – são falsas ou, ao menos, não generalizáveis, ou seja, mesmo que verdadeiras em uma ou outra situação concreta não são aptas a fundamentar todo o sistema penal. Por outro lado, a busca da criminologia crítica em descobrir suas funções reais não foi exitosa. Assim, não é possível apontar, com precisão, para que exatamente se impõe pena. A construção da dogmática, portanto, deve renunciar a essa busca: os institutos

---

[144] ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad**, p. 40.
[145] Com contundente crítica ao caráter metafísico da ideia de retribuição da pena: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fins da pena no código penal brasileiro**. Boletim do IBCCRIM, ano 14, n° 167. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 18.
[146] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 941; BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal, parte geral**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 430.

jurídicos não devem ser construídos a partir de um alicerce tão frágil como o da finalidade da pena[147].

2.1.2. Repressão x terapêutica

As penas seriam repressivas, enquanto as medidas de segurança seriam terapêuticas. As críticas formuladas no item anterior têm plena aplicabilidade aqui, pois mesmo que a finalidade declarada da medida de segurança seja terapêutica, há um evidente atributo repressivo e neutralizador em sua imposição[148].

É possível formular a crítica por outro viés: tanto uma como outra sanção trariam aspectos terapêuticos a quem as sofre. No entanto, discordamos desse entendimento. A pena não deve ostentar qualquer aspecto terapêutico. Basta que se assegurem aos sentenciados imputáveis os seus direitos fundamentais que não são excluídos com a imposição da pena privativa de liberdade.

Pelo contrário, a medida de segurança deve sim, respeitados os direitos constitucionais do sentenciado inimputável – dentre os quais está o de não se submeter a tratamento médico compulsório enquanto estiver internado –, buscar a sua reabilitação psicossocial, o que não impede que se reconheça o aspecto retributivo e aflitivo dela, aproximando-a sobremaneira da pena.

Com efeito, a Lei 10.216/01 prevê em seu art. 4º, §1º de forma expressa que qualquer internação compulsória "visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio".

Ainda que o fundamento real da medida de segurança não seja esse, sua finalidade declarada deve ser buscada por todos os profissionais que tenham contato com a pessoa submetida às medidas de segurança. É claro que os fins não justificam os meios. Assim, não é possível promover tratamentos medicamentosos e terapêuticos compulsórios[149] sob o pretexto de buscar a reinserção social do paciente. Sua autonomia, na medida em que conseguir ser

---

[147] "(...) a proposição agnóstica reconhece que (a) as funções declaradas não são efetivamente cumpridas, que (b) a pena se concretiza como ato de violência contra os direitos fundamentais e que (c) a experiência concreta da punição produz distintos significados nas pessoas (...). Esta explícita posição ideológica e político-criminal permite que nas falhas (lacunas) e nas contradições do sistema normativo as únicas coerências buscadas sejam as da minimização do sofrimento humano e as da limitação do poder punitivo" (CARVALHO, Salo. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 155).

[148] "Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico continuam a representar uma espécie de divisa, que tem por finalidade única a simples retirada dos indesejáveis do convívio social, o que não pode ser admitido" (PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e Processo Penal**, p. 85-86).

[149] Com exceção do tratamento ambulatorial, conforme oportunamente se analisará.

exercida e consideradas as suas limitações cognitivas, deverá ser respeitada. Sobre a construção do discurso a respeito das finalidades da medida de segurança, Alamiro Velludo Salvador Netto destaca que uma noção mais próxima da segurança tende a adotar uma lógica segregacionista; ao contrário, ao se dar prevalência à reinserção social, prioriza-se a atual política antimanicomial da lei 10.216/01[150].

Parece importante distinguir os fundamentos reais das medidas de segurança de suas finalidades declaradas, com base em lições extraídas da criminologia crítica que já trabalha há muito tempo com a distinção entre funções reais e declaradas da pena.

O fundamento real da medida de segurança é aquele que está no âmago de sua existência: não no âmbito do discurso, mas da política. Por que, mesmo depois da revolução farmacológica das décadas de 1950 e 1960, continuam sendo encarcerados indivíduos portadores de transtornos mentais que cometeram injustos penais não culpáveis? Se, no momento dos fatos, não estavam em condições de discernir entre o certo e o errado ou de se determinar de acordo com essa compreensão, por que segregá-los? Se a psiquiatria dispõe de tratamentos terapêuticos menos invasivos, por que segregá-los? A resposta real a essas perguntas, que poucas vezes é dada, tem traços de irracionalidade: o ser humano sempre busca culpados para as tragédias que acometem a civilização. E, nesse caso, ainda que não haja culpado propriamente dito, há um bode expiatório bem identificável que pode ser utilizado para o exercício do sadismo punitivo.

Segrega-se, portanto, seja por meio de pena ou de medida de segurança, para se exercer a vingança. Segrega-se também pelo medo do desconhecido[151]. Zaffaroni destaca que "sem uma base de medo correspondente a um preconceito, é impossível construir um inimigo"[152]. Enfim, os fundamentos reais das medidas de segurança podem até ser buscados em livros, discursos e decisões, mas dificilmente serão encontrados.

As finalidades declaradas da sanção penal, por sua vez, são as racionalizações elaboradas pela doutrina de forma mais ou menos rebuscada a fim de justificá-la: "As teorias de fundamentação das penas operam, portanto, como discursos de racionalização do poder

---

[150] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. In: REALE Jr. Miguel (coordenador). **Código penal comentado**, p. 263.

[151] Uma das hipóteses de Jéssica Almeida em relação à ânsia social por segregar o louco é buscada em Adorno e Horkheimer: "(...) o medo diante do desconhecido gera uma tendência de dominação" (ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança: modelos e práticas envolvendo pessoas com transtorno mental implicadas com a Justiça Criminal**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2019, p. 55).

[152] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34.

soberano". Seu problema é que naturalizam as consequências negativas da pena[153]. No âmbito da medida de segurança, também se procede dessa forma. Há bastante tempo a doutrina tem se envergonhado de admitir que a internação tem por finalidade somente a segregação e inocuização do portador de doença mental. Então se fala em finalidade terapêutica: assim como se prende o culpado e se interna o adolescente para o seu bem, faz-se o mesmo com o portador de transtorno mental, encerrando-o em um manicômio para que seja tratado e curado.

Essas finalidades positivas dadas às penas, às medidas socioeducativas e às medidas de segurança – a rigor, estas duas últimas medidas também são ontologicamente penas –, embora desmentidas no plano concreto, podem ser utilizadas de alguma forma como meio de resistência ao poder punitivo. Conforme bem ressaltado por Alamiro Velludo no trecho acima citado, ao se dar relevo à perspectiva de reinserção social ou reabilitação psicossocial do internado, deve-se exigir o efetivo cumprimento da lei 10.216/01, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, dentre outras normas protetivas[154].

2.1.3. Passado x futuro

A pena se aplicaria por um crime certo e já ocorrido; a medida de segurança, por um fato antissocial futuro e provável. A hipótese também não tem autonomia, ligando-se ao critério distintivo anterior (prevenção *versus* repressão).

De qualquer forma, a medida de segurança também leva em consideração "um fato concreto – delituoso ou de grande antissocialidade – no qual a conduta se haja concretizado e assumido relevância jurídico-penal"[155]. Em outras palavras: tanto a pena quanto a medida de segurança somente podem ser impostas com fundamento em um fato ocorrido no passado (injusto penal), ainda que esta última tenha que buscar, para o futuro, a reabilitação psicossocial do inimputável, respeitados seus direitos fundamentais.

2.1.4. Proporcionalidade com o fato x proporcionalidade com a personalidade

A pena deveria ser proporcional ao fato praticado; o prazo da medida de segurança, por sua vez, guardaria relação somente com a periculosidade do sujeito. Para Iturbe, essa distinção

---

[153] CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 40-41. Patrick Cacicedo explica: "Ao representar a pena exclusivamente de maneira positiva, como um bem, a doutrina penal tradicional acaba por ocultar o modo real de exercício do poder punitivo, com seu poder de vigilância e, sobretudo, com os deletérios efeitos da pena sobre o indivíduo" (CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2019, p. 212).
[154] QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 551.
[155] ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad**, p. 43.

é bastante sólida, embora teça a ela duas críticas: em primeiro lugar, nada obsta que o prazo mínimo de duração da medida de segurança seja proporcional à gravidade do injusto penal; em segundo lugar, é possível considerar, na imposição da pena, a periculosidade do imputável[156].

As críticas apresentadas pelo autor, como se vê, são insuficientes. A principal, a nosso ver, é que a distinção exposta não diferencia a estrutura da pena da estrutura das medidas de segurança. Não é uma diferença de essência, de causa, mas de efeito. É justamente porque se entende que tais sanções se diferenciam que a legislação permite que umas guardem relação com o fato (e sejam aplicadas por prazo determinado) enquanto outras guardem relação somente com a periculosidade (podendo, portanto, ostentar prazo indeterminado).

Trata-se de uma inaceitável tautologia: defende-se que a medida de segurança seja aplicada por prazo indeterminado por ser ela distinta da pena. E ela é distinta da pena justamente por ter prazo indeterminado. Outrossim, modernamente se tem entendido que a medida de segurança deve também guardar proporcionalidade com o fato praticado[157].

2.1.5. Culpabilidade x periculosidade

De acordo com a doutrina, a periculosidade "é a probabilidade, e não a mera possibilidade, de que venha alguém reincidir no crime"[158]. Este ponto é fundamental: ainda que se aceite tal conceito, não basta, para justificá-lo, a simples menção à possibilidade de alguém praticar um crime. Aliás, a mera possibilidade – que alguns denominam de capacidade delitiva – todos possuímos[159].

Enquanto o pressuposto da pena seria a culpabilidade, o da medida de segurança seria a periculosidade. Quanto a essa distinção, afirma Iturbe que ela "é muito efetiva", não lhe tecendo qualquer crítica[160].

Não há dúvida de que a culpabilidade realmente é um pressuposto da pena propriamente dita. Por outro lado, a periculosidade não pode mais ser entendida como um pressuposto da medida de segurança. É certo que a doutrina assim a elenca[161], mas rigorosamente não há

---

[156] ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad**, p. 44.
[157] PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e Processo Penal**, p. 81.
[158] NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**, p. 122. No mesmo sentido: BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal**, p. 734.
[159] HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal, v. 3**, p. 25; BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 42.
[160] ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad**, p. 45.
[161] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 670; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 942.

qualquer exigência legal, para a imposição da medida de segurança, de que haja risco concreto de reiteração delitiva (tal requisito se encontra somente na medida cautelar de internação provisória). O pressuposto da medida de segurança é, além da prática do injusto penal, o transtorno mental que necessita de tratamento a fim de possibilitar a reabilitação psicossocial do sentenciado, não a periculosidade[162].

Salo de Carvalho defende que com o advento da lei 10.216/01 não subsiste mais o conceito de periculosidade, uma vez que o portador de sofrimento psíquico passou a ser encarado como sujeito com capacidade, autonomia e responsabilidade, inclusive para intervir nos rumos de seu processo terapêutico[163].

É correta a assertiva de que a periculosidade é eminentemente cultural: já foram considerados perigosos judeus, bruxas, comunistas, anarquistas, operários, loucos, mendigos, homossexuais[164]. Caetano ressalta a flexibilidade e a fragilidade do conceito ao destacar que, para o positivismo criminológico, o denominado louco não era necessariamente perigoso. Perigoso era o criminoso, louco ou não. Essa lógica foi mantida pela escola técnico-jurídica, pois, no sistema do duplo binário, o conceito de periculosidade se aplicava também aos imputáveis. Somente em 1984, no Brasil, a periculosidade foi restringida ao portador de transtorno mental[165].

Inexiste análise estatística que demonstre maior probabilidade de portadores de transtornos mentais cometerem delitos[166]. No entanto, casos excepcionais de condutas graves cometidas por eles acabam se destacando nos meios de comunicação e são utilizados para justificar a necessidade de sua segregação absoluta e por tempo indeterminado. Servem, ainda,

---

[162] REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 494.
[163] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 524.
[164] Em discurso de Rodrigues Caldas, do início do século XX, na inauguração da Colônia de Jacarepaguá no Rio de Janeiro, o orador considera como "inimigos da ordem" e "problemas atuais de higiene e defesa social", o bêbado, o oligofrênico, o desviante, o comunista (MATTOS, Virgílio de. *Op. cit.*, p. 75).
[165] CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**, p. 67.
[166] Landry. Michel. **O psiquiatra no tribunal: o processo da perícia psiquiátrica em justiça penal**. Tradução de Jurema Franco Camargo. São Paulo: Pioneira (Editora da Universidade de São Paulo), 1981, p. 73: "(...) estudos estatísticos demonstraram há muito tempo que a nocividade social dos doentes mentais não era de modo algum superior, pelo contrário, à de uma população equivalente que se presuma mentalmente normal". No mesmo sentido: "Assim, não é possível considerar por definição os doentes mentais um grupo de maior risco que a população geral, uma vez que há muitas evidências atuais contrárias a essa teoria" (DÓRIA, Paula Carolina Campozan; SEGRE, Jacqueline; CASTELLANA, Gustavo Bonini. Perícias em direito criminal, 2ª ed (E-book). In: BARROS, Daniel Martins; CASTELLANA, Gustavo Bonini (org.). **Psiquiatria forense: interfaces jurídicas, éticas e clínicas**. Porto Alegre: Artmed, 2020, posição 2669).

como instrumento de crítica – quando não execração pública – das políticas antimanicomiais e de seus defensores[167].

A aplicação da internação como resposta quase automática a um fato típico e ilícito praticado por um inimputável tem origem em um preconceito, com forte teor racista, que identifica o portador de transtorno mental como perigoso[168].

O psiquiatra Cláudio Cohen, professor da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, faz interessantes considerações sobre a presunção de periculosidade do portador de transtornos mentais. Sua principal crítica refere-se ao preconceito da legislação sobre o tema. Assevera que "o conceito de doença mental se tornou tão complexo que existem pelo menos dois códigos especiais para tentar qualifica-las: o DSM-IV-TR e o CID-10 e ambos não relacionam a doença mental com a periculosidade"[169]. O preconceito pode ser visualizado em algumas obras de psiquiatria forense, que, em contrariedade à ciência médica, ainda alardeiam o estereótipo do "louco perigoso"[170].

Cláudio Cohen acredita que essa ideia remonta a "um período de obscurantismo da nossa sociedade, quando ela segregava todas as pessoas que fossem consideradas diferentes da média politicamente correta, portanto teriam condutas incontroláveis, o que as tornariam perigosas"[171]. Ele nega que os psiquiatras tenham competência para avaliar a periculosidade humana e destaca a relação da periculosidade com a moral, pois aquela "é definida a partir de certos valores morais que podem variar culturalmente"[172].

Zaffaroni, Alagia e Slokar também veem como superada no âmbito da psiquiatria a ideia de que o portador de transtornos mentais teria maior probabilidade de cometer injustos penais do que uma pessoa mentalmente saudável. Sua explicação para a manutenção dessa ideia no âmbito do direito penal é bastante original: "A razão é que o preconceito não desapareceu da

---

[167] WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 168. Em laudo do conhecido perito forense Guido Arturo Palomba, ele criticou colegas que emitiram parecer pela cessação de periculosidade em relação ao "monstro do Trianon" (sic), imputando-lhes responsabilidade pelos crimes cometidos pelo examinado após sua liberação e os chamando de incompetentes, assassinos culposos e ignorantes. Destaca-se a utilização de forte julgamento moral no laudo de Palomba, ao relacionar seu suposto transtorno de personalidade antissocial com o fato de ele ser homossexual, o que configuraria, a seu ver, uma anormalidade sexual (PALOMBA, Guido Arturo. **Insania furens: casos verídicos de loucura e crime**. Saraiva: São Paulo, 2017, p. 37-46).
[168] ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 925.
[169] COHEN, Cláudio. Bases históricas da relação entre transtorno mental e crime. In: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. (organizadores). **Medida de segurança: uma questão de saúde e ética**, p. 31-33.
[170] PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria forense (E-book)**. São Paulo: Saraiva, 2016, posição 2374.
[171] COHEN, Cláudio. Bases históricas da relação entre transtorno mental e crime. In: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. (organizadores). **Medida de segurança: uma questão de saúde e ética**, p. 40.
[172] *Ibid*., p. 39.

opinião pública e, portanto, o poder punitivo – permanentemente comprometido com a generalização de ilusões de segurança – é posto em crise pela absolvição de um incapaz psíquico”[173].

Eis o grande obstáculo enfrentado por magistrados naqueles casos de maior repercussão, principalmente se estiver encartado no processo laudo pericial com prognóstico de periculosidade de determinado sujeito. Como poderia o juiz afirmar que ele não é perigoso – ou, então, que tal conclusão é impossível de se obter – se o perito forense, com seus conhecimentos “técnicos”, atestou o contrário?

Como se analisará oportunamente, não cabe ao perito avaliar a periculosidade de alguém. Cabe-lhes somente informar o diagnóstico médico, suas características e sintomas, data provável em que o transtorno foi desenvolvido, prognóstico clínico e tratamento médico indicado.

Mariana Weigert explica que, na Itália, a sentença n. 139 de 1982 da Corte Constitucional afastou a ideia de periculosidade como atributo natural de uma pessoa portadora de transtorno mental[174].

No Brasil, algumas importantes políticas públicas foram criadas para que a lei 10.216/01 pudesse se aplicar de forma efetiva às pessoas portadoras de transtornos mentais que tivessem praticado um injusto penal, substituindo-se a lógica segregacionista por uma coerente com as diretrizes antimanicomiais, priorizando-se o tratamento em meio aberto[175]. Dentre esses programas, os mais conhecidos são o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ) e o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI), sem prejuízo de outros[176].

---

[173] ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**, p. 926.
[174] WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 151.
[175] Jéssica Almeida analisa de forma crítica ambos os programas, uma vez que “continuam vinculados ao imperativo do tratamento no contexto desta sanção penal” (ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança**, p. 70). Um dos protagonistas e fundadores do PAILI, porém, Haroldo Caetano destaca que o PAILI é um programa de transição na busca da extinção da lógica manicomial (CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**, p. 128-144).
[176] Caetano destaca o surgimento recente de outros dois programas de desinstitucionalização, ao lado do PAILI e do PAI-PJ: “Programa de Cuidado Integral do Paciente Psiquiátrico (PCIPP), instituído em 2016 no Piauí, e do Programa Des’Medida, fruto de parceria entre a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e o Poder Judiciário daquele Estado” (CAETANO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 109-111).

Esses programas não serão analisados nesta tese, mas devem ser conhecidos por todos que se preocupam com as pessoas portadoras de transtornos mentais em conflito com a lei[177]. Sua menção neste momento se justifica porque alguns estudos realizados sobre eles contrariam a ideia que se formou historicamente a respeito da periculosidade dos portadores de sofrimento psíquico.

De acordo com parecer elaborado pelo Ministério Público Federal, em 2011, o índice de reiteração em injusto penal no PAI-PJ era de aproximadamente 2% em crimes de menor gravidade e contra o patrimônio. Até aquele momento, inexistia registro de reiteração em crimes hediondos[178]. No caso do PAILI, por sua vez, o índice geral de reiteração era de aproximadamente 7%[179]. A conclusão, portanto, é que os portadores de doenças mentais não são mais propensos a cometer injustos penais do que outras pessoas. Tratados de forma adequada, internando-os somente nas hipóteses em que os meios extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, fortalece-se a própria segurança pública, pois se reduz a taxa de reiteração criminosa.

Também contrário à distinção entre penas e medidas de segurança com fundamento no binômio culpabilidade *versus* periculosidade, defende Paulo Queiroz que, para limitar o poder punitivo, a culpabilidade também deve incidir aos inimputáveis, permitindo-se, assim, que excludentes de culpabilidade diversas da inimputabilidade, como o erro de proibição e a inexigibilidade de conduta diversa, possam lhe ser aplicadas, evitando-se, desta forma, violação ao princípio da isonomia[180].

2.1.6. Justiça x utilidade

---

[177] WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 160-170; SILVA, Martinho Braga Batista e. **O desafio colocado pelas pessoas em medida de segurança no âmbito do Sistema Único de Saúde: a experiência do PAILI-GO**. In: Physys. Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 20, 2010; CAETANO, Haroldo. *Op. cit.*; ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. *Op. cit.*

[178] Sobre o PAI-PJ, de Minas Gerais, Virgílio de Mattos, em tese escrita em 2004 e publicada em 2006 (antes do advento do PAILI), afirma que, "afastando a hipótese de internação, o programa, nos últimos cinco anos, já trabalhou mais de mil casos e apresenta invejável índice de reincidência zero" (MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 37). Jéssica Almeida destaca que os dados referentes ao programa se encontram desatualizados. Mas de acordo com o site oficial e com a pesquisa de Barros-Brisset, de 2010, a taxa de reiteração criminal foi de 2% em "atos infracionais de menor gravidade e de natureza patrimonial". Nos primeiros 10 anos de trabalho, não houve reiteração em crime hediondo. (ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. *Op. cit.*, p. 74).

[179] WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Op. cit.*, p. 167; CAETANO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 182-184. Apontando taxa de reiteração de 5%: ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. *Op. cit.*, p. 77.

[180] QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 555. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Na Colômbia, a Lei Penal 599 de 2000 reconheceu a natureza punitiva das medidas de segurança. Assim permitiu a aplicação não só das excludentes de tipicidade e ilicitude, mas também de culpabilidade: JÁCOME, Rodolfo Mantilla. **La imputabilidad y la inimputabilidad penal**, 2ª ed. Bogotá: Leyer, 2008, p. 159.

Enquanto a pena se fundamentaria em um princípio de justiça, a medida de segurança se basearia no princípio utilitário-preventivo. Para Iturbe, esse critério é insustentável, pois, não sendo a pena expressão da vingança, ela só poderia ser aplicada se fosse igualmente útil. Da mesma forma, sem fundamentar a assertiva, entende que "as medidas de segurança se aplicam não só pensando na utilidade, senão também em certa ideia de justiça"[181]. Essa diferenciação não tem autonomia: é mera repetição dos itens 1 e 2, mas com outras palavras.

2.1.7. Duração determinada x duração indeterminada

Penas seriam impostas por prazo determinado; medidas de segurança, por prazo indeterminado. Essa distinção guarda relação com a do item 4. As críticas lá expostas são também aplicáveis aqui.

Para Iturbe, essa diferença não é fundamental, pois há países em que as medidas de segurança têm prazo determinado, ao passo que vários institutos (como a liberdade condicional e o perdão judicial) retiraram da pena seu caráter completamente fixo.

Efetivamente não há como concordar com essa distinção. No Brasil, o entendimento jurisprudencial dominante é o de que as medidas de segurança não podem ultrapassar a pena máxima cominada ao delito. Há entendimentos minoritários – mais respeitadores do princípio da isonomia – que propugnam, inclusive, de forma correta, pela fixação de um prazo máximo determinado a elas que não corresponda à pena máxima cominada ao delito, mas à pena mínima ou à que seria aplicável ao imputável ou semi-imputável por injusto penal semelhante.

2.1.8. Injusto penal x ato antissocial

Enquanto a pena pressuporia a prática de um crime, a medida de segurança poderia decorrer da prática de "certos atos antissociais que apresentam algumas características próprias do delito, razão pela qual se lhes denomina ou qualifica de delitos imperfeitos"[182].

A crítica de Iturbe é que em alguns países aplica-se pena aos quase-delitos. Por outro lado, há legislações que exigem como pressuposto da medida de segurança a prática de um crime.

---

[181] ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad**, p. 46.
[182] ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad**, p. 46-47.

Essa distinção estaria no âmbito da discussão sobre as medidas de segurança pré-delituais, intensamente defendidas pelos positivistas criminológicos mais ferrenhos[183]: se o injusto penal é mera manifestação da periculosidade do sujeito, que receberá medida de segurança com fundamento nela, não no fato praticado, qual seria a razão para não aplicá-la também naquelas situações que, embora não criminosas, fossem antissociais e demonstrassem de forma segura a presença da periculosidade? A ideia das medidas de segurança pré-delituais foi acolhida, entre outros, por Jiménez de Asúa, que auxiliou a elaboração da lei de vadios e meliantes na Espanha[184].

A medida de segurança pré-delitual viola de forma incontornável a segurança jurídica, afastando dos mais vulneráveis – os portadores de transtornos mentais – a mais cara e tradicional garantia do direito penal, que é a regra da legalidade. Além disso, atenta contra a dignidade humana, sustenta um direito penal do autor, propicia as mais variadas formas de discriminação e amplifica a margem de seletividade do poder punitivo[185]. Já no início do século passado a doutrina possuía reservas em relação à possibilidade de se aplicar medida de segurança antes da prática de um injusto penal[186].

Hugo Valle, defensor das medidas de segurança pré-delituais, reconhecia que os autores clássicos tinham razões para temer o arbítrio judicial que vigorava antes da revolução francesa. No entanto, em seu entendimento, um problema muito mais grave teria permanecido: deixar em liberdade, "com imenso perigo para a sociedade, essa grande quantidade de sujeitos que, se bem não tenham cometido atualmente delito, cometê-lo-ão necessariamente, dadas suas inclinações, suas condições psíquicas, suas taras hereditárias e seus antecedentes imorais"[187]. Asseverava que não haveria risco de arbitrariedade, pois "é um verdadeiro estudo de todas as circunstâncias, características, fatos etc., que o juiz fará até declarar a periculosidade de um indivíduo e tudo isso em benefício exclusivo da sociedade e, por fim, do mesmo sujeito".

---

[183] "E se a periculosidade e não o delito é o que deve ser tomado em consideração em direito criminal, há que admitir-se a periculosidade anterior ao delito, a periculosidade sem delito e sobre ela fazer incidir a ação preventiva da sociedade. É essa uma consequência lógica do conceito. Realiza-se, desta arte, uma das intervenções mais eficazes para a profilaxia do delito" (BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 23).
[184] JÁCOME, Rodolfo Mantilla. **La imputabilidad y la inimputabilidad penal**, p. 193. No mesmo sentido: DOYLE, Daniel Alvarez. **La nueva peligrosidad criminal**, p. 20-21. Este autor aponta como "uma das etapas mais nefastas na matéria" a Lei de Vadios e Meliantes (1933) substituída pela Lei de Periculosidade e Reabilitação Social (1970), esta última sancionada na ditadura franquista. Ambas as leis trouxeram elementos puros do positivismo criminológico, próprios de sistemas autoritários.
[185] JÁCOME, Rodolfo Mantilla. *Op. cit.*, p. 193.
[186] Conforme informado por Aníbal Bruno, no congresso francês de 1910 da União Internacional de Direito Penal, destacavam-se vozes extremamente preocupadas com a liberdade individual contrárias a tais medidas: BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, p. 15.
[187] VALLE, Hugo Ayal del. **De las medidas de seguridade**, p. 52.

Demais, “os juízes devem ser homens de uma vastíssima cultura científica, penitenciária etc. que os afasta de fazer qualquer uso arbitrário de suas faculdades”[188].

Essa visão romântica – de que o juiz teria condições espirituais e materiais de analisar o caso de forma tão correta que não resultaria qualquer erro – evidentemente não pode ser abraçada. O pensamento iluminista de que todo homem tende a abusar do poder, sintetizado em célebre frase de Montesquieu[189], não pode ser abandonado. Não é outra, aliás, a fundamentação histórica e política do art. 2º da CF, que prevê a técnica de freios e contrapesos entre os poderes. Os constantes descumprimentos, por juízes e tribunais, de jurisprudência dos tribunais superiores e as interpretações *contra legem* eventualmente produzidas por estes demonstram que os abusos existem.

Mesmo os defensores da ideologia da defesa social e alguns entusiastas da periculosidade como fundamento das medidas de segurança, como Nelson Hungria, viam com maus olhos a ideia de medida de segurança pré-delitual[190].

No Brasil, não há autorização constitucional ou legislativa para se impor medida de segurança a quem não tenha praticado um injusto penal, razão pela qual esse critério distintivo apontado por Iturbe não tem aplicabilidade.

2.1.9. Irretroatividade da lei x retroatividade da lei

O Código Rocco, em seu art. 200, determinava ao juiz que aplicasse a medida de segurança de acordo com a legislação em vigor no momento da sentença. Ao contrário, tratando-se de pena, a legislação não poderia retroagir caso fosse prejudicial.

Para o autor, essa distinção não é impugnável: “A aplicação em matéria de medidas de segurança da lei vigente no momento da aplicação ou da execução responde a princípios lógicos, os quais não poderiam se estender ao campo das penas”[191].

Esse regramento – que diz respeito também aos efeitos, não à estrutura, da medida de segurança –, porém, há muito vem sendo deixado de lado. No Brasil era o entendimento que prevalecia até 1984 em razão do que dispunha o código penal[192], mas, em razão da grande

---

[188] *Ibid*., p. 53.
[189] MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Bauru: EDIPRO, Série Clássicos, 2004.
[190] HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal, v. 3**, p. 22.
[191] ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad**, p. 48.
[192] NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**, p. 155. O art. 75 do CP/40 dispunha: “As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução”.

insegurança jurídica que poderia acarretar, foi afastado. Hoje a doutrina brasileira é pacífica quanto à aplicabilidade do princípio da irretroatividade da lei penal prejudicial também ao inimputável[193].

2.1.10. Obrigatoriedade x oportunidade

De acordo com essa nota característica, a pena somente poderia ser aplicada após o devido processo legal; a medida de segurança, por sua vez, poderia ser imposta no curso do processo, antes mesmo da sentença. Iturbe não tece muitas críticas a esse pensamento, mas se é possível a prisão preventiva para os imputáveis e a internação cautelar para os inimputáveis, tal distinção, ao menos para o direito positivo brasileiro, não existe. Ausente cautelaridade, de acordo com o art. 171 da LEP, deve-se aguardar o trânsito em julgado da sentença absolutória imprópria para se impor medida de segurança ao inimputável, em tratamento jurídico idêntico previsto ao imputável: não é possível a aplicação de pena antes daquele momento. Entendimento contrário é francamente ofensivo ao princípio da presunção de inocência.

2.1.11. Mal x bem

Nessa concepção dualista, a pena seria um mal a quem a sofre; a medida de segurança, um bem: "Afirma-se correntemente que as penas importam sempre um sofrimento, à diferença das medidas de segurança, que não causam sofrimento algum"[194].

Iturbe se encarrega da crítica, uma vez que, na realidade dos fatos, uma medida de segurança detentiva por tempo indeterminado é mais gravosa para o indivíduo do que a própria pena. Ele destaca que os submetidos à medida de segurança se sentem mais injustiçados do que os apenados. Com efeito, o preso seria resignado em relação à pena. O interno, em contrapartida, se veria como vítima de uma injustiça, o que dificultaria sua disciplina e, antes de diminuir, aumentaria sua periculosidade[195].

2.1.12. Outras diferenças

Iturbe menciona outras distinções entre ambos os institutos presentes na doutrina. Vannini afirmaria que a pena é sempre uma reação; a medida de segurança, uma ação autônoma.

---

[193] Mesmo após a reforma do código penal em 1984, com a revogação do art. 75 do CP/40, e o advento da Constituição de 1988, alguns autores permaneceram defendendo a aplicação imediata da lei que tratasse da medida de segurança: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 42. Esse pensamento, porém, ao menos no Brasil, é hoje minoritário, se é que ainda encontra adeptos: LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da legalidade na medida de segurança**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
[194] ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad**, p. 49.
[195] *Ibid.*, p. 35.

Isso parece falso ao autor, pois ambas são consequências jurídicas, ou seja, reações. Além disso, para a primeira se aplicaria processualmente o princípio do *non reformatio in pejus*. Para a segunda, não. Isso é igualmente falso, ao menos para o direito positivo brasileiro, conforme se extrai da súmula 525 do STF[196].

Para outros penalistas, as penas poderiam ser aplicadas cumulativamente; o juízo de periculosidade, porém, seria unitário. Essa distinção depende, porém, do direito positivo de cada país. Por fim, alguns defendiam que a pena pertenceria ao mundo da metafísica; a medida de segurança, à política criminal realista. Essa assertiva, porém, não corresponde à realidade: tanto a pena quanto a medida de segurança têm existência concreta e real potencial de atingir a liberdade e outros direitos de quem as sofre.

2.2. Semelhanças entre penas e medidas de segurança

Após tratar das distinções entre penas e medidas de segurança, Iturbe passa a listar cinco semelhanças: caráter aflitivo, individualização, princípio da legalidade, causa e finalidade.

O caráter aflitivo é tratado por alguns autores como um critério distintivo entre penas e medidas de segurança. Iturbe corretamente discorda, pois a medida de segurança se trata de "uma limitação dos direitos individuais das pessoas a quem se aplicam e, em consequência, não podem deixar de constituir um sofrimento para elas"[197]. Ele distingue *mal* de *sofrimento*: "A pena e a medida de segurança são, a nosso critério, não um mal, senão um bem, tanto para a sociedade (...) como para o sujeito"[198]. A frase é totalmente questionável. Isso não impede, porém, que se reconheça o caráter aflitivo de ambas para quem as sofre. A assertiva de Nogueira é perfeita: "Se o legislador organiza as medidas de segurança, segundo o princípio de que não devam ter conteúdo aflitivo, mas concretamente o têm, não é lógico nem jurídico desprezá-lo, no determinar o lugar próprio às medidas de segurança entre as consequências do delito"[199].

A individualização da pena e da medida de segurança, para Iturbe, deve ser realizada pelo juiz com procedimento semelhante, pois "ambos os institutos tomam em conta tanto o passado como o futuro, e ambos tendem a prevenir novos delitos ou situações perigosas para a sociedade"[200].

---

[196] "A medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido".
[197] ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad**, p. 50.
[198] *Ibid.*, p. 51.
[199] NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**, p. 97.
[200] ITURBE, Arnoldo Garcia. *Op. cit.*, p. 52.

O princípio da legalidade se aplica a ambas: não há pena nem medida de segurança se não houver previsão legal prévia[201].

Em relação à causa, tanto as penas como as medidas de segurança seriam aplicadas em consequência de comportamentos antissociais[202] ou, no Brasil, em decorrência da prática de injusto penal devidamente comprovado.

Por último, pena e medida de segurança "tendem à defesa social e, por isso, a finalidade, longe de separá-las, une-as ou as faz convergir"[203].

2.3. Teoria da dupla garantia ao inimputável autor de injusto penal

Após essa análise das distinções e semelhanças entre penas e medidas de segurança, pode-se sustentar uma conclusão provisória: seja diante da realidade concreta de quem as sofre, seja com consideração exclusiva ao direito positivo, ambos os institutos mais se assemelham do que se diferenciam.

A medida de segurança é verdadeira sanção criminal aplicada ao inimputável[204]. Assim como a pena, implica restrição ou privação de direitos fundamentais, tem caráter aflitivo, pressupõe a prática de um injusto penal e é imposta justamente em razão dele. Nenhuma diferença apontada pela doutrina se refere à estrutura de ambos os institutos. Essencialmente são a mesma coisa[205]. Salo de Carvalho destaca que "o caráter punitivo das medidas de segurança é uma das principais denúncias realizadas pela criminologia crítica e pela crítica do direito penal a partir da década de 70 do século passado"[206].

A maioria das distinções apontadas se refere ao diferente regramento jurídico das penas e medidas de segurança. Várias diferenças, porém, nem sequer subsistem no direito vigente. Assim é que, por exemplo, já há certo consenso quanto à existência de um prazo máximo para as medidas de segurança e à aplicação em sua integralidade do princípio da legalidade[207].

---

[201] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 941.
[202] ITURBE, Arnoldo Garcia. *Op. cit.*, p. 53.
[203] *Ibid*., p. 53.
[204] Em sentido contrário: NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**, p. 117; BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal**, p. 604-605.
[205] No mesmo sentido: QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 556.
[206] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 508.
[207] Parte da doutrina – minoritária – ainda é resistente à fixação de um prazo máximo para as medidas de segurança. Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 669; BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**, p. 430.

Embora medidas de segurança e pena tenham a mesma essência, os juristas ainda utilizam as distinções mencionadas para justificar que pessoas portadoras de transtornos mentais sejam tratadas de forma diversa dos imputáveis quando praticam injusto penal. Por causa disso, Virgílio de Mattos propõe a radical extinção da categoria da inimputabilidade com a "responsabilização penal do portador de sofrimento, ou transtorno mental, que comete um fato definido como crime, possibilitando-lhe os direitos mínimos (...) a ele negados pela simples condição de ser portador de patologia"[208].

Os fundamentos do autor são corretos. Historicamente os inimputáveis "enfrentaram graves situações, pois ficaram submetidos a tratamento punitivo, mas sem as garantias de quem recebia pena"[209]. No âmbito da justiça da infância e juventude o problema é semelhante[210]. Efetivamente o direito penal poderia trazer mais garantias aos inimputáveis do que as que lhe são aplicáveis hoje.

No entanto, cremos que a medida extrema de se extinguir pura e simplesmente a categoria da inimputabilidade não deve ser adotada. Ao contrário de Mattos, não enxergamos inconstitucionalidade no instituto em si. Além disso, a exclusão da divisão entre imputáveis e inimputáveis está em desacordo com a teoria do delito. Por fim, sua tese poderia afastar da pessoa portadora de transtornos mentais os dispositivos legais protetivos de sua condição de vulnerabilidade psíquica.

Hoje, no Brasil, só há uma distinção relevante entre ambas as espécies de sanção penal e ela deve ser respeitada. A diferença não se situa no âmbito estrutural, pois ontologicamente são idênticas. No entanto, enquanto a pena é aplicada a alguém sem transtorno mental, a medida de segurança se dirige ao portador de sofrimento psíquico. O destinatário da sanção, portanto, é o único critério aceitável de distinção entre pena e medida de segurança.

Nesse contexto deve ser defendida a teoria da dupla garantia. Não havendo distinção ontológica entre as duas espécies de sanção penal, todas as garantias legais e constitucionais

---

[208] MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 17. Embora de uma perspectiva totalmente diversa, os positivistas, defensores do monismo entre penas e medidas de segurança, também se opunham à divisão entre imputáveis e inimputáveis: BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 35-36.

[209] JÁCOME, Rodolfo Mantilla. **La imputabilidad y la inimputabilidad penal**, p. 190.

[210] CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. **O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: IBCCRIM, 2018, p. 228: "Demonstrou-se que há certa percepção na literatura de que adolescentes estariam vivenciando 'o pior de dois mundos', isto é, estariam recebendo a pouca proteção processual historicamente ligada à justiça juvenil, ao mesmo tempo em que estariam sendo punidos de modo mais duro".

aplicáveis à pena devem ser estendidas à medida de segurança[211]. Isso está em conformidade com a conclusão da tese defendida por Mattos, embora sem ser necessário afastar o conceito da inimputabilidade.

Mas além da aplicação das garantias penais e processuais penais aos inimputáveis – para que não possam ser tratados de forma mais gravosa que os imputáveis –, não podem ser olvidadas todas as disposições legais referentes à proteção das pessoas portadoras de doença mental, como a exigência de laudo médico circunstanciado para justificar a internação, que deve ser utilizada somente em situações excepcionais (art. 6º da lei 10.216/01). Outra lei de especial relevância é a 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que tem *status* de norma constitucional, pois incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 5º, §3º da CF, pelo Decreto 6.949/09 é igualmente aplicável aos portadores de transtornos mentais, tenham ou não cometido injusto penal.

Essa ideia da dupla garantia já é defendida para os portadores de transtornos mentais, entre outros, por Alamiro Velludo Salvador Netto, que destaca a necessidade de os dispositivos legais sobre o tema serem "lidos sob a ótica dos valores contemporâneos do sistema criminal e, mais ainda, dos marcos legais atinentes à política antimanicomial"[212]. Pelas mesmas razões, essa tese vem se consolidando igualmente no direito da infância e juventude[213].

---

[211] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. In: REALE Jr. Miguel (coordenador). **Código penal comentado**, p. 264; FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 519; PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e Processo Penal**, p. 85; JÁCOME, Rodolfo Mantilla. **La imputabilidad y la inimputabilidad penal**, p. 192.

[212] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. In: REALE Jr. Miguel (coordenador). **Código penal comentado**, p. 265. No mesmo sentido, defendendo não somente a incidência integral das garantias penais como das leis protetivas das pessoas portadoras de transtornos mentais: QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 551; CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 504.

[213] SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 221: "As normas que regulam a responsabilidade penal dos menores pertencem ao Direito Penal por contemplarem situações nas quais se impõem sanções aos autores da infração (...). Diferentemente do que ocorre no Direito Penal comum, o contorno da medida socioeducativa é determinado pelo Princípio da Proporcionalidade, mas não o seu limite (que obedece ao superior interesse do adolescente)". No mesmo sentido: SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

3. PARADIGMAS DA PSIQUIATRIA

A partir da reforma do código penal de 1984, as medidas de segurança ficaram restritas às pessoas portadoras de transtornos mentais. Por essa razão, é fundamental resgatar alguns conceitos da psiquiatria moderna e compará-los com os fornecidos por peritos forenses. A tarefa é urgente, pois são estes últimos que costumam ser utilizados pelo direito penal, a despeito de sua defasagem científica. Nesse sentido, Salo de Carvalho destaca "quão deficitário é o discurso da dogmática penal, que permanece literalmente preso aos conceitos higienistas da psiquiatria do século passado"[214].

O tema do tratamento dos portadores de transtornos mentais pode ser analisado a partir de duas perspectivas. Em uma, prioriza-se a defesa social em detrimento da dignidade humana daquele que será objeto, ao invés de sujeito, da intervenção jurídico-psiquiátrica. Na outra, tem-se em consideração, com prioridade absoluta, a pessoa com transtornos mentais, suas necessidades e seu sofrimento psíquico, restando em segundo plano a defesa social. Importante destacar que essa segunda perspectiva não torna inexorável a conclusão de que a pessoa com doença mental não possa ser responsabilizada pelos seus atos.

É possível desenvolver cientificamente cada uma dessas vertentes e levar seus fundamentos, com uma lógica rigorosa, às últimas consequências práticas. Mas a escolha de uma ou outra perspectiva, a depender da finalidade do intérprete, não pode ser arbitrária. Tratando-se de operador do direito que tenha por objetivo a imposição da medida de segurança ou a fiscalização de sua execução, inclusive o perito, sua escolha deve responder a critérios jurídicos, notadamente constitucionais, bem definidos.

A vertente que coloca em primeiro plano a defesa social sempre exerceu hegemonia entre médicos e juristas, praticamente sem oposição até o final do século passado. Até muito recentemente pouco ou nada a medicina podia oferecer aos que padeciam de sofrimento psíquico, pois os primeiros medicamentos psiquiátricos datam da década de 1950. Era de certo modo compreensível, portanto, que se adotassem soluções hoje tidas como violadoras da dignidade do paciente, como internações perpétuas e métodos cruéis e nada efetivos para o tratamento do problema.

---

[214] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 531.

A partir da década de 1950, porém, a psiquiatria passou a ver uma luz no fim do túnel com o surgimento dos primeiros medicamentos que conseguiram de alguma forma minimizar o sofrimento resultante de doenças mentais graves. Não desconhecemos as críticas existentes a esses psicofármacos: alguns autores inclusive comparam sua eficácia à dos placebos[215]. A posição dominante na psiquiatria, no entanto, destaca o papel fundamental deles, principalmente dos antipsicóticos, no tratamento das doenças mentais mais graves[216].

Mattos assevera que o desenvolvimento dos psicofármacos, após a 2ª Guerra Mundial, foi responsável pela possibilidade do tratamento fora da lógica hospitalocêntrica, proporcionando a virada paradigmática produzida por Franco Basaglia nos hospitais psiquiátricos de Gorizia e Trieste[217].

A partir da década de 1970, pensadores, dentre eles psiquiatras renomados, passaram a colocar em dúvida a ciência psiquiátrica e o modelo médico adotado por ela. Os movimentos mais conhecidos são a antipsiquiatria – que questiona as próprias bases da psiquiatria e a existência das chamadas doenças mentais – e os movimentos antimanicomiais, que defendem a desinstitucionalização dos pacientes psiquiátricos e seu tratamento por meios alternativos. Tais movimentos se desenvolveram internacionalmente com vigor, sendo conhecidos alguns nomes como o psiquiatra norte-americano Thomas Szsaz, que escreveu "O mito da doença mental" em 1961[218], e o italiano Franco Basaglia[219], famoso por sua luta antimanicomial. Foucault, David Cooper, Ronald Laing, Fuller Torrey, Eileen Walkenstein e Erwing Goffman também podem ser incluídos nesse espectro de pensamento[220].

---

[215] FREITAS, Fernando; AMARANTE, Paulo. **Medicalização em psiquiatria**, 2ª ed. (E-book). Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 2017, posição 871.

[216] Assim, por exemplo: LIEBERMAN, Jeffrey A. **Psiquiatria: uma história não contada**. São Paulo: Martins Fontes, 2016; FRANCES, Allen. **Voltando ao normal** (E-book). Rio de Janeiro: Versal Editores, 2017; DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**, 3ª ed. (E-book). Porto Alegre: Artmed, 2019; BARROS, Daniel Martins de; CASTELLANA, Gustavo Bonini. **Psiquiatria forense: interfaces jurídicas, éticas e clínicas**, 2ª ed. (E-book). Porto Alegre: 2020.

[217] MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 45. Adiante, ressalta que, antes dos psicofármacos, os manicômios eram a única porta de entrada possível aos portadores de transtornos mentais que cometessem (ou não) injustos penais (*ibid.*, p. 101).

[218] SZASZ, Thomas S. **The myth of mental illness: foundations of a theory of personal conduct**. New York: Dell Publishing, 1961.

[219] BASAGLIA, Franco. **A psiquiatria alternativa: contra o pessimismo da razão, o otimismo da prática**, 3ª ed. São Paulo: Ed. Brasil Debates, 1982. BASAGLIA, Franco. **A instituição da violência**. In: A instituição e os discursos, Revista Trimestral de Cultura, n. 35, p. 34-71. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1974.

[220] FOUCAULT, Michel. **O poder psiquiátrico**. São Paulo: Martins Fontes, 2006; FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2010; COOPER, David. **Psiquiatria e a antipsiquiatria**. São Paulo: Perspectiva, 1967; LAING, R. D. **El yo dividido: un estudio sobre la salud y la enfermedad** (E-book). México: Fondo de Cultura Económica, 2015; TORREY, R. Fuller. **A morte da psiquiatria**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976; WALKENSTEIN, Eileen. **Bitolando pela psiquiatria: a desumanização na terapia**. São Paulo: Ed.

Há que se distinguir, ainda que de forma superficial – por não ser este o objeto da tese –, a antipsiquiatria dos movimentos antimanicomiais: aquela é mais radical que estes, pois destrói a base fundante da psiquiatria, que é o próprio conceito de doença mental, substituindo-o pelo de sofrimento psíquico, distinto das doenças propriamente ditas. Por exemplo: a tristeza, assim como a depressão, a despeito de ter realidade no âmbito da pessoa que a sofre, não seria matéria de cunho médico.

Em outras palavras, a antipsiquiatria, embora reconheça a necessidade de cuidado e tratamento aos portadores de transtornos mentais, vislumbrando a psicoterapia como método eficiente, abandona o modelo médico tradicionalmente adotado por entendê-lo inadequado, entre outras razões, porque a maioria deles não tem base biológica conhecida[221].

Nessa perspectiva mais restrita, somente seriam doenças aquelas cujas causas fossem passíveis de identificação com a constatação da alteração de determinadas células ou funções do organismo. Dessa forma, o sofrimento psíquico sem uma causa biológica identificável – por exemplo, o que se entende por depressão, transtorno de ansiedade, esquizofrenia etc. – não poderia ser tratado pelo modelo médico.

Aliás, é justamente essa distinção (possibilidade ou não de identificação da etiologia do transtorno) que possibilita a existência de duas especialidades médicas distintas, a psiquiatria e a neurologia. Esta última seria, para a antipsiquiatria, verdadeira ciência médica; aquela, não.

Os movimentos antimanicomiais, por sua vez, não necessariamente afastam os transtornos mentais do paradigma médico. Parece bastante evidente que um defensor da antipsiquiatria também seja contrário às internações forçadas em manicômios, afinal, se não há doença, tampouco se necessita de tratamento hospitalar. No entanto, é igualmente possível que se discorde dos fundamentos da antipsiquiatria - reconhecendo-se, portanto, a realidade do transtorno mental, sua inserção no paradigma médico e a eficácia do tratamento farmacológico - e, ao mesmo tempo, concorde-se com os movimentos antimanicomiais, ou seja, é possível que se aceite o diagnóstico (doença mental), mas não o tratamento pregado para ele (internação em manicômios).

Salo de Carvalho sustenta que "a antipsiquiatria e o movimento antimanicomial representaram os principais eixos de resistência contra as formas de segregação

---

Brasiliense, 1980; GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**, 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2015; KOUPERNIK, Cyrille (org.). **Antipsiquiatria: senso ou contra-senso?** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

[221] SZASZ, Thomas S. **The myth of mental illness**, p. XI.

institucional”[222]. É pertinente comparar tais movimentos no âmbito da saúde pública com os movimentos pela abolição (ou ao menos a redução radical) das penas de prisão que surgiram na mesma época, isto é, a partir da década de 1970. A comparação é imperfeita, como se verá, mas permite uma melhor compreensão do que se asseverou acima.

No âmbito da criminologia, Zaffaroni aponta dois grandes paradigmas: etiológico e da reação social[223]. Para o primeiro, o crime é um ente natural, cujas causas devem ser buscadas pelo criminólogo, sendo este, aliás, o principal papel da criminologia. Dentro deste paradigma, diversas escolas surgiram para tentar explicar o crime: umas enfatizando os aspectos biológicos do indivíduo (por exemplo, o positivismo biológico de Lombroso) e outras enfatizando os aspectos sociais, mas conservando ambas o método etiológico.

O segundo paradigma, o da reação social, surgiu com a teoria do *labeling approach*. Zaffaroni considera esta a teoria mais importante, porque, ao alterar o limite epistemológico do saber, causou uma revolução científica no âmbito criminológico[224]. Passou-se a compreender o crime não como algo ontologicamente dado, mas como uma construção social, que envolve não somente o autor, a vítima e a conduta praticada, mas também a sociedade e, principalmente, o Estado. Isso ocorre por meio do legislativo, que criminaliza abstratamente determinadas condutas e deixa outras tão ou mais danosas à margem do direito penal; do executivo, que, por meio das agências policiais, seleciona determinadas condutas abstratamente criminosas e deixa de lado outras que também são previstas em tipos penais; e do judiciário, que, participando do processo de criminalização secundária, autoriza a punição de determinados autores, mas imuniza outros dos efeitos do sistema penal. Novas escolas criminológicas surgiram no âmbito desse paradigma, cabendo destacar a criminologia radical, que adota premissas marxistas e considera que a criminalização dos sujeitos, atendendo à seletividade inerente ao sistema penal, tem a função de manutenção das estruturas sociais classistas e desiguais[225].

Enquanto as escolas da criminologia positivista entendiam ser absolutamente natural a imposição de pena de prisão a quem praticasse um crime, as novas escolas criminológicas trataram de questionar esse tipo de sanção, seja para pregar sua total abolição ou para tentar restringi-la aos conflitos efetivamente mais graves. Assim também se deu na psiquiatria: tradicionalmente, a imposição de internação em manicômios de pessoa com doença mental foi

---

[222] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 518.
[223] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**, p. 188.
[224] *Ibid.*, p. 187.
[225] SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

entendida como uma consequência natural e inexorável do diagnóstico. Com os novos movimentos acima apontados, porém, esse pensamento perdeu força: para alguns, porque o próprio diagnóstico seria inválido; para outros, porque, na maioria dos casos, haveria formas menos invasivas de tratar do problema.

Os movimentos antimanicomiais evidentemente encontraram e ainda encontram resistência. Taborda, Telles e Costa, em interessante artigo, afirmam que a experiência antimanicomial italiana foi um desastre. Estudos feitos entre 1978 e 1983 teriam demonstrado "aumentos de 58% nas internações em manicômios judiciários; de 44% das mortes devidas a transtornos mentais; e de 19% dos suicídios por transtornos mentais"[226]. Eles partem da premissa biológica da doença mental e defendem que "a fronteira entre saúde e doença pode ser traçada com confiabilidade em expressivo número de situações clínicas, por meio de metodologia reconhecida e comprovada"[227].

Ao diferenciarem a "legislação maior" da "legislação menor" – incluindo ali atos normativos propriamente ditos, que podem inovar a ordem jurídica (Constituição Federal e leis ordinárias), e aqui atos do poder executivo –, criticam as políticas adotadas pelo Ministério da Saúde, ao qual pertenceriam "militantes da Luta Antimanicomial", que violariam a lei 10.216/01. Ou seja, para eles, a lógica antimanicomial não decorreria da referida lei, mas de portarias e outros atos normativos expedidas pelo poder executivo[228].

Ao analisar a Rede de Atenção à Saúde Mental formulada pelo Ministério da Saúde, chamam a atenção para a ausência de ambulatório de psiquiatria e hospital psiquiátrico especializado. O primeiro é o mais apropriado para o tratamento da maioria das doenças mentais. O segundo "é o recurso ideal para tratamento de pacientes crônicos que, em atendimento ambulatorial (ou em CAPS), tenham uma reagudização de seu quadro". Eles criticam o atendimento em unidade psiquiátrica de hospital geral, pois as necessidades dos pacientes seriam mais bem atendidas em ambiente com acesso a áreas abertas[229].

---

[226] TABORDA, José Geraldo Vernet; TELLES, Lisieux E. de Borba; COSTA, Gabriela de Moraes. A reforma da atenção psiquiátrica e a criminalização do doente mental. In: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. (organizadores). **Medida de segurança: uma questão de saúde e ética**, p. 92. Os autores vinculam o movimento antimanicomial à ideologia de esquerda, sem informar, porém, que o destacado psiquiatra Thomas Szasz, mencionado por eles, é um liberal convicto.
[227] *Ibid.*, p. 87.
[228] *Ibid.*, p. 95.
[229] *Ibid.*, p. 97.

Criticando a visão "capscêntrica", afirmam os articulistas que ela é contraditória e preconceituosa em relação à doença mental. Por um lado, nega a sua existência médica; por outro, ao dar ênfase somente à prevenção terciária, concebe-a sempre como invalidante e cronificante, embora o número de pacientes que necessitem de reabilitação seja "bem menor do que o de pacientes que se beneficiarão exclusivamente de prevenção secundária (...), realizada majoritariamente em ambulatórios e consultórios de psiquiatria e apenas excepcionalmente através de hospitalização"[230]. Convém esclarecer as distinções entre os níveis de prevenção: prevenção secundária se refere à ação realizada para diagnosticar um problema de saúde e propor-lhe tratamento, reduzindo ou prevenindo os seus efeitos a longo prazo. A prevenção terciária, por sua vez, busca reduzir prejuízos funcionais de um problema agudo ou crônico, por meio da reabilitação, por exemplo.

Neste ponto, é importante observar que mesmo psiquiatras mais conservadores – e críticos veementes das reformas psiquiátricas e dos movimentos de desinstitucionalização – asseveram que a hospitalização é medida excepcional para a prevenção secundária. Em regra, o tratamento do transtorno deve ser realizado em ambulatórios e consultórios de psiquiatria. Por outro lado, não admitem abrir mão da internação compulsória como recurso terapêutico efetivo nos casos mais graves.

Para eles, a lógica de fechamento de leitos de internação permitiu a permanência de "doentes mentais graves sem qualquer atenção do sistema de saúde, muitos sem condições mínimas de autocuidados, vagando pelas ruas, sendo vítimas ou perpetradores dos mais diversos delitos"[231]. Informam, por exemplo, que 54% dos internos em medidas de segurança já foram atendidos previamente à prática do injusto penal na rede pública, demonstrando "o fracasso dos serviços comunitários disponíveis em identificar os pacientes de risco e atuar de forma preventiva com mínima eficiência"[232].

É compreensível a preocupação dos autores. Mas mesmo que estejam corretos, ainda que a diminuição de leitos de internação psiquiátrica resulte em aumento da criminalidade e em pessoas "sem condições mínimas de autocuidados, vagando pelas ruas", isso não é motivo suficiente – e aqui entra o direito, para limitar o poder psiquiátrico – para se alterar a conclusão

---

[230] *Ibid*. p. 97.
[231] *Ibid*., p. 99-100.
[232] *Ibid.*, p. 100.

de que ninguém pode perder sua liberdade sem o devido processo legal e sem ter cometido um crime, conforme será desenvolvido no capítulo seguinte.

Essa lógica atuarial, com a neutralização de grupos de risco antes da prática de qualquer injusto penal, não pode ser adotada em um Estado que tenha como fundamento a dignidade da pessoa humana. O eficientismo não pode se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais. Pensemos, por exemplo, que seja publicada uma pesquisa concluindo que, se fossem internadas todas as pessoas em situação de rua, o número de crimes diminuiria. Isso permitiria que o Estado tomasse essa medida? Parece evidente que não. A política criminal não pode ignorar o direito penal. E por que, então, se pensa nisso em relação aos portadores de doenças mentais? Por que eles devem possuir menos direitos que as outras pessoas? Trata-se de puro preconceito historicamente arraigado a respeito de sua suposta maior periculosidade.

Mesmo que o raciocínio exposto no artigo ora comentado seja correto, não é possível manter institucionalizados indivíduos "psiquiatricamente perturbados" simplesmente para evitar que eles, eventualmente, pratiquem crimes. A resposta do direito deve ser sempre repressiva, se não por outras razões, pela impossibilidade científica de se prever o futuro.

A despeito das críticas, os movimentos antimanicomiais surgiram com força no final do século passado com reflexos diretos sobre a legislação brasileira. Com efeito, em 2001 foi promulgada a lei 10.216, marco do ordenamento jurídico no que diz respeito à saúde mental.

Não é possível asseverar que a lei 10.216 adotou os fundamentos da antipsiquiatria. É louvável a preocupação dos defensores da antipsiquiatria, em especial Thomas Szasz, com a liberdade individual. Sua crítica contundente era direcionada à violação de direitos individuais que o poder psiquiátrico poderia causar ao determinar tratamentos desumanos e compulsórios aos seus pacientes. Para se atingir esse objetivo, no entanto, cremos não ser necessário negar a existência das doenças mentais; basta que o direito atue de forma correta e imponha limites ao poder psiquiátrico.

O ordenamento jurídico brasileiro parte da premissa de que doenças mentais realmente existem e seguem o modelo médico. Aliás, é por essa razão que tal lei dispõe que nenhuma pessoa pode ser internada sem que exista "laudo *médico* circunstanciado que caracterize os seus motivos" (art. 6º, *caput*).

Por outro lado, assim como é falso enxergar na referida lei a adoção dos postulados da antipsiquiatria, é igualmente incorreto ignorar suas inovações. Houve evidente rompimento de

um paradigma (da defesa social) com a adoção de outro: inspirada em movimentos antimanicomiais, passou a prever a internação como *ultima ratio*, permitida apenas quando e enquanto "os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes" (art. 4º, *caput*).

Essa perspectiva mais humanizada da psiquiatria – que encara o paciente como sujeito de direitos, não como mero objeto de intervenção a ser segregado – tardou a ser trazida para o âmbito do direito penal e das medidas de segurança. O advento da lei 10.216/01 inicialmente foi ignorado pela maioria dos penalistas sob o pretexto de não tratar da medida de segurança[233]. Mariana Weigert[234], em pesquisa realizada na Itália, destaca que, mesmo naquele país, onde o movimento antimanicomial foi forte, a perspectiva mais humanizada da psiquiatria demorou para atingir o portador de transtorno mental autor de injusto penal.

No Brasil, ainda que de forma lenta e tímida, a lei 10.216/01 vem recentemente trazendo alguns avanços jurisprudenciais e doutrinários. Veremos no capítulo 5 que algumas inovadoras teses de doutorado escritas por juristas – Haroldo Caetano, Mariana Weigert, Thayara Castelo Branco, Jéssica Pascoal Santos Almeida –, por exemplo, adotam a perspectiva antimanicomial na análise do instituto da medida de segurança. Outros manuais de direito penal e de execução penal também fazem referência à lei de reforma psiquiátrica ao tratarem do tema[235].

Tal como se deu com a criminologia, no âmbito da psiquiatria, essa mudança de paradigma não significa que um discurso sucedeu ao outro, deixando-o para trás. Na verdade, ambos os discursos coexistem: no âmbito das perícias forenses – que serão também analisadas no capítulo 5 –, por exemplo, parece prevalecer a ideologia da defesa social em detrimento da perspectiva humanizada em relação aos portadores de transtornos mentais.

Uma última comparação pode ser feita entre a criminologia e a psiquiatria: da mesma forma que a superação da criminologia positivista não resultou no abandono dos seus

---

[233] Alguns penalistas nem mencionam a lei 10.216/01 em suas obras: NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 237-247; AVENA, Norberto. **Execução penal**, 2ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 363-385; BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.; BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**, p. 428-433; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 940-950.

[234] WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, *passim.*

[235] DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 782; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 465-483; CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 499-532; QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 547-560; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**, p. 281-307; REALE Jr. Miguel (coord.). **Código penal comentado**, p. 262-273.

fundamentos pelo direito penal, a revolução psiquiátrica de meados do século passado não atingiu com força ainda o sistema de justiça criminal.

A escolha de um ou outro paradigma, porém, não pode ser arbitrária. Todas as pessoas são livres para pensarem da forma como melhor lhes aprouver. Nada impede que se critiquem leis, instituições, pensamentos e políticas de Estado. A Constituição garante a liberdade de pensamento e de expressão. No entanto, aqueles que atuam diretamente com o tema das medidas de segurança – promotores, advogados, juízes, defensores públicos, médicos psiquiatras, policiais – devem respeitar as balizas constitucionais e legais, estando vinculados em sua atuação profissional.

O ordenamento jurídico brasileiro constitucional não permite a adoção da vertente da defesa social no tratamento das internações psiquiátricas em geral e, em particular, das medidas de segurança.

Discursos políticos, impregnados em muitos casos de moralismo, exaltam com frequência a necessidade de maior rigor nas medidas a serem tomadas contra portadores de doenças mentais – principalmente contra os que sofrem de transtornos associados ao uso abusivo de álcool e outras drogas – e criticam a política antimanicomial adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em razão disso, é necessário estampar e esclarecer as razões constitucionais que não permitem o retrocesso em tal matéria. Ainda que, por hipótese, a lei 10.216/01 fosse revogada, o patamar civilizatório alcançado por ela não poderia ser deixado para trás.

A Constituição Federal insere como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade humana (art. 1º, inc. III), o que impede, na concepção kantiana, que o Estado e a sociedade tratem as pessoas de forma instrumental, e não como fim em si mesmo. Importante destacar a obviedade de que se trata de cláusula pétrea, razão pela qual não pode sequer ser objeto de deliberação legislativa.

Afasta também a possibilidade de se adotar a perspectiva da defesa social no tratamento das medidas de segurança (e das penas) a norma constitucional que proíbe a imposição de sanções perpétuas e de morte, salvo, para este último caso, em situação de guerra declarada. Ora, se ninguém, por mais “perigoso” que pareça ser, pode ser segregado para sempre, ou mesmo aniquilado, é evidente que a Constituição Federal não agasalhou a ideologia da defesa

social, que envolve, necessariamente, a possibilidade de pena de morte ou prisão perpétua aos chamados "incorrigíveis" do Programa de Marburgo de Von Liszt.

Além disso, com *status* de norma constitucional, há a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que determina de forma categórica "que a existência de deficiência não justifique a privação de liberdade" (art. 14, item 1, b), além de dispor que "nenhuma pessoa deverá ser sujeita a experimentos médicos ou científicos sem seu livre consentimento" (art. 15, item 1).

No que diz respeito propriamente às medidas de segurança, não é possível o retorno do sistema do duplo binário, abolido pela reforma de 1984, uma vez que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, com *status* supralegal – de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal –, veda a dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*)[236].

Também é incabível a imposição de medidas de segurança que não sejam orientadas única e exclusivamente para a melhora clínica (e não comportamental) do paciente, uma vez que o a saúde é direito constitucionalmente assegurado a todos. Isso não significa que o fundamento real da medida de segurança seja a cura ou o tratamento do sentenciado[237]. No entanto, durante o cumprimento da sanção, o Estado deve se orientar, caso haja concordância do paciente, pela sua melhora clínica.

---

[236] Sustentando a violação ao princípio *ne bis in idem:* REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 487-488; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 940; CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 505.

[237] Adota-se aqui, de forma explícita, como já mencionado no capítulo anterior, a teoria agnóstica da pena de Zaffaroni. Adotando a teoria agnóstica no âmbito das medidas socioeducativas: ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito Lopes. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 361.

4. INTERNAÇÕES COMPULSÓRIAS: A ILEGÍTIMA PERSISTÊNCIA DE MEDIDAS DE SEGURANÇA PRÉ-DELITUAIS E DE PENAS PERPÉTUAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo, analisaremos a natureza jurídica da internação compulsória a fim de aferir sua legitimidade e os seus limites perante o direito positivo. É necessário, para tanto, abordar a distinção entre o direito penal e outros ramos do direito partindo-se de pressupostos não ortodoxos. Iniciaremos com a exposição de algumas ideias de Eugenio Raúl Zaffaroni, que distingue poder punitivo, direito penal e legislação penal. O jurista argentino alerta, com razão, que "o resultado da confusão semântica entre estes três sentidos do termo direito penal é muito angustiante, pois impede o diálogo, dado que com demasiada frequência se argumenta no plano do sentido de uma das frases mencionadas e se responde no de uma das duas restantes" [238].

4.1. Poder punitivo, legislação penal e direito penal

Poder punitivo é o poder de fato, político mais do que jurídico, expresso pelo Estado de diversas formas: (1) poder disciplinador positivo, que permite às agências policiais, a pretexto de combater e investigar a prática de crimes, fiscalizar as pessoas e restringir seus direitos fundamentais (p. ex., buscas pessoais em suspeitos); (2) sistema penal subterrâneo, o qual se caracteriza pelo exercício do poder punitivo em desconformidade com os parâmetros legais (p. ex., execuções extrajudiciais perpetradas por milícias e grupos de extermínio); (3) sistema penal paralelo, que, embora declaradamente não se situe no âmbito do direito penal, tem a mesma função de promover o controle social com a restrição da liberdade individual ou de outros direitos (p. ex., internações psiquiátricas com a finalidade de retirar indivíduos indesejáveis de circulação); e (4) sistema penal formal, em que o poder punitivo é exercido de forma lícita após ser depurado pelo devido processo legal.

É difícil conceituar o poder punitivo em razão de seu caráter difuso e não racionalizável, mas pode ser compreendido como uma pulsão social e estatal em restringir direitos de indivíduos suspeitos da prática de delitos ou outros atos antissociais e de controlá-los, preventiva ou repressivamente, utilizando-se para tanto do braço armado do Estado (agências policiais), a fim de que não violem a ordem social.

---

[238] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 27.

Pode o poder punitivo também ser entendido como a canalização e a expressão de uma ânsia por vingança presente na maioria das pessoas. Esta é, aliás, a finalidade retributiva da pena defendida por diversos penalistas. Em clara defesa ao retribucionismo, afirma Hungria que a "a ideia da retorsão do mal pelo mal continua inscrita e viva na razão humana"[239]. Quem se proponha a analisar o direito penal de forma crítica não pode deixar de compreender que esse pensamento é o discurso prevalente na sociedade e que molda a atuação do poder punitivo, embora não deva balizar o direito penal. Destacam-se, como características fundamentais do poder punitivo[240], (1) seu caráter irracional, pois, como manifestação da vindita, não soluciona problemas, mas somente os decide de forma verticalizada; (2) a seletividade de sua atuação, normalmente pautada por estereótipos, e (3) sua tendência a expandir-se em detrimento do Estado de Direito. Quanto a esse último aspecto, afirma Zaffaroni: "O Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca"[241].

A legislação penal, por sua vez, é o conjunto de leis, incluídos aí tratados internacionais de direitos humanos e normas constitucionais, que impõe as condições pelas quais o poder punitivo pode ser licitamente aplicado. Ao mesmo tempo em que a previsão de tipos penais pelo legislativo cria o crime (criminalização primária), limita a atuação do poder punitivo, que deve encontrar barreiras na legalidade e, principalmente, na Constituição Federal e nas normas civilizatórias do Estado de Direito[242].

O direito penal, por fim, é a ciência jurídica – ou o ramo da dogmática jurídica – que, sem ignorar a realidade do poder punitivo, interpreta a legislação, com especial ênfase às normas constitucionais, e orienta as decisões judiciais, visando fundamentalmente à concretização dos direitos fundamentais[243]. Salo de Carvalho ensina que "a ciência jurídica

---

[239] HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal, v. 3**, p. 15.
[240] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**, 2ª ed. Rio de Janeiro: LUAM, 2007, p. 66 e 82.
[241] ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**, p. 170.
[242] De forma crítica ao papel do princípio da legalidade como garantia do indivíduo frente ao poder punitivo: CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**, p. 176: "Contudo a função de garantia em face do Estado, por ser fundada na legalidade, se manifesta, inexoravelmente, de modo contraditório. O mesmo movimento que limita a atuação do poder punitivo estatal é aquele que o legitima. O direito penal é legítimo porque posto, o simples fato de existir como forma jurídica já lhe traz, segundo o pensamento penal hegemônico, a sua própria legitimidade. Como se o Estado fosse legítimo por ser "de Direito", e o direito penal fosse legítimo por ser legalizado, já que somente dentre dos parâmetros de legalidade poderia o Estado agir".
[243] Essa posição é adotada por ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro: v. 1**., p. 40; CARVALHO, Salo. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 149-160.

envolve-se com os critérios de justificação dos atos de decisão, e não com a fundamentação da pena propriamente dita”[244].

Estudos de criminologia não podem ser desprezados pelos juristas, pois analisam a concretude do poder punitivo sobre o qual deverão recair os limites impostos pelo direito penal. Eles permitem perceber, por exemplo, a seletividade do poder punitivo e a realidade de penas ilícitas, aplicadas pelo que se convencionou chamar de sistemas penais subterrâneo e paralelo. Não é possível à dogmática desconhecer esses dados, justamente porque sua função é interferir no poder punitivo, sendo impossível – ou, se realizável, desastroso - interferir sobre o que não se conhece.

Uma tese de direito penal, portanto, deve buscar depurar o poder punitivo e, com fundamento no ordenamento jurídico, orientar os magistrados em sua atuação. Na medida em que são propostas de decisões judiciais, não podem descuidar do direito positivo. Este último ponto é fundamental: ainda que venham a ser apresentadas alternativas de *lege ferenda*, ou seja, de política criminal, que dependem de alteração legislativa, as principais conclusões desta pesquisa são simples desdobramentos da correta interpretação das normas jurídicas vigentes.

O direito penal não cria o poder punitivo e tampouco tem condições de extingui-lo, mas somente de limitá-lo em suas irracionalidades mais patentes. Zaffaroni destaca que “o poder jurídico é sempre limitado e, por conseguinte, carece em absoluto de qualquer possibilidade de produzir uma mudança total da sociedade e da cultura nas dimensões e na profundidade que isso implicaria” [245]. Ele utiliza duas metáforas para explicar a função do direito penal: a do semáforo e a do dique de contenção. Esta última é mais ilustrativa. A dogmática jurídico-penal deve servir como dique de contenção das sujas e turbulentas águas do estado de polícia[246]. Ao mesmo tempo em que não lhe é possível obstar a passagem de toda a água, afigura-se inútil esse dique se não for capaz de conter ao menos parte dela.

Cabe ao saber penal, pois, estabelecer filtros: as manifestações punitivas que violem os conceitos mais caros ao Estado de Direito – como as que visem a atingir um indivíduo que não tenha causado dano a terceiro ou que não tenha praticado ato antissocial devidamente tipificado na legislação – devem ser repelidas. O operador do direito com competência para restringir o

---

[244] *Ibid.*, p. 151.
[245] ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**, p. 170.
[246] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro: v. 1**, p. 156-157.

poder punitivo (autoridade policial, promotor de justiça, juiz) deve fazê-lo tão logo os fatos sejam levados ao seu conhecimento.

Por exemplo: uma prisão em flagrante de um indivíduo que, em situação de extrema miserabilidade, subtraia de um estabelecimento comercial uma caixa de leite para alimentar os seus filhos não deverá ser confirmada pela autoridade policial, pois se trata de manifestação irracional do poder punitivo. Lavrado o auto de prisão em flagrante ou de qualquer outra forma instaurado o inquérito policial, caberá ao promotor de justiça arquivá-lo por ausência de configuração do injusto penal, aplicando ao caso os institutos dogmáticos conhecidos como princípio da insignificância e estado de necessidade. Havendo denúncia, caberá ao magistrado, com amparo no direito penal, rejeitá-la.

Zaffaroni retoma uma comparação formulada mais de um século atrás por Tobias Barreto entre poder punitivo e guerra[247] para comparar o direito penal à cruz vermelha[248]. Esta última, por melhores que sejam suas formulações a respeito da irracionalidade da guerra, não tem a potencialidade (nem sequer a pretensão) de extingui-la, pois se trata de fato político. No máximo, busca reduzir seus danos.

Da mesma forma, também ao direito penal resta somente uma reduzida, embora importante, missão: sem lhe ser possível extinguir o poder punitivo, por mais corretos e elaborados que sejam os fundamentos para a sua abolição, cumpre-lhe somente fixar-lhe suas balizas a fim de reduzir sua irracionalidade.

De acordo com as teses do abolicionismo penal[249], (1) a imposição da pena não cumpre as suas finalidades declaradas, (2) o poder punitivo viola o princípio da isonomia, em razão de sua seletividade estrutural, (3) e não resolve o conflito, muitas vezes agravando-o, pois suspende a vítima e a deixa de lado no momento da decisão. Em razão dessas constatações, deveria o sistema penal ser extinto. Zaffaroni afirma que "se o exercício do poder fosse racional, não haveria espaço para a guerra nem para o sistema penal"[250].

---

[247] No final do século XIX, escreveu o destacado jurista brasileiro: "A pena é um meio extremo; como tal é também considerada a guerra. Na fonte em que qualquer ditoso pudesse gloriar-se de haurir a razão filosófica de uma, encontraria igualmente o fundamento da outra" (BARRETO, Tobias. **Estudos de direito II**. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Editora Diário Oficial, 2012. p. 117).
[248] ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**, p. 171.
[249] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**, *passim.* Sobre o tema: SHIMIZU, Bruno. **O mal estar e a sociedade punitiva: ensaiando um modelo libertário em criminologia psicanalítica**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2015, p. 146-149.
[250] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 200.

Ainda que se concorde com as premissas do abolicionismo penal, não há como o direito penal impedir a atuação do poder punitivo se, após o devido processo legal, respeitadas as garantias processuais e materiais, se constatar que efetivamente determinada pessoa cometeu um crime. Como já assinalado, o dique de contenção que o direito penal deve representar não é forte o suficiente para filtrar todas as irracionalidades do poder punitivo, mas somente as mais patentes. Cabe-lhe permitir a aplicação da pena, nos limites legalmente previstos e com respeito à proporcionalidade, mesmo que ela represente um sofrimento irrazoável sem qualquer finalidade positiva. Uma dogmática consciente de suas limitações, como é a de Zaffaroni, não parece ser legitimadora do poder punitivo, mas simplesmente pragmática e redutora de danos[251]. Essa distinção entre poder punitivo e direito penal é fundamental para se afastarem algumas críticas e objeções possíveis a esta tese, que tem por finalidade a limitação do poder punitivo, e não sua ampliação ou legitimação.

Analisar determinadas situações fáticas e concluir que são expressões do poder punitivo para inseri-las no âmbito da ciência do direito penal com a finalidade de lhes aplicar garantias e direitos fundamentais e limitar suas irracionalidades – uma vez que a dogmática não tem o poder político de extingui-las – é uma tarefa que pode ser mal compreendida. Alguns autores de peso criticam propostas que buscam conceder aos inimputáveis tratamento semelhante ao dos imputáveis. Aury Lopes Jr. assevera que "alguns setores da doutrina pregam a 'imputabilização' dos inimputáveis, para deslocá-los para o sistema prisional comum, esquecendo-se que assim os estaríamos colocando no mesmo *locus* criticado"[252].

Na verdade, porém, autores como Virgílio de Mattos[253], Salo de Carvalho[254] e Mariana Weigert[255], que defendem as ideias criticadas no texto mencionado acima, de maneira nenhuma buscam "como solução à medida de segurança" a imposição de "pena de prisão" aos inimputáveis. O que eles fazem é simplesmente constatar que o poder punitivo sempre se exerceu em face dos inimputáveis e sem qualquer limitação razoável.

Cientes de que uma obra jurídica não pode, de uma hora para outra, alterar esse quadro político, propõem – como forma de reduzir danos, irracionalidade e sofrimento humano – tratar

---

[251] CARVALHO, Salo. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 154.
[252] BRANCO, Thayara Castelo. **A deslegitimação das medidas de segurança no Brasil**, prefácio.
[253] MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, *passim*.
[254] CARVALHO, Salo. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, *passim.*
[255] WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, *passim.*

os inimputáveis da mesma forma que os imputáveis a fim de lhes conceder alguns direitos que historicamente lhes foram negados.

Essa meta é mais alcançável pela dogmática do que a extinção pura e simples de qualquer medida repressiva contra os portadores de transtornos mentais autores de injustos penais. Pode-se dizer sem qualquer tom pejorativo que a dogmática jurídica não é revolucionária, mas, na melhor das hipóteses, reformista[256]. Aquela característica não se encontra no direito. Eventualmente pode ser buscada na política criminal ou na criminologia, não no saber penal. A doutrina será inútil se quiser ser revolucionária, pois não cumprirá sua função primordial de orientar decisões judiciais.

É evidente que a privação de liberdade não é a solução ideal para sujeitos com transtornos mentais. Mas não há como se desconhecer que essa vem sendo historicamente a sanção aplicada a eles – sob rótulos diversos, como medidas de segurança e internações compulsórias –, e longe das garantias penais e processuais penais. Reconhecer isso não é um conformismo condenável, mas uma maturidade digna dos mais sinceros elogios.

Entendemos, no entanto, que, ao contrário do que afirma Salo de Carvalho[257], a imposição de sanção ao portador de transtorno mental não pode ser compreendida como um resgate de sua cidadania, mas como simples resquício de irracionalidade que o direito penal, não podendo eliminar, busca conter. Zaffaroni *et al.* destacam corretamente que "não se pode exercer poder punitivo para simbolizar, violando o respeito à pessoa como fim em si mesma e atribuindo uma 'cidadania' de cunho publicitário aos pacientes psiquiátricos à custa de sua criminalização"[258].

Abolida a medida de segurança ao inimputável, provavelmente seria substituída por providências administrativas, com a mesma carga ontológica de aflitividade, mas sem as garantias do direito penal. Numa perspectiva de redução de danos e de dogmática redutora, não é o que defendemos.

---

[256] Não há como o direito penal, fundamentado que é na legislação penal, ser revolucionário. Isso cabe à política e eventualmente a outras ciências. O direito penal é, por excelência, conservador ou reacionário; quando muito, reformista. Cacicedo é taxativo: "O abolicionismo penal compreendido a partir da ideologia penal resulta como uma questão cujo horizonte aponta para fora do direito penal. Se o direito penal não é um problema em si mesmo, mas produto e necessidade de uma relação de dominação, a sua superação está relacionada justamente com as relações sociais que o determinam enquanto tal" (CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**, p. 203).
[257] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 526.
[258] ZAFFARONI et al. **Direito penal brasileiro, v. II, t. II**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 251.

4.2.Internações voluntárias, involuntárias e compulsórias

A internação psiquiátrica é uma forma de privação de liberdade individual, realizada pelo Estado ou por entidades privadas por ele autorizadas a funcionar, com a finalidade declarada de tratar o paciente do transtorno mental de que padece. Nos termos da legislação brasileira, ela deve ser utilizada, em qualquer de suas modalidades, somente em situações extremas, desde que os recursos extra-hospitalares se mostrem insuficientes[259] e haja indicação médica. Como a internação psiquiátrica envolve privação de liberdade, tem como finalidade o tratamento e pode ser imposta, em alguns casos, contra a vontade do indivíduo, é natural supor sua semelhança com as medidas de segurança e, por consequência, com as penas, o que motiva sua abordagem nesta tese.

A Lei 10.216/01 trata, em seu art. 6º, da internação psiquiátrica, consignando que ela somente pode ser realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos[260]. Seu parágrafo único prevê três tipos: "I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça".

A Lei 11.343/06 (lei de drogas), com a alteração promovida pela Lei 13.840/19, por sua vez, trata somente da internação voluntária e da internação involuntária. Esta última é descrita como "aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida" (art. 23-A, §3º, inc. II).

Legislativamente, portanto, são previstas somente três hipóteses de internação. A internação voluntária não possui qualquer relevância penal. A internação involuntária, se for corretamente compreendida no sentido de ser possível sua aplicação somente em caso de risco

---

[259] Lei 10.216/01: "Art. 4º: A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. § 1º. O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio. § 2º. O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros. § 3°. É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º".

[260] Lei 10.216/01: "Art. 6º. A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos".

de morte ou outra emergência, e enquanto durar o surto, também não é matéria de direito penal, passando a sê-lo, no entanto, se ela ultrapassar aquele período, ocasião em que deve ser tratada como internação compulsória.

O art. 8º da Lei 10.216/01 regulamenta a internação involuntária: "A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento. § 1° A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta. § 2° O término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento".

A lei não esclarece quem são os terceiros que podem solicitar a internação, mas o §2º do art. 8º, ao consignar que seu término pode ser solicitado por familiar ou responsável legal, preenche satisfatoriamente essa lacuna. Se podem solicitar a desinternação, podem também requerer a internação.

Hoje a matéria está regulamentada de forma mais completa pelo art. 23-A da lei 11.343/06. Ainda que ele se refira explicitamente a dependentes de drogas, é possível recorrer à analogia para utilizar sua regulamentação também à internação involuntária dos que padecem de outros transtornos mentais.

Há que se ter grande cuidado com as internações involuntárias. O que as diferencia das internações compulsórias? É que elas somente se justificam nas hipóteses de emergência e risco de morte. E é justamente pela urgência da medida que ela pode ocorrer sem o consentimento do sujeito – desde que haja o pedido de algum familiar –, submetendo-se a situação ao Ministério Público, à Defensoria Pública e a outros órgãos de fiscalização em até 72 horas. Na "absoluta falta" de familiar ou responsável legal, permite-se que o pedido seja formulado por "servidor público da área da saúde, da assistência social ou dos órgãos integrantes do SISNAD". Embora a Lei 10.216/01 determine a comunicação somente ao Ministério Público e não trate da legitimidade ativa para requerer a internação involuntária nos casos em que a pessoa não tem familiares ou responsável legal, a Lei 13.840/09, ao inserir o art. 23-A na Lei 11.343/06, permite o entendimento de que, em qualquer internação involuntária, e não somente na do dependente de drogas, o procedimento deverá ser igual.

Normalmente se afirma que a distinção entre internação involuntária e internação compulsória é que aquela não necessita de determinação judicial, ao contrário desta. Não há dúvida de que esta é uma diferença relevante. Mas é uma distinção que se refere às consequências jurídicas, não aos fundamentos de uma e outra. Somente se permite que aquela se aplique sem decisão judicial em razão da situação de emergência que a acomete. O fundamento da internação involuntária, em rigor, está no art. 13 da lei 13.146/15: "A pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis".

Deve-se frisar a necessidade de observância ao art. 23-B da Lei 11.343/06, com a avaliação prévia do paciente por equipe técnica multidisciplinar e multisetorial e a elaboração de um plano individual de atendimento[261].

A internação involuntária deve cessar tão logo cesse a situação de emergência. Também deve ser extinta se o paciente, recobrando sua consciência, não desejar permanecer no hospital. Ora, se ela pode ser encerrada a pedido dos familiares ou representante legal do interno, independentemente de sua reabilitação psicossocial, não é razoável que ele mesmo não possa fazê-lo ao passar a situação de emergência.

O prazo insuperável da medida será de 90 dias, por analogia ao que dispõe o art. 23-A, §5º, inc. III da Lei 11.343/06[262]. É importante frisar que se trata de prazo máximo[263]. Em regra,

---

[261] "Art. 23-B. O atendimento ao usuário ou dependente de drogas na rede de atenção à saúde dependerá de: I - avaliação prévia por equipe técnica multidisciplinar e multissetorial; e II - elaboração de um Plano Individual de Atendimento - PIA. § 1º A avaliação prévia da equipe técnica subsidiará a elaboração e execução do projeto terapêutico individual a ser adotado, levantando no mínimo: I - o tipo de droga e o padrão de seu uso; e II - o risco à saúde física e mental do usuário ou dependente de drogas ou das pessoas com as quais convive. § 3º O PIA deverá contemplar a participação dos familiares ou responsáveis, os quais têm o dever de contribuir com o processo, sendo esses, no caso de crianças e adolescentes, passíveis de responsabilização civil, administrativa e criminal, nos termos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. § 4º O PIA será inicialmente elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do primeiro projeto terapêutico que atender o usuário ou dependente de drogas e será atualizado ao longo das diversas fases do atendimento. § 5º Constarão do plano individual, no mínimo: I - os resultados da avaliação multidisciplinar; II - os objetivos declarados pelo atendido; III - a previsão de suas atividades de integração social ou capacitação profissional; IV - atividades de integração e apoio à família; V - formas de participação da família para efetivo cumprimento do plano individual; VI - designação do projeto terapêutico mais adequado para o cumprimento do previsto no plano; e VII - as medidas específicas de atenção à saúde do atendido. § 6º O PIA será elaborado no prazo de até 30 (trinta) dias da data do ingresso no atendimento. § 7º As informações produzidas na avaliação e as registradas no plano individual de atendimento são consideradas sigilosas".

[262] "A internação involuntária: perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável; a família ou o representante legal poderá, a qualquer tempo, requerer ao médico a interrupção do tratamento."

[263] Infelizmente é comum que prazos mínimos ou máximos fixados na lei sejam utilizados como parâmetro de decisões, o que é incorreto. Assim, por exemplo, a interpretação que as Administrações Penitenciárias –

a situação de emergência ou risco de morte cessará em poucos dias. A partir daí, não mais se justificará a internação involuntária, somente se permitindo a sua manutenção se (a) o paciente concordar com ela ou (b) houver sido decretada a internação compulsória (em razão de internação provisória ou medida de segurança de internação imposta em processo criminal).

Haroldo Caetano afirma ser possível, em sua visão, que se ingresse em Juízo para se impor a alguém a internação involuntária (não compulsória) sempre que haja laudo médico circunstanciado, mas ele se recuse ao tratamento e não tenha ninguém que possa por ele se manifestar. Em suas palavras, "uma vez indicada a internação por relatório médico circunstanciado sem que haja o consentimento do indivíduo e não havendo quem por este se manifeste, como exige o art. 6º, inciso II, da Lei 10.216, caberá ao juiz atuar[264].

Esse entendimento, porém, que já é aplicado na prática, permite que sujeitos sem vínculos familiares sejam privados de sua liberdade contra a sua vontade desde que haja laudo médico autorizador, o que amplia sobremaneira o controle das pessoas pelo poder médico-psiquiátrico.

A Lei 11.343/06 permite, por exemplo, em caso de dependência de drogas, a internação involuntária por até 90 dias, período supostamente necessário para a desintoxicação. Essa internação, porém, será inconstitucional – por violar o direito à liberdade – se for interpretada no sentido de prescindir da situação de emergência ou risco de morte. Fora dessas situações excepcionais, não será uma legítima internação involuntária, mas uma internação compulsória, aplicada corriqueiramente com claro viés higienista e de defesa social a grupos de indivíduos indesejáveis que não praticaram qualquer injusto penal[265].

Cabe à pessoa usuária de droga ilícita, fora do estado de surto, decidir se deseja ou não se submeter ao tratamento[266]. Obrigá-la a isso é o mesmo que obrigar um tabagista ou um

---

legitimadas pela jurisprudência – costumam dar ao art. 83, §2º da LEP ("Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, *no mínimo*, até 6 (seis) meses de idade") é que, após os 6 meses de idade, a mãe perderia o direito de amamentar o seu filho, o que é absolutamente incorreto. Da mesma forma, *mutatis mutandis*, muitos magistrados fixam, como regra, a internação-sanção a adolescente que tenha descumprido medida socioeducativa em 3 meses, muito embora o art. 122, §1º do ECA estabeleça aquele prazo como *máximo*.

[264] CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**, p. 123-124.

[265] De qualquer forma, as diretrizes legais devem ser observadas no momento da internação. O art. 23-A, §2º da Lei 11.343/06 dispõe que "a internação de dependentes de drogas somente será realizada em unidades de saúde ou hospitais gerais, dotados de equipes multidisciplinares", afastando por completo a possibilidade de ser realizada a internação involuntária em comunidades terapêuticas. A Comunidade Terapêutica Acolhedora foi prevista no art. 26-A da mesma lei, mas depende de "adesão e permanência voluntária, formalizadas por escrito", sendo necessária avaliação médica prévia e vedado o isolamento físico.

[266] KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: LUAM, 1991, p. 54.

viciado em álcool a desintoxicar-se de maneira compulsória. A Constituição não o permite. O art. 5º, *caput* da CF garante a todos o direito à liberdade. O inciso LIV do mesmo dispositivo constitucional assevera que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

É necessário, enfim, para que seja legítima a internação involuntária, que o paciente, estando em surto, não tenha condições de exarar o seu consentimento. Fora dessas hipóteses, deve ser considerada como internação compulsória, submetida ao regramento que se passa a analisar.

A internação compulsória não pode ser olvidada pelo penalista. Na prática, ela é decretada em três situações: (a) a pedido de familiares (ou, eventualmente, do Ministério Público) de indivíduos portadores de transtornos mentais que não cometeram crimes, para a suposta proteção deles mesmos e da sociedade; (b) a pedido do Ministério Público, para manter segregado o indivíduo que cumpriu integralmente medida socioeducativa, pena ou medida de segurança que lhe foi imposta; (c) contra o inimputável que tenha praticado injusto penal e ao qual tenha sido aplicada medida de segurança de internação[267].

Com os conceitos de poder punitivo, direito penal, crime e pena bem definidos, é fácil concluir que as internações compulsórias, decretadas como instrumentos de defesa social, desde que não tenham como finalidade imediata a superação de um surto do paciente psiquiátrico em emergência ou com risco imediato ou iminente de morte – o que caracteriza a internação involuntária, não compulsória –, são verdadeiras penas, que devem, portanto, se sujeitar às garantias penais e processuais penais.

Essa ideia de internação compulsória como pena, ainda que não desenvolvida desde os seus fundamentos dogmáticos pela doutrina, já é intuída por alguns magistrados quando se deparam com essa problemática questão[268]. Demonstraremos que não existe uma *internação*

---

[267] Nucci entende que essa terceira hipótese – configuradora do que tradicionalmente se denomina de medida de segurança – não estaria abrangida pela expressão "internação compulsória" da Lei 10.216/01: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 665. Esse posicionamento, no entanto, não se sustenta, uma vez que a única hipótese legal em que há autorização expressa para que se decrete a internação compulsória é justamente a da medida de segurança. Paulo Queiroz, por outro lado, corretamente insere a medida de segurança no conceito de internação compulsória do art. 6º, inc. III da Lei 10.216/01: QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 551.

[268] No processo n° 1002386-11.2018.8.26.0404, que tramitou na 1ª Vara da Comarca de Orlândia, em São Paulo, salientou-se corretamente na sentença a semelhança entre a internação compulsória e a prisão, uma vez que ambos os institutos privam o indivíduo de sua liberdade: "É de bom alvitre destacar que a demandante precisa compreender a gravidade da medida de internação compulsória a justificar, por conseguinte, redobrada cautela em casos que tais. Salienta-se que a internação compulsória corresponde a uma 'prisão', restrição compulsória da liberdade do paciente, daí porque não pode ser decretada com base em rumores, havendo necessidade de se

compulsória civil, ao contrário do que é defendido pela maioria dos penalistas[269]. Ou se trata de internação involuntária – que realmente não tem qualquer relação com o direito penal, mas só se justifica em situação de emergência – ou se trata de internação compulsória, que, para ser aplicada pelo judiciário, pressupõe a prática de um injusto penal pelo portador de transtorno mental e deve ter um prazo máximo bem delimitado, além de respeitar na íntegra todas as normas protetivas das pessoas com transtornos mentais, conforme prega a teoria da dupla garantia.

Haroldo Caetano menciona o art. 6º da lei 10.216/01, que prevê as internações voluntária, involuntária e compulsória, e passa a analisar esta última em conformidade com o que dispõe o art. 9º[270]: se a internação só pode ser determinada judicialmente de acordo com a legislação vigente (ou seja, outra lei que não a própria lei 10.216/01), e se a atual legislação vigente somente prevê a internação judicial em duas hipóteses (aplicação de medida de segurança de internação e internação provisória como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva), então não há como se determinar a internação compulsória fora desses casos restritos[271]. A observação do autor é perfeita e está de acordo com a legislação vigente, mas o fundamento utilizado por ele é frágil e modificável ao sabor das circunstâncias políticas, pois permite que mediante lei se prevejam outras hipóteses de internação compulsória[272].

A internação compulsória, fora dos casos de emergência e risco de morte, é pena; portanto, pressupõe a prática de um injusto penal e deve respeitar as garantias penais e processuais penais. Não está o legislador autorizado a prever internação compulsória do portador de transtorno mental fora dessa hipótese. Adiante, ao procedermos à distinção entre pena e poder de polícia, ficarão claras as situações em que este último pode restringir a liberdade individual independentemente da prática de um injusto penal: um exemplo atual é a quarentena obrigatória para a contenção de pandemia.

---

demonstrar a imprescindibilidade da medida em detrimento de outros métodos convencionais, o que nem de longe ocorrera na espécie" (sentença proferida em 06/09/2019).

[269]NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 665; NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**, p. 112)..

[270] "Art. 9º. A internação compulsória é determinada, *de acordo com a legislação vigente*, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários".

[271] CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**, p. 123. No mesmo sentido: BARROS, Carmen Silva de Moraes. **Aplicação da política de saúde mental instituída pela lei n. 10.216/2001 ao louco infrator**. In: Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias, ano 1, n° 1. São Paulo: Conselho Penitenciário, agosto/2011.

[272] *Ibid.*, p. 123.

4.3. O debate sobre restrição de direitos não prescinde dos juristas

Muitos objetarão que a necessidade ou não de internação é matéria que deve ser deixada ao puro arbítrio da medicina, não tendo o jurista que se imiscuir nela. Pode surgir até certo estranhamento ao se ler, em uma tese de direito penal, sobre o tema das internações compulsórias da lei 10.216/01.

A objeção é parcialmente válida. De fato, por mais bem preparado e informado que seja um operador do direito, jamais terá condições de decidir por um diagnóstico e afirmar, com precisão, se determinado indivíduo necessita de um ou outro tratamento médico. Por isso, aliás, decisões judiciais que determinam a internação de alguém em hospital psiquiátrico em contrariedade à opinião médica invadem seara alheia. Se o laudo pericial, em um processo criminal, indica o tratamento ambulatorial para o réu inimputável, é incoerente aplicar a medida de internação, além de violar os artigos 4º e 6º da lei 10.216/01.

De qualquer forma, grande parte da discussão, por muito tempo tratada como matéria puramente médica, deve retornar às mãos dos juristas, a quem cabe a correta interpretação da Constituição Federal, dos tratados internacionais de direitos humanos e das leis. A eles, e não aos médicos, cabe analisar os pressupostos para que alguém possa ser privado de sua liberdade ou de outros direitos contra a sua vontade. Isso porque a Constituição Federal prevê o direito à liberdade como cláusula pétrea e ela só pode ser restringida em situações muito específicas. É justamente isso que defende Joe Tennyson Velo: "O saber sobre a liberdade é incumbência do jurista e, no entanto, gradualmente ele vem renunciando desafiar esse filosófico tema"[273].

Um exemplo candente do direito civil-constitucional pode esclarecer melhor a questão posta: uma criança chega ao hospital e é diagnosticada com uma doença cujo tratamento exige transfusão de sangue; a religião de seus pais, porém, impede-os de aceitar o tratamento médico proposto. É evidente o conflito de direitos envolvido no caso: de um lado, a liberdade religiosa; de outro, o direito à vida e à integridade física da criança, a quem deve ser dispensada prioridade absoluta por expressa disposição constitucional. O médico pode querer decidir aquele conflito e achar absurda a resistência dos pais. A questão, no entanto, foge de sua alçada. O problema é prioritariamente jurídico. Às ciências médicas cabe subsidiar o debate trazendo informações

---

[273] VELO, Joe Tennyson. **Teoria crítica do juízo de imputabilidade criminal**. UFPR: Curitiba, 2013, p. 12-13. No mesmo sentido: MAPELLI Jr., Reynaldo Mapelli; MAPELLI, José Antonio Diana. O poder público nas internações psiquiátricas e nos abrigamentos compulsórios – A questão dos inimputáveis. In: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. (organizadores). **Medida de segurança: uma questão de saúde e ética**, p. 65).

sobre o diagnóstico, o prognóstico e o tratamento indicado. Ao direito, porém, incumbe decidir o que deve ser feito e qual direito será preterido ao outro. Nessa situação, a vida da criança prevalece sobre a liberdade religiosa de seus pais. Não por decisão médica, mas por decisão política que, estampada na Constituição Federal – ao prever o direito à vida e à prioridade absoluta no tratamento de crianças e adolescentes –, transforma-se em dogma jurídico que não pode ser deixado de lado na solução da lide.

Em exemplo semelhante, mas diverso, a conclusão seria outra: o próprio indivíduo adulto é diagnosticado com uma doença que exige transfusão de sangue, mas, pela sua religião, recusa-se ao tratamento. Nesse caso, o entendimento jurídico adequado e majoritário é o de que ele não é obrigado a se submeter a nenhum tratamento[274]. Não pode o profissional da saúde, por sua pura vontade, realizá-lo compulsoriamente, pois a ordem jurídica não lho permite, prevalecendo a liberdade individual do paciente. Gagliano e Pamplona Filho ensinam que o doente tem a prerrogativa de se recusar ao tratamento, excetuada somente uma situação: "Não havendo, entretanto, tempo hábil para a oitiva do paciente – como, por exemplo, em uma emergência de parada cardíaca –, o médico tem o dever de realizar o tratamento"[275]. A analogia com as internações não poderia ser mais forte: também à psiquiatria se impõe o dever de realizar o tratamento compulsório em situação de emergência na qual não haja tempo hábil para obter o consentimento do paciente. Fora dessa hipótese, a compulsoriedade do tratamento é injustificável.

Barroso destaca que até meados do século XX vigorava o paradigma conhecido como paternalismo médico. Era legítima a intervenção do profissional da saúde independentemente da concordância do paciente. Após o fim da 2ª Guerra Mundial, o quadro se alterou. Com o Código de Nuremberg, de 1947, fruto da preocupação com pesquisas em seres humanos, sobreveio uma mudança de paradigma, ganhando força o do consentimento informado, fundado na autodeterminação individual. Em resumo, "o paradigma paternalista deu lugar à autonomia do paciente, nas suas relações com o médico. Ao profissional não se reconhece mais autoridade para impor determinada terapia ou para se substituir ao indivíduo nas decisões essenciais"[276].

O tema das internações psiquiátricas compulsórias também pressupõe, evidentemente, a participação de profissionais da saúde mental (médicos, psicólogos, assistentes sociais,

---

[274] BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais.** Parecer. Rio de Janeiro: 2010.
[275] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 98.
[276] BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 7.

enfermeiros etc.), os quais são responsáveis por trazer ao debate informações técnicas referentes aos diagnósticos, prognósticos clínicos e tratamentos adequados aos indivíduos portadores de transtornos mentais. Nesse aspecto a interdisciplinaridade assume papel fundamental.

Se profissionais da saúde mental concluírem, em uma situação concreta, que a internação de determinada pessoa não é indicada para o seu quadro clínico, será vedado ao juiz impô-la, pois seria absolutamente contrário à lógica e à razoabilidade privá-la de sua liberdade contra a sua vontade sob o pretexto de assisti-la se o tratamento é de antemão contraindicado. Seria o mesmo absurdo que permitir a um juiz impor uma transfusão de sangue a uma criança, contra a vontade de seus pais, em situação na qual os próprios médicos afirmem não ser esse tratamento adequado ao caso.

As internações compulsórias dos doentes mentais foram historicamente pressupostas como legítimas, fundamentando-se no perigo que eles representariam para a sociedade[277]. Há, porém, que se questioná-las. De onde veio o direito da sociedade de segregar um indivíduo por algo que ele possa vir a fazer, com fundamento somente em sua condição pessoal? A análise desse tema é jurídica, não médica.

Em suma: a despeito dos fundamentais aportes que a psiquiatria, a psicologia, o serviço social, a enfermagem e outros profissionais possam trazer ao tema, a discussão sobre a possibilidade de submeter uma pessoa, contra a sua vontade, à privação de sua liberdade, ainda que para tratá-la, deve ser travada por juristas, com respeito ao ordenamento jurídico vigente.

4.4. Medidas privativas de liberdade devem ser analisadas pelo direito penal

Sendo certo que qualquer medida restritiva ou privativa de liberdade deve ser objeto de preocupação dos juristas, cumpre perquirir agora qual é a disciplina jurídica mais adequada para estudá-la e fixar-lhe seus pressupostos e requisitos.

Em quase todos os manuais, tratados e cursos há uma tentativa de distinguir o direito penal dos outros ramos do ordenamento jurídico. Essa preocupação, porém, não existiu sempre. Conforme explica Rafael Mafei Queiroz, antes da consolidação do direito penal moderno – o que ocorreu, segundo sua visão, com Feuerbach, no início do século XIX -, essa distinção não

[277] VALLE, Hugo Ayal del. **De las medidas de seguridade**, p. 56. Ele menciona o Decreto n. 2.355, de 23/08/1933, do Chile, que permitia a internação por prazo indeterminado da pessoa que, em um mesmo ano, fosse condenada quatro vezes por ter sido encontrada embriagada na rua (em cada condenação ela poderia sofrer pena de trabalho forçado por até 4 dias). Em sua opinião, a "reclusão por tempo indefinido no Instituto de Reeducação Mental" estava "perfeitamente de acordo com as modernas concepções de Direito Penal que buscam golpear o problema do alcoolismo e da narcomania" (*ibid*., p. 69).

era nítida tampouco necessária. As penas eram previstas como sanções pelo descumprimento de determinadas normas jurídicas em todos os ramos do direito. Queiroz compara o direito penal daquela época com o sistema de multas no ordenamento jurídico contemporâneo. Não há um "direito das multas". Elas são previstas em legislações as mais díspares: desde as administrativas, passando pelas trabalhistas até as civis, processuais civis, penais, processuais penais[278].

Mesmo Beccaria – que é apontado por Queiroz como um dos pensadores que, embora não tenha criado, influenciou fortemente a racionalidade penal moderna[279] –, tratava o direito penal de forma conjugada com o processo penal, ou seja, não se via em sua obra autonomia daquele ramo do ordenamento jurídico. Inexistia especificidade do direito penal[280]. Aliás, antes do advento do Estado moderno, Alysson Leandro Mascaro sustenta que nem sequer havia especificidade da própria norma jurídica, entranhada que estava entre normas religiosas, culturais, comunitárias e econômicas[281].

A partir de Feuerbach, porém, consolidando-se o direito penal como disciplina autônoma, surgiu a necessidade de separá-la de outras afins. Afinal, no que se diferencia a pena da sanção aplicada pelo direito civil? Por que determinada infração à norma jurídica é considerada criminosa, enquanto outra não o é? Há uma distinção, extremamente necessária, que é ainda mais tortuosa: como a pena se diferencia da medida de polícia se ambas visam à defesa social, são impostas pelo Estado e necessariamente atingem um bem jurídico relevante de um indivíduo? São, portanto, dois diferentes, embora relacionados, problemas: como diferenciar o crime de outras transgressões legais e como diferenciar a pena de outras sanções legais.

Normalmente a doutrina não faz essa análise da forma aqui proposta. Distingue-se o direito penal de outros ramos do direito sem se observar essa dicotomia entre ato ilícito (como antecedente) e sanção (como consequente). Nesse aspecto, Puschel e Machado dividem os argumentos que diferenciam o direito penal do direito civil em três: "(I) no tipo de resposta e

---

[278] QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **O direito a ações imorais – Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 40-41.

[279] Ele diverge, no particular, de Álvaro Pires, que encontra a raiz da racionalidade penal moderna na obra de Beccaria: MACHADO, Maíra Rocha. Beccaria e a racionalidade penal moderna na história dos saberes sobre o crime e a pena, de Álvaro Pires. In: GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**, p. 109-110.

[280] MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 114-116.

[281] MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 40-44.

sua finalidade; (II) no tipo de interesse protegido; e (III) nos pressupostos da responsabilização”[282].

De acordo com o primeiro critério, a distinção entre um e outro estaria na finalidade da sanção: enquanto o direito penal busca a pena adequada, a sanção civil visa à reparação do dano causado. As autoras criticam esse critério em razão da crescente valorização da vítima no sistema penal. Outrossim, no próprio direito civil já se consideram aspectos punitivos para a imposição da sanção, conforme se verifica na temática da indenização por danos morais[283].

O segundo critério aduz que “o Direito Penal protege um interesse público, enquanto o Direito Civil protege interesses privados”. No entanto, essa tese “tem dificuldade de explicar as hipóteses, hoje admitidas pelo nosso ordenamento jurídico, de responsabilidade civil por danos a interesses difusos”[284].

Por fim, tratam as penalistas dos pressupostos de responsabilização: enquanto o direito penal pressupõe a culpabilidade, o direito civil amplia as hipóteses de responsabilidade objetiva. Para elas, a responsabilização criminal das pessoas jurídicas coloca essa distinção em xeque[285].

Em conclusão, Puschel e Machado destacam que não defendem o fim da autonomia do direito penal, mas sugerem “a adoção de uma perspectiva que enfrente a distinção não como natural, mas como uma construção social e que, dessa forma, permita que ela seja também objeto de um debate mais amplo sobre os processos e as formas de responsabilização em nossa sociedade”[286].

Nossa proposta de distinguir o direito penal dos outros ramos do direito reconhece que não há distinção ontológica entre crime e outros atos ilícitos. No entanto, deve-se recorrer a dados ônticos no momento de analisar a pena e diferenciá-la de outras sanções jurídicas, pois o critério meramente formal é insuficiente para resguardar direitos fundamentais.

4.4.1. Distinção entre crime e outros atos ilícitos

---

[282] PUSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Maíra Rocha. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**, p. 19.
[283] *Ibid.*, p. 20-29.
[284] *Ibid.*, p. 29 e 31.
[285] *Ibid.*, p. 33.
[286] *Ibid.*, p. 35.

Para a escola clássica, a distinção entre crime e outros atos ilícitos seria sutil, pois, compreendido aquele como um ente meramente jurídico – uma conduta violadora da norma –, guardava forte semelhança com qualquer outra transgressão legal.

No entanto, a construção teórica de Carrara, posto que com forte cunho religioso, encontrou um critério próprio para realizar a diferenciação. Em seu entendimento, a punição criminal decorreria de dois imperativos: de justiça e da defesa do ordenamento jurídico. Deus poderia sancionar um indivíduo por um critério simples de justiça, bastando a imoralidade da conduta, independentemente de sua lesividade social. A delegação, porém, que Deus teria dado às autoridades terrenas só abrangeria a possibilidade de punir alguém quando a medida fosse, além de justa, igualmente necessária[287]. É por isso que a punição de meros pensamentos que não chegassem a se concretizar objetivamente em delitos seria, embora justa (da perspectiva divina), desnecessária e, portanto, socialmente ilegítima: "Punir o pensamento é a fórmula comum com que se designa o apogeu da tirania"[288].

O crime, pois, para a escola clássica, é uma conduta imoral que ofende a sociedade. Condutas moralmente neutras, mas que coloquem em risco a sociedade, saem da esfera do direito penal, podendo ser tratadas, porém, pelo direito administrativo e seu poder de polícia. Condutas imorais, mas que não coloquem em risco a sociedade, são juridicamente irrelevantes, não podendo ser sancionadas pelo direito.

O pensamento de Carrara é interessante, pois, a despeito de bastante vinculado à religião, fundamenta o princípio da lesividade e não permite que condutas meramente imorais sejam objeto de criminalização. Por outro lado, restringindo o direito penal àquelas condutas que, além de socialmente ofensivas, não sejam moralmente neutras ou positivas, fortalece o que hoje se denomina de princípio da culpabilidade. Com isso, reveste o poder punitivo de maior razoabilidade: não se justifica a punição de alguém por fato que, embora cause danos, não seja socialmente reprovável.

Aparentemente parece ser benéfico a todos retirar do âmbito do sistema criminal condutas que causem danos, mas não sejam socialmente reprováveis, como, por exemplo, o injusto penal praticado por um indivíduo, que, por sua idade ou perturbação mental, não tem condições de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. No entanto, ao permitir, de forma ampla, que o poder de polícia administrativo

---

[287] CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**, p. 25.
[288] *Ibid.*, p. 44.

lide com essas situações, o que faz, na verdade, é retirar-lhes garantias fundamentais que o direito penal, bem ou mal, prevê.

A escola positiva, por sua vez, ao passar da análise do crime como ente jurídico abstrato para o estudo da pessoa do criminoso, seus atributos físicos e mentais, bem como dos aspectos sociais e econômicos que o rodeiam, buscou um conceito próprio de crime sobre o qual trabalhar. A análise de Garofalo sobre o delito natural partiu de uma premissa correta: não faz sentido que uma ciência como a criminologia tenha o seu método de estudo delimitado politicamente por meio da legislação criminal. Já naquela época frisava o criminólogo que uma legislação tão heterogênea, que definia como crimes condutas as mais diversas, não poderia embasar um estudo científico do tema. Em razão disso, buscou um conceito ontológico de delito que pudesse se aplicar a todas as sociedades "civilizadas". Eventuais sociedades "primitivas" que não se enquadrassem em seu conceito seriam meras exceções a confirmarem a regra.

Em resumo, para Garofalo, o delito natural seria a violação do sentimento humano médio da probidade e da piedade. A violação à probidade seria representada fundamentalmente pelos delitos contra a propriedade. Já a ofensa à piedade estaria presente nos delitos violentos, como homicídio, lesão corporal, estupro etc. Transgressões à lei que não envolvessem violação a esses sentimentos, embora devessem ser punidas, não estariam no âmbito de estudo da criminologia.

Dentre essas violações que não configurariam verdadeiros delitos naturais, Garofalo cita as transgressões de normas sanitárias. O atual crime de tráfico de drogas estaria incluído nessa definição. Para os autores dessas transgressões não se justificariam incursões teóricas e científicas sobre sua periculosidade ou anomalia psíquica. Não seriam verdadeiros criminosos, psiquicamente anormais, ao contrário dos verdadeiros, a seu modo de entender, criminosos, como o ladrão ou homicida. Uma conclusão provisória, que pode soar estranha, é que mesmo um autor como Garofalo, representante máximo do positivismo criminológico, defensor da pena de morte, de medidas neutralizadoras, da classificação de criminosos e do conceito de periculosidade, não enxergaria no varejista de drogas ilícitas qualquer anormalidade ou periculosidade[289], mas simplesmente uma pessoa que praticou conduta ofensiva à lei.

O que se apreende da escola positiva, principalmente do mencionado criminólogo italiano, é que, embora somente o autor do crime natural tivesse importância para a

[289] Não se justificando, em relação a ele, por exemplo, a determinação de realização de exame criminológico.

criminologia, qualquer transgressão à lei deveria ser punida. Não se extrai dali, porém, uma distinção exata sobre qual transgressão à lei seria matéria de direito penal e qual deveria ser deixada às outras disciplinas. Aparentemente, não havia qualquer limite à criminalização de condutas.

Superada a escola positiva, outro critério de distinção entre crime e outros ilícitos adotado por alguns penalistas é meramente formal e, no limite, tautológico: o crime é o ato ilícito ao qual a legislação prevê como sanção uma pena criminal[290]. Seria ampla a liberdade do legislador em definir quais condutas se caracterizariam como criminosas e quais seriam meramente ilícitas. Por essa definição, o conceito exato de crime, portanto, teria de ser buscado na pena. Mas a pena é definida justamente por ser a consequência jurídica decorrente da prática de crime. Assim, a tautologia dos conceitos não permite que se chegue a qualquer diferenciação razoável entre crimes e outros atos ilícitos e entre pena e outras medidas interventivas aplicadas pelo Estado. Abre-se grande margem ao legislador: crime e pena são definidos por ele de forma arbitrária.

Outra diferença entre ilícitos criminais e outros ilícitos estaria na grande relevância social dos bens jurídicos ofendidos pelo crime, em detrimento da importância menor dos bens jurídicos ofendidos pelo ilícito civil ou administrativo. É a ideia que prevalece entre os penalistas, que asseveram ser o direito penal o ramo do direito responsável pelas condutas ilícitas mais intoleráveis à sociedade[291]. Se é certo que, ao menos idealmente, deveria ser assim – dados os nefastos efeitos das penas a quem as sofre –, não o é, contudo, na prática. Essa distinção, portanto, serve como orientação, mas não como constatação, da distinção entre crimes e outros atos ilícitos.

A criminologia crítica desvendou essa falácia ao demonstrar que tanto a criminalização primária quanto a criminalização secundária das condutas não levam em consideração somente a importância dos bens jurídicos afetados, mas sim, principalmente, a condição social dos sujeitos ativos e passivos. Se a conduta é majoritariamente praticada por sujeitos vulneráveis, sem grande influência política e econômica, será mais fácil sua criminalização primária (ou seja, a promulgação de lei que preveja os tipos penais correspondentes) e secundária (ou seja, a atuação concreta do sistema penal em face do sujeito autor do delito). Pelo contrário, se os

---

[290] FILHO, Roberto Lyra; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Compêndio de direito penal: parte geral**. São Paulo: Bushatsky, 1972, p. 97; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 106.
[291] CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito penal, parte geral: questões fundamentais – teoria geral do crime**, 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2008, p. 105; JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**, p. 12; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, p. 10.

sujeitos que normalmente praticam tal conduta têm forte influência política e econômica, ainda que viole bens jurídicos relevantes, em regra, não há criminalização primária ou, mesmo quando a conduta é proibida igualmente para eles, não costuma ocorrer, senão de forma excepcional, a criminalização secundária. Nesse sentido, embora seja notório que o tráfico de drogas ocorre em todas as classes sociais, quem é efetivamente selecionado pelas agências policiais, processado e punido por esse delito, na maioria das vezes, é a camada da população menos favorecida e, portanto, com maior vulnerabilidade à criminalização[292].

Ainda que a distinção entre crimes e outros atos ilícitos não possa se fundamentar na importância do bem jurídico ofendido pelas condutas, tal critério não pode ser de todo ignorado, pois se trata de ótima e vinculante orientação a legisladores e juízes. É uma exigência do Estado Democrático de Direito que somente possam ser consideradas criminosas condutas que ofendam bens jurídicos relevantes à sociedade. Tendo isso em consideração, a doutrina normalmente elenca como princípios do direito penal, entre outros, a subsidiariedade, a fragmentariedade, a intervenção mínima, a lesividade. Ausente ofensividade na conduta, não se pode considerá-la criminosa, ainda que formalmente prevista em lei como tal. É o que ocorre com o crime de porte de drogas para consumo próprio. Inexistindo lesividade (ou seja, possibilidade de causar perigo concreto ou lesão a bens jurídicos de terceiros), impõe-se a declaração de sua inconstitucionalidade. Outros requisitos materiais do injusto penal também são trabalhados pela doutrina, como os princípios da insignificância e da adequação social. Tudo isso baseado na ideia de que só deve configurar crime aquela conduta que importe em intolerável risco ou lesão a bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, justamente porque a pena, que é sua consequência jurídica, causa severos danos a quem a sofre e, portanto, sua aplicação deve se limitar a situações excepcionais.

Para concluir em poucas palavras, não há diferença ontológica entre o ilícito criminal e o ilícito civil ou administrativo[293]. Condutas que em alguns momentos são criminalizadas

---

[292] Estatisticamente, a criminalização secundária de indivíduos pelos chamados “crimes de colarinho branco” é ínfima, ainda que recentemente se tenha dado a ela bastante publicidade. Isso tem a clara funcionalidade de mostrar para a sociedade o sistema penal como respeitador da isonomia, pois atingiria igualmente todas as classes sociais, embora as pesquisas criminológicas deixem evidente que a seletividade está impregnada em sua estrutura e sua atuação ocorre prioritariamente contra os indivíduos mais vulneráveis. No último relatório do DEPEN, de junho de 2017, dos 520.251 presos, 234.866 estariam envolvidos em crimes patrimoniais e 156.749 em delitos previstos na lei de drogas. Presos por crimes contra a Administração Pública somavam pouco mais de 1.000: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: junho de 2017, p. 44.

[293] PUSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Maíra Rocha. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**, p. 19.

deixam de sê-lo de uma hora para a outra e vice-versa[294]. As diferenças, portanto, são meramente quantitativas e normativas, não qualitativas e ontológicas.

4.4.2. Distinção entre pena e outras sanções

No tema das medidas de segurança e das internações compulsórias, mais importante que distinguir entre ilícito civil e ilícito penal é diferenciar, e com absoluta precisão, medidas meramente administrativas, frutos do legítimo poder de polícia, das sanções penais. A importância é de cunho prático, pois àquelas não se aplicam as garantias constitucionais do direito penal.

Para o senso comum, retirar situações do âmbito do direito penal é uma forma de ampliar as liberdades fundamentais. O raciocínio está absolutamente correto se isso resultar na efetiva proibição do exercício do poder punitivo. É evidente que não impor pena a condutas cuja repressão é irracional – por não causar dano a terceiro ou por ser praticada por inimputável – é uma conquista civilizatória. Mas não basta, para isso, proclamar que o direito penal não atuará. É necessário que realmente o poder punitivo não se exerça. É crucial, como se percebe, a distinção entre poder punitivo e direito penal. Desabilitar o poder punitivo efetivamente amplia as liberdades fundamentais. Mantê-lo hígido, porém, e, ao mesmo tempo, retirar-lhe do saber penal nada mais significa do que restringir direitos e garantias fundamentais, pois ele será exercido sem limitações, uma vez que o dique de contenção da dogmática estará impedido de atuar[295].

Em outras palavras, a simples transferência de medidas materialmente punitivas do direito penal para o direito administrativo (ou para outra disciplina jurídica, como o direito de família) atua em sentido contrário ao que se imagina: não só não amplia as liberdades fundamentais como as restringe.

Isso porque os pressupostos para a aplicação da pena são mais restritos do que os necessários à imposição de medidas de polícia. A pena, justamente por ter a potencialidade de restringir a liberdade individual, pressupõe a prática de um delito e a observância do devido processo legal. Ademais, sua execução tem limite temporal claro e bem definido. O poder de polícia, por sua vez, para ser acionado, pressupõe somente a existência de uma situação de risco à ordem pública e social: não há necessidade da prática de qualquer ilícito. Em alguns casos – quando há previsão legal e a situação é de urgência ou emergência – nem sequer é necessário

---

[294] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, p. 11.
[295] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, p. 177.

que se recorra ao poder judiciário: deve o executivo agir de ofício. Por fim, não há prazos definidos de duração das medidas.

É fundamental analisar como a doutrina tradicionalmente distingue as sanções penais do mero exercício do poder de polícia. Podem ser identificadas quatro teses a respeito, que serão aprofundadas adiante: (1) a diferenciação se encontra na finalidade de cada uma delas: as penas são retributivas, enquanto as medidas de polícia são meramente utilitárias; (2) não há distinção entre penas e medidas de polícia: é a conclusão a que se chega adotando-se o positivismo criminológico; (3) a distinção é meramente formal, dependendo, portanto, da qualificação dada pelo legislador; (4) a pena é todo sofrimento imposto pelo Estado que não tenha por objetivo imediato a reparação de danos ou a cessação de um perigo atual ou iminente; a medida de polícia, por sua vez, embora possa causar dor – inclusive com a privação de liberdade – deve durar o prazo estritamente necessário para fazer cessar um perigo atual ou iminente.

Para Carrara, as penas se justificam por serem retributivas, enquanto as medidas de polícia são meramente utilitárias. Como já analisado, para o jurista italiano, há dois critérios que permitem considerar uma infração legal como crime: a ofensividade da conduta (aspecto da defesa da humanidade) e a sua imoralidade (aspecto da justiça). Faltando esta, ele entende inviável a aplicação do direito penal, embora possível o acionamento do poder de polícia[296]. A pena, portanto, é aplicada pelo Estado contra indivíduos imputáveis que tenham praticado conduta ofensiva à sociedade e moralmente reprovável prevista em lei como crime: sua finalidade é retributiva. A medida de polícia, por sua vez, pode ser aplicada a quaisquer pessoas que coloquem em risco a sociedade, ainda que inimputáveis ou que não tenham praticado qualquer injusto penal: sua finalidade é preventiva. Em rigor, Carrara não sustenta qualquer distinção material entre a pena e a medida administrativa. Seus pressupostos e sua forma de atuação são distintos, não, porém, sua essência. Para o clássico penalista italiano, em conclusão, nada impede que a medida de polícia resulte em privação de liberdade. Partindo-se do princípio da secularização – que prega a completa separação entre o direito e a religião –, não há como se permanecer com essa distinção apregoada por Carrara. A metafísica com que trabalha é evidente, e, com exceção de sua excepcional contribuição à exigência da ofensividade para a criminalização de condutas, afirmar que o direito penal pressupõe a imoralidade da conduta enquanto o poder de polícia se contenta somente com a utilidade pública não auxilia os

[296] CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**, p. 31.

operadores do direito e permite, de forma bastante simples, que fatos moralmente inocentes sofram verdadeiras punições com o rótulo de medidas de polícia.

A escola positiva, a seu turno, se interpretada de forma lógica, não diferenciava propriamente as penas de outras medidas de polícia, pois a finalidade do Estado seria sempre a defesa social. Não era imprescindível a existência de um crime, uma vez que o fundamento de qualquer medida seria a periculosidade do sujeito: desenvolvida até suas últimas consequências, a teoria monista levaria à ausência de distinção entre a pena e outras sanções jurídicas, rompendo a divisão didática entre os ramos do direito. Com efeito, Pinho sustenta que os positivistas "elastecem de tal modo essa noção [defesa social] que acabariam por encerrar em seu âmbito todas as providências legais que visem a manutenção do equilíbrio e harmonia social, o que vale dizer, todas as normas jurídicas em que se tutelem interesses individuais e sociais"[297]. Aníbal Bruno concorda que não há uma distinção rigorosa entre o direito penal e o direito administrativo ao defender que providências que tenham qualquer relação com a questão criminal, desde que necessitem de maiores garantias jurídicas, devem ser analisadas pelo direito penal[298].

A terceira distinção é meramente formal: pena é a consequência legal expressamente prevista em lei para um delito. Se for definido por meio de lei que determinada postura estatal, ainda que restrinja decisivamente a liberdade individual, não é pena, mas simples exercício de poder de polícia ou, pior, simples benefício do Estado aplicado em favor de alguém, assim deverá ser considerado e a doutrina do direito penal não se ocupará do tema. As garantias constitucionais penais e processuais penais não serão aplicáveis, afinal não se trata de pena.

O que se percebe é que a ausência de um referencial material e ontológico para a pena abre grande margem de discricionariedade ao poder estatal. Com a simples promulgação de uma lei, pode-se transformar medidas drásticas como privações de liberdade, castrações e trabalhos obrigatórios em medidas de polícia ou educativas, afastando-se todo o arsenal de garantias construído desde o século XVIII pelo pensamento ilustrado e consolidadas nas constituições contemporâneas.

A ausência de distinção clara entre pena e medida de polícia, somada à noção vaga de periculosidade, permite a legitimação do autoritarismo e o incremento do terror estatal,

---

[297] PINHO, Demosthenes Madureira de. **Medidas de segurança (teoria geral)**, p. 55.
[298] BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 178.

inclusive com viés de perseguição política, conforme historicamente se verificou com a internação psiquiátrica compulsória de indivíduos contrários a determinados regimes.

Reportagem do Jornal Folha de S. Paulo de 18/03/2001 apontou que a "China tem utilizado uma rede de hospitais psiquiátricos para infratores como centro de detenção e tortura de dissidentes do regime do Partido Comunista"[299]. Matéria mais recente da BBC, de 27/10/2018, afirma que naquele mesmo país mulçumanos vêm sendo internados por razão religiosa: "A China tem constantemente negado que esteja prendendo muçulmanos sem julgamento ou qualquer processo. Nesse contexto, um eufemismo para as prisões tem ganhado terreno – educação"[300].

Não somente as internações compulsórias, mas igualmente outras medidas extremamente invasivas foram adotadas contra pessoas portadoras de deficiências a fim de neutralizá-las. Assim, no nazismo, "em 14.07.33, já havia sido editada uma lei que permitia a compulsória esterilização de pessoas acometidas por doenças mentais e físicas (de esquizofrenia a alcoolismo crônico, passando por cegueira e surdez)"[301].

Outra medida absurda proposta recentemente sob o rótulo de "internação psiquiátrica", mas que configura verdadeira pena, é a de um vereador de São Paulo que apresentou projeto de lei municipal (PL 352/19) com a seguinte redação: "Se (...) for detectada uma gravidez em que as condições sociais e psicológicas da gestante indiquem propensão ao abortamento ilegal, o município requererá medidas judiciais (...), inclusive a internação psiquiátrica"[302]. Trata-se de inconstitucional medida de segurança pré-delitual. As razões da inconstitucionalidade são muitas, cabendo citar duas: não se admite a punição de alguém antes da prática do injusto penal e a competência para legislar sobre direito penal é da União. Este é um dos inúmeros exemplos em que a nobre ciência da psiquiatria é desfigurada e utilizada de forma grosseira para justificar medidas estatais francamente autoritárias.

Como se percebe, a distinção meramente formal entre penas e medidas de polícia tem sido utilizada com graves prejuízos aos direitos e garantias fundamentais. Os próprios penalistas, em regra, têm grande dificuldade para trazer ao seu âmbito de estudo medidas estatais claramente punitivas quando elas não são previstas em leis penais explícitas: "Sem

---

[299] STAROBINAS, Marcelo. **China interna dissidentes como louco**. Folha de S. Paulo, 18/03/2001.
[300] SUDWORTH, John. **Por dentro dos campos de "reeducação" para onde são mandados mulçumanos na China**. BBC News, 27/10/2018.
[301] FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**, p. 147.
[302] REVISTA EXAME. **Holiday quer internação psiquiátrica a grávidas com 'propensão' a abortar**. Revista Exame, 24/06/2019.

dúvida, causa assombro descobrir que existem numerosos atos de poder que não respondem ao modelo reparador nem de coação direta, mas que privam de direitos ou causam dor, e que quase nunca se imagina que possam se considerar penas"[303].

É o que acontece, de maneira exemplar, no direito da criança e do adolescente. A Constituição Federal não permite a imposição de pena aos menores de 18 anos, considerados inimputáveis. O código penal, portanto, não se lhes aplica. No entanto, o estatuto da criança e do adolescente prevê um verdadeiro sistema de direito penal juvenil: às condutas configuradoras de atos infracionais, preveem-se, como sanções jurídicas, as medidas socioeducativas. Não deveria existir dúvida sobre o caráter penal que essas medidas assumem na prática[304], ainda que isso seja constitucionalmente vedado. Julgamentos morais e censuras ao ato são comumente utilizados em sentenças e acórdãos.

A medida socioeducativa, portanto, aplicada em resposta à prática de um ato infracional por adolescente, com a potencialidade de impor privação à sua liberdade, é ontologicamente pena. Pena atenuada em alguns casos, tendo em vista o prazo máximo previsto na lei[305], mas pena. Pena aplicada em contrariedade à Constituição Federal, mas pena. Pena com outro nome, mas pena. No entanto, encarada como um bem – simplesmente porque a Constituição Federal não permite que se a denomine de pena –, afastam-se as garantias penais e processuais penais aplicáveis aos adultos.

Com essa distinção meramente formal entre penas e outras sanções jurídicas aplicadas pelo Estado, uma medida privativa de liberdade contra um adolescente que tenha cometido um ato infracional, nitidamente aflitiva e retributiva – embora se doure a pílula com o corriqueiro argumento de que a internação é medida boa para a ressocialização – pode ser aplicada sem o respeito às garantias penais e processuais penais previstas aos adultos[306]. Em excelente

---

[303] ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**, p. 46.
[304] SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**, p. 234.
[305] Esse prazo máximo é derespeitado quando à medida socioeducativa sucede a internação compulsória em Unidade Experimental de Saúde.
[306] De forma crítica: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**, p. 217. Em boa hora, a lei 12.594/12 previu de forma expressa que os adolescentes não podem ser tratados de forma mais gravosa que os adultos: "Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto". O STF, ao vedar a internação de adolescente representado por ato infracional equiparado ao porte de droga para consumo próprio, baseou-se igualmente nessa proibição: HC 124682/SP, rel. Min. Celso de Mello, 16.12.2014. (HC-124682)" (Informativo 772 do STF). No entanto, a jurisprudência é farta de exemplos em que o tratamento dado ao adolescente foi mais gravoso do que seria dado ao adulto em situação semelhante. Para ficar em somente um, o STJ pacificou o entendimento de que a sentença que aplica medida socioeducativa tem eficácia imediata, não sendo necessário aguardar o julgamento dos recursos, nem sequer o de apelação: HC 346.380-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/4/2016, DJe 13/5/2016

pesquisa, Cornelius demonstrou que "não apenas o STJ costuma decidir a favor da acusação em casos processuais, como o faz mesmo quando o ECA prevê uma solução favorável à defesa". O critério principal, como ocorre na justiça criminal comum, é o da gravidade do ato praticado: "Diferentes grupos de adolescentes são tratados de modo distinto: os que cometem atos leves merecem o 'melhor dos dois mundos', já os que cometem atos graves merecem o 'pior dos dois mundos'"[307].

Mesmo quando medidas privativas de liberdade são incorporadas no código penal – como, por exemplo, as medidas de segurança –, a doutrina não é unânime em reconhecer sua natureza de sanção penal, deixando de lhes aplicar as normas garantidoras pertinentes. A justificativa, de novo, tem cunho formal: se a medida de segurança foi prevista ao lado da pena, é logicamente impossível que se trate de espécie dela. Se o legislador, ainda que prevendo as medidas de segurança no interior do código penal, tratou-as de forma apartada das penas, não caberia ao intérprete compreendê-las como uma coisa só. A utilização exclusiva do critério formal de distinção não traz segurança jurídica aos indivíduos.

Como ambos os poderes – penal propriamente dito e de polícia administrativa – impõem sacrifícios a direitos individuais, algumas conclusões parciais podem ser extraídas: (1) é mais simples para o Estado utilizar-se do poder de polícia como pretexto para intervir em determinados casos, uma vez que os filtros constitucionais e legais existentes à sua atuação são menos rígidos do que no direito penal; (2) a tendência do poder punitivo, justamente pela simplicidade de atuar com fundamento no poder de polícia, é relegar-se para o âmbito do direito administrativo sempre que não for limitado externamente (principalmente pela dogmática penal e pelo judiciário em seu papel de contenção); (3) não se justifica considerar como simples exercício do poder de polícia atuações do Estado que, visando à defesa social (ainda que declaradamente a finalidade seja curar), privem indivíduos de direitos fundamentais fora de situação de urgência; (4) o exercício do poder de polícia deve se limitar ao tempo estritamente necessário para fazer cessar o perigo imediato e concreto; (5) perigo remoto ou abstrato não justifica a privação de liberdade com base no poder de polícia.

Para uma construção doutrinária que vise à limitação do poder punitivo e ao resguardo da liberdade individual, faz-se necessária uma proposta ousada de distinção do direito penal dos outros ramos do direito. A dogmática penal deve abranger todo o poder punitivo para que

---

(Informativo 583). Em sentido contrário, porém: STF, 1ª Turma, HC 121.727-SP, Rel. Min. Rosa Weber, j. 03/06/2014.

[307] CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. **O pior dos dois mundos?**, p. 229-232.

possa depurá-lo e identificar o seu exercício lícito e ilícito. A identificação do poder punitivo, porém, não deve se pautar nas finalidades da pena ou no rótulo impresso pelo legislador. O critério formal, como se detalhará adiante, é importante, mas insuficiente.

Zaffaroni captou de forma exemplar a necessidade de se construir um conceito ôntico de pena e o fez por exclusão: pena é todo sofrimento imposto pelo Estado que não tenha por objetivo imediato a reparação de danos ou a cessação de um perigo atual ou iminente. Em suas palavras: "Incorporando as referências ônticas é possível construir o conceito tendo em conta que a pena é (a) uma coerção, (b) que impõe uma privação de direitos ou dor, (c) que não repara nem restitui e (d) tampouco detém as lesões em curso nem neutraliza os perigos iminentes"[308].

Se a coerção imposta pelo Estado causar dor ou privação de direitos, mas possuir uma função efetivamente reparadora, não será pena, mas sanção civil. Também não será pena se ela for imposta para deter lesões ou neutralizar perigos iminentes, hipótese em que se tratará de legítimo exercício do poder de polícia[309]. Os autores argentinos reconhecem que a coerção para neutralizar lesões ou perigos iminentes pode ser – e com muita frequência é – usada para tentar legitimar o poder punitivo com a criação de emergências perenes, razão pela qual se faz necessária a preocupação de todos os penalistas com as leis que habilitam a coação direta diferida, por serem eventualmente penais[310].

Essa linha tênue entre a legitimidade da coerção direta e a ilegitimidade do poder punitivo exercido sob esse pretexto pode ser observada no tema das internações psiquiátricas: não há dúvida de que a internação involuntária de alguém em surto, havendo emergência e risco de morte, é legítima providência administrativa. Passado aquele período, porém, a internação compulsória deve ser analisada como manifestação do poder punitivo.

A coerção estatal que impuser dor ou restrição de direitos deverá ser considerada pena e, portanto, abrangida pelo direito penal, sempre que não buscar reparar um dano sofrido ou neutralizar uma lesão em curso ou um perigo iminente.

Esse conceito permite considerar, por exemplo, torturas aplicadas por agentes do Estado, no âmbito do sistema penal subterrâneo, como penas. Embora ilícitas, reconhecer que

---

[308] ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**, p. 47.
[309] *Ibid.*
[310] *Ibid.*, p. 50: "(...) a confusão entre coação direta e pena é o ardil do estado de polícia para acabar com o estado de direito, usado desde a consolidação do poder punitivo nos primeiros séculos do milênio que passou e reiterado em cada renovação argumentativa da emergência: a inquisição não é outra coisa que a conversão de todo o poder punitivo em coerção direta".

são penas traz efeitos concretos: impede o Estado de aplicar pena lícita ao indivíduo que já tenha sido ilegalmente sancionado. Seu raciocínio é bastante coerente: se o sujeito já sofreu pena (mal infligido pelo Estado em razão da prática de um crime, que não teve como finalidade a cessação imediata do perigo ou a reparação de danos), ainda que ilícita, o princípio que proíbe a dupla punição pelo mesmo fato não permite a imposição de pena formal. Com base nesse entendimento, alguns decretos de indulto no Brasil previram a extinção da punibilidade para os sentenciados que houvessem sido torturados no cumprimento de sua sanção[311].

Por outro lado, embora a pena, para ser lícita, pressuponha a prática de um delito, são corriqueiras as situações em que, de forma preventiva, o Estado restringe a liberdade individual independentemente da prática delitiva, o que não pode ser ignorado pelo direito penal. Assim, não deve entrar no conceito negativo de pena a necessidade de ser uma reação ao crime, bastando que, de alguma forma, com a medida restritiva de liberdade aplicada, busque-se evitar a sua prática ou a ocorrência de outros atos antissociais.

Cremos, porém, que o conceito negativo de pena de Zaffaroni deve ser ligeiramente restringido, uma vez que, levado às últimas consequências, sanções propriamente administrativas (por exemplo, as aplicadas em decorrência de infrações de trânsito ou contra servidores públicos), ainda que sem potencialidade para privar a liberdade individual ou restringi-la de maneira significativa, deveriam ser consideradas como penas criminais, o que é não é conveniente. Ainda que o direito administrativo sancionador deva respeitar os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública – como o devido processo legal, a legalidade geral, a impessoalidade etc. –, não se pode exigir o respeito a dogmas penais e processuais penais.

As sanções propriamente administrativas, embora imponham restrições de direitos, inclusive à própria liberdade (como, por exemplo, a cassação do direito de dirigir), não têm potencialidade de privar a liberdade de um indivíduo ou de restringi-la de forma significativa (se o tiver, não será mera medida administrativa de polícia, mas verdadeira pena), além de não estigmatizá-lo, ou seja, há como se identificar uma distinção mais ou menos clara entre as sanções penais e as propriamente administrativas.

---

[311] Decreto n. 8.172/13: "Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: (...) XVIII - condenadas à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2013, tenham sido vítimas de tortura, nos termos da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, com decisão transitada em julgado, praticada por agente público ou investido em função pública no curso do cumprimento da sua privação de liberdade". A mesma previsão veio estampada nos decretos n. 8.380/14, 8.615/15, 8.940/16 e 9.246/17. Todos foram inaplicáveis na prática por exigirem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória contra o agente responsável pela tortura.

A ausência de potencialidade para restringir a liberdade individual, somada ao critério formal e à tradição jurídica de historicamente se considerar algumas sanções como meramente administrativas[312], não aconselha que elas sejam transferidas para o direito penal.

É genuíno e louvável o esforço de parte da doutrina para ampliar os direitos e garantias fundamentais penais e processuais penais para o âmbito do direito administrativo sancionador. O efeito prático, porém, é contrário ao que se busca.

A dinâmica do direito administrativo é distinta. Ao contrário do direito penal, que deve intervir somente de forma excepcional, o direito administrativo trata de atividades ordinárias e corriqueiras do Estado. Predomina a ausência de jurisdição na aplicação das sanções. Ainda que algumas garantias básicas sejam previstas a fim de se evitar o sempre indesejável arbítrio estatal, alguns princípios penais e processuais penais são simplesmente inaplicáveis nesse âmbito.

Certos dogmas operacionais do direito administrativo, necessários nesse ramo do ordenamento jurídico, são absolutamente insustentáveis no processo penal. O princípio da presunção de inocência, por exemplo, impede que se considere o atributo da presunção de veracidade dos atos administrativos em um depoimento judicial pelo simples fato de a testemunha ser servidora pública. Um policial militar, enquanto no exercício de uma atividade puramente administrativa, como a aplicação de multa em decorrência de infração de trânsito, terá sua atuação coberta pela presunção (relativa, que pode ser afastada por prova em sentido contrário) de veracidade e legitimidade. Esse mesmo servidor público, porém, ao ser ouvido em um processo criminal para relatar como ocorreu determinada prisão, terá os atributos de qualquer testemunha, inclusive se submetendo ao compromisso de dizer a verdade.

A legislação administrativa admite a utilização de cláusulas gerais, deixando a critério do administrador a escolha da penalidade adequada. Além disso, seria um verdadeiro caos exigir, no tratamento jurídico das infrações de trânsito, o respeito ao processo penal. É impossível exigir dos fiscais administrativos que instruam as autuações em todos os casos com fotografias ou rol de testemunhas. O ônus da prova, em eventual judicialização para questionar a autuação administrativa, será do cidadão, não do Estado. Embora não seja esse o sistema mais

[312] Este é o entendimento unânime da doutrina penal: “As penas disciplinares impostas pelo Direito Administrativo não são penas criminais, mas medidas de disciplina aplicadas no âmbito da administração pública, estando fora do Direito Penal” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, p. 10).

desejável, é o único operacionalmente possível. E ele é socialmente aceito porque a gravidade das sanções aplicáveis é incomparavelmente menor do que a das sanções criminais.

O resultado prático de tentar abranger matérias tipicamente administrativas – que não importem em privação ou severa restrição de liberdade e estigma aos indivíduos – no âmbito penal é moldar institutos garantistas de forma a se adaptarem a situações que rigorosamente não exigem sua observância. O próprio aspecto conceitual é afetado para, de maneira forçada, tentar encaixar um instituto penal ou processual em situações não apropriadas para ele. Flexibilizando-se determinados institutos processuais e penais (como a presunção de inocência, reserva legal etc.) para caberem no direito administrativo, eles perdem em rigidez e o fragilizam para enfrentar o poder punitivo.

Estava correto Hassemer ao lançar a ideia de um ramo do direito intermediário entre o direito penal e o direito administrativo "com um nível de garantias e formalidades processuais inferior ao do Direito Penal, mas igualmente acompanhado de uma carga reduzida de sanções"[313].

Em conclusão, defendemos que sanções tipicamente administrativas que não imponham severa restrição de liberdade não devem ser analisadas, em regra, pelo direito penal. Por isso, é possível acrescentar à noção negativa de pena adotada por Zaffaroni outro aspecto: a intervenção estatal que cause sofrimento ao indivíduo e não tenha finalidade reparadora ou de deter um dano imediato ou iminente será considerada pena desde que tenha potencialidade de interferir significativamente na liberdade individual.

Não se quer afirmar que qualquer medida aplicada pelo Estado que prive o indivíduo de sua liberdade seja pena. Pela própria definição de Zaffaroni, não é considerada pena, mas autêntica medida de polícia administrativa, a internação compulsória determinada pelo Estado para fazer cessar uma lesão em curso: a colocação em quarentena obrigatória de pessoas durante a pandemia do COVID-19 é autêntica medida de polícia administrativa, não é pena. Pode ser decretada pelas autoridades administrativas e não pressupõe a ocorrência de um injusto penal. É evidente que, mesmo aqui, não se tolera o arbítrio, uma vez que as medidas devem ser proporcionais e razoáveis, mas predomina a discricionariedade da Administração Pública.

---

[313] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Das atuais relações entre o direito penal e o direito administrativo. In: GARCIA, Basileu**. Instituições de direito penal, p. 57.

A interferência na liberdade individual pode ocorrer de diversas formas. É por isso, aliás, que, na classificação das medidas de segurança, os autores tradicionalmente as dividem em medidas pessoais e reais. Aquelas, por sua vez, que interferem propriamente na liberdade, são comumente divididas em restritivas de liberdade e privativas de liberdade. Estas últimas afetam de forma mais incisiva o direito à liberdade, pois o indivíduo é inserido compulsoriamente em um local, denominado por Goffman como instituição total, cercado por celas, muros ou outros obstáculos, e tem todos os seus movimentos vigiados, sendo proibido de retirar-se por sua vontade[314]. Há um processo de mortificação do eu, em que o sujeito perde completamente sua individualidade[315]. Outra característica dessas instituições é a estigmatização que causam. Aí se incluem prisões, locais de cumprimento de internações, manicômios etc.

Pela gravidade dessas medidas privativas de liberdade, cuja extinção é defendida veementemente pelos movimentos abolicionistas, a cautela que o Estado e a sociedade devem ter para impô-las a alguém deve ser minuciosa. Tradicionalmente, a mais conhecida delas (a prisão) é tratada pelo direito penal. De forma injustificada, porém, outras medidas tão gravosas quanto a prisão, por restringirem no mesmo nível a liberdade individual, ficam de fora do direito penal.

As medidas restritivas de liberdade, por sua vez, ao contrário das privativas, são graduáveis. Entram nesse conceito, por exemplo, a maioria das medidas cautelares alternativas à prisão processual previstas no art. 319 do Código de Processo Penal: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados locais, proibição de manter contato com determinadas pessoas, proibição de sair da comarca, recolhimento domiciliar noturno, suspensão do exercício da função pública, monitoração eletrônica etc.

A preocupação do teórico do direito penal não deve ser, senão em pequena medida, a análise de intervenções estatais que restrinjam o patrimônio do indivíduo. Não por ser a propriedade desimportante; em verdade, trata-se de direito fundamental que deve ser assegurado, desde que respeitada sua função social. Mas ao contrário da restrição ou privação de liberdade, que atinge o âmago do sujeito e deve ser analisada de forma mais cautelosa por um ramo específico do direito – assim como a privação da vida ou a interferência direta no corpo do indivíduo, penas que, no entanto, são vedadas pelo ordenamento constitucional

[314] GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**, p. 16-17.
[315] *Ibid.*, p. 24-49.

brasileiro[316] -, a questão patrimonial é inerente a todas as disciplinas jurídicas, pois a restrição da propriedade é a sanção jurídica por excelência. Para conter o poder público contra invasões arbitrárias à propriedade, as garantias constitucionais e legais que não se referem especificamente ao direito penal são suficientes.

Somente será possível realizar uma contenção racional do poder punitivo se o direito penal focar sua atenção em todas as medidas privativas de liberdade e na maior parte das medidas restritivas de liberdade aplicadas a um sujeito contra a sua vontade, deixando fora de seu âmbito medidas meramente patrimoniais e as que não restrinjam em suficiente profundidade a liberdade.

O entendimento aqui exposto não é imune a críticas. São duas as principais: (1) as ideias contemporâneas são no sentido de afastar a prisão como núcleo essencial do direito penal: a própria Constituição Federal, ao prever as espécies de pena, em seu art. 5º, inc. LXVI, menciona, entre outras, não só a privação ou restrição de liberdade, mas também a perda de bens, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos[317]; (2) algumas privações de liberdade sempre foram tratadas em outros ramos do direito, com destaque especial para a prisão civil do devedor de alimentos. Necessário, portanto, tratar dessas possíveis objeções à tese aqui defendida.

A primeira objeção tem sólidos fundamentos. Efetivamente se vem declarando doutrinariamente a falência da pena de prisão. No entanto, o que se vê, na prática, em diversos países, mas principalmente no Brasil, é o fenômeno do encarceramento em massa[318]. Nunca se prendeu tanto. A população carcerária brasileira cresceu exponencialmente nas últimas décadas. Assim, a preocupação da doutrina comprometida com os direitos humanos deve levar em consideração principalmente o fenômeno da privação da liberdade, buscando meios de limitá-la.

A doutrina crítica identifica na diversificação das penas, ao contrário do que alguns pregam, não o afastamento da prisão, mas sua manutenção como núcleo duro do poder punitivo,

---

[316] Não é por serem vedadas que tais penas não existem na prática. Torturas e execuções aplicadas por agentes do Estado contra indivíduos a pretexto da prática de crimes, em violação ao devido processo formal e substantivo, são penas, embora ilícitas. Nesse sentido é a tese de Zaffaroni. A única pena de morte permitida pela Constituição Federal é a que se dá em caso de guerra declarada para determinados delitos previstos na legislação penal militar.
[317] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 40.
[318] Sobre o tema: SANTO, Luiz Phelipe Oliveira Dal. **Prospettiva postcoloniale sulla economia politica dela pena: la svolta punitiva in Brasile**. Dissertação de mestrado. Bolonha: Università di Bologna, 2017.

que se espraiou para abranger situações antes não tocadas por ele[319]. Foi o que ocorreu com a Lei 9.099/95, que, ao prever institutos despenalizadores como a composição civil de danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo, levou para o direito penal conflitos que poderiam tranquilamente ser tratados por outros ramos do direito.

O direito penal deve se preocupar, é certo, com as outras penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro (restritivas de direitos e pecuniárias), mas principalmente na medida em que elas, em razão de seu eventual descumprimento, possam ocasionar a privação de liberdade[320]. São pouquíssimas as sanções penais diversas da prisão que não possibilitam, em caso de descumprimento, o encarceramento, o que comprova que o principal aspecto do sistema penal é realmente a possibilidade de privar o sujeito de sua liberdade. Como exemplos das exceções que não permitem a conversão da pena em prisão, destacam-se o porte de drogas para consumo próprio e as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas por crimes ambientais.

É evidente que mesmo nesses casos excepcionais em que o legislador resolveu levar medidas não privativas de liberdade ao âmbito do sistema penal, as garantias constitucionais penais e processuais penais são aplicáveis. Não é vedado ao legislativo prever como sanções para determinados delitos somente multa e restrição de direitos, até porque, conforme destacado, a Constituição Federal tem norma expressa justamente nesse sentido. Mas se não há previsão de pena privativa de liberdade é porque a conduta que se busca evitar pode muito bem ser tratada pelo direito administrativo. Em outras palavras: o legislativo pode criminalizar determinadas condutas e lhes prever como consequências jurídicas sanções não privativas de liberdade, mas não faz sentido proceder dessa forma.

O que não se admite pela sua inconstitucionalidade é a situação contrária, ou seja, considerar como mera sanção administrativa uma postura estatal que rigorosamente, por sua interferência na liberdade individual, somente pode ser prevista pelo direito penal e com o nome correto: pena.

É por isso que o critério formal permanece sendo importante: para impor sanções que não tenham a potencialidade de privar a liberdade individual, o Estado não é obrigado a se valer

---

[319] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**, p. 445.

[320] Antes de a multa ser considerada dívida de valor – e não permitir a sua conversão em pena privativa de liberdade –, Fragoso afirmava: "Há ilícito administrativo, por exemplo, nas infrações das normas e trânsito. A essa espécie de ilícitos administrativos tem-se chamado de *Direito Penal de Polícia*, pois contempla também sanções penais, como a multa. O que caracteriza, porém, a multa como pena criminal (art. 32, III, CP) é a possibilidade de sua conversão em pena privativa a liberdade (art. 51 , CP)" (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, p. 10). Esse raciocínio se aproxima ao que defendemos.

do direito penal. Se utilizar o direito administrativo sancionador, serão respeitados os princípios e garantias daquele ramo do direito. Nenhuma inconstitucionalidade há nisso. No entanto, se preferir se valer da legislação penal – pela perspectiva simbólica ou por qualquer outra razão –, ainda que não preveja pena privativa de liberdade como consequência jurídica, todas as garantias penais e processuais penais deverão ser respeitadas. É justamente por isso que a proibição do porte de drogas para consumo próprio é inconstitucional. O direito penal, ao contrário do direito administrativo, deve respeitar o princípio da ofensividade. Nesse caso, o Estado poderia se valer do direito administrativo sancionador (uma vez que não há previsão de pena privativa de liberdade) – hipótese em que não poderia ser invocado o princípio penal da ofensividade –, mas preferiu a utilização da legislação penal, o que impõe maiores filtros ao intérprete.

Por outro lado, sempre que o Estado quiser impor a alguém uma sanção que consista em privação de liberdade fora da hipótese excepcional da coerção administrativa para impedir lesão em curso, será obrigado a recorrer à legislação penal, independentemente do rótulo utilizado, permitindo-se ao direito penal perquirir a legitimidade da incriminação.

Com os argumentos acima expostos cremos que enfrentamos convenientemente a crítica de que reivindicar para o direito penal somente as sanções que impliquem ou possam implicar em severa restrição de liberdade contrariaria a propalada moderna política criminal de preferir as penas alternativas em detrimento da prisão.

Eis a segunda objeção à nossa tese: poder-se-ia sustentar que a matéria relativa à privação de liberdade tradicionalmente tratada em outros ramos do direito, como a prisão do devedor de alimentos, se enquadraria dentro do âmbito de estudo do direito penal? Sendo a resposta negativa, pelas mesmas razões, não seria absurdo sustentar que a internação compulsória – medida prioritariamente médica e benéfica a quem a sofre, simples tratamento terapêutico adequado ao diagnóstico do indivíduo – devesse ser estudada pelo direito penal?

As divisões entre ramos do direito são meras convenções. Como toda classificação, deve-se proceder a elas de acordo com uma finalidade. No Estado Democrático de Direito, a função de qualquer classificação jurídica é facilitar o estudo da legislação pelos seus operadores e contribuir com a efetividade dos direitos fundamentais. Esta, aliás, é a função não apenas da classificação, mas de toda a dogmática jurídica, notadamente a jurídico-penal. Juarez Tavares

afirma ser fundação da dogmática "impedir que as decisões judiciais se estruturem em atos de criação do direito e ultrapassem os limites expressos na Constituição"[321].

Não nos parece que a prisão civil por dívidas do devedor de alimentos não esteja sendo tratada de forma correta pelos civilistas. Além de ser fácil o estudo da legislação correlata – podendo-se encontrar comentários ao instituto em qualquer manual da matéria –, os critérios da prisão aparecem claros, fundados na lei e com autorização constitucional. Pressupõe-se, além disso, uma conduta (ainda que omissiva) do devedor: a prisão não é decretada tendo como fundamento somente seus atributos pessoais. Poder-se-ia afirmar que a assertiva é desmentida pelo fato de que é o atributo pobreza que permite a prisão. O raciocínio, porém, é incorreto. A única dívida que autoriza a prisão civil diz respeito ao inadimplemento inescusável da obrigação, ou seja, havendo motivo justo para o inadimplemento (como a pobreza extrema do devedor), a prisão é constitucionalmente proibida. Ademais, trata-se de prisão coercitiva; tão logo a dívida seja paga, expede-se imediatamente alvará de soltura. Pois bem, se os critérios da prisão são rígidos, previstos em lei e na Constituição, e há uma disciplina que os estuda com afinco, permitindo uma construção jurisprudencial respeitadora dos direitos fundamentais do indivíduo que sofre com a privação de liberdade, é desnecessário, posto que não absurdo, transferir o estudo dessa matéria ao direito penal.

Quanto às internações compulsórias, porém, a questão é diversa. Elas atingem de forma decisiva a liberdade individual e seus critérios não estão bem definidos na lei. Afora artigos específicos, dissertações e teses de difícil consulta aos operadores jurídicos em seu dia-a-dia, nenhuma disciplina jurídica consagrada trata do tema. Não se encontram os critérios da internação em obras de direito de família ou de direito administrativo.

Na prática jurisprudencial, o tema é tortuoso. A própria questão da competência é controversa: ora se processa a lide em varas de família, quando há também pedido de interdição, ora em varas da Fazenda Pública[322], permitindo-se, assim, que o polo ativo da demanda (familiar da pessoa com transtorno mental ou o próprio Ministério Público) a maneje no órgão que melhor lhe convier, bastando, para tanto, que inclua ou deixe de incluir no pedido a interdição civil. Há também decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo entendendo que é de Câmara Criminal a competência para julgar *habeas corpus* contra decisão que determinou a

---

[321] TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. São Paulo: Tirant Brasil, 2018, p. 28.

[322] Quanto à competência das Varas de Família em caso de cumulação de pedido de internação com interdição: TJ/SP, 13ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n° 2255583-88.2019.8.26.0000, Rel. Des. Flora Maria Nesi Tossi Silva, j. 12/02/2020.

internação compulsória de indivíduo em Unidade Experimental de Saúde após o término de sua medida socioeducativa[323].

Em regra, contenta-se o julgador, para determinar a internação compulsória por prazo indeterminado em decisão liminar, com um laudo médico e um pedido formalizado por petição inicial, como se o mero diagnóstico clínico fosse suficiente para privar o sujeito de sua liberdade.

As informações trazidas a esses processos pelos hospitais psiquiátricos, após a efetivação das internações, são, em regra, escassas. Muitos magistrados não costumam se preocupar com a execução dessa gravíssima medida, uma vez que entendem que a liberação não depende de decisão judicial, bastando a alta médica; gestores dos hospitais, porém, temerosos de conceder alta médica a pacientes internados por decisão judicial, aguardam nova manifestação do magistrado para devolver ao paciente sua liberdade.

De repente, um indivíduo se vê totalmente privado de sua liberdade sem ter cometido ato ilícito, por prazo indeterminado e sem qualquer acompanhamento jurídico de sua situação, às vezes por anos. É o drama kafkiano produzido pelo poder médico-jurídico. Não há dúvida – ao contrário do que se passa com a privação de liberdade do devedor de alimentos – que, nesse caso, impõe-se um tratamento sistemático da matéria.

E por que essa matéria deveria ser tratada pelo direito penal? Não somente porque envolve privação de liberdade – o que nos parece um critério aceitável para se definir se uma matéria deve ou não ser tratada pelo direito penal –, mas também porque a internação compulsória, ao contrário da internação involuntária (permitida em caso de emergência), não busca neutralizar um dano em curso. As justificativas dessas internações invariavelmente envolvem a defesa social. Sua função real, normalmente declarada, é a proteção da sociedade com a segregação do sujeito. Acoplada a essa finalidade é comum também se referir à proteção

[323] TJ/SP, 5ª Câmara de Direito Privado, *Habeas Corpus* n° 2002754-17.2019.8.26.0000, Rel. Des. Erickson Gavazza Marques, j. 13/03/2019. No entanto, a 14ª Câmara de Direito Criminal suscitou conflito negativo de competência no Superior Tribunal de Justiça em despacho de 08/05/2019 (Rel. Des. Walter da Silva). O Superior Tribunal de Justiça, até a finalização desta tese, não havia decidido a questão. Em outros casos, porém, já decidiu que a competência para decidir sobre internação compulsória é da 2ª Seção, que trata de Direito Privado (nesse sentido: HC n° 114250, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, despacho de 04/09/2008; HC n° 135271, Rel. Sidnei Beneti, j. 17/12/2013).

do próprio sujeito, sem qualquer distinção com o que ocorre nas medidas de segurança, nas medidas socioeducativas e, em muitos casos, na própria aplicação da pena ao imputável[324].

As internações compulsórias prolongadas são, portanto, verdadeiras sanções penais: é o Estado (por meio de instituições públicas ou clínicas privadas por ele credenciadas) que as aplica sob o pretexto de evitar crimes ou outros atos antissociais; envolvem a privação de liberdade do sujeito que as sofre; sua finalidade declarada coincide em grande medida com a das penas (prevenção especial positiva e negativa) e seu fundamento filosófico é idêntico (defesa social).

Se as sanções penais pressupõem a prática de crime, não podendo ser aplicadas em decorrência de um estado pessoal do sujeito – porque o princípio da ofensividade veda essa postura do Estado – e se as internações compulsórias prolongadas, fora da situação de urgência para contenção do surto, são verdadeiras sanções penais, a conclusão lógica inarredável é que elas somente podem ser impostas aos indivíduos que, portadores de transtornos mentais, tenham praticado infração penal. E de forma que seu prazo de duração não seja superior à pena que seria aplicável ao indivíduo sem transtorno mental. As internações compulsórias como são empregadas hoje padecem de grave inconstitucionalidade.

Esta tese é, como a maioria das ideias, historicamente datada e visa a denunciar a inconstitucionalidade de três situações corriqueiras nos dias atuais: (1) a decretação de internação compulsória, em regra a pedido de familiares ou do Ministério Público, de pessoas portadoras de transtornos mentais que causem incômodo, mas que não tenham praticado crime e não estejam em surto; (2) a decretação da internação compulsória, a pedido do Ministério Público, por tempo indeterminado, de pessoas que já cumpriram integralmente pena, medida de segurança ou medida socioeducativa, mas o Estado entende necessário mantê-las segregadas por sua "periculosidade", o que ocorre, em regra, em casos com repercussão midiática nacional, sendo que no Estado de São Paulo há um local denominado UES (Unidade Experimental de Saúde) com essa finalidade para onde são encaminhados os jovens que tiveram suas medidas socioeducativas extintas; (3) a imposição de medidas de segurança a inimputáveis mais

[324] TJ/SP, 8ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n° 3003247-74.2019.8.26.0000, Rel. Percival Nogueira, j. 31/03/2020: "(...) a medida visa resguardar a integridade física do jurisdicionado, familiares e terceiros, contra qualquer ato de violência que venha a ser praticado pelo paciente"; TJ/SP, 6ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n° 2282306-47.2019.826.0000, Rel. Reinaldo Miluzzi, j. 13/03/2020: "É certo que a internação compulsória é uma medida extremamente excepcional, contudo, na hipótese, verifica-se a existência de elementos que autorizam a medida, tais como o comportamento agressivo do paciente, quer no ambiente doméstico, quer em sociedade".

gravosas do que as penas que seriam fixadas a imputáveis que houvessem praticado o mesmo fato.

4.5. Internações compulsórias pré-delituais e internações compulsórias pós-infracionais

As internações compulsórias decretadas judicialmente a pedido de familiares ou do Ministério Público para evitar que indivíduos portadores de transtornos mentais pratiquem condutas antissociais ou lesivas a sua própria saúde equivalem às medidas de segurança pré-delituais defendidas pelos positivistas: não decorrem de qualquer ato ilícito, mas de simples condição pessoal do sujeito. Nós a denominaremos simplesmente como internação compulsória pré-delitual.

Para Aníbal Bruno, defensor das medidas de segurança pré-delituais, qualquer procedimento estatal contra os supostamente perigosos deveria se basear em "determinadas atitudes ou determinados estilos de vida, clamantes de tendências antissociais vizinhas do delito (...), vagabundos, mendigos, exploradores da prostituição, ébrios habituais, doentes mentais, crianças abandonadas"[325].

Em termos práticos, Bruno defende que um indivíduo, por determinada característica física ou social, pode ser processado a fim de que se constate, por meio de exames, se ele é perigoso. Sendo o diagnóstico positivo, aplica-se sanção terapêutica contra a sua vontade, independentemente de ter praticado injusto penal.

Soa absurda a proposta nos dias atuais. Mas é justamente o que ocorre com o portador de transtorno mental. E, nesse caso, nem sequer são analisadas a fundo as condições pessoais do indivíduo, limitando-se o polo ativo da demanda – ainda compreendida como cível, não criminal –, muitas vezes, a anexar à petição inicial um laudo médico com diagnóstico de algum transtorno mental e proposta de tratamento de internação.

Essas medidas de internação pré-delituais se diferenciam em certa medida das internações compulsórias decretadas judicialmente contra indivíduos que já cumpriram pena, medida de segurança ou medida socioeducativa, mas não são liberados em razão da suposta persistência de sua periculosidade. Nesses casos, aliás, é ainda menos discutível a sua natureza de sanção penal.

---

[325] BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 52.

Não é apropriado afirmar que são medidas pré-delituais, pois, na maioria dos casos, o sujeito efetivamente cometeu um crime ou um ato infracional. Mas são penas aplicadas em desacordo com a disciplina normativa própria, assemelhando-se ao sistema do duplo binário, formalmente extinto no Brasil em 1984. Nos casos em que a internação é decretada contra jovem que cometeu o ato infracional durante a adolescência, a decisão fere ainda o art. 228 da Constituição Federal, que prevê a inimputabilidade das pessoas menores de 18 anos. Nós as denominaremos de internação compulsória pós-infracional. Elas são aplicadas em complemento às penas propriamente ditas, medidas de segurança e medidas socioeducativas.

As decisões judiciais que decretam internação compulsória de indivíduo que não cometeu qualquer injusto penal costumam se valer de fundamentos semelhantes àquelas que impõem a mesma medida a indivíduos que já cumpriram pena, medida de segurança ou medida socioeducativa. No entanto, elas não são idênticas, embora em ambos os casos haja violação à regra da legalidade.

Em um caso, são aplicadas como medidas pré-delituais, ou seja, um indivíduo é punido exclusivamente por sua suposta periculosidade, pelo que pode vir a fazer; no segundo, o indivíduo é punido não apenas por sua suposta periculosidade, mas também por uma conduta (crime ou ato infracional) que realmente cometeu, mas por tempo superior ao permitido pela legislação.

Essas duas espécies de internação compulsória, para a doutrina e a jurisprudência majoritárias, se diferenciam das medidas de segurança, pois não são aplicadas por juízes criminais e têm como fundamento normativo não o Código Penal, mas a lei 10.216/01. Ademais, não teriam como pressuposto a ocorrência de um crime, mas evitar a sua prática.

Majoritariamente, portanto, se enxergam semelhanças entre internações compulsórias pré-delituais e internações compulsórias pós-infracionais (matérias alheias ao direito penal), que, por sua vez, se diferenciariam das penas e das medidas de segurança (matérias próprias do direito penal).

O que se percebe, porém, é que todas essas providências estatais são materialmente penas. As internações compulsórias pré-delituais são inconstitucionais por não pressuporem a prática de delito. As pós-infracionais, por desrespeitarem o prazo máximo previsto na legislação para a pena, medida de segurança ou medida socioeducativa anteriormente aplicadas.

As medidas de segurança podem se compatibilizar com a Constituição, desde que pressuponham a prática de um injusto penal, não superem o prazo da pena que pode ser aplicada ao imputável e respeitem os preceitos legais protetores das pessoas com transtornos mentais.

É evidente que o Estado pode e deve fornecer os equipamentos de saúde adequados a quem padece de sofrimento psíquico. No entanto, de acordo com a normativa existente (e com a própria ciência psiquiátrica), a internação em hospital, que deve visar à melhora clínica do paciente, somente deve ocorrer em último caso. E se ele não cometeu qualquer injusto penal, conforme já analisado, só pode prescindir de sua vontade em caso de emergência médica ou risco de morte (internação involuntária)

Compreende-se o desespero de familiares de pessoas portadoras de transtornos mentais, assim como se compreende a angústia de familiares de pessoas portadoras de outras doenças igualmente graves e que a medicina, por ora, ainda não possui tratamento absolutamente eficaz, sendo notório exemplo o câncer. Esses indivíduos se agarrarão a qualquer fio de esperança que lhes pareça viável. Por essa razão, aliás, há diversas ações judiciais que visam a obrigar o Estado a fornecer a famigerada "pílula do câncer" (fosfoetanolamina), desenvolvida por um grupo de pesquisadores da USP de São Carlos, a despeito de não haver comprovação científica de sua eficácia. É exatamente pela mesma razão que diariamente há demandas judiciais buscando obrigar o Estado a internar pessoas portadoras de sofrimento psíquico, ainda que não estejam em surto. No ideal popular, internações compulsórias são a solução para todos os transtornos mentais.

Assim como pode ser visto como insensível um magistrado que indefira o fornecimento da "pílula do câncer", a mesma visão se pode ter do juiz que indefira a "internação compulsória" de alguém diagnosticado com um transtorno mental. No imaginário popular, o judiciário não estaria resolvendo o problema daquelas pessoas. Não se percebe que, em verdade, trata-se de problemas muitas vezes insolúveis (ou solucionáveis por vias distintas que a mera segregação da pessoa), por maior a boa vontade que se tenha para tentar resolvê-los.

Não há como olvidar que ninguém pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Com exceção de situações de surto em que o paciente necessite de imediata intervenção médica – independentemente de sua vontade, assim como ocorre com a intervenção médica de uma pessoa que acabou de sofrer um derrame ou um grave acidente automobilístico –, a privação de liberdade pressupõe não somente o devido processo legal formal (com o

respeito ao contraditório, à ampla defesa, à garantia da fundamentação das decisões judiciais, ao duplo grau de jurisdição, à publicidade etc.), mas também material, ou seja, é necessária a prática de um delito. A ideia da medida de segurança pré-delitual – defendida por positivistas no final do século XIX e início do século XX –, embora sempre rechaçada pela legislação penal brasileira, acaba se concretizando nessas internações compulsoriamente determinadas pelo judiciário.

Isso não significa, por óbvio, que o portador de doença mental, se não houver cometido delito, não deve receber atenção estatal. Evidentemente o Estado é obrigado a fornecer o tratamento médico adequado a ele, caso queira submeter-se, pois a Constituição Federal assegura a universalidade da saúde como direito do indivíduo e obrigação do Estado, não obrigação do indivíduo e direito do Estado.

A internação involuntária e prolongada não é o tratamento médico adequado para portadores de transtornos mentais. Ela se justifica somente em casos de surtos. Há outros equipamentos de saúde preferíveis (como o ambulatorial junto ao CAPS, o Serviço de Residência Terapêutica, entre outros). Além disso, da mesma forma como cabe exclusivamente ao portador de câncer decidir se irá se submeter aos invasivos tratamentos médicos possíveis ao seu caso (quimioterapia, radioterapia, cirurgia etc.), caberá exclusivamente ao portador de transtorno mental – ou, se absolutamente impossibilitado de se manifestar a respeito, ao seu responsável – decidir por se submeter ou não ao tratamento.

Assim como é absurdo e ilegal pensar que cabe ao médico – e não ao paciente – determinar se este se submeterá ou não a uma arriscada cirurgia para a retirada de um tumor, não se pode concordar com a ideia de que um médico (ou o juiz), e não o paciente, tenha o poder de decidir sobre uma medida tão drástica como a internação prolongada.

As internações compulsórias prolongadas são logicamente compatíveis com a ideologia da defesa social e o conceito de periculosidade; no entanto, o abandono dessas categorias não poderia resultar em outra consequência senão a conclusão pela ilegitimidade daquelas.

Mesmo que se mantenha a ideia fundamental da defesa social, não há como sustentá-la em contrariedade aos preceitos constitucionais, principalmente aquele que estabelece a necessidade do devido processo legal e da prévia prática de um delito para que alguém possa ser privado de sua liberdade. Em outras palavras: mesmo os adeptos contemporâneos da defesa social devem respeitar os limites que a Constituição Federal impõe.

Como já destacado no capítulo 2, da perspectiva médica atual e das pesquisas empíricas de que se têm conhecimento, a conclusão é a de que pessoas com transtornos mentais não são mais perigosas que outras; além disso, conforme se observou no capítulo 3, o controle e o tratamento da doença não mais envolvem a necessidade de internações compulsórias prolongadas.

Por que as pessoas portadoras de transtornos mentais deveriam se submeter a tratamento médico obrigatório se outras pessoas, com doenças diversas, não têm essa obrigatoriedade? O que justifica isso é única e exclusivamente a crença na sua periculosidade e a necessidade de se aplicar um instrumento de exclusão baseado na defesa social. Se isso já foi aceitável por largo período histórico, a manutenção dessa ideia sem muitos questionamentos por juristas parece ser, mais do que algo devidamente raciocinado, mera reminiscência infeliz de ideias que já deveriam ter sido superadas. Ou seja: juízes e tribunais decretam medidas de internação compulsória em situações nas quais não há prática de crime sem se dar conta de que o fazem com fundamento nas duas principais ideias do positivismo criminológico: periculosidade e defesa social.

Poder-se-ia argumentar que, ao contrário de outros doentes, os portadores de doenças mentais não têm condições psíquicas de escolher o que é melhor para eles. Duas objeções, porém, devem ser opostas a esse raciocínio. A primeira decorre do bom senso. Nos casos em que, por qualquer razão, determinada pessoa está incapacitada de se manifestar, deve o médico ou o familiar agir em conformidade com a sua vontade presumida. Não é possível crer que alguém gostaria de ser internado contra a sua vontade, num tratamento bastante questionável, para tratar de sua doença, sabendo-se que de maneira nenhuma tal instrumento levará à sua cura. A segunda objeção decorre da lei. O art. 11 do Estatuto da Pessoa com Deficiência tem uma clareza cristalina: “A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada”. Os artigos seguintes ainda esclarecem melhor a questão: “Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica. § 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento. § 2º A pesquisa científica envolvendo pessoa com deficiência em situação de tutela ou de curatela deve ser realizada, em caráter excepcional, apenas quando houver indícios de benefício direto para sua saúde ou para a saúde de outras pessoas com

deficiência e desde que não haja outra opção de pesquisa de eficácia comparável com participantes não tutelados ou curatelados. Art. 13. A pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis".

Algumas dezenas de anos atrás, eram absolutamente comuns alguns "tratamentos médicos" como a loboterapia. Embora não funcionassem, quem os criticasse era execrado e visto como sectário, pois não havia opção melhor. O médico Antonio Egas Moniz, de Portugal, recebeu o prêmio Nobel de Medicina em 1949 pelo desenvolvimento desse "tratamento". O fato de não existir à época tratamento diverso da loboterapia não deveria levar à conclusão de que esta deveria ser tentada, principalmente de maneira compulsória. Rigorosamente, melhor seria aos pacientes que não se fizesse nada[326]. É mais ou menos o que ocorre hoje com a internação de doentes mentais. Embora a maioria dos transtornos mentais seja tratável com medicamentos, há outros realmente graves e de difícil tratamento. Em razão disso, na ausência de algum tratamento realmente efetivo, recorre-se à internação involuntária de longo prazo. No entanto, essa também não é eficaz.

Não se nega a possibilidade de internação involuntária ao paciente que esteja em risco atual ou iminente de morte ou em alguma outra situação de emergência psiquiátrica. Nesse caso, poderá mesmo haver intervenção judicial se os entes federativos não estiverem cumprindo corretamente sua missão constitucional de fornecer equipamentos de saúde de qualidade à população. No entanto, fora daquelas hipóteses, somente será possível decretar a internação compulsória de uma pessoa que tenha praticado um injusto penal e de forma que não seja tratada mais rigorosamente que um imputável em situação semelhante.

As medidas pós-infracionais, por outro lado, são aquelas aplicadas a indivíduos que efetivamente praticaram ato antissocial de destacada gravidade (crime ou ato infracional), mas já cumpriram integralmente a sanção prevista na lei e na sentença.

---

[326] Virgílio inicia sua obra analisando as origens da grande internação e expondo as formas cruéis de tratamento pelas quais os portadores de transtornos mentais passaram durante a história: perfurações no crânio, utilização da dor como técnica, terapia de indução ao vômito, sangrias, afogamento, amputação do clitóris, retirada do útero, hidroterapia, terapias endócrinas, esterilização masculina, extração de dentes, hibernação, coma insulínico, convulsoterapia, eletrochoque, lobotomia etc. Tudo sob o consentimento tácito dos observadores (MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 42).

É de conhecimento público que, em algumas situações de atos infracionais graves praticados por adolescentes, após o término da medida socioeducativa, juízes os mantém segregados com fundamento em sua periculosidade, sob o pretexto de lhes tratar de algum transtorno psiquiátrico, o que ocorre, em regra, em casos com repercussão midiática nacional, sendo que no Estado de São Paulo há um local denominado UES (Unidade Experimental de Saúde) com essa finalidade para onde eles são encaminhados. Em alguns casos de maior repercussão, isso também ocorre com o indivíduo imputável após o cumprimento de sua pena por um crime cometido.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a legitimidade dessas internações compulsórias pós-infracionais, fundamentando-as na lei 10.216/01[327]. Essa lei é um marco histórico e legislativo dos movimentos antimanicomiais. Não obstante, de forma absolutamente contrária à sua essência, é utilizada para fundamentar a aplicação de pena sem delito a indivíduos taxados de perigosos. Virgílio de Mattos já apontava para esse risco em 2004[328].

Não pode haver dúvida de que essas medidas são penas, pois privam a liberdade do indivíduo em razão de um ato antissocial praticado (ato infracional), normalmente de gravidade acentuada, e se fundamentam na ideologia da defesa social e seu corolário – o da periculosidade -, justificando-se como forma de impedi-lo de praticar novo delito. E são penas ilícitas, pois aplicadas sem a prévia prática de um delito (mas de ato infracional) e em desrespeito à legislação vigente, pois o estatuto da criança e do adolescente prevê como sanção mais gravosa a medida socioeducativa de internação, limitada, porém, a três anos (ou até o jovem completar 21 anos, o que ocorrer primeiro). Sua liberação após esse período, independentemente de qualquer constatação de cessação de periculosidade, decorre da legislação vigente.

O próprio Tribunal de Justiça de São Paulo já reconheceu a natureza penal dessa espécie de medida, equiparando-a à medida de segurança aplicável aos adultos, em decisão proferida em *habeas corpus*[329] impetrado em favor do indivíduo conhecido como "Champinha", ao qual foi aplicada medida socioeducativa de internação por ato infracional grave praticado enquanto era adolescente e, posteriormente, decretada internação compulsória, inserindo-o em Unidade

---

[327] STJ, 3ª Turma, HC 135.271-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17/12/2013.

[328] Ao apresentar a então recém promulgada Lei 10.216/01, posto que reconhecesse alguns avanços no tratamento da doença mental, afirmava, com fundamento nos artigos 6º e 9º, os quais previam a internação compulsória, que "lamentavelmente, parece repetir uma ótica segregacionista para o portador de sofrimento mental infrator". Reconhecia haver "interpretações diametralmente opostas, de um otimismo que te(m) dificuldade para compartilhar" (MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 105).

[329] TJ/SP, 5ª Câmara de Direito Privado, *Habeas Corpus* n° 2002754-17.2019.8.26.0000, Rel. Des. Erickson Gavazza Marques, j. 13/03/2019.

Experimental de Saúde, onde se encontra desde novembro de 2006. Na decisão, a 5ª Câmara de Direito Privado destacou que "o cerceamento da liberdade de ir e vir do paciente não advém da interdição civil decretada, que tão somente limita os atos da vida civil, mas de medida de segurança por prazo indeterminado". Em razão disso, declarou-se incompetente para julgar a ação constitucional e remeteu os autos a uma das Câmaras de Direito Criminal do mesmo Tribunal, que também se declarou incompetente e suscitou conflito negativo, ainda não apreciado pelo E. Superior Tribunal de Justiça[330].

Defender a impossibilidade de o juiz impor internação por tempo indeterminado a alguém considerado perigoso que, não fosse isso, teria sua pena ou medida socioeducativa extinta e seria liberado, bem como o fechamento de instituições como a UES, é algo impopular; causa repulsa e medo a muitos, senão à maioria da população, que entendem ser necessária a segregação perpétua de determinados indivíduos autores de crimes graves. No entanto, tal defesa impopular está em absoluta conformidade com a Constituição Federal – que veda a prisão perpétua e a pena de morte, esta permitida somente em casos excepcionais durante a guerra – e com o sistema vicariante, adotado desde 1984, mas que, na prática, com esse expediente não previsto em lei, permanece.

Pouco importa, no particular, a opinião pessoal de cada um a respeito da pena de prisão perpétua. Sua defesa política é legítima, embora encontre óbice na Constituição Federal. Inadmissível é o intérprete do direito ignorar essas proibições constitucionais e se utilizar de subterfúgios para aplicá-la, simplesmente porque há aceitação e incentivo social. Nucci, que defende o retorno do sistema do duplo binário para indivíduos considerados perigosos e a inexistência de prazo máximo para as medidas de segurança, esclarece muito bem a função real (penal) dessas internações:

> Mas, como temos defendido, o problema gerado somente 'trocará de mãos'. Muitos internos não possuem a menor condição de voltar ao convívio social; nessas hipóteses, provoca-se o Ministério Público a interditá-lo na esfera cível e ele continua internado, mas sob ordem de um magistrado atuante em Vara Cível. O que muda? Na vida do internado, absolutamente nada. No campo jurídico, altera-se a competência de qual juízo deve lidar com aquela insanidade (...). Vale dizer, a pessoa internada, há mais de 30 anos, provavelmente terminará seus dias encarcerada, mas agora interditada pelo juízo cível[331].

---

[330] Até 26/02/2020, não constava do andamento processual do E-SAJ, disponível publicamente no site do TJ/SP, nenhuma decisão a respeito.
[331] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 670.

Decisões judiciais que extinguem uma medida socioeducativa, uma medida de segurança ou uma pena e determinam a internação compulsória do sujeito em razão de sua persistente periculosidade violam a lei e a Constituição Federal, pois, na prática, sua sanção supera o prazo permitido pelo estatuto da criança e do adolescente ou pelo código penal, além de possibilitar a segregação perpétua, em ofensa à cláusula pétrea. Esse tipo de medida não deve ser admitido judicialmente.

Infelizmente a defesa da Constituição Federal, notadamente pelo penalista teórico e prático, costuma ser contramajoritária e lhe causar desconforto pessoal, mormente no atual contexto político autoritário, em que sobram manifestações públicas contrárias à democracia, à Constituição ao parlamento e ao judiciário. Tudo com o beneplácito de meios de comunicação reacionários, que buscam pressionar magistrados e legisladores a decidir conforme lhes convém. Isso quando essas manifestações não descambam para ofensas verbais, virtuais e reais, ou agressões físicas. É a lógica do inimigo aplicável a quem defende as regras do jogo e os preceitos constitucionais[332]. Zaffaroni analisou esse quadro com precisão ao tratar do manual dos inquisidores: eram considerados inimigos não somente as bruxas, mas quem negava a sua existência. Negar a emergência equivale a comprometer-se com o inimigo[333]. É preciso coragem para que os tribunais coloquem um ponto final nessas situações ilegais[334].

---

[332] SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2019, p 169.

[333] Na Alemanha nazista, não somente se perseguiam os judeus, ciganos, gays, indivíduos com deficiência, mas também aquelas pessoas que, sem terem sido contaminadas pela crueldade do regime e mantendo a humanidade no meio do caos, davam abrigo àquelas. Na excelente obra autobiográfica de Eva Schloss (SCHLOSS, Eva. **Depois de Auschwitz**. São Paulo: Universo dos Livros, 2013), ela destaca o risco que a Resistência enfrentava, com punições aos seus membros, o que naturalmente a enfraquecia.

[334] Em nossa atuação como magistrado, já fomos vítimas desse tipo de execração pública reiterada e sistemática, envolvendo *fake news*, em razão da defesa intransigente da Constituição Federal. Em uma primeira reportagem, sensacionalista e equivocada, com o título "MP-SP critica juiz que mandou soltar homem que bateu em grávida", o jornal R7 criticou uma decisão que concedeu liberdade provisória a um indivíduo primário preso em flagrante por roubo simples e que, no momento de sua prisão, sofreu linchamento. Além disso, deu a entender, de forma mentirosa, que um *meme* que circulou na internet com nossa foto e a legenda "só vim ser juiz para soltar todo mundo" teria sido publicado por nós ou com o nosso consentimento, o que é fantasioso e absurdo. Um mês depois, o mesmo meio de comunicação publicou reportagem com o título "Juiz solta agressor de grávida e outros suspeitos de crimes". Na ocasião, o referido *meme* com a nossa foto foi inclusive divulgado, novamente dando a mentirosa impressão de que fomos o responsável por sua confecção ou divulgação. Na nova reportagem, mencionaram: (a) uma decisão de relaxamento do auto de flagrante de um indivíduo primário preso por tráfico de drogas (decisão mantida pelo E. Tribunal de Justiça); (b) uma decisão de relaxamento de prisão por excesso de prazo contra a qual não houve recurso do Ministério Público; (c) um despacho abrindo vista ao Ministério Público para oferecer transação penal a um indivíduo processado por crime de menor potencial ofensivo; (d) uma sentença absolvendo um acusado de roubo por insuficiência probatória, mantida pelo E., Tribunal de Justiça de São Paulo após o julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público; (e) uma sentença absolvendo um acusado de roubo por insuficiência probatória, contra a qual o órgão acusatório não recorreu (o processo era de 2012 e envolvia réu solto, ao contrário do que quis fazer crer a reportagem). As reportagens podem ser visualizadas aqui: https://noticias.r7.com/sao-paulo/juiz-que-soltou-agressor-de-gravida-liberta-outros-suspeitos-de-violencia-

Internações por tempo superior ao necessário para a contenção do surto não têm caráter médico, mas simplesmente social. Quando, de uma forma contraditória, peritos forenses reconhecem a ausência de tratamento adequado para determinados transtornos mentais (como o famigerado transtorno de personalidade antissocial), mas indicam a internação por prazo indeterminado, eles buscam, na verdade, a segregação perpétua do indivíduo julgado como perigoso para evitar que provoque danos a terceiros. Esse papel, porém, não lhe cabe, mas sim ao juiz, o qual compete verificar se as garantias constitucionais penais e processuais estão sendo respeitadas.

Além disso, normalmente essas internações compulsórias de pessoas que já cumpriram suas penas são baseadas no controverso diagnóstico do "transtorno antissocial", que, embora ainda esteja catalogado nos principais manuais diagnósticos do mundo, é a atual versão das antigas teorias da degenerescência e do criminoso nato. Mesmo que se admita o modelo médico para os transtornos mentais, é possível defender que o transtorno de personalidade antissocial a rigor não é verdadeira doença mental, devendo-se impor ao seu portador que cometa crime pena, a ser cumprida em estabelecimento prisional comum, sem a incidência da minorante da semi-imputabilidade, e não medida de segurança, conforme será analisado oportunamente.

Em suma: ao término de uma pena, medida de segurança ou medida socioeducativa, deve ser o indivíduo simplesmente colocado em liberdade. Se padecer de transtorno mental, o Estado deve lhe oferecer o serviço médico adequado (Serviço Residencial Terapêutico, caso se trate de paciente crônico pela prolongada privação de liberdade sem respaldo familiar e com doença mental incapacitante) e os serviços sociais previstos em lei (Benefício de Prestação Continuada etc.) e não o obrigar a permanecer privado de liberdade. Em se tratando de transtorno de personalidade, a solução é a mesma: ainda que se trate de diagnóstico de duvidosa validade, o Estado deve fornecer ao indivíduo, se ele assim o desejar, os métodos terapêuticos disponíveis (medicamentos, terapias etc.). Não pode, porém, em razão de sua suposta periculosidade, mantê-lo privado de sua liberdade contra a sua vontade. Ele, como qualquer outra pessoa, poderá vir a praticar outro delito. Se o fizer, será novamente punido nos termos da lei. O que não se pode é, em razão do medo de determinadas pessoas, mantê-las segregadas para sempre ou por prazo superior ao que a lei prevê, se a Constituição Federal é expressa na vedação de penas perpétuas.

18032019 e https://noticias.r7.com/sao-paulo/mp-sp-critica-juiz-que-mandou-soltar-homem-que-bateu-em-gravida-21012019.

Mesmo autores críticos, mas sem a dimensão real do problema que são as internações compulsórias "civis", indicam que "na hipótese de, ao esgotar-se o prazo inicialmente fixado na sentença, o paciente ainda não se encontrar recuperado, e não podendo ser liberado, em razão de seu estado de saúde mental, deverá, obrigatoriamente, ser colocado à disposição do juízo cível competente"[335]. Na verdade, porém, não se justifica o acompanhamento do caso por juiz cível e nem a manutenção da internação. No máximo, caso o indivíduo efetivamente não tenha condições de cuidar de si próprio (o que ocorre nas deficiências intelectuais graves) e não tenha amparo de amigos ou familiares, o sistema de saúde deverá lhe fornecer equipamentos adequados que não o privem de sua liberdade, como a residência terapêutica, ou o fornecimento de enfermeiros 24 horas por dia para que o acompanhem em seu local de moradia.

O "juiz cível" só deverá ser acionado se o ente público responsável descumprir seu dever constitucional de fornecimento dos equipamentos de saúde adequados, mas jamais deverá decretar a internação de quem já cumpriu a sua sanção penal.

Deve-se ter extremada cautela também com os equipamentos de saúde mental que, embora teoricamente não se caracterizem pela internação do sujeito em uma instituição total, na prática em nada se diferenciam dela[336]. O próprio Serviço Residencial Terapêutico (SRT) foi criado para promover a desinstitucionalização e reintegração de pacientes com transtornos mentais graves e forte dependência institucional. Trata-se de alternativa de moradia àqueles que não têm suporte familiar e social suficientes[337]. Porém, se o serviço de saúde, embora designado de residência terapêutica, não possuir tais características, tratando-se de mera instituição total para segregar pacientes com transtornos mentais, ele não deverá ser oferecido.

---

[335] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 949. No mesmo sentido: PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e Processo Penal**, p. 98.

[336] Mariana Weigert relata que isso ocorreu na Itália e manifesta preocupação justamente com o Serviço Residencial Terapêutico. Uma alternativa a essas residências seria o investimento em estruturas já existentes, semelhantes ao CAPS, ou a contratação de profissionais especializados que acompanhassem cada indivíduo portador de transtornos mentais 24 horas por dia (WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 159).

[337] De acordo com o Ministério da Saúde, "são casas localizadas no espaço urbano, constituídas para responder às necessidades de moradia de pessoas portadoras de transtornos mentais graves, institucionalizadas ou não. O número de usuários pode variar desde 1 indivíduo até um pequeno grupo de no máximo 8 pessoas, que deverão contar sempre com suporte profissional sensível às demandas e necessidades de cada um. O suporte de caráter interdisciplinar (seja o CAPS de referência, seja uma equipe da atenção básica, sejam outros profissionais) deverá considerar a singularidade de cada um dos moradores, e não apenas projetos e ações baseadas no coletivo de moradores. O acompanhamento a um morador deve prosseguir, mesmo que ele mude de endereço ou eventualmente seja hospitalizado. O processo de reabilitação psicossocial deve buscar de modo especial a inserção do usuário na rede de serviços, organizações e relações sociais da comunidade. Ou seja, a inserção em um SRT é o início de longo processo de reabilitação que deverá buscar a progressiva inclusão social do morador" (MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Residências terapêuticas: o que são, para que servem.** Brasília, 2004).

No âmbito do sistema penal, há que se tomar cuidado com os rótulos. Os operadores do direito devem observar o seu conteúdo. Novamente trazemos à baila a observação de uma sobrevivente do holocausto sobre os "hospitais" nos campos de concentração: "Aquele lugar era uma piada cruel: tinha a aparência de uma instalação médica normal, mas nós sabíamos que era tudo, menos isso"[338].

[338] SCHLOSS, Eva. **Depois de Auschwitz**, posição 1708.

5. PROPOSTAS DE DIREITO PENAL QUANTO ÀS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Os operadores do direito penal não podem fechar os olhos à realidade. O poder punitivo historicamente tem operado contra os portadores de transtornos mentais autores de crimes. A dogmática, ao defender a impossibilidade de aplicação de pena a eles, nunca conseguiu contê-lo. Na verdade, o que ocorreu foi retirar esses casos do âmbito de garantias do direito penal e levá-los a um limbo jurídico, em que direitos e garantias penais e processuais são tidas como inaplicáveis.

Mas o ordenamento jurídico não permite que um portador de transtorno mental seja sancionado de forma mais rigorosa que uma pessoa sã simplesmente em razão da doença. Nesse sentido, voltamos a mencionar a convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, a qual determina de forma categórica "que a existência de deficiência não justifique a privação de liberdade" (art. 14, item 1, b). É contrário à lógica e aos princípios da isonomia e da proporcionalidade punir uma pessoa mais vulnerável – portanto com culpabilidade mais reduzida – de forma igual ou mais severa que outra, autora de crime semelhante e que não padeça de transtorno mental.

A ausência de tratamento legal sistemático da medida de segurança dificulta sua compreensão. Os processualistas costumam fazer comentários somente aos dispositivos do código de processo penal; os penalistas, aos do código penal. O conhecimento, desta forma, fica bastante fragmentado. O que provavelmente mais interessa aos operadores jurídicos não vem sendo enfrentado pela doutrina de maneira lógica, completa, profunda, coerente e com respeito às normas vigentes. O que devem fazer quando se deparam com um injusto penal supostamente perpetrado por uma pessoa com indícios de transtorno mental?

Boa parte dos penalistas e processualistas ortodoxos acolhe de forma acrítica a solução literal da legislação infraconstitucional sem proceder à devida filtragem constitucional, inclusive concordando com a internação perpétua de determinados indivíduos. Já os autores mais progressistas, ao criticarem o instituto em si da medida de segurança, muitas vezes não oferecem solução prática incorporável pelo sistema jurídico e generalizável a ponto de sedimentar a jurisprudência.

Desconsideradas algumas nuances, as propostas dogmáticas existentes sobre a medida de segurança podem ser didaticamente divididas assim: (1) a doutrina tradicional, apegada à

ideologia da defesa social e à ideia de periculosidade, desconsiderando os avanços no âmbito da psiquiatria, prega o respeito literal aos dispositivos legais vigentes no código penal, código de processo penal e lei de execução penal, deixando de aplicar as garantias constitucionais penais e processuais penais às medidas de segurança, mas, ao mesmo tempo, não se lhes aplicando também a Lei 10.216/01; (2) outros autores, como Juarez Tavares[339], Haroldo Caetano[340], Thayara Castelo Branco[341], Paulo Jacobina[342] e Rodolfo Jácome[343], pregam a inconstitucionalidade das medidas de segurança, sugerindo que o inimputável seja retirado do sistema penal e seu caso seja tratado somente no âmbito da saúde; (c) no outro extremo, parcela da doutrina progressista, destacando-se Virgílio de Mattos, prega a inconstitucionalidade do próprio instituto da inimputabilidade (e, por consequência, das medidas de segurança), sugerindo que a pessoa seja responsabilizada criminalmente pelos seus atos independentemente de ter ou não transtornos mentais[344]. Mais ou menos nesta linha são as teses de Salo de Carvalho[345] e Mariana Weigert[346]; (d) por fim, há quem reconheça que as medidas de segurança são ontologicamente penas, embora se deva proceder à distinção formal entre ambas para garantir aos portadores de transtornos mentais dupla garantia, não podendo ser tratados de forma mais gravosa que os imputáveis[347]. Filiamo-nos a esta última corrente.

5.1. Doutrina ortodoxa das medidas de segurança

Dessas quatro linhas de raciocínio, a primeira não pode mais ser adotada. Há um duplo afastamento de garantias: de um lado, defende-se a não aplicabilidade da Lei 10.216/01 às medidas de segurança, uma vez que estas seriam matéria de direito penal enquanto as

---

[339] TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**, p. 166-168.
[340] CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**, p. 8.
[341] BRANCO, Thayara Castelo. **A deslegitimação das medidas de segurança no Brasil**, p. 222.
[342] JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**, p. 98-99.
[343] JÁCOME, Rodolfo Mantilla. **La imputabilidad y la inimputabilidad penal**, p. 164
[344] MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 18.
[345] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 515.
[346] WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 181: "Segundo os critérios da Lei da Reforma Psiquiátrica, ao ser delimitada uma forma distinta de responsabilidade (medida de segurança e não pena), parece não haver dúvida quanto (1o) a necessidade de se excluir qualquer hipótese de aplicação de medida de segurança. Assim, em termos processuais, ao invés da absolvição imprópria, entendemos que o mais adequado seria (2o) a responsabilização penal através de juízo condenatório, com a consequente (3o) aplicação de pena. Isto pensando, logicamente, em um modelo garantista intermediário, anterior às reais possibilidades abolicionistas que a Lei da Reforma Psiquiátrica oferece". No entanto, mais à frente, ela afirma que, após o procedimento de aplicação da pena, seria possível a sua substituição por medida de segurança (preferencialmente em tratamento ambulatorial), exceto se o próprio cumprimento da pena restritiva já tivesse "um cunho terapêutico, sendo desnecessária a conversão em medida" (ibidem, p. 182/183). Além disso, ela defende que o portador de transtorno mental que tenha praticado injusto penal não pode ser tratado de forma diversa em relação a quem não praticou nenhum ilícito. No entanto, isso acaba contrariando sua própria tese.
[347] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. In: REALE Jr. Miguel (coordenador). **Código penal comentado**, p. 265.

internações ali previstas seriam meramente civis; por outro lado, por não serem propriamente penas, as medidas de segurança não se submeteriam às garantias constitucionais daquelas, como, por exemplo, a proibição de sanção perpétua. Nessa perspectiva, permanecem os portadores de transtornos mentais autores de injustos penais no limbo jurídico em que sempre estiveram: considerados criminosos, não têm os direitos dos portadores de doenças mentais que não delinquiram; considerados loucos, não se lhes aplicam garantias penais e processuais penais. É, como ocorre no âmbito dos adolescentes em conflito com a lei, o "pior dos dois mundos"[348].

Como defendido no capítulo anterior, não pode o legislador ignorar a essência da pena de uma medida imposta pelo Estado simplesmente rotulando-a de outra forma e afastando-a do direito penal. Além disso, a lei 10.216/01 não exclui de seu âmbito de aplicação as medidas de segurança. Mesmo que referida lei possuísse – e não possui – dispositivo legal expresso asseverando não se aplicar ao portador de transtorno mental autor de injusto penal, ele seria claramente inconstitucional, uma vez que o direito à saúde mental - como decorrência do direito à saúde - se estende a todos, independentemente da prática de crime.

5.2. Inconstitucionalidade das medidas de segurança

A segunda corrente é bastante avançada em relação à doutrina ortodoxa. Haroldo Caetano entende inconstitucionais as medidas de segurança, pois ofendem os seguintes princípios: (1) culpabilidade, visto que, embora inimputáveis e absolvidos, os sujeitos são submetidos à sanção penal; (2) legalidade, dada a ausência de prazo determinado para o seu cumprimento; (3) igualdade, pois os inimputáveis são tratados de forma mais gravosa que os imputáveis que tenham praticado fato semelhante; (4) devido processo legal, pois é irrefutável a conclusão do laudo pericial quanto à periculosidade, uma vez que não aponta fatos objetivos e observáveis, além de não ter o portador de transtorno mental capacidade de participar ativamente do processo, compreender a acusação e se opor de forma eficaz a ela; (5) presunção de inocência, que "é desprezada quando o juiz aplica ao acusado a medida de segurança pela simples existência do transtorno mental, sem que antes se verifique adequadamente a prática do crime (...) ou mesmo se o agente atuou protegido por alguma excludente" e (6) dignidade humana, em função do tratamento cruel dado aos doentes mentais nos manicômios[349].

---

[348] CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. **O pior dos dois mundos?,** *passim*.
[349] CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**, p. 81-87.

Dos fundamentos mencionados, concordamos que as medidas de segurança violam a culpabilidade, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. Assim como as penas, elas violam a dignidade humana em função do cruel tratamento dado a quem é privado de sua liberdade. Além disso, elas igualmente estão em desacordo com os princípios da culpabilidade e do devido processo legal, pois são aplicadas a quem não tem condições de compreender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminar em conformidade com seu conhecimento; o processo, por sua vez, corriqueiramente não passa de um simulacro, notadamente quando as limitações cognitivas do acusado são severas[350].

Os outros princípios constitucionais mencionados, por outro lado, podem ser resguardados com a correta interpretação das normas aplicáveis às medidas de segurança. A legalidade deve ser assegurada com a fixação de um prazo máximo; a isonomia, por sua vez, é norma reitora para que em nenhuma hipótese os portadores de transtornos mentais sejam tratados de forma mais severa que os imputáveis; por fim, a presunção de inocência deve ser respeitada de maneira contundente, ou seja, não se permite a aplicação de medida de segurança se a materialidade e a autoria do injusto penal não forem robustamente comprovadas: incidindo qualquer excludente de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, deverá o inimputável ser absolvido propriamente, sem a imposição de qualquer sanção.

A tese da inconstitucionalidade das medidas de segurança será mencionada com maior profundidade adiante, ao se analisar o pensamento de Juarez Tavares sobre o tema. Por ora, é interessante observar que ela possui dois problemas: o primeiro é que dificilmente será acolhida pela jurisprudência; o segundo é o risco de o poder punitivo paralelo psiquiátrico ser exercido sem controle.

É evidente que a jurisprudência não deve servir como critério valorativo de validade de uma tese jurídica. No entanto, ela é um importante parâmetro quando se busca analisar o limite do direito penal em confronto com o poder punitivo. A proposta de excluir completamente os portadores de transtorno mental do sistema penal – defendida pelo pensamento clássico que os deixava à mercê do poder de polícia – foi completamente superada há mais de um século a ponto de quase todos os penalistas, ainda hoje, naturalizarem a existência da medida de segurança. Não é uma tarefa fácil, sem alteração legislativa, proceder a essa alteração de mentalidade.

---

[350] MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 87.

Como demonstrado por Mariana Weigert, nem mesmo o advento da lei 10.216/01 alterou a mentalidade dos juízes, promotores e diversos professores de direito penal em relação ao tema das medidas de segurança, tendo sido mantida a lógica hospitalocêntrica em detrimento dos avanços da psiquiatria e dos movimentos antimanicomiais. Essa constatação é válida mesmo para a Itália, local onde, para o senso comum, a lógica hospitalocêntrica estaria superada, o que contraria as conclusões da pesquisadora brasileira. Ela informa que, naquele país, a lei de reforma psiquiátrica conhecida por "Lei Basaglia" demorou mais de três décadas para atingir os manicômios judiciários e conclui que "a lei e qualquer movimento alternativo à psiquiatria convencional parecem simplesmente não tocar o universo dos loucos que são considerados infratores" [351].

O segundo problema da defesa da inconstitucionalidade das medidas de segurança é que se corre o risco de o poder médico-psiquiátrico transformar-se em simples poder punitivo sem controle jurídico. É um equívoco acreditar na potencialidade de o direito penal abolir, ainda que parcialmente, o poder punitivo[352]. Muitos profissionais da saúde mental, quando lidam com pessoas que praticaram injustos penais graves, estão imbuídos do mesmo sentimento de repulsa presente na sociedade em geral, tornando-se premente impor-lhes controle jurídico rígido em sua atuação.

Algumas contradições podem ser observadas nos pensadores que defendem a inconstitucionalidade das medidas de segurança. Jéssica Almeida, por exemplo, sugere que, se houver "reconhecimento judicial de provas suficientes de autoria e de materialidade do injusto penal, e constatada, sobretudo, a inimputabilidade do réu, deve a Justiça Criminal prolatar sentença de absolvição própria e encaminhar o sujeito para receber tratamento"[353]. Não conseguimos enxergar a razão de se exigir a existência de "provas suficientes de autoria e de materialidade do injusto penal" se não haverá qualquer responsabilização do inimputável. Também se visualizam inconsistências nos pensamentos que sustentam o posicionamento de Virgílio de Mattos – no sentido de que não se deve falar em inimputabilidade, devendo o portador de transtorno mental ser tratado como imputável – e, ao mesmo tempo, defendem que o portador de transtornos mentais deve ser retirado do sistema penal[354].

---

[351] WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 104.
[352] MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 180.
[353] ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança**, p. 97
[354] WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Op. cit.*, p. 185: "E nesse sentido entendo que Lei da Reforma Psiquiátrica, da forma como está redigida, possibilita dupla quebra de paradigma. Se a primeira ruptura paradigmática foi a de tratar o portador de sofrimento psíquico como sujeito de direitos, definindo estratégias que

A defesa da inconstitucionalidade das medidas de segurança é a ideia que vem prevalecendo entre os autores mais progressistas[355]. No entanto, é tamanha a contradição referente ao tema que autores como Zaffaroni, Alagia e Slokar, enquanto defendem a inconstitucionalidade das medidas de segurança aos inimputáveis perante o direito penal argentino[356], reconhecem, por outro lado, na obra brasileira adaptada por Nilo Batista, que "o conceito de inimputabilidade abre espaço para uma tutela coisificante da pessoa, que estaria em piores condições do que um condenado"[357].

A solução, sugerida por eles na obra argentina, é retirar a situação do inimputável do âmbito do direito penal, devendo intervir um juiz civil competente, uma vez que "existe uma legislação psiquiátrica que assinala os passos necessários para a internação voluntária ou compulsória de um paciente psiquiátrico e estabelece a judicialização dessas medidas (art. 482 e seguintes CC e lei 22.914)"[358].

É certo que a existência de uma legislação própria sobre saúde mental – impondo os pressupostos e requisitos para que se possa decretar uma internação contra a vontade do sujeito –, aliada à sua judicialização, auxilia na proteção do sujeito contra o poder médico-punitivo que possa vir a ser exercido contra ele.

No entanto, nos exemplos brasileiros em que se verifica o distanciamento do sistema penal formal e a incidência do que Zaffaroni chama de direito psiquiátrico, o que se tem é o puro e simples afastamento de garantias constitucionais. Ilustração mais incisiva a respeito disso está nas Unidades Experimentais de Saúde (UES), em São Paulo. Todas as pessoas ali internadas estão submetidas a processos formalmente cíveis, e não criminais. Não há absolutamente nenhum critério jurídico aceitável a reger as medidas aplicáveis aos "pacientes".

Evidentemente não é a esse tipo de equipamento de saúde que os autores se referem quando afirmam que os doentes mentais absolvidos da prática de um delito pela ausência de imputabilidade devem se submeter ao direito psiquiátrico. Fazem referência, por certo, às normas jurídicas e técnicas que digam respeito somente ao cuidado efetivo em saúde mental, limitando-se as internações involuntárias aos momentos de contenção de surto, priorizando-se

---

garantam paridade de tratamento no processo penal de conhecimento e criando ferramentas que otimizem formas não-manicomiais no processo de execução das medidas de segurança, a segunda, e mais radical alteração paradigmática –, e que parece ser a mais interessante e eficaz no que concerne aos deslocamentos necessários –, é a da retirada integral do usuário do sistema de saúde mental em conflito com a lei do sistema penal".

[355] ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. *Op. cit.*, p. 194.

[356] ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**, p. 392-393 e 925.

[357] ZAFFARONI *et al*. **Direito penal brasileiro, v. II, t. II**, p. 248.

[358] ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**, p. 927.

os atendimentos em meio aberto etc. No entanto, os próprios autores alertam ser "inegável que o controle psiquiátrico encerra riscos similares ou até maiores do que o controle punitivo"[359].

Um médico, se tiver acesso ao histórico criminal de um paciente, possivelmente determinará sua internação caso tenha conhecimento de que cometeu (ou há suspeita de que tenha cometido) injusto penal grave. Ademais, ficará receoso de determinar sua liberação, pois ele poderá vir a cometer outro delito, recaindo sobre aquele, senão uma efetiva responsabilidade civil ou criminal (como querem alguns, embora seja a tese absurda[360]), forte estigma social de seus colegas e da própria comunidade.

Não é por outra razão, aliás, que alguns personagens conhecidos nacionalmente e internados compulsoriamente dificilmente obtêm liberação, porque os médicos se recusam a atestar a "cessação da periculosidade" ou, em termos "cíveis", a "recuperação do interditando" de alguém que tenha cometido atos bárbaros de violência contra a pessoa. Mesmo naquelas situações em que o perito psiquiátrico é extremamente independente e, a despeito de saber sobre a pesada carga social que pesará contra si, não atesta um diagnóstico médico quando ele não existe – e não recomenda internação quando ela não é clinicamente necessária –, ainda resta ao judiciário não acolher o laudo e decidir pela manutenção da internação[361].

Não é razoável exigir de peritos e magistrados atitudes heroicas. É absolutamente necessário que a segregação das pessoas portadoras de doenças mentais, assim como a segregação de pessoas mentalmente sãs que tenham praticado delito, seja regulamentada de forma completa, com prazo determinado e pressupostos bem definidos, não sendo possível que sua liberação fique na dependência da boa vontade ou do pensamento individual de uma única pessoa, seja o médico ou o juiz.

Não somos contrários à criação de um autêntico direito psiquiátrico para o qual seriam remetidas todas as situações envolvendo pessoas com transtornos mentais e que previsse de forma taxativa e regulamentada as excepcionais hipóteses em que seria possível a internação compulsória (que deveria pressupor, por um critério de racionalidade, ao menos a comprovação

---

[359] ZAFFARONI *et al*. **Direito penal brasileiro, v. II, t. II**, p. 246.

[360] Na Itália, o psiquiatra pode ser responsabilizado por eventual ato ilícito praticado pela pessoa portadora de transtorno mental: WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 151-153.

[361] Foi o que ocorreu no caso que ensejou o HC 169.172 do STJ. A despeito de ter o perito psiquiatra destacado que a internação não era o tratamento médico indicado, sua sugestão foi ignorada pelo judiciário.

de um fato concreto praticado pelo doente mental que tenha resultado em perigo concreto ou dano para terceiro), tudo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa[362].

A proposta de Jacobina é na linha da responsabilização do portador de transtorno mental que pratique um injusto penal, mas fora do âmbito do direito penal: "Que essa solução não deva passar pelo direito penal, isso parece claro; no entanto, não parece claro por onde ela deva passar"[363]. A despeito da contundência de suas críticas, por sinal corretas, o autor, reconhecendo a necessidade de se instituir um sistema de responsabilização diferenciado que não se vinculasse ao sistema penal, não desenvolveu um programa realmente aplicável na prática forense. Pensamos, nesse aspecto, como Virgílio de Mattos, que concorda ser necessário redefinir o conceito dogmático de responsabilidade penal, mas, em conformidade com sua visão pragmática, sabe que tal proposta "original" não teria relevância prática, pois permaneceria "escondida dentro de um trabalho acadêmico"[364].

Em suma, ausente uma disciplina legal específica de responsabilização do portador de transtorno mental autor de injustos penais, que possa lhe garantir minimamente seus direitos fundamentais, parece adequado sustentar ser a sua submissão a processo criminal uma forma razoável de, por ora, lidar com o problema, vedando-se, de forma peremptória, sua internação compulsória em processos "cíveis". Isso somente deve ser admitido quando houver emergência ou risco de morte ao indivíduo – o que legitima a internação involuntária, não compulsória – e omissão do ente federativo em fornecer o equipamento de saúde mental adequado, tornando necessária a judicialização. Nesse caso peculiar realmente a competência judicial não será do juízo criminal, mas cível.

Assim, adotando as próprias premissas de Zaffaroni, discordamos de sua conclusão sobre o destino a ser dado aos portadores de doenças mentais autores de injusto penal. Valemo-nos principalmente destas assertivas do penalista argentino quanto ao direito penal: (1) não pode descuidar dos elementos ônticos; (2) deve se ocupar do sistema penal subterrâneo e paralelo e (3) tem a função de limitar o poder punitivo, reduzindo ao máximo suas irracionalidades.

---

[362] Nesse sentido: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Os autores entendem que a manutenção da medida de segurança no âmbito do direito penal não se justifica, embora defendam que sua aplicação na esfera cível respeite todas as garantias do devido processo legal.

[363]JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**, p. 136.

[364] MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 33.

Retirar a situação do portador de transtorno mental autor de injusto penal do sistema penal formal e inseri-la no sistema "tutelar" do direito civil ou do direito de família, como já ocorre, aliás, com as internações compulsórias pré-delituais e pós-infracionais, não lhes garante qualquer direito, muito pelo contrário. Cumpre destacar que uma das maiores vergonhas registradas na história do país – o Holocausto Brasileiro[365] - ocorreu em hospital psiquiátrico desvinculado do sistema penal. Com efeito, em Colônia, maior hospício do Brasil situado na cidade de Barbacena, contabilizaram-se 60 mil mortos no século passado. A obra, fundamental para a compreensão dos riscos do poder psiquiátrico descontrolado, relata que os "pacientes do Colônia morriam de frio, de fome, de doença. Morriam também de choque (...). Nos períodos de maior lotação, dezesseis pessoas morriam a cada dia"[366]:

> Cerca de 70% não tinham diagnóstico de doença mental. Eram epilépticos, alcoolistas, homossexuais, prostitutas, gente que se rebelava, gente que se tornara incômoda para alguém com mais poder. Eram as meninas grávidas, violentadas por seus patrões, eram esposas confinadas para que o marido pudesse morar com a amante, eram filhas de fazendeiros as quais perderam a virgindade antes do casamento[367].

Se no livro argentino Zaffaroni, Alagia e Slokar defendem a inconstitucionalidade das medidas de segurança, sua obra traduzida para o português e adaptada para o ordenamento jurídico brasileiro por Nilo Batista traz duas soluções para o problema dos portadores de transtornos mentais que tenham praticado injusto penal: (a) de acordo com o direito positivo, a derrogação tácita, pela lei 10.216/01, de diversos dispositivos do código penal e lei de execução penal[368]; (b) de *lege ferenda*, ou seja, como proposta de alteração legislativa, "caberia remeter todos os conflitos que envolvessem portadores de transtorno mental, criminalizados ou não, ao juiz de família, onde instrumentos jurídicos adequados (interdição, curatela, assistência e tratamento, reparação do dano ex delicto etc.) se encarregariam do assunto"[369].

Essa contradição presente nos pensamentos progressistas não se encontra no âmbito discursivo, mas é mero reflexo das contradições presentes na realidade do poder punitivo: por um lado, é irracional a imposição de pena ao inimputável, e isso é destacado por todo o

---

[365] "Em 1979, o psiquiatra italiano Franco Basaglia (...) esteve no Brasil e conheceu Colônia (...): 'Estive hoje num campo de concentração nazista. Em lugar nenhum do mundo, presenciei uma tragédia como esta" (BRUM, Eliane. Prefácio. In: ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**, p. 18).
[366] ARBEX, Daniela. *Op. Cit.*, p. 16.
[367] *Ibid.*, p. 15-16.
[368] ZAFFARONI *et al*. **Direito penal brasileiro, v. II, t. II**, p. 266.
[369] *Ibid.*, p. 267.

pensamento crítico[370]. Mesmo a doutrina ortodoxa afirma, sem pestanejar, não ser possível reprovar a conduta praticada por quem não tem condições de compreender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminar. A conclusão lógica e racional, portanto, seria deixar de aplicar pena a essas pessoas[371], que seriam tratadas de forma humanizada e sem preconceito pelos serviços de saúde mental existentes. Se o direito penal, ao constatar essa situação, fosse potente para impor à realidade aquela conclusão, provavelmente todos os penalistas preocupados com a dignidade humana em detrimento da defesa social concordariam com essa solução. Nenhum resquício de poder punitivo subsistiria e menos dor e sofrimento seriam causados às pessoas.

O que se constata empiricamente, porém, é que a pena, embora com a denominação de medida de segurança, sempre foi aplicada aos inimputáveis e de forma muito mais contundente. Mesmo antes de existir medida de segurança, o pensamento clássico permitia segregar de modo perpétuo portadores de transtornos mentais em manicômios. O pretexto era o poder de polícia administrativa. Nos dias de hoje, sob o falacioso argumento de se fazer o bem ao paciente e sob a justificativa eficientista de salvaguardar a sociedade, a jurisprudência legitima o poder punitivo psiquiátrico exercido sobre pessoas que não praticaram qualquer injusto penal (medidas de segurança pré-delituais) ou que já cumpriram integralmente sua sanção (medidas de segurança pós-infracionais). De forma irônica e trágica, a lei 10.216/01, marco dos movimentos antimanicomiais no Brasil, é utilizada para fundamentar internações compulsórias de indesejáveis. Ao contrário do poder punitivo formal (que tem balizas mínimas de atuação), o poder punitivo psiquiátrico não se submete a nenhuma limitação, senão à subjetividade de quem o exerce. É em razão disso que alguns autores defendem que aos inimputáveis sejam aplicadas penas.

---

[370] Virgílio de Mattos sustenta a inconstitucionalidade do instituto da inimputabilidade e prega que os portadores de doença mental autores de injustos penais sejam submetidos a penas. Sua tese, porém, é pragmática. Busca evitar que eles sejam, por meio das medidas de segurança, tratados de forma mais gravosa que os imputáveis. Uma de suas conclusões provisórias é que, vedado o apenamento ("unanimidade a partir de final do século XIX") e o tratamento pela exclusão, o que resta, em conformidade com a Lei 10.216/01, são medidas de cuidado e acompanhamento, ou seja, a prevenção (MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 153). Destacando a importância da atuação de Basaglia em Gorizia, afirma que "a história da loucura pode ser dividida em antes e depois de Basaglia" (*ibid*., p. 159). Após efetuar diversas críticas ao modelo segregacionista, representado pela prisão ou pelos manicômios, o autor reitera "a importância do modelo italiano/basagliano, para qualquer proposta de futuro ou mesmo que venha a encarar seriamente o problema" (*ibid.*, p. 166). No entanto, como programa mínimo de ação, aplicável em qualquer país, envolve dois pontos principais: reconhecer a autonomia e responsabilidade do portador de transtorno mental que pratique um injusto penal, independentemente da gravidade de sua doença, e compreender que o conceito de periculosidade não possui fundamento científico (*ibid.*, p. 167).

[371] Se a medida de segurança tem natureza penal, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, e a Constituição Federal veda a imposição de pena a quem não tenha agido com culpabilidade, *então* a medida de segurança é inconstitucional. Essa lógica rigorosa é utilizada por CAETANO, Haroldo**. Loucura e direito penal**, p. 56.

5.3. Inconstitucionalidade da distinção entre imputáveis e inimputáveis

No entanto, sustentar, na linha da terceira proposta mencionada acima, a imputabilidade de todas as pessoas, independentemente da existência de transtornos mentais, embora seja uma excelente e original ideia, por incorporar ao direito penal a realidade violadora de direitos humanos presente nos manicômios judiciais como manifestação do poder punitivo, desatende à dogmática da teoria do delito historicamente incorporada à tradição jurídico-penal há mais de dois séculos. Haverá, portanto, natural resistência dos operadores do direito, inclusive dos mais críticos, que veem aí uma inequívoca e desaconselhável legitimação do sistema penal[372]. Além disso, essa solução ignora o direito positivo e somente poderia ser proposta no âmbito da política criminal, visto que exige alteração legislativa.

É incorreto, como prega Virgílio de Mattos, sustentar a inconstitucionalidade do art. 26 do CP por violar a cláusula pétrea que trata da proibição das penas perpétuas[373]. O problema das sanções perpétuas deve ser resolvido de outra forma. Se a inconstitucionalidade está na perpetuidade daquelas medidas, o dispositivo legal a ser analisado é o art. 97 do CP[374]. Ainda que a doutrina constate e demonstre que determinado instituto jurídico perdeu sua razão de existir por circunstâncias históricas, culturais, jurídicas e mesmo tecnológicas (inclusive farmacológicas), não cabe aos operadores do direito simplesmente ignorá-lo, se previsto em lei e houver possibilidade de compatibilizá-lo com a Constituição Federal. A violação reiterada de dispositivos legais claros, que parece ter virado regra no Brasil, normalmente em desfavor de pessoas vulneráveis, não deve ser admitida, ainda que por uma boa causa, exceto se demonstrada de forma segura sua inconstitucionalidade[375].

No caso das medidas de segurança, não restam dúvidas de que suas razões históricas não subsistem. Os fundamentos do positivismo criminológico do início do século passado se mostraram incorretos. O próprio sistema do duplo binário já foi formalmente abandonado em favor do vicariante, ou seja, houve o reconhecimento legislativo da insubsistência do conceito

---

[372] BRANCO, Thayara Castelo. **A deslegitimação das medidas de segurança no Brasil**, p. 221.

[373] O fundamento jurídico da tese de Virgílio – de responsabilização penal do portador de transtorno mental – é a inconstitucionalidade do art. 26 do Código Penal, por ser "inadmissível a prisão perpétua, supostamente aplicada 'em defesa da sociedade'" (MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 18).

[374] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 524.

[375] Ainda que em contexto diverso, tratando da pós-democracia, explica Rubens Casara: "Passou-se a julgar sem os limites típicos do Estado Democrático de Direito, sem a observância das 'regras do jogo' que distinguem as democracias dos regimes totalitários (...). Com o enfraquecimento do simbólico, o empobrecimento da linguagem e a perda da importância da lei, a imagem que cada um faz do que é justo ou legítimo assume o lugar da lei" (CASARA, Rubens R. R. **Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie** (E-book). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, posição 269).

da periculosidade em relação aos imputáveis, ainda que haja vestígios disso na jurisprudência, principalmente nos exames criminológicos, que, de forma contrária à legislação, permanecem sendo exigidos para determinados indivíduos fazerem jus à progressão de regime e livramento condicional. De outro lado, a revolução farmacológica da década de 1950 permitiu que portadores de doenças mentais graves fossem tratados fora de manicômios, o que ainda era uma hipótese futurista e impensável no final do século XIX, na época em que foram criadas as medidas de segurança. Por fim, as críticas da antipsiquiatria e dos movimentos antimanicomiais, das décadas de 1960 e 1970, levaram diversos países, inclusive o Brasil, a incorporarem legislativamente alguns de seus postulados. Os movimentos antimanicomiais atingiram objetivos bastante promissores, como a aprovação da lei 10.216/01.

Tudo isso deve realmente levar a mudanças legislativas, quiçá com a extinção das medidas de segurança, seja para prever um diferente tipo de responsabilização aos portadores de transtornos mentais, seja para considerá-los imputáveis ou mesmo, no outro extremo, para afastá-los do âmbito do direito penal, regulando-se, porém, de forma taxativa as hipóteses de exercício do poder médico-psiquiátrico e atentando-se para que ele não se transforme em poder punitivo.

No entanto, enquanto tais mudanças legislativas não ocorrem, uma tese de direito penal deve interpretar o direito posto, que divide de forma clara as sanções penais: de um lado a pena, aplicável aos imputáveis ou aos semi-imputáveis; de outro a medida de segurança, aplicável aos inimputáveis ou aos semi-imputáveis. Não é possível ao intérprete fugir disso. Mas também não é possível que, na prática, a medida de segurança seja mais gravosa ao indivíduo do que a pena aplicável ao imputável por fato semelhante, pois isso violaria o princípio da isonomia. Igualmente não é constitucionalmente admissível que a doença mental do sujeito seja simplesmente ignorada (assim como não poderia ser ignorada a saúde de um preso que possuísse outra doença grave); é necessário dar-lhe tratamento digno, nos termos da lei 10.216/01, que é a norma de referência para portadores de transtornos mentais, tenham ou não cometido infração penal.

Diante do direito positivo, portanto, é fundamental aceitar a distinção legislativa entre imputáveis, semi-imputáveis e inimputáveis, sendo necessário, porém, compatibilizar os obtusos dispositivos legais que tratam das medidas de segurança com as garantias constitucionais penais e processuais penais, bem como as normas jurídicas que tratam da proteção às pessoas com deficiência e portadoras de transtornos mentais.

5.4. Dupla garantia

Ao contrário da doutrina ortodoxa, que defende o duplo afastamento de garantias – tanto aquelas próprias do direito penal quanto aquelas previstas para portadores de transtornos mentais –, a tese aqui proposta reconhece a maior vulnerabilidade dos indivíduos com doenças mentais suspeitos, acusados ou sentenciados pela prática de um injusto penal, e, por isso, é adepta do sistema de dupla garantia. A situação de maior vulnerabilidade dos considerados inimputáveis – por idade ou doença mental – jamais pode levar à sua maior penalização, sob pena de grave ofensa à razoabilidade que deve reger o ordenamento jurídico. Os desdobramentos desta tese serão abordados no capítulo seguinte.

5.5. Juarez Tavares e a inconstitucionalidade das medidas de segurança

Pela sua pertinência, passa-se à análise pormenorizada da proposta de Juarez Tavares de afastar completamente o portador de transtorno mental do âmbito do direito penal. Trata-se de um dos maiores penalistas brasileiros e reconhecido por ser expoente defensor da liberdade individual. Na introdução à sua obra de maturidade – "Fundamentos de teoria do delito" –, deixa claro que a sua visão do ordenamento jurídico afasta a legitimidade de qualquer interpretação jurídica que, adotando a ideologia da defesa social, desconsidere a proteção ao indivíduo[376].

Sua tese em relação aos portadores de transtorno mental é bastante peculiar e apurada, entendendo que eles não praticam ação juridicamente relevante[377]. Ou seja, o problema não deveria ser analisado somente na culpabilidade, mas na conduta, pressuposto do injusto penal. Para melhor compreendê-lo, porém, necessária a exposição das premissas de seu pensamento jurídico-penal. Quanto às funções da teoria do delito, aponta fundamentalmente duas: de um lado, "impedir que as decisões judiciais se estruturem em atos de criação do direito e ultrapassem os limites expressos na Constituição". De outro, "demonstrar aos destinatários da norma o significado preciso das condutas proibidas ou mandadas"[378]. Percebe-se o papel

---

[376] TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**, p. 27.

[377] No mesmo sentido: REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 206-207). Assim, não assiste razão a Zaffaroni *et al.* quando afirmam que os hegelianos, que inseriam a imputabilidade como pressuposto da conduta, "já não têm prosélitos na doutrina contemporânea" (ZAFFARONI et. al. **Direito penal brasileiro, v. II, t. II**, p. 242). Aliás, em alguns casos mais extremos, eles mesmos defendem que o portador de doença mental efetivamente não pratica ação típica (*ibid.*, p. 264). Na mesma obra, explicam que a incapacidade psíquica pode afetar a conduta, o dolo ou a culpabilidade (*ibid.*, p. 239).

[378] TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 28.

fundamental da comunicação na análise das normas jurídicas incriminadoras[379]. Isso vem destacado mais à frente, quando o penalista trata dos diversos modelos de conduta: "À medida que o autor não possa ser inserido como partícipe de um discurso válido, relativamente à norma proibitiva ou mandamental, sua conduta é socialmente irrelevante e também irrelevante para o direito penal"[380].

Ao tratar da legitimidade da norma incriminadora, ensina Tavares que "nenhuma norma pode ser legitimada sem estar vinculada à descrição de um contexto (...). Se a norma depende de aceitação, seus destinatários só estarão aptos a aceitá-la, à medida que se incorporem no mesmo contexto nela descrito"[381]. Na visão de Tavares, uma das funções da norma criminalizadora é "fundar um processo de comunicação da norma que possa ser absorvido pelos sujeitos, os quais atuam na vida social conforme os dados empíricos vinculados à sua experiência"[382]. Dessa forma, a imposição de consequência jurídico-penal a pessoa que não possa compreender o que lhe é proibido ou imposto violaria o princípio da dignidade humana[383].

Não há como deixar de concordar com a conclusão do penalista. No entanto, diversas situações decididas pelo sistema penal são igualmente violadoras da dignidade humana, mas, como fato político, permanecem e não são eliminadas da realidade por simples constatações criminológicas ou postulações dogmáticas. O poder punitivo padece, de forma geral, de grave irracionalidade, de modo que, aplicando-se a razão e visando-se à extinção total do sofrimento humano representado no ambiente carcerário, deveria ser ele extinto. A dogmática penal, como sempre destaca Zaffaroni, porém, deve se restringir à tentativa de limitação das irracionalidades do poder punitivo daquilo que é limitável. Não é função da dogmática penal extinguir o poder punitivo, pois tal objetivo seria inalcançável.

É impossível hoje pensar na situação de um portador de transtorno mental que cometa fato grave (crimes contra a vida ou contra a dignidade sexual, por exemplo) para a qual se aceite

---

[379] Destacando o papel comunicacional das normas jurídicas: JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**, p. 11; QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 391

[380] TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**, p. 130-131.

[381] *Ibid*., p. 40-41.

[382] *Ibid*., p. 95.

[383] *Ibid*., p. 66. Embora com conclusões absolutamente distintas, Jakobs também salienta a impossibilidade de se cumprir a norma sem um conhecimento válido da conformação do mundo, o que é um pressuposto para que as expectativas normativas possam ser asseguradas: "Não é possível respeitar a norma sem o conhecimento de como está conformado o mundo e de acordo com quais regras estão interrelacionadas as relações, apesar do que somente está garantida juridicamente a vontade de respeitar a norma, mas não o conhecimento pertinente para considerar aplicável a norma" (JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**, p. 11).

socialmente a ausência de imposição de sanção jurídica, ainda que consistente em medida de segurança, por mais bem elaborados que sejam os argumentos dogmáticos.

O que se quer dizer, em suma, é o seguinte: não se discorda de Juarez Tavares quanto à irracionalidade de se impor sanção criminal (pena ou medida de segurança) a quem, por sua doença mental, não possa compreender o que lhe é proibido ou imposto. No entanto, em determinados casos mais graves e repugnantes ao senso comum, essa irracionalidade (que caracteriza efetivamente evidente violação à dignidade da pessoa humana), produto e constituinte do poder punitivo, não é limitável pelo direito penal.

Ao tratar especificamente do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento mesmo da ordem jurídica, Tavares lhe aponta duas dimensões. A primeira se traduz no imperativo categórico de Kant e na necessidade de ser a humanidade entendida como um fim em si mesmo, não como um meio ou instrumento para se atingir outra coisa: em poucas palavras, a dignidade como valor intrínseco de todo ser humano. A segunda dimensão se refere ao direito ao respeito como pessoa e à liberdade de destino que cada um queira traçar para si mesmo. Ele conclui que "a invocação da proteção da dignidade da pessoa humana impede (....) que tratem do mesmo modo adultos, crianças e adolescentes, ou pessoas mentalmente sadias e aquelas portadoras de distúrbios mentais, indígenas e outros povos"[384].

Sua análise sobre a teoria do delito destaca a existência dos quatro elementos que o integram: ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. O primeiro é fundamental para eliminar "do direito penal a criminalização de simples estado ou qualidade da pessoa"[385]. Quanto ao segundo e ao terceiro elementos, afirma que é "deficiente a proposta de separar, em compartimentos estanques, seus elementos essenciais, a tipicidade e a antijuridicidade (...). Por isso se diz que a concepção do injusto é dialética"[386]. Do mesmo modo, o primeiro elemento apontado – ação – também integra o tipo de injusto, pois "a ação só adquire relevância penal quando analisada sob os parâmetros das normas proibitivas ou mandamentais e permissivas"[387]. A culpabilidade, por sua vez, é conceituada da seguinte forma: "A culpabilidade é uma qualidade da ação que implica a atribuição de responsabilidade a um sujeito pela prática de um fato injusto"[388].

---

[384] TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**, p. 70.
[385] *Ibid.*, p. 99.
[386] *Ibid.*, p. 102.
[387] *Ibid.*, p. 105.
[388] *Ibid.*, p. 103.

Logo em seguida, o penalista menciona os principais sistemas construídos pela doutrina penal ao longo dos anos no que diz respeito à teoria do delito: clássico (englobando enunciados do causalismo), neoclássico (baseado no neokantismo), finalista (com fundamento em estruturas lógico-objetivas) e funcionalista (com elaborações sobre a estabilidade da norma e a constitucionalização do direito penal). Afirma que "nenhum sistema é absolutamente consistente", pois "assumem-se ficções como se fossem inferências de postulados verdadeiros"[389].

Em razão das críticas aos sistemas mencionados, Tavares afirma ser fundamental superá-los, pugnando por uma "lógica paraconsistente, pela humanização do direito penal. Para alcançar esse objetivo é relevante demonstrar que as sequências lógicas dos elementos do delito nem sempre devem prevalecer, que é necessário eliminar o enunciado de coerência aparente"[390].

O que o autor pretende é a "recuperação do sujeito como figura central da ordem jurídica", exigindo-se "a demonstração de que, mediante sua capacidade de se orientar pela norma, fora ele capaz de realizar o fato que dá base à conduta criminosa". Não se trata da adoção de um direito penal do autor e muito menos de uma regressão ao positivismo antropológico, uma vez que o objetivo principal de Tavares é justamente assegurar a proteção individual perante o poder punitivo do Estado. Na lógica proposta por ele, a teoria do delito deve se diversificar em dois subsistemas: um abrangendo os imputáveis e outro, os inimputáveis e os que "apresentam qualidades diversas em sua relação com as normas proibitivas ou mandamentais e com as normas permissivas de conduta"[391].

É interessante observar que Tavares, ao inserir o subsistema do inimputável no interior da teoria do delito, de alguma forma o mantém no âmbito do direito penal, ainda que para defender seu afastamento do poder punitivo. A ideia é acertada, uma vez que cabe ao próprio direito penal definir o que deve e o que não deve ser incluído no âmbito do poder punitivo formal. O penalista brasileiro busca, considerando a manifestação da "conduta no mundo empírico sob a perspectiva da vinculação do sujeito às regras que disciplinam sua atuação", afastar as ficções e paradoxos da teoria tradicional do delito, mas "o conflito entre as estruturas do delito permanece, uma vez que o objeto não pode ser alterado em suas características empíricas"[392]. Em sua visão, um dos maiores paradoxos da dogmática penal seria afirmar que

---

[389] TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**, p. 108.
[390] *Ibid.*, p. 108.
[391] *Ibid.*, p. 109.
[392] *Ibid*.

o portador de transtorno mental atua com dolo e, portanto, pode praticar um injusto penal. Este parágrafo resume o seu pensamento sobre o tema:

> Com efeito, constitui um paradoxo considerar que um doente mental, que não tenha a capacidade de entendimento e autodeterminação, possa atuar dolosamente ou possa se orientar por normas de cuidado estabelecidas para o exercício profissional. A doutrina tradicional costuma contornar esse paradoxo por meio da presunção de dolo, ou seja, por uma ficção. Mas esse paradoxo só pode ser superado com a antecipação de elementos específicos de responsabilidade para o âmbito da própria estrutura da ação, ou seja, mediante a inserção da imputabilidade ou inimputabilidade como elemento do injusto (...). Mediante essa reformulação, o sujeito passa a ser um fator de contenção do poder punitivo e não simples objeto de imputação de responsabilidade[393].

Não parece absolutamente correta, porém, a conclusão de Tavares. Além de não ser possível à dogmática limitar o poder punitivo em casos de fatos graves praticados por portadores de transtornos mentais, não há como descuidar que grande parcela deles possui sim capacidade de entendimento e autodeterminação, embora reduzida. Não é, portanto, de todo uma ficção afirmar que eles atuam com dolo em determinados casos. Aliás, em sentido completamente oposto, Zaffaroni, Alagia, Slokar e Batista consideram que a ficção está justamente na assertiva contrária, ou seja, em negar que os inimputáveis atuam com dolo[394].

É certo que há alguns fatos praticados em momentos de surtos nos quais o indivíduo não possui efetivamente capacidade de entendimento e autodeterminação. Mas mesmo nessas hipóteses, em que a racionalidade do direito penal imporia a absolvição ao indivíduo sem qualquer consequência jurídico-penal, o poder punitivo (poder político de fato, não controlável pela dogmática) seria exercido de uma forma ou de outra (aplicando-se pena, medida de segurança ou mesmo se acionando o sistema penal subterrâneo ou paralelo). Esta era a solução propugnada pelos clássicos: o abandono do louco à sorte da psiquiatria, que poderia interná-lo como medida de polícia médica.

Interessante, neste ponto, lembrar que determinados equipamentos de saúde mental nem sequer aceitam receber pacientes com transtornos mentais que tiveram algum envolvimento com a justiça criminal, o que deixa nítido que, socialmente, sofrem gritante discriminação.

---

[393] TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**, p. 110.

[394] ZAFFARONI *et al*. **Direito penal brasileiro, v. II, t. II**, p. 244. Battaglini afirmava que, embora os inimputáveis não agissem com dolo, suas condutas poderiam ser "suscetíveis de avaliação com características semelhantes às daquela a que são submetidos os processos psíquicos de pessoas normais" (BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal**, p. 735).

A tese do autor busca defender os portadores de doença mental ao propor que nenhuma sanção administrativa – formalmente penal ou não (ou seja, incluindo-se aí o sistema penal paralelo) – poderia ser imposta a eles, caso reconhecida a ausência de sua capacidade deliberativa. Assim, reconhecida tal circunstância (doença mental), o sujeito não poderia sofrer sanção estatal de qualquer tipo. Essa tese é, portanto, ao menos no âmbito das ideias, mais garantidora dos direitos do portador de transtorno mental do que a que exclui somente a culpabilidade[395]. Isso porque a conduta praticada por pessoa não deliberativa seria, para Tavares, inidônea para sofrer incidência de valoração jurídica, expressão mais ampla do que valoração jurídico-penal. Para a teoria tradicional, a conduta do inimputável poderia ser juridicamente valorada, impedindo-se somente, por ausência de culpabilidade, sua valoração jurídico-penal:

> O que se estabelece com a distinção entre pessoa deliberativa e pessoa não deliberativa é o pressuposto primário para caracterizar uma conduta como capaz de sofrer a incidência da valoração jurídica. É importante salientar que a condição de pessoa não deliberativa não autoriza o Estado a impor-lhe sanções administrativas que violem direitos fundamentais. As sanções administrativas – e nelas compreendidas todas as formas não penais de intervenção do Estado – não podem autorizar restrições de direito que ofendam a dignidade da pessoa humana[396].

Tavares afirma que a análise do delito deve se iniciar "com a verificação se o sujeito encontra-se em condições de atender às regras do discurso jurídico expresso nas normas criminalizadoras, ou seja, se pode ser considerado pessoa deliberativa". O autor alerta, no entanto, que essa antecipação da análise do sujeito não deve ser feita se se verificar que o fato por ele praticado poderia ser excluído da esfera penal "em face de não ter havido lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico ou estar autorizado pela ordem jurídica". Isso "para assegurar-lhe os mesmos direitos das demais pessoas e com vistas a outros efeitos não penais"[397], ou seja, há um reconhecimento de que a exclusão da pessoa portadora de transtorno mental do âmbito penal pela sua ausência de capacidade deliberativa poderia lhe resultar, na prática, efeitos não penais.

A contradição que muitos autores poderiam apontar à tese de Tavares – no sentido de ser pouco prático antecipar a análise da imputabilidade para o momento da valoração da conduta

---

[395] No entanto, a mesma teoria de exclusão da ação – não da culpabilidade – é defendida por Miguel Reale Jr., mas interpretada por ele de outra forma. Ao retirar do portador de transtorno mental a possibilidade de praticar conduta, tratando-a como mero ato-fato, esse penalista defende que algumas excludentes de criminalidade aplicáveis aos imputáveis (erro de tipo, erro de proibição, ausência de dolo) não se aplicam aos inimputáveis: REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 496-497.
[396] TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**, p. 113.
[397] *Ibid.*, p. 112.

somente em alguns casos, não em todos – não se sustenta, tendo em vista a lógica paraconsistente adotada por ele e já explicada acima.

No entanto, o autor não explica como seria possível imputar ao portador de transtorno mental efeitos não penais – mesmo fora dos casos de ausência de lesão ou perigo de lesão ou incidência de alguma autorização jurídica – se a própria valoração jurídica (em sentido amplo) de sua conduta, de acordo com sua tese, estaria obstada. Pode-se intuir que ele descarta somente a possibilidade de valoração jurídica da conduta do portador de transtorno mental para o fim de repreendê-lo (penal ou administrativamente), sem ingressar no mérito, portanto, das discussões dogmáticas envolvendo a responsabilidade civil. Tanto é assim que permite a antecipação da análise das excludentes de ilicitude caso se constate que o inimputável agiu, por exemplo, em legítima defesa. Essa antecipação da análise não se justificaria caso não fosse possível valorar juridicamente a conduta do portador de transtorno mental para fins civis.

Parece difícil defender a inexistência de conduta juridicamente relevante se outras áreas do direito (ainda que somente o direito civil) não a consideram assim. É certo que essas questões não foram abordadas por Tavares porque extrapolariam seu objeto de estudo, estritamente jurídico-penal. Ao que se extrai de todos os trechos mencionados de sua obra, há que se supor que, realmente, ele entende possível a intervenção do direito civil para tratar de efeitos não penais (ou não repressivos) da conduta do inimputável. Mas não é possível um conceito de ação juridicamente relevante somente para os âmbitos repressivos (direito penal e direito administrativo sancionador), tratando-se de uma contradição em seus próprios termos. Se a ideia é excluir determinadas situações somente do âmbito do poder punitivo (sistema penal propriamente dito e direito administrativo sancionador), parece mais adequado manter a análise da questão no âmbito da própria culpabilidade, não se vedando a valoração jurídica da conduta, mas sim a valoração jurídico-penal, incluída aí a impossibilidade de se impor qualquer medida descrita legalmente como mero poder de polícia, mas que seja efetivamente pena.

É possível tratar a conduta de um inimputável que causa a morte de alguém exatamente da mesma forma como se trata a conduta de um animal feroz e selvagem que produz o mesmo resultado, ou seja, somente como tragédia acidental, sem impactos jurídicos? Qual é o grau e quais diagnósticos de transtorno mental seriam suficientes para excluir a conduta juridicamente relevante? É certo que a inclusão ou a exclusão de determinadas situações conflitivas na área do direito é puramente social, tanto é que, em tempos remotos, poderia se punir o animal no exemplo citado. A indagação, portanto, é historicamente datada: hoje, pode-se tratar o

inimputável daquela forma? Seria suficiente, inclusive para o âmbito do direito civil, exigir dos responsáveis pelo inimputável uma indenização pecuniária? E se o inimputável não possuísse família?

A justificativa teórica da exclusão do portador de transtorno mental do âmbito do direito penal está em seu conceito de ação, que "jamais será um conceito neutro; estará sempre vinculado a um contexto ideologizado"[398]. Citando Habermas, afirma que uma classificação dos modelos de conduta pode ser dividida em dois grandes grupos: modelos instrumentais e modelos performáticos: "Os modelos instrumentais enfocam a ação (...). Já os modelos performáticos têm em vista a subordinação da ação ao complexo de regras jurídicas que a disciplinam, o que dará lugar a conceitos normativos de conduta"[399].

Tavares adota o modelo performático de ação, justificando-se da seguinte forma: "O que se pretende com essa concepção é buscar uma forma de evitar que o enfoque puramente formalista possa comprometer a defesa da pessoa humana diante do poder"[400]. Quanto às ações performáticas:

> (...) podem ser classificadas em ações estratégicas, ações significativas e ações comunicativas. Todas são ações sociais e se executam em torno de percepções, argumentos, ponderações ou de atos concretos de execução. As ações estratégicas, ainda que levem em conta a reação dos demais, prescindem de sua aceitação e não ficam na dependência do consenso. As ações significativas são compreendidas apenas como sentido. Já as ações comunicativas só têm relevância como tal à medida que são executadas com pretensão de validade, ou seja, que são acatadas por todos[401].

Na sua opinião, são quatro os elementos indispensáveis da ação: "a) a subordinação aos termos do discurso jurídico; b) a orientação em função de parâmetros ou objetos de referência enunciados na norma; c) a materialização típica como expressão da prática social do sujeito; d) uma vontade dirigente"[402]. Como o portador de transtorno mental não pode se orientar em função dos parâmetros normativos, seria uma ficção reconhecer que possa atuar com consciência e vontade de realizar uma ação proibida: "(...) se o agente não pode participar,

---

[398] TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**, p. 117.
[399] *Ibid.*, p. 118.
[400] *Ibid.*, p. 119.
[401] *Ibid.*, p. 127.
[402] *Ibid.*, p. 134.

ainda que hipoteticamente, da decisão acerca da validade da norma, nem proceder a uma autocrítica de sua conduta, jamais poderá ser autor de um delito"[403].

Ao tratar do sujeito da ação, Tavares explica que a grande questão do direito penal é "estabelecer como será possível distinguir entre as várias pessoas que podem causar danos a outras pessoas e aquelas que estarão aptas a serem responsabilizadas por seus atos"[404]. Reiterando que a análise da pessoa deliberativa é prévia à da imputabilidade, esclarece que afastar a capacidade deliberativa da pessoa não significa deixar de considerá-las como sujeitos racionais[405]. Prossegue: "Sujeito comunicativo, na forma de pessoa deliberativa, é quem atua sob a capacidade contínua de exercer autocrítica de sua conduta, ainda que não se expresse concretamente de forma linguística"[406].

Tavares explica que há dois grupos de casos em que a performatividade – e, portanto, a conduta penalmente relevante – é excluída: por diversidade cultural ou por deficiência psíquica. O primeiro grupo não interessa a esta tese. Quanto ao segundo, menciona que, já no século XIX, a doutrina hegeliana havia excluído os inimputáveis do conceito de ação. O panorama foi alterado sob o influxo do positivismo, que passou a entender a ação de uma forma mecânica, considerando-se somente seus efeitos (tanto que o dolo e a culpa eram analisados na culpabilidade). Caso reconhecida a inimputabilidade, ficava prejudicada a análise do dolo ou da culpa, ou seja, o sistema era minimamente coerente: não se afirmava que o sujeito inimputável havia atuado com dolo ou culpa, pois esta análise, constatando-se a inimputabilidade, ficava prejudicada. Com o finalismo, porém, houve a inclusão da vontade no conceito de ação, estendendo-a aos inimputáveis e permitindo-se afirmar que eles agem com dolo ou culpa, o que, para o autor, representa grande artificialidade[407].

Ao tratar da semi-imputabilidade, Tavares afirma que não há qualquer incoerência lógica em se analisar a questão da doença mental novamente no âmbito da culpabilidade a fim de influenciar na pena a ser fixada: "Assim, a dupla análise da imputabilidade, no injusto e na culpabilidade, preenche os objetivos de integração dos elementos do delito, mas só tem mesmo relevância quando implique uma redução das medidas penais aplicáveis ao sujeito"[408].

---

[403] TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**, p. 133.
[404] *Ibid.*, p. 140.
[405] *Ibid*.
[406] *Ibid.*, p. 145.
[407] *Ibid.*, p. 161.
[408] *Ibid.*, p. 149.

Em conclusão, defende o autor que o inimputável não deve sofrer qualquer medida penal e que as medidas de segurança estão em desacordo com a lei 10.216/01. Afirma que elas se justificavam em um sistema tradicional de delito, "mas não em um sistema crítico e democrático (...). Em um Estado Democrático de Direito, qualquer objetivo de política criminal deve estar subordinado à legitimidade e às condições do discurso jurídico que disciplina a atividade"[409].

Como medidas limitadoras, porém, enquanto não se declare a ilegitimidade das medidas de segurança, propõe o seguinte: a) considerar-se revogado o art. 97 do Código Penal, que fixa prazo indeterminado para a medida de segurança e a vincula à natureza da pena cominada; b) estabelecer-se como regra o tratamento ambulatorial e a desinternação no menor tempo possível; c) considerar-se o disposto na súmula 527 do STJ (que fixa como limite máximo da medida de segurança a pena máxima cominada ao delito) somente para coibir abusos; d) aplicar-se o princípio da subsidiariedade às medidas de segurança, conforme se observa na doutrina internacional; e) proibir-se a aplicação de medida de segurança sempre que a conduta for permitida pela ordem jurídica ou não causar lesão ou perigo concreto a bem jurídico; f) a imposição excepcional da medida de segurança não pode restringir outros direitos assegurados pela Constituição e pela Lei de Inclusão Social (Lei 13.146/15), com destaque para o exercício de direitos políticos[410].

Essas propostas concretas e dogmáticas apresentadas por Juarez Tavares demonstram sua genialidade e conhecimento sobre a concretude do sistema penal e as oposições do poder punitivo à sua tese. Sem ser sectário, além de propor uma mudança abrupta e radical no sistema jurídico-penal, indica aos operadores do direito como atuar em relação ao tema no momento histórico presente[411].

---

[409] TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**, p. 166/168.

[410]Em sentido semelhante: JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**, p. 110 e ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança**, p. 25.

[411] De forma semelhante, Caetano destaca a absoluta impossibilidade de se conciliar a medida de segurança prevista no código penal com a lei 10.216/01, tendo em vista seus diferentes fundamentos e premissas. No entanto, em um exercício de tolerância, busca apontar caminhos que possam fazer a transição entre um modelo de defesa social (representado pelas medidas de segurança) e o modelo de tratamento integral do portador de transtorno mental independentemente do fato que tenha cometido (representado pelos movimentos de reforma psiquiátrica consolidados na Lei 10.216/01). Essas regras de transição, de acordo com o autor, foram aplicadas com sucesso em Goiás desde 2006 no PAILI. As propostas apresentadas são as seguintes: (a) internação somente quando indicada clinicamente; (b) objetivo da cessação da periculosidade dá lugar à reinserção social; (c) avaliação psicossocial substitui a perícia de cessação de periculosidade; (d) autonomia da RAPS para a atenção integral ao louco infrator; (e) vedação absoluta à internação manicomial; (f) fechamento da porta de entrada e abertura da porta de saída dos manicômios; (g) limites à coerção para o tratamento psiquiátrico; (h) reorientação na atuação do juiz, Ministério Público e Defensoria (CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**, p. 128-144).

Por sua notabilidade e reconhecida influência no meio jurídico – sendo considerado por muitos, com razão, o penalista brasileiro mais importante da atualidade –, não se poderia esperar dele outra coisa senão a ousada proposta de total extinção das medidas de segurança, o que, em um futuro talvez não tão próximo, poderá ocorrer. Essa função de propor grandes ideias, lutar por elas e conseguir convencer toda uma geração sobre sua correção, ocasionando uma mudança de paradigma – que, no caso dele, salvará vidas –, ainda que leve tempo, é para poucos.

Certamente dentro de alguns anos, quando os ventos políticos soprarem em favor de uma verdadeira racionalidade democrática com a valorização da dignidade humana sobre todas as coisas, e quando toda a sociedade perceber que o objetivo maior das agregações sociais deve ser a diminuição do sofrimento humano – e não sua gratuita imposição –, a tese do professor Juarez Tavares será a base fundamental para a extinção das medidas de segurança no Brasil, sem que o poder punitivo formalmente manifestado por elas seja substituído por um poder punitivo mais descontrolado sob os auspícios do poder psiquiátrico.

A esta tese de doutorado, porém, no humilde papel que lhe cabe nas ciências jurídicas, sendo propriamente de dogmática penal (e não de criminologia ou política criminal), ou seja, tendo como objetivo orientar decisões judiciais, compete desenvolver propostas para a imediata redução do sofrimento das pessoas portadoras de transtornos mentais que hoje cumprem medidas de segurança[412]. No próximo capítulo, apresentaremos sugestões sobre como devem os operadores jurídicos proceder quando houver indícios de que o suspeito, acusado ou sentenciado pela prática de um injusto penal padece de transtorno mental.

---

[412] CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**, p. 206: "(...) deve-se buscar uma política criminal não reprodutora da ideologia penal, cujo conteúdo seja exclusivamente de contenção do poder punitivo numa perspectiva de redução de danos e dores provocados pela intervenção penal".

6. TRATAMENTO JURÍDICO DO PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL: DIÁLOGO ENTRE DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL

O operador do direito, quando se depara com a questão do portador de transtorno mental em conflito com a lei, não tem uma fonte doutrinária unificada e confiável para buscar as informações de que necessita. As obras de direito penal, direito processual penal e direito de execução penal não costumam abordar o assunto de forma integral, sistemática e de acordo com o atual paradigma da psiquiatria. Alguns excelentes manuais de processo penal nem sequer analisam a matéria[413]; outros o fazem de maneira bastante superficial[414]. Até dentro do código penal o regramento é compartimentado: a questão da imputabilidade é analisada nos artigos 26 a 28 do CP, enquanto as medidas de segurança são estudadas somente entre os artigos 96 e 99 do CP.

Por outro lado, as obras críticas e mais recentes sobre as medidas de segurança, ao rejeitá-las de antemão por sua inconstitucionalidade e incompatibilidade com os movimentos antimanicomiais, não costumam tratar de seus aspectos práticos que interessam a quem lida em seu dia a dia com essas questões. Isso fica claro na tese de Thayara Castelo Branco, uma das melhores obras escritas sobre a medida de segurança, que deslegitima com especial clareza e profundidade esse instituto jurídico e conclui que "não há saída por dentro do sistema (penal) vigente que não seja violenta"[415]. No entanto, ao tratar de aspectos operacionais, discorda das teses propostas por Salo de Carvalho e Mariana Weigert por trazerem "soluções simplificadas e práticas (para não dizer superficiais) de setores que não podem ser simplificados"[416]. Na mesma linha, embora reconheça que o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI), que vigora em Goiás e busca concretizar as diretrizes da lei 10.216/01, é um caminho viável para a desconstrução prática das medidas de segurança, tece-lhe críticas por não romper

---

[413] Aury Lopes Jr., Paulo Rangel e Alexandre Morais da Rosa tratam do tema somente ao analisar a medida cautelar de internação provisória: LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018; RANGEL. Paulo. **Direito processual penal**, 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2016; ROSA, Alexandre Morais. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**, 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

[414] O excelente manual de André Nicolitt trata do incidente de insanidade mental em poucos parágrafos: NICOLITT, André. **Manual de processo penal**, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 595-596. Assim também: OLIVEIRA, **Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal**, 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 324-325.

[415] BRANCO, Thayara Castelo. **A deslegitimação das medidas de segurança no Brasil**, p. 222.

[416] *Ibid.*, p. 221.

de forma “total e imediata com um sistema penal-psiquiátrico”[417]. O que resta, então, como proposta concreta viável para os operadores do direito? Rigorosamente nada.

No capítulo anterior, demonstramos a inviabilidade de três orientações a respeito das medidas de segurança. As mais ortodoxas, que pregam o duplo afastamento de garantias, devem ser descartadas por desrespeitarem preceitos constitucionais e estarem ainda arraigadas a um paradigma psiquiátrico já superado. As posições heterodoxas que postulam pela inconstitucionalidade das medidas de segurança também devem ser afastadas, pois correm o risco de ampliar o poder punitivo e diminuir o controle do direito penal. Por fim, a vertente que prega a necessidade de se tratar de forma idêntica o inimputável e o imputável também não é suficiente, uma vez que, além de contrariar o direito positivo, ignora a maior vulnerabilidade do portador de transtorno mental frente ao poder punitivo.

Asseveramos que, de acordo com o direito posto – o qual divide claramente as sanções penais em penas e medidas de segurança – e o atual paradigma da psiquiatria – que descarta o conceito de periculosidade das pessoas com transtornos mentais, embora reconheça sua maior vulnerabilidade –, a única tese adequada é a da dupla garantia. O acolhimento dessa tese implica reconhecer a natureza ontologicamente penal das medidas de segurança e a impossibilidade de serem elas mais gravosas do que a pena aplicada a quem não padece de transtornos mentais, sob pena de violação à razoabilidade e à isonomia.

A finalidade deste capítulo é, pois, extrair da tese da dupla garantia todas as suas consequências práticas, buscando-se construir uma dogmática redutora de danos no âmbito das medidas de segurança.

De acordo com a legislação processual, quando houver dúvida sobre a integridade psíquica do acusado, deve-se realizar incidente de insanidade mental, regulamentado entre os artigos 149 e 154 do CPP.

Nos termos do art. 149, *caput* do CPP, trata-se de exame médico-legal. Ele pode ser determinado de ofício ou a requerimento do Ministério Público, defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado.

---

[417] BRANCO, Thayara Castelo. **A deslegitimação das medidas de segurança no Brasil**, p. 215.

Algumas observações devem ser feitas a respeito da (a) finalidade do exame; (b) sua natureza e os profissionais competentes para realizá-lo; (c) legitimidade ativa para pleiteá-lo e (d) possibilidade de o investigado ou réu se recusar a submeter-se a ele.

6.1. Objeto do exame médico-legal e equipe técnica responsável por sua realização

A finalidade do exame médico-legal é auxiliar o magistrado a decidir se, ao tempo da infração, o sujeito era imputável, inimputável ou semi-imputável. Nos exatos termos do art. 151 do CPP, em redação que não foi atualizada mesmo após as modificações ocorridas no Código Penal em 1984, "se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador"[418].

Interessante destacar desde logo que o código de processo penal menciona peritos, no plural, dando a entender, portanto, que não basta o relatório de um único médico. Isso corrobora a ideia de que o exame deve ser realizado por uma equipe, não por uma só pessoa[419]. E é bastante desejável que seja dessa forma em razão da subjetividade manifestada nos laudos de psiquiatria forense. Cristina Reuter analisou a questão da perspectiva da psicologia, concluindo que "as avaliações ou exames técnicos de criminosos reproduzem todos os estereótipos e preconceitos (...), traduzindo-se em práticas de repressão, controle e disciplinarização das parcelas mais pobres da população"[420].

Ela demonstrou que os laudos são recheados de impressões pessoais, preconceitos e muitas vezes não fogem de uma visão estigmatizada do "criminoso nato". No mesmo sentido, Salo de Carvalho destaca que "a ausência de verificabilidade (dados objetivos) dos instrumentos de análise utilizados pela criminologia ortodoxa permitiu à crítica identificar no conteúdo dos

---

[418] Para atualizar a norma, onde se lê irresponsável deve ser lido inimputável; em vez do art. 22, a referência correta é ao art. 26 do CP.

[419] O entendimento mais comum exposto pelos processualistas é em sentido diverso, ou seja, defende-se que seria suficiente a realização do exame por somente um perito oficial: "Com as modificações introduzidas pela Lei n. 11.690/08, *caso a perícia seja feita por perito oficial*, basta apenas um perito (CPP, art. 159, *caput*)". O mesmo autor, porém, destaca: "De todo modo, cuidando-se de perícia complexa, assim entendida aquela que abranja mais de uma área de conhecimento especializada, nada impede que a autoridade judiciária designe mais de um perito oficial para a realização do exame de sanidade mental, nos exatos termos do art. 159, §7º do CPP" (LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**, 4ª ed. Salvador: Juspodium, 2019, p. 453). Essa ressalva do autor autoriza, portanto, a tese aqui defendida.

[420] REUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 87. O psiquiatra Michel Landry também é contundente em suas críticas aos laudos psiquiátricos forenses: "(...) por que pretender salvaguardar a todo o custo o 'prestígio' de uma ciência que se mostra incapaz de demonstrar a solidez de seus fundamentos, o valor de suas teorias e a unidade de sua doutrina?" (LANDRY, Michel. **O psiquiatra no tribunal**, p. 8)

laudos classificatórios e de aferição de periculosidade interpretações moralizadoras sobre a personalidade e o estilo de vida dos condenados”[421].

Corroborando essas conclusões, é assombroso constatar que as seguintes palavras foram proferidas em aula disponível no *Youtube* por Antônio Eça, conhecido perito forense de psiquiatria, que, com sua difundida obra sobre o tema[422], influencia diversos outros peritos:

> A gente vai começar a discutir alguma coisa que o senso comum até começa a perceber que não deve ser muito normal (...). Como não é coisa de gente normal também matar os pais a pauladas. Que tem a menininha por aí que matou os pais a pauladas. E em nenhum desses dois exemplos foram considerados psicopatas. Quando são francamente psicopáticos. Está cheio de outros exemplos por aí (...). Solta-se um indivíduo desse, ele vai lá e comete outro crime. (...). *A ‘Suzaninha Richtofezinha’, que todo mundo sabe que eu adoro tanto quanto eu adoro a pururuca de porco* (...). *Acho ela a pior excrescência do mundo*. Matou os pais a pauladas. E ela está solta (...). *Se estava em medida de segurança não saía.* Como ela estava com pena, *pegou as benesses que o direito dá e progrediu de regime*. Com 39 anos de pena, saiu com 12. *Vocês acham justo?* Ela era candidata para medida de segurança. *Se estivesse em medida de segurança ela não ia sair* (...). A medida de segurança é uma situação que defende muito mais a sociedade do que a pena. Porque quem tiver periculosidade para o convívio social, na medida de segurança não vai sair (...). Ah, mas agora a ‘Suzaninha’ não vai matar mais ninguém. Claro que não, né. Já matou o papai e a mamãe. *Só que eu pergunto se existencialmente e filosoficamente: se ela fez isso com os pais, o que ela faz com alguém que seja desafeto dela*? (...). Doente mental não cura. Eu não tenho culpa, a psiquiatria não tem culpa. Mas *a psiquiatria tem a responsabilidade* de tirar de circulação um indivíduo que seja perigoso para o convívio social[423].

Sua crítica atinge, de forma ampla, o direito penal – que, no seu entendimento, concederia muitas benesses aos acusados e condenados –, o sistema progressivo de cumprimento de pena, a atuação de juízes que determinam a soltura de determinados indivíduos (como se lhes fosse possível e desejável atuar não em conformidade com as leis e com a Constituição, mas com o que espera o senso comum), e a proibição constitucional da prisão perpétua. Faz considerações filosóficas sobre justiça e cobra a responsabilização de médicos e juízes que colaborarem com a colocação em liberdade de indivíduos que, depois de soltos, cometem novos crimes, em clara ofensa à liberdade profissional e à autonomia e independência

---

[421] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 83.
[422] EÇA, Antônio José. **Roteiro de psicopatologia forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2008; EÇA, Antônio José. **Roteiro de psiquiatria forense**. São Paulo: Saraiva, 2010.
[423] EÇA, Antônio José. **Direito penal – medida de segurança**. Vídeo postado em 14/11/2015 e disponível no canal “Prof. Juliana Moreira” no Youtube.

da magistratura. Ele entende ser função da psiquiatria (forense) ignorar os limites jurídicos e retirar de circulação determinados indivíduos por prazo indeterminado, independentemente da solução legal prevista para o caso.

No vídeo, o perito, ao invés de tratar de aspectos médicos e terapêuticos do suposto transtorno mental que imagina que a pessoa citada por ele – a quem não examinou – possua, limita-se a fazer considerações sobre a defesa social, destacando a gravidade do delito pelo qual ela foi condenada e a aberração que seria sua liberação. Trata-a de forma irônica, como não convém a um médico em sua relação com o paciente. É o mesmo discurso proferido em rodas leigas de conversa e difundidos por parte da mídia que explora a questão criminal e constrói o que Zaffaroni denomina de criminologia midiática[424].

Seria um debate legítimo no âmbito político, desde que o palestrante deixasse claro que o seu discurso, embora qualificado como científico (inclusive se vestindo com um jaleco, reforçando ser médico, na gravação do vídeo), é apenas sua opinião pessoal sobre determinado tema, sem qualquer relação com os conhecimentos adquiridos na faculdade de medicina. No caso, trata-se de uma defesa contundente da prisão perpétua, o que, repita-se, a despeito da vedação constitucional, é legítimo como opinião pessoal de qualquer um, inclusive de profissional da saúde ou do direito.

O que não se pode admitir – e é isso que os operadores do direito vêm fazendo há mais de um século – é que uma opinião subjetiva como a sua, exposta em um laudo pericial, seja tomada como verdade simplesmente por ser traduzida em um discurso pretensamente técnico. Concordando-se ou não com ela, é simplesmente política; cientificamente não vale mais do que a opinião de um apresentador de programas televisivos alarmistas, pois não tem qualquer relação com sua especialidade acadêmica, a qual, não obstante, lhe concede um injusto manto de cientificidade e neutralidade.

Descortinando a função de defesa social exercida pela psiquiatria forense, assevera Michel Landry: "Esta distinção artificial do normal e do patológico não obedece, em verdade, senão a uma única regra prática: não debilitar a necessária repressão social. Esta justificação aparece claramente em todos os tratados de psiquiatria médico-legal" [425].

---

[424] Sobre ela, afirma que, "a despeito de estar carregada de preconceitos, falsidades e inexatidões, é a que configura as atitudes da média das pessoas e sobre as quais costumam montar-se as decisões políticas que se traduzem em leis penais" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**, p. 26).
[425] LANDRY, Michel. **O psiquiatra no tribunal**, p. 43.

Antônio Jose Eça admite que a inimputabilidade é um instrumento jurídico disponível aos peritos para assegurarem que um indivíduo acusado de cometer um delito grave seja segregado por tempo indeterminado, pouco importando a questão da validade e da confiabilidade do diagnóstico da doença mental – que aparentemente ele elabora sem nem mesmo ter conversado com a pretensa paciente – e o compromisso ético que o médico deve assumir com a pessoa que padece, como o respeito e a empatia. Nenhum psiquiatra, com exceção de alguns peritos forenses, se submeteria a essa situação de diagnosticar uma pessoa com um transtorno de personalidade sem ter elementos fortes para isso e sem tê-la entrevistado no mínimo uma vez.

Essa situação grotesca exposta pelo perito em sala de aula relembra o que escreveu Foucault sobre os psiquiatras forenses: sua credibilidade científica decorre de uma ciência médica cujos conhecimentos, no entanto, não são utilizados no momento da elaboração dos laudos[426]. A verdadeira ciência psiquiátrica os desprezaria como anticientíficos.

O próprio Eça, em determinado momento do vídeo, afirma que alguns psiquiatras, não acostumados com a perícia forense, emitem opiniões indesejáveis em casos delicados. Tais profissionais, constatando que a internação compulsória prolongada não tem eficácia terapêutica, sugerem a liberação de pacientes perigosos. Para Eça, isso é inadmissível; eles procedem dessa forma por não terem conhecimento dos aspectos forenses da psiquiatria[427]. Em outras palavras, o que ele quer dizer é isto: médicos psiquiatras que não atuam no ambiente forense e se utilizam somente de sua ciência "pura" (e não dos aspectos forenses inerentes à perícia) chegam a conclusões diversas das dele em exames de constatação e cessação de periculosidade.

Essa preocupação do perito forense com os laudos apresentados por psiquiatras não afeitos à prática forense corrobora a ideia de que os profissionais de saúde mental, quando não se imiscuem em julgamentos morais de seus pacientes e não estão entranhados nas burocracias mortificantes e agruras do sistema penal, não defendem mais a internação compulsória prolongada como método efetivo de tratamento clínico, uma vez que quase todas as doenças

---

[426] "Chamarei de 'grotesco' o fato, para um discurso ou para um indivíduo, de deter por estatuto efeitos de poder de que sua qualidade intrínseca deveria privá-los" (FOUCAULT, Michel. **Os anormais**, p. 11).

[427] Palomba também critica o que chama de "improvisação de profissionais para o exercício da peritagem" e a nomeação de "médicos e psicólogos sem a formação necessária no campo forense" (PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria forense**, p. 57).

mentais, inclusive as mais graves, são bastante controláveis pela via medicamentosa e por terapias cognitivo-comportamentais, psicanalíticas e outras.

Alguns autores da psiquiatria forense, como Eça, ainda não chegaram no momento histórico da revolução farmacológica que, nas décadas de 1950 a 1970, permitiu a desinstitucionalização de pacientes com doenças mentais graves. No vídeo ora analisado, afirmou o perito: "Doente mental não cura. Eu não tenho culpa, a psiquiatria não tem culpa. Mas a psiquiatria tem a responsabilidade de tirar de circulação um indivíduo que seja perigoso para o convívio social". Essa frase poderia muito bem ser dita na década de 1940, antes do aparecimento do primeiro antipsicótico eficaz. É grave, porém, que tenha sido proferida em pleno século XXI por indivíduo que detém conhecimentos técnicos para saber que hoje a situação é diferente. Sua postura alarmista e omissiva, ao não esclarecer que as doenças mentais têm sim tratamentos eficazes, além de corroborar a hipótese de que o seu discurso é político – sendo inerente a este a omissão de informações contrárias às suas conclusões, ao contrário do discurso científico, que deve sempre expor os dois lados do debate –, agrava o quadro de estigmatização dos portadores de transtornos mentais.

Os penalistas argentinos Zaffaroni, Alagia e Slokar comentam essa defesa de internação compulsória e perpétua feita por peritos forenses e afirmam não ser possível sustentar a reclusão indeterminada do portador de doença mental para a sua segurança "depois de décadas de uso de psicofármacos e quando ninguém discute que a reclusão manicomial é o último recurso que a psiquiatria atual emprega, inclusive desde suas perspectivas mais tradicionais e conservadoras"[428].

O remédio mais importante que permitiu a desinstitucionalização de pacientes com grave quadro de doença mental foi o clorpromazina. Em 1949, o cirurgião Henri Laborit procurava remédio para reduzir o choque cirúrgico (baixa pressão sanguínea e batimento cardíaco rápido que ocorrem após uma importante cirurgia). A clorpromazina modificava a atitude dos pacientes: ficavam apáticos antes e depois da cirurgia. Em 1952, foi ministrada a um psicótico de 24 anos. Após 3 semanas tomando o remédio, ficou bem e teve alta do hospital, como um milagre: "O uso da clorpromazina como antipsicótico – o primeiro antipsicótico –

[428] ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**, p. 926. No mesmo sentido: JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**, p. 134.

varreu os hospitais de saúde mental da Europa com a força de uma maré”[429]. Seu nome comercial nos EUA era Thorazine e na Europa Largactil.

Jeffrey A. Lieberman, um dos mais importantes psiquiatras norte-americanos, presidente da APA (American Psychiatric Association), a organização de psiquiatria mais influente do mundo, discorda do perito Antônio José Eça quanto à impotência de sua disciplina médica para tratar de forma efetiva os doentes mentais:

> Hoje, se uma pessoa com esquizofrenia, a forma mais virulenta de psicose, vai a um departamento de psiquiatria de um centro médico importante e aproveita plenamente um tratamento de qualidade – e continua a segui-lo depois de ter alta –, o resultado mais provável é que se recupere e consiga ter uma vida independente. (...) a recuperação não somente é possível como esperada. O objetivo de todas as pessoas com doença mental é ter uma vida independente e plena[430].

A maioria dos laudos forenses, portanto, não se baseia nem propriamente nas ciências médicas tampouco nas ciências jurídicas. E isso não é culpa dos peritos. O direito passou a exigir deles respostas que sua ciência não pode fornecer[431].

É evidente que eventual prognóstico de reincidência dado por um perito forense será subjetivo, uma vez que não há nenhum instrumento idôneo para fazê-lo. Ele se utilizará de mecanismos ao seu alcance. Inexistentes estes, decidirá conforme sua atitude moral frente ao problema do crime, influenciado, como qualquer pessoa, pela opinião pública, notadamente se não houver limitações jurídicas[432]. É urgente, portanto, que os magistrados imponham limites aos peritos.

Além de se distanciarem da psiquiatria, muitos peritos forenses também se afastam da ciência criminológica atual e do próprio direito constitucional. O perito forense Guido Palomba, por exemplo, ainda se baseia em classificação de criminosos do início do século XX já completamente desacreditada pelas escolas criminológicas que sucederam ao positivismo biológico lombrosiano. Com efeito, ele defende, em obra de 2016, que a melhor classificação, pela sua praticidade, é a “proposta por Candido Motta, em 1925”, a qual prevê cinco tipos:

---

[429] LIEBERMAN, Jeffrey A. **Psiquiatria**, p. 171.
[430] *Ibid.*, p. 300-303.
[431] LANDRY, Michel. **O psiquiatra no tribunal**, p. XII; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 87/90.
[432] “O perito absolve ou condena em função de sua convicção e de seus sentimentos pessoais, justificando depois, secundariamente, sua posição por uma seleção arbitrária de argumentos clínicos ou etiológicos (...). Todos sabem, por um lado, que todo psiquiatra pode descobrir traços de anormalidade em qualquer indivíduo (...). Nada mais fácil, nessas condições, de provar não importa o quê, que o sujeito é insano ou que ele é perfeitamente normal” (LANDRY, Michel. *Op. cit.*, p. 54).

"impetuoso, ocasional, habitual, fronteiriço e doente mental (louco)"[433]. De forma que mais se assemelha à literária, não à científica, afirma que "existem famílias de criminosos", citando como exemplos "os Jukes, os Chrétien, os Hillman, os Kerangal, os Kallikaks e a dinastia Zero"[434]. Palomba também está distante da ciência da psiquiatria: basta ver que não baseia suas lições em manuais diagnósticos reconhecidos internacionalmente como o DSM-5 ("Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders"), utilizado pela Associação Americana de Psiquiatria, ou CID-11 (Classificação Internacional de Doenças), utilizado pela OMS (Organização Mundial da Saúde)[435]. Ele demonstra também claro desconhecimento de preceitos constitucionais básicos como o da dignidade humana: em seu capítulo sobre vitimologia, por exemplo, afirma que, nos crimes de estupro, deve-se considerar, na análise da palavra da vítima, se ela foi "recatada no vestir e no proceder"[436].

O que se extrai da análise do pensamento desses dois peritos forenses (Eça e Palomba) é que eles simplesmente emitem suas opiniões pessoais sobre os assuntos que se lhes apresentam e o fazem sob o falso manto da ciência. É importante reiterar que eles influenciam diversos peritos em razão de suas obras específicas sobre o tema, publicadas por grandes editoras, e suas frequentes aparições na mídia: Palomba, aliás, é comentarista da Rádio Jovem Pan.

Quanto à inexistência de instrumentos idôneos para se realizar prognóstico de reincidência, algumas palavras devem ser ditas sobre os instrumentos atuariais. Primeiro, são absolutamente falíveis. Ainda que fossem admissíveis, eles nem sequer são utilizados na maioria dos laudos psiquiátricos forenses, em que reina a total subjetividade das perícias.

Rafael Bernardon Ribeiro e Quirino Cordeiro defendem a utilização de instrumentos de avaliação de risco na medida de segurança. Eles afirmam que "avaliação de risco é uma das áreas mais delicadas e onde recebemos maior cargo de responsabilidades e expectativas na área da psiquiatria forense"[437]. Admitem, no entanto, que o laudo pericial de cessação de periculosidade não se atém à questão médica. Na realidade, explicam que são dois fatores examinados:

---

[433] PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria forense**, posição 2280.
[434] *Ibid*., posição 2379.
[435] Basta ver sua classificação de transtornos mentais: *ibid.*, posição 1929.
[436] *Ibid.*, posição 2461.
[437] RIBEIRO, Rafael Bernardon; CORDEIRO, Quirino. Avaliação de risco do paciente em medida de segurança. In: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. (organizadores). **Medida de segurança: uma questão de saúde e ética**, p. 143.

> A *questão médica* por trás do exame de cessação de periculosidade, a ser verificada, diz respeito ao estado atual do sujeito em relação ao constatado no 'incidente de insanidade mental' (...). Com base na evolução longitudinal do quadro durante o tratamento (histórico, informações colaterais, análise de prontuário), o perito deve verificar se houve melhora e se o paciente encontra-se estável, tratado, e em que grau; se está apto para progredir para o tratamento ambulatorial. A *questão forense*, que não pode ser dissociada dentro deste contexto de 'periculosidade', diz respeito ao crime cometido, à forma de cometimento, à perversidade ou não no trato com a vítima, à presença ou não de psicopatia, transtorno de personalidade, reincidência criminal, adesão ao tratamento, comportamento intra-institucional, delinquência juvenil, dependência de álcool e drogas – todos estes fatores relacionados com maior risco de violência. Aqui o perito busca informar ao juiz se o indivíduo está apto ao convívio social, baseado em questões médicas[438].

A despeito de a conclusão do texto exposta na última linha apontar que a análise do perito é baseada em questões médicas, é evidente não ser assim. Os próprios autores afirmam que a questão forense "diz respeito ao crime cometido, à forma de cometimento, à perversidade ou não no trato com a vítima". O que o psiquiatra forense faz, como fica claro desse trecho, é um verdadeiro julgamento da totalidade da vida do sujeito, o que não pode o magistrado admitir.

A despeito das críticas da antipsiquiatria, principalmente nos anos 1960 e 1970, à validade e confiabilidade dos diagnósticos psiquiátricos, não é disso que trata esta tese. Ao menos a questão da confiabilidade foi bastante aprimorada a partir de 1980, com a publicação, pela Associação Americana de Psiquiatria, do DSM-III. As críticas direcionadas neste capítulo são às perícias forenses, que muitas vezes desconsideram aspectos básicos da psiquiatria (como, por exemplo, a relação de colaboração e confiança que deve existir entre médico e paciente, destacando-se o sigilo profissional) e criam seus próprios conceitos, de validade e confiabilidade bastante questionáveis, além de ignorarem avanços científicos da profissão (como o tratamento medicamentoso em meio aberto em detrimento das internações prolongadas). Michel Landry menciona três objeções ao exame clínico realizado pelo perito: "1. O médico está desligado do segredo médico para com a justiça; 2. O acusado se vê privado da livre escolha, mesmo que ele próprio haja solicitado a perícia; 3. E sobretudo o exame clínico é desviado de sua intenção habitual, terapêutica"[439].

---

[438] Ibidem, p. 147.
[439] LANDRY, Michel. **O psiquiatra no tribunal**, p. 13.

Visando a tornar os laudos mais transparentes e menos subjetivos, é fundamental que sejam os exames realizados por equipes interdisciplinares, as quais devem incluir psicólogos, assistentes sociais, enfermeiros e/ou outros profissionais da saúde mental, e não somente psiquiatras.

Essa conclusão, além de adequada para a finalidade da perícia – que, para ser a mais fidedigna possível, deve tentar limitar os gargalos de subjetividade inerentes a qualquer ciência, mais ainda à psiquiatria – se extrai de duas premissas jurídicas. Em primeiro lugar, com exceção da nomenclatura utilizada pelo código de processo penal (exame médico-legal), em expressão datada de 1941, não há nenhuma exigência explícita na legislação de que os peritos sejam unicamente médicos psiquiatras. Em segundo lugar, porque o estatuto da pessoa com deficiência, em seu art. 2º, §1º, deixa claro que "a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação".

É certo que, de acordo com o art. 6º da lei 10.216/01, a "internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos". Logo, se diante do injusto penal praticado e das condições do sujeito for possível a aplicação de medida de segurança de internação – cujos critérios serão abordados adiante –, torna-se essencial que o médico psiquiatra componha a equipe interdisciplinar; a sua participação, porém, embora indispensável, não é suficiente. Recomenda-se que o exame seja realizado pela equipe interdisciplinar e multiprofissional do CAPS (Centro de Atenção Psicossocial) do território do paciente, que deve ser a porta de entrada dos casos de transtornos mentais.

Um problema muito comum é a ausência de CAPS no território do acusado ou mesmo a inexistência de equipes multiprofissionais que possam exercer o mister de peritos. Em razão disso, não é possível impor muita rigidez para a realização do exame, sendo aceitas soluções mais criativas, desde que respeitadas as normas jurídicas pertinentes. Por exemplo: em uma comarca que não possua a estrutura do CAPS, mas cujo juízo detenha equipe psicossocial, é possível determinar a realização do exame por meio de psiquiatra da rede pública de saúde local, convocando-se os servidores do tribunal (assistentes sociais e psicólogos) a comporem, juntamente com aquele, a equipe interdisciplinar e interprofissional. Se o judiciário não possuir recursos humanos para isso, pode se valer igualmente do CRAS (Centro de Referência de

Assistência Social) ou do CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social). Por outro lado, pode-se pensar na determinação da realização do exame em CAPS de comarcas próximas, desde que seja possível ao indivíduo, que deverá ser consultado, comparecer na data designada.

Importante esclarecer que os peritos devem ser especializados no objeto da perícia (art. 465 do Código de Processo Civil) e pessoas idôneas portadoras de diploma superior (art. 159, §1º do Código de Processo Penal). Não há necessidade, porém, de que sejam especialistas em psiquiatria forense, mas somente em saúde mental, notadamente diante do objeto da avaliação, que busca somente avaliar as condições clínicas do indivíduo, e não elaborar juízos normativos.

À equipe caberá tão somente informar sobre o diagnóstico, prognóstico clínico (referente à doença, não a eventual periculosidade, que não é um conceito médico) e tratamento indicado. É desejável que ela nem sequer tenha acesso ao processo criminal do acusado. Primeiro, porque no momento do exame (ao menos no exame para se constatar eventual inimputabilidade), ele ainda não foi condenado, não sendo juridicamente possível presumir que os fatos narrados na denúncia ocorreram, sob pena de violação à presunção de inocência. Segundo, porque sua análise deve ser estritamente médica, não devendo opinar em relação aos aspectos jurídicos da situação do indivíduo[440]. Não deve ser aplicado, portanto, o art. 150, §2º do CPP, que autoriza o juiz, "se não houver prejuízo para a marcha do processo", a entregar os autos ao perito. Ainda que em tese não se vislumbre inconstitucionalidade no dispositivo legal, sua aplicação prática quase que inevitavelmente violará a presunção de inocência, prejudicando sobremaneira o resultado da perícia.

De acordo com o art. 26, *caput* do CP, a inimputabilidade pressupõe "doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado". Já quanto à semi-imputabilidade, o parágrafo único do mesmo dispositivo legal faz referência à "perturbação de saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado"[441]. Diante do atual panorama da psiquiatria, não há qualquer inconveniente em compreender o "desenvolvimento incompleto ou retardado"[442] como espécie

---

[440] LANDRY, Michel. **O psiquiatra no tribunal**, p. 9-10.

[441] Muitos autores entendem que o instituto da semi-imputabilidade, ao se referir à perturbação mental, teria em vista os portadores de transtornos de personalidade antissocial, conhecidos como psicopatas. Nesse sentido: REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 209. Em tópico próprio trataremos deles. Mas é importante mencionar que, ao se concordar com a perspectiva médica do transtorno de personalidade antissocial (descrito no DSM-5 e na CID 11), não há razão para considerá-lo como simples "perturbação mental", e não doença.

[442] Miguel Reale Jr. destaca que a menção a essa expressão não seria necessária, uma vez que os menores de 18 anos são inimputáveis. No entanto, cita a lição de Frederico Marques, para quem ela visou a "incluir, na hipótese, os silvícolas, sem fazer-se menção expressa para que a comunidade internacional não pensasse que o Brasil fosse uma terra de índios" (*Ibid.*, p. 208).

de transtorno mental. Seriam as famigeradas oligofrenias, já chamadas de demência, idiotia ou retardo mental, e hoje nomeadas pelo DSM-5 como deficiência intelectual. Quanto à perturbação da saúde mental, pode-se dar-lhe interpretação mais ampla, não se pressupondo o diagnóstico de uma doença mental propriamente dita (que exige alguns parâmetros de consistência temporal). Nesse caso, porém, será mais difícil a prova de sua existência.

Leitura apressada do art. 151 do CPP poderia levar à equivocada conclusão no sentido de que cabe aos peritos concluir pela imputabilidade ou não do sujeito examinado, o que destoa da lógica adotada pelo código penal: afirmar se o réu era ou não imputável no momento dos fatos é incumbência do magistrado, que deverá analisar todas as provas pertinentes, notadamente as testemunhais. A função dos peritos é muito mais limitada, devendo apontar: (a) a existência ou não de transtorno mental e seus principais sintomas e características; (b) a data provável de seu aparecimento e (c) o tratamento terapêutico indicado[443].

Não há como se olvidar que o ordenamento jurídico-penal adota o sistema biopsicológico[444], ou seja, para a aferição da inimputabilidade ou da semi-imputabilidade, não basta que o sujeito possua transtorno mental; é necessário, ainda, que se comprove que, no momento da ação ou omissão, a doença afetou sua capacidade de compreensão do ilícito ou de autodeterminação. Para Miguel Reale Jr., o critério adotado pelo Código Penal é adequado para, por um lado, afastar "a visão causalista que reduzia o crime à consequência da anormalidade mental" e, por outro, para limitar "o arbítrio judicial, com a exigência de uma base biológica no reconhecimento da inimputabilidade"[445].

A análise da imputabilidade por doença mental é semelhante à que deve ser realizada em caso de embriaguez completa fortuita, com a diferença de que, nessa hipótese, o incidente de insanidade mental não se aplica. Cabe ao magistrado, pelas provas dos autos, decidir se o autor, no momento dos fatos, estava embriagado (o que pode ser comprovado por eventual prova pericial antecipada ou, inexistente ela, por qualquer outro meio); se a embriaguez foi voluntária, culposa ou fortuita; e, sendo fortuita, se ela acarretou ao indivíduo impossibilidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminar.

---

[443] "Nas situações históricas em que os psiquiatras conseguiram se ater ao seu papel técnico, diagnosticando e aliviando o sofrimento mental patológico, (...) [houve] benefícios para todos. Porém, quando extrapolaram seus limites (...), sua atuação tornou-se desastrosa, como pode ser atestado pela história" (BARROS, Daniel Martins de; CASTELLANA, Gustavo Bonini. **Psiquiatria forense**, posição 508).

[444] Nesse sentido a doutrina é unânime. Por todos: BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, t. II**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 87.

[445] REALE Jr. Miguel. Instituições de direito penal, parte geral, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Não se nega a dificuldade prática desse procedimento. Mas esse problema não é resolvido ao se lançar às mãos dos profissionais da saúde a sua solução, pois ela continuará submetida a critérios subjetivos, embora escondidos em um discurso pseudocientífico de objetividade[446]. É preferível que essa intrincada análise seja feita judicialmente, pois, ao menos assim, alguns critérios jurídicos devem ser respeitados, como, por exemplo, os que se referem ao ônus da prova e à fundamentação das decisões. Permitir que o perito decida sobre a imputabilidade é uma indevida delegação de jurisdição[447].

Procedimento semelhante é adotado pelo magistrado no momento de verificar se um sujeito agiu ou não com dolo. Não sendo possível extrair-lhe o que exatamente pensava no momento dos fatos, a doutrina e a jurisprudência recorrem às circunstâncias objetivas do crime. Seria absurdo pensar em se nomear um perito (psicólogo ou psiquiatra) para afirmar se, no momento da prática delitiva, o indivíduo agiu com representação e vontade de preencher os elementos do tipo penal, ou seja, com dolo. Decisão nesse sentido seria motivo de chacota. Mas não o é decisão bastante semelhante a qual determina a um médico psiquiatra que diga se, no momento do crime (que não se sabe se ocorreu ou não e tampouco sobre sua autoria, pois inexiste, nesse momento, sentença), o indivíduo, em razão de transtorno mental, podia compreender o caráter ilícito do fato e se autodeterminar.

Não há qualquer motivo razoável para se negar ao juiz, subsidiado pelo laudo médico da equipe interdisciplinar que lhe trará informações técnicas referentes ao transtorno mental, a competência para concluir se a doença mental diagnosticada influenciou ou não – e em que medida – a prática do injusto penal. Ao tratar dos "oligofrênicos", Aníbal Bruno afirma que há "gradações de inteligência e vontade e, portanto, da capacidade penal", o que configura "problemas de inimputabilidade ou de imputabilidade diminuída em vários graus". A solução correta apontada por ele não destoa do defendido por nós: "Esses problemas se resolvem, em cada caso, pela perícia necessária, decidindo, por fim, o juiz, com a sua livre apreciação das provas"[448]. Também é o posicionamento de Guilherme Nucci: "(...) é indispensável haver laudo médico para comprovar a doença mental (...). Entretanto, existe, ainda, o lado psicológico (...). Essa parte pode ser de análise do juiz, conforme as provas colhidas ao longo da instrução"[449]. Heleno Cláudio Fragoso é ainda mais taxativo quanto ao sistema que denomina de

---

[446] LANDRY, Michel. **O psiquiatra no tribunal**, p. 20.
[447] "É certo que seu parecer não obriga o juiz, mas seria no mínimo paradoxal que um magistrado não levasse em conta as conclusões de uma perícia que ele mesmo houvesse solicitado. É lícito então perguntar se o psiquiatra não substitui, pouco ou muito, o juiz" (*ibid.*, p. 24).
[448] BRUNO, Aníbal. **Direito penal**, p. 89.
[449] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 312 e 316.

"biopsicológico normativo": "O perito pode constatar o estado de alteração mórbida do psiquismo, de fundo biológico (...). O juízo sobre a imputabilidade, no entanto, é feito com critérios normativos e compete ao juiz"[450].

Como se percebe, é pacífico no direito penal que a legislação adotou o sistema biopsicológico, cabendo à perícia atestar a doença mental e ao judiciário verificar se ela influenciou ou não a prática do injusto penal. É incrível como esse entendimento sem qualquer controvérsia de destaque na doutrina não é adotado na prática jurisprudencial, em que os juízes se limitam a acolher a conclusão do perito pela imputabilidade, semi-imputabilidade ou inimputabilidade.

Permitir que o perito decida integralmente essa questão somente seria possível se o sistema penal adotasse o critério puramente biológico, o que, no entanto, não é aconselhável, por ser menos capaz de controlar os riscos e subjetividades da perícia forense[451].

6.2. Legitimidade ativa, sistema acusatório, *nemo tenetur se detegere e non reformatio in pejus*

Outra consequência da tese da dupla garantia e do afastamento da ideia de periculosidade pode ser encontrada no âmbito processual: a inimputabilidade e a semi-imputabilidade somente podem ser reconhecidas se houver concordância da defesa.

De acordo com a legislação, porém, a legitimidade ativa para requerer a instauração do incidente de insanidade mental é ampla, nos termos do art. 149 do CPP, podendo o magistrado inclusive determiná-lo de ofício, embora se exija, no curso do inquérito policial, "representação da autoridade policial ao juiz competente" (art. 149, §1º do CPP).

A despeito da amplitude da legitimação, é de se criticar que o próprio indivíduo não a possua, embora possa requerer a instauração do incidente por meio de seu curador[452] ou de seus familiares mencionados no *caput* do dispositivo legal. Além disso, deve-se criticar igualmente a possibilidade de se decretá-lo de ofício, pois o sistema acusatório, inserido no art. 129, inc. I

---

[450] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, p. 199-200.

[451] "Ou seja, os peritos dirão, hoje, se ao tempo da ação ou omissão o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não é aferir isso no estado psíquico atual, mas no passado, quando da prática do crime, o que constitui um imenso espaço impróprio para subjetividade do avaliador e, portanto, um grave risco" (LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal**, p. 667).

[452] Renato Brasileiro de Lima entende que o curador de que trata esse dispositivo legal era aquele previsto para o menor de 21 anos, figura extinta com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**, p. 452). Nada impede, porém, que se dê essa legitimidade ao curador civil do investigado ou acusado.

da CF e cada vez mais contemplado pela legislação processual – que inclusive veda ao magistrado a imposição de medidas cautelares de ofício (art. 282, §2º do CPP) –, é abalado sempre que se permite ao juiz, a quem cabe decidir sobre os pleitos das partes, fugindo de sua posição de imparcialidade, tomar iniciativas processuais[453]. Por essa razão, aliás, não foi recepcionado pela Constituição Federal o art. 385 do CPP, que permite ao juiz condenar, ainda que o Ministério Público tenha opinado, em alegações finais, pela absolvição, a despeito de prevalecer na jurisprudência posicionamento contrário.

A jurisprudência majoritária possui o correto entendimento de que é direito do suspeito ou acusado recusar-se a se submeter ao exame médico-legal. Renato Brasileiro de Lima discorda, pois, "a análise de seu estado de saúde mental é de fundamental importância para a persecução penal. Como não se exige do acusado qualquer comportamento ativo, não há falar em violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo (CF, art. 5º, LXIII)"[454]. Reconhece, no entanto, que há precedentes do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, razão pela qual "não é possível determiná-lo compulsoriamente na hipótese em que houver oposição da defesa à sua realização"[455].

A justificativa apresentada por Lima não convence. De acordo com a psiquiatria, para se realizar um diagnóstico de transtorno mental, exige-se sim comportamento ativo do sujeito. Não há confiabilidade no diagnóstico se o exame for realizado sem a sua colaboração: cabe ao paciente expor seus sofrimentos psíquicos ao psiquiatra para que este possa compreender os sintomas de forma adequada e, com base neles, chegar a uma conclusão.

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu corretamente, acolhendo parecer do Ministério Público Federal, que "o incidente de insanidade mental, que subsidiará o juiz na decisão sobre a culpabilidade ou não do réu, é prova pericial constituída em favor da defesa, não sendo possível determiná-la compulsoriamente quando a defesa se opõe"[456]. O Superior Tribunal de Justiça recentemente seguiu na mesma linha: "O princípio *nemo tenetur se detegere* protege os acusados ou suspeitos de possíveis violências físicas e morais empregadas pelo

---

[453] Em sentido contrário ao que defendemos, Ponte sustenta que a realização do exame é de interesse de toda a sociedade, o que justificaria a determinação de ofício: PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 60). Crítica quanto a essa fundamentação: WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 97.
[454] LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**, p. 451.
[455] *Ibid.*, p. 452.
[456] STF, 2ª Turma, HC n° 133078, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 06/09/2016.

agente estatal na coação em cooperar com a investigação criminal"[457]. Há várias razões para se concordar com esse posicionamento.

A primeira e mais óbvia é que, na prática, as medidas de segurança são tragicamente mais gravosas do que as penas, o que é facilmente constatável em uma simples pesquisa de sentenças e acórdãos, além de ser reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, ao vedar que, em recurso exclusivo da defesa que não busque o reconhecimento da inimputabilidade, seja imposta medida de segurança não aplicada em primeiro grau[458]. Por isso que alguns advogados e defensores públicos mais experientes tentam a todo custo evitar a submissão do indivíduo portador de transtorno mental ao incidente de insanidade mental, notadamente quando o crime pelo qual foi acusado prevê penas mais brandas. A segunda razão é que ninguém é obrigado a produzir provas contra si. A terceira é que não se afigura possível (jurídica e faticamente) obrigar um indivíduo suspeito da prática de um injusto penal a falar a verdade e é essencial a colaboração do paciente com o seu médico para se obter um diagnóstico minimamente confiável de doença mental[459]. A falta de confiabilidade do diagnóstico quando o indivíduo não colabora durante a entrevista foi bem destacada pelo experimento de David Rosenhan em 1972 e não pode ser ignorada pelos operadores do direito[460]. Se o indivíduo pode se recusar a submeter-se ao exame, é ilógico e viola a economia processual instaurar o incidente caso ele não concorde.

A insistência de se instaurar um incidente de insanidade mental contra a vontade do sujeito e de sua defesa equivale à insistência de algumas autoridades policiais e judiciais de consignar perguntas, durante o interrogatório, a indivíduos que já afirmaram preferir utilizar seu direito ao silêncio. Este procedimento deve ser descartado, pois inútil para o processo, além

---

[457] STJ, 6ª Turma, HC n° 488029, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/03/2019.

[458] "Aplicação da súmula 525 do Supremo. Votos vencidos. Não é lícito aplicar medida de segurança em grau de recurso, quando só o réu tenha recorrido sem requerê-la" (STF, 2ª Turma, HC n° 111769, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26/06/2012). Quanto ao tema, há divergência. Nucci defende que a súmula só seria aplicável no sistema do duplo binário: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 677).

[459] "Em qualquer caso, é preciso ressaltar a necessidade de colaboração mútua entre o profissional e o paciente. Ambos devem trabalhar ativamente para que o processo terapêutico tenha bons resultados" (DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**, posição 1778).

[460] Em 1973, publicou-se uma pesquisa de David Rosenhan que abalou a psiquiatria: oito pessoas normais relatavam ouvir vozes que diziam "vazio", "oco" e "baque" e foram voluntariamente internadas. Depois de internadas, afirmaram aos médicos que as vozes cessaram e passaram a agir normalmente. Sete foram diagnosticados com esquizofrenia e uma com transtorno maníaco-depressivo. Elas ficaram hospitalizados entre 7 e 52 dias. "Rosenhan concluiu: 'Nos hospitais psiquiátricos não é possível diferenciar as pessoas normais das portadoras de doenças mentais', e condentou toda a categoria pelos diagnósticos não confiáveis e pelo furor classificatório". Declarou, ainda, "que dada a incapacidade da psiquiatria de diferenciar os indivíduos normais dos loucos, a categoria estava fazendo o equivalente médico de condenar pessoas inocentes como criminosas e manda-las para a prisão". O experimento de Rosenhan alimentou o movimento ativista da antipsiquiatria, lançado uma década antes por Thomas Szasz (LIEBERMAN, Jeffrey A. **Psiquiatria**, p. 101-103).

de demonstrar o desrespeito ao direito constitucionalmente exercido, visando-se a obter do acusado, com claro constrangimento, uma vontade viciada. Esta última postura, aliás, antigamente corriqueira, foi tipificada no art. 15, parágrafo único, inciso I da Lei n° 13.869/19 como abuso de autoridade: "Incorre na mesma pena [1 a 4 anos, e multa] quem prossegue com o interrogatório (...) de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio". No mesmo sentido, configura abuso de autoridade constranger pessoa presa, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a "produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro" (art. 13, inc. III).

Como o indivíduo pode se negar a se submeter a um incidente de insanidade mental, após o pedido a ser formulado por qualquer um dos interessados, deve-se intimá-lo pessoalmente, assim como seu advogado e, se for o caso, curador, para se manifestar a respeito dele. Da mesma forma, se o juiz entender que é o caso de instaurar de ofício o incidente (a despeito de essa postura violar o sistema acusatório), idêntico procedimento deve ser tomado para que o suspeito ou acusado possa manifestar ou não sua concordância.

Como decorrência lógica do *nemo tenetur se detegere*, deve-se reconhecer a possibilidade de o indiciado ou réu que tenha manifestado interesse em se submeter ao exame de insanidade mental a possibilidade de, a qualquer tempo, antes de sua realização, desistir dele[461].

As mesmas razões apontam para a impossibilidade de o tribunal aplicar medida de segurança ao réu que não a tenha requerido quando somente ele apelou. Quando ainda vigorava o sistema do duplo binário, o STF editou a súmula 525, com o seguinte teor: "A medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido". Ora, sendo certo que podia ser aplicada ao acusado pena e medida de segurança, era extremamente prejudicial à sua situação jurídica que o tribunal lhe impusesse medida de segurança em caso de condenação somente à pena, quando apenas ele recorresse. Era evidente se tratar de *reformatio in pejus*, embora houvesse autores que defendessem a não incidência do princípio da *non reformatio in pejus* nesse caso dada a suposta natureza administrativa das medidas de segurança[462]. Para afastar esse tipo de raciocínio é imperioso destacar a sua natureza penal.

Com a extinção do sistema do duplo binário, passou-se a discutir se subsistiria referido entendimento jurisprudencial. No entanto, se a medida de segurança, além de ter natureza penal,

---

[461] Em sentido contrário: PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 64.
[462] NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**, p. 157.

é ainda, na prática, mais gravosa do que a pena – o que resulta, inclusive, na possibilidade de o investigado ou réu se recusar a submeter-se ao exame –, não há dúvida de que o tribunal está proibido de converter a pena aplicada em medida de segurança se não houver pedido específico do réu nesse sentido.

Inclusive vamos além do entendimento jurisprudencial: se a decisão sobre o reconhecimento da inimputabilidade e semi-imputabilidade cabe ao réu, ainda que haja laudo pericial constatando o transtorno mental, não poderá o juiz ou o tribunal reconhecê-la se a defesa não o solicitar expressamente na defesa prévia, em alegações finais, no interrogatório ou em recurso. Em outras palavras: não basta, para se impor medida de segurança, a existência de laudo pericial e o pedido do Ministério Público; é imperiosa a concordância da defesa.

A proposta aqui, convém recordar, é historicamente datada e decorre da circunstância fática de os inimputáveis serem tratados de forma mais gravosa que os imputáveis. Se houver uma evolução jurisprudencial com a adoção generalizada da teoria da dupla garantia e, na prática, essa situação se alterar, nosso entendimento certamente deverá ser revisto. Por ora, porém, é o que melhor se adequa à tese aqui defendida.

6.3. Momento da instauração do incidente e necessidade de nomeação de curador

Neste tópico abordaremos a importância do curador especial na defesa das pessoas com transtornos mentais. Na perspectiva da dupla garantia, a necessidade da nomeação do curador decorre da especial vulnerabilidade desses sujeitos: aos imputáveis, essa previsão legal se mostraria injustificável.

É possível surgir indício de doença mental do suspeito ainda no curso da investigação criminal. Isso pode ocorrer no momento em que ele comparecer perante a autoridade policial para ser interrogado ou, se o caso, durante sua prisão em flagrante. Ainda que se necessite de conhecimento especializado em saúde mental para que um diagnóstico correto possa ser dado, fato é que em muitos transtornos – como, por exemplo, na esquizofrenia e na deficiência intelectual grave – pessoas leigas conseguem compreender que há algo de diferente nos atributos do indivíduo que pode representar uma doença mental. Nesta situação, deverá a autoridade policial relatar de forma pormenorizada as razões que a fazem duvidar da integridade psíquica do sujeito, submetendo-as à análise judicial.

Outras vezes, o próprio suspeito ou acusado leva ao conhecimento das autoridades relatórios e prontuários médicos que indiquem algum problema psíquico. Neste caso, devem os

documentos ser anexados ao inquérito policial ou ao processo criminal, desde que seja do interesse dele e de sua defesa proceder dessa forma.

É possível também que na audiência de custódia ou na audiência de instrução, debates e julgamento surjam dúvidas sobre a integridade psíquica do custodiado ou do acusado. Havendo pedido do Ministério Público ou da defesa, caberá ao magistrado lhe nomear como curador o próprio defensor público ou advogado que esteja atuando no feito, concedendo-lhe a oportunidade de conversar reservadamente com seu curatelado para que este possa decidir se assente ou não com a realização do exame.

É de fundamental importância a entrevista reservada com o curador para que a pessoa possa compreender, na medida em que suas condições psíquicas permitirem, todas as possibilidades jurídicas que se lhe apresentam. É igualmente importante que o curador converse com amigos ou familiares do sujeito, caso presentes à audiência, para coletar maiores subsídios.

Independentemente de o incidente de insanidade mental ser solicitado no curso do inquérito policial ou do processo criminal, deverá ser nomeado curador. Essa nomeação, por cautela, deve ocorrer assim que formulado o pedido de instauração do incidente, pois, nessa hipótese, presume-se que já existirá alguma suspeita relevante sobre a presença do transtorno mental. Desde que não se trate esse curador provisório como representante absoluto dos interesses do seu curatelado, não há qualquer prejuízo com o procedimento aqui proposto, que resguardará os seus direitos.

Antes do advento do laudo pericial, não é permitido que se considere o suspeito ou o acusado como alguém sem capacidade cognitiva e vontade própria. Deve ser ele intimado pessoalmente dos atos processuais (assim como seu defensor/curador) e devidamente esclarecido a respeito do que lhe interessa.

Após o pedido de instauração do incidente de insanidade mental por qualquer dos legitimados, deverá ser o suspeito ou réu intimado pessoalmente, assim como seu curador e defensor, dando-lhe oportunidade para se manifestar no prazo a ser fixado judicialmente, que pode ser de 10 dias, por analogia ao que dispõe o art. 396 do CPP. Para garantir a ampla defesa, é necessário conceder esse prazo também ao indivíduo cujo curador tenha sido nomeado em audiência de custódia ou de instrução, debates e julgamento, pois o Pacto de São José da Costa Rica lhe assegura como garantia fundamental tempo hábil para preparar a defesa, não podendo ser obrigado, em matéria de tão alta relevância, a se manifestar imediatamente sobre o incidente de insanidade.

Se o pedido de instauração de incidente de insanidade mental for formulado logo no início da audiência de instrução, debates e julgamento, deve-se suspender o ato processual até que se tenha uma manifestação da defesa sobre ele, designando-se, se necessário, nova data para a sua realização. Caso o pedido seja formulado após o interrogatório do acusado, fundamentando-se nele, deve-se suspender o processo até a finalização do incidente (caso instaurado) ou até a decisão que o indefira. No primeiro caso, se constatada a inimputabilidade, deverão ser refeitos os atos processuais, garantindo-se ao acusado que seja devidamente assistido por curador.

O curador, ao ser nomeado (fora da hipótese da audiência de custódia e da audiência de instrução, debates e julgamento, em que provavelmente já terá tido contato direto com o acusado), deverá fazer busca ativa ao sujeito ou a seus familiares, orientando-lhes a respeito das possíveis consequências da instauração do incidente de insanidade mental e das diferenças teóricas e práticas entre penas e medidas de segurança. A decisão sobre submeter-se ou não ao incidente deve ser efetivamente do acusado, devidamente orientado pelo seu curador e defensor.

Assim como não é aceitável – configurando-se, ao contrário, situação claramente ofensiva à ampla defesa – que um defensor público ou advogado dativo que não tenha tido contato com o acusado renuncie a direitos personalíssimos dele (por exemplo, de estar presente em uma audiência para a qual não foi devidamente requisitado, ou de ser interrogado), também não se deve aceitar a situação do curador que, não conseguindo contato com o seu curatelado, consinta com a realização do exame à revelia do diretamente interessado[463].

Nesse caso, a solução adequada é intimar pessoalmente o indivíduo para que compareça ao escritório (caso se trate de advogado dativo) ou repartição (tratando-se de defensor público) de seu curador. Aplica-se, nessa hipótese, o art. 186, §2º do Código de Processo Civil: "A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte

[463] Jacobina se preocupa com o prosseguimento do processo quando se sabe que, em razão de doença mental, o réu não tem plena compreensão dos fatos, o que o impede "de entender, efetivamente, qual o teor da acusação, de produzir prova efetiva contra a acusação, de compreender as consequências do seu silêncio ou mesmo o objetivo e o sentido do processo ao qual responde (...). O acompanhamento por curador é apenas uma ficção: não é o curador quem será sancionado posteriormente" (JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**, p. 127). Sua crítica é absolutamente pertinente. Sua proposta é a seguinte: "Constatada, portanto, a presença de transtorno mental incapacitante, deveria o réu imediatamente ser declarado como processualmente incapaz – em respeito ao princípio do devido processo legal – para fins processuais penais" (*ibid.*, p. 128). No entanto, pensamos que simplesmente suspender o processo ou extingui-lo, na prática, não acarretaria qualquer vantagem ao portador de transtorno mental, pois isso não impede que o poder punitivo se exerça sobre ele.

patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada".

Se o sujeito não for encontrado ou, devidamente intimado, não comparecer para conversar com o seu curador, deverá ser acionada a rede de assistência psicossocial para sensibilizá-lo, assim como seus familiares, sobre a importância da questão, suspendendo-se a persecução criminal. Por óbvio, essa situação, que será tanto mais corriqueira quanto maior a incapacitação do indivíduo decorrente do transtorno e menor seu respaldo familiar, não pode resultar-lhe em sanções processuais, como, por exemplo, a decretação da prisão preventiva ou internação provisória. Os requisitos desta última, como se analisará adiante, são bastante restritivos.

Após ser devidamente orientado por seu curador, o acusado deverá informar se deseja ou não se submeter ao incidente. Na hipótese negativa, o processo deve prosseguir normalmente, citando-se o sujeito, que será tratado, para todos os efeitos, como imputável. Na hipótese positiva, segue-se o procedimento estabelecido pela legislação processual, ou seja, a persecução fica suspensa aguardando-se o resultado do exame.

Um alerta deve ser feito a todos os advogados e defensores que forem nomeados como curadores em casos assim. Conforme já reiterado em diversas passagens desta tese, a rigor não pode o portador de doença mental ser tratado de forma mais gravosa do que o imputável. Uma premissa teórica fundamental para orientar o tema é a ideia da dupla garantia: àquele devem incidir todas as garantias penais e processuais penais bem como as normas protetivas pertinentes. No entanto, sabe-se que infelizmente não é esse ainda o entendimento dominante na jurisprudência e na doutrina. Muitas vezes, o reconhecimento da doença mental dentro de um processo criminal é um caminho sem volta. Um crime cuja consequência jurídica seria, para o imputável, uma pena alternativa, pode se transformar em verdadeira tragédia na vida do inimputável, condenado, embora paradoxalmente absolvido, a cumprir medida de segurança de internação por praticamente toda a sua vida mesmo em injustos penais de baixa gravidade. As informações a serem repassadas pelo curador e defensor ao seu curatelado não podem ignorar essa realidade fática. O risco à liberdade do indivíduo é muito mais acentuado quando concorda em se submeter ao incidente de insanidade mental do que quando é tratado como imputável.

Quanto à necessidade de o acusado ter acesso às informações completas sobre a sua situação jurídica antes de ter de optar pelo exercício do *nemo tenetur se detegere*, escreve Nereu José Giacomolli que a "informação será completa e produzirá seus efeitos quando abarcar toda

a complexidade fática e jurídica, na medida em que o silêncio e o *nemo tenetur* inserem-se no amplo e pleno direito de defesa. Sem informação completa não haverá efetividade defensiva"[464].

Aos que não são adeptos da teoria da dupla garantia e que entendem que aos inimputáveis não devem ser oferecidas todas as garantias penais e processuais penais aplicáveis aos imputáveis, visto que sua situação jurídica seria distinta, resta uma reflexão: prevalecendo esse posicionamento, e sabendo que a defesa pode recusar o incidente de insanidade mental, a tendência será que a medida de segurança caia em desuso, pois aqueles não terão qualquer razão lógica para se sujeitar ao exame forense. É a adoção daquela teoria que permite compatibilizar o já combalido instituto das medidas de segurança com o atual estado da arte da psiquiatria e da legislação a respeito dos portadores de transtornos mentais que praticam injusto penal.

Enquanto a jurisprudência não se pacificar em relação a determinados temas, como o prazo máximo da medida de segurança (que deverá ser igual ou inferior à pena aplicável ao imputável ou semi-imputável), a prescrição (prazo e forma de contagem) e o critério de escolha entre a internação e o tratamento ambulatorial (que não pode se basear somente na natureza da pena cominada ao delito), não haverá interesse de nenhum defensor/curador e réu bem orientado em aceitar a se submeter ao incidente de insanidade mental. O consentimento virá somente daqueles indivíduos que não tenham a exata dimensão da tragédia que uma medida de segurança indeterminada poderá trazer à sua vida, ou seja, novamente o sistema penal atingirá seletivamente de forma mais dura os mais vulneráveis, que não têm assistência jurídica adequada e não compreendem corretamente a situação em que se encontrem. Daí a urgência em se consolidar, em termos doutrinários e jurisprudenciais, a teoria da dupla garantia.

Sendo realizado o incidente de insanidade mental no curso do inquérito policial, deve o Ministério Público aguardar o resultado do exame para oferecer ou não a denúncia[465]. Constatada a imputabilidade do investigado, segue-se normalmente a persecução penal. Constatada a semi-imputabilidade ou a inimputabilidade, e havendo justa causa para a ação penal, deverá o Ministério Público (ou o querelante, se for o caso), requerer, na denúncia ou

---

[464] GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 236.

[465] Não se trata propriamente de suspensão do inquérito policial, pois, de acordo com o art. 149, §2º do CPP, somente o processo é suspenso. No entanto, é de todo conveniente que o Ministério Público aguarde o resultado do exame para oferecer a denúncia com o pedido adequado (que pode ser de aplicação de pena ou de medida de segurança).

queixa, a aplicação de medida de segurança (ou pena, tratando-se de semi-imputável e entendendo não ser a hipótese de aplicação desta).

Não é possível a imposição de medida de segurança sem o devido processo legal, ou seja, ela pressupõe a completa instrução processual, até para garantir ao inimputável a possibilidade de ser absolvido propriamente, sem a imposição de qualquer sanção. A exceção legal, de constitucionalidade duvidosa, se encontra no rito do Tribunal do Júri, em que se permite a absolvição sumária com a imposição de medida de segurança se a única tese defensiva for a de inimputabilidade.

É importante que, no momento do oferecimento da denúncia, desde que a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade tenham sido constatadas no curso do inquérito policial, o Ministério Público já informe a medida pleiteada (medida de segurança de internação, medida de segurança de tratamento ambulatorial ou pena reduzida pela semi-imputabilidade) a fim de que possa ser exercido o contraditório de forma plena também em relação a essa questão. Tratando-se de réu inimputável ou semi-imputável, é conveniente que a citação seja realizada na pessoa do curador, sem prejuízo da citação pessoal do próprio réu e, se for o caso, de seu curador civil, garantindo-lhe, assim, conhecimento efetivo do processo.

O devido processo penal efetivo e constitucional não se coaduna com presunções e ficções absolutas. A citação somente na pessoa do curador especial muitas vezes poderá representar a ausência de conhecimento efetivo do processo pelo réu e seus familiares.

Se o incidente de insanidade mental for realizado no curso do processo criminal e se constatar a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade, já tendo sido realizada a citação pessoal do réu, será necessário, para evitar nulidade por ofensa à ampla defesa, refazer o ato citatório na pessoa de seu curador. Além disso, para garantir o contraditório, deverá o Ministério Público aditar a denúncia para alterar o pedido, substituindo-o pela aplicação da medida de segurança (de internação ou de tratamento ambulatorial).

Antônio Carlos da Ponte, em sua tese de doutorado sobre a inimputabilidade e o processo penal, salienta ser possível a nomeação de curador *ad cautelam* ao indiciado, que, posteriormente, se constatada a inimputabilidade, será citado por ele. Esse curador atuaria como seu substituto processual. Ele critica a inexistência de regramento próprio da citação do inimputável, entendendo necessário recorrer à legislação processual civil. Quanto ao curador, afirma corretamente que lhe incumbe "*assegurar a efetiva defesa do acusado no processo, não*

transigindo com o respeito absoluto aos princípios da isonomia, contraditório, ampla defesa e devido processo legal" [466].

Réus de processos criminais, quando não têm transtornos mentais, devem ser defendidos da forma mais efetiva possível a fim de concretizar o postulado constitucional da ampla defesa ou, em se tratando de processo submetido ao procedimento especial do Tribunal do Júri, plenitude de defesa. Esse trabalho é exercido de forma exemplar pelas Defensorias Públicas nos locais onde elas estão devidamente instaladas. O exercício da defesa não pode ser algo meramente formal: exige postura ativa e altiva do defensor; diálogo reservado com o réu antes das audiências e postura comprometida com a sua liberdade. E tudo isso deve ser feito a despeito dos obstáculos muitas vezes impostos por alguns profissionais que, míopes quanto às determinações constitucionais referentes à Advocacia e à Defensoria Pública, têm como paradigma de bom defensor aquele que não causa maiores embaraços à condenação. Em se tratando de réu inimputável, a responsabilidade é ainda maior, pois nem sequer a autodefesa é devidamente exercida, dadas as possíveis limitações cognitivas do acusado.

A lei não esclarece quem deve ser nomeado curador. A natureza dessa curatela é diversa da civil, pois não envolve cuidar de negócios jurídicos de outrem. Ela mais se assemelha à curatela do processo civil, embora envolvendo interesses muito mais importantes. Essencial que seja nomeado como curador o próprio advogado ou defensor público que atuará no feito na defesa técnica do réu, sem prejuízo de se garantir ao curador civil deste – ou, eventualmente, qualquer outro familiar – a possibilidade de acompanhá-lo em todos os atos processuais, desde as conversas e reuniões com o seu curador processual e a realização do exame médico-legal, passando pela audiência de instrução e julgamento, até eventuais exames de cessação de periculosidade a serem realizados durante a execução da medida de segurança, caso aplicada.

O curador não somente faz a defesa técnica formal, devendo se comprometer, de forma absoluta, com os interesses (de liberdade, obviamente) de seu assistido, sob pena de ser destituído do *munus*. A destituição é a medida adequada ao curador que, por exemplo, pleitear, muitas vezes movido por interesses de familiares incomodados com a doença do réu (e não interesses dele próprio), a aplicação de medida de segurança de internação a seu curatelado. Sem a hipocrisia de se defender que a internação psiquiátrica compulsória e prolongada é um bem a quem a sofre, a situação do curador ou do defensor que a pleiteia equivale à do advogado que requer em juízo a condenação e a prisão de seu constituinte a fim de que possa ser

[466] PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 67.

ressocializado e ver expiada a sua culpa com o cumprimento da sanção penal. É algo que viola violentamente o princípio constitucional da ampla defesa e não pode ser admitido. A destituição será tanto do *munus* de curador como da função de defensor do acusado naquele processo, permitindo-se ao réu a contratação de outro de sua confiança ou, se não o fizer, devendo atuar a Defensoria Pública em seu favor. Não instalada a instituição na comarca, será nomeado defensor dativo para exercer as funções.

6.4. Do incidente de insanidade mental, seu procedimento e a problemática da internação provisória, da prisão preventiva e da execução provisória da medida de segurança

Outro assunto de especial importância envolvendo as pessoas com transtornos mentais, mas não abordado nas teses analisadas no capítulo 5, são as segregações cautelares. É corriqueira a situação em que elas permanecem presas preventivamente em estabelecimentos prisionais convencionais por largos períodos, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. Na análise da medida cautelar de internação provisória se verificará como a ideia da dupla garantia já foi de certa forma incorporada à lei, pois, em tese, os seus requisitos são muito mais rígidos do que os da prisão preventiva.

Se a defesa discordar da realização do exame, o incidente de insanidade mental nem sequer deve ser instaurado. Havendo concordância, deverá o Ministério Público, se não for o autor do pedido, se manifestar a respeito, decidindo o juiz com base nos elementos existentes nos autos. Não havendo indícios suficientes da existência de doença mental, deverá indeferir o pedido[467] ou deixar para apreciá-lo após o interrogatório judicial.

Não há recurso autônomo contra essa decisão, podendo a matéria ser debatida eventualmente em apelação, após a sentença penal. Quanto aos meios autônomos de impugnação, não há interesse processual que justifique a impetração de mandado de segurança pelo Ministério Público contra a decisão que, acolhendo a discordância da defesa, indeferir a instauração do incidente. Não há direito líquido e certo da sociedade em submeter um indivíduo contra a sua vontade a exame psiquiátrico. Se a defesa concordar com o pedido, mas ele for indeferido de forma injustificada, teoricamente será possível a impetração de *habeas corpus*.

---

[467] LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado,** p. 451. Ponte destaca que "a gravidade do delito e a própria ausência de motivação não justificam a instauração do incidente" (PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 62).

Contra a decisão de deferimento de instauração do incidente de insanidade mental na hipótese em que a defesa se manifestar contrariamente à realização do exame, cabe a impetração de *habeas corpus*, pois é cristalino o constrangimento ilegal pela violação do princípio *nemo tenetur se detegere*.

De qualquer forma, sendo mantida a designação da perícia com a discordância da defesa, poderá o investigado ou réu deixar de comparecer ou, fazendo-o, permanecer em absoluto silêncio no momento da realização do exame, deixando de responder a qualquer pergunta da equipe interdisciplinar e multiprofissional. Nenhuma medida coercitiva pode ser tomada em seu desfavor se resolver exercer esses direitos. Qualquer decisão que queira responsabilizá-lo por desobediência ou decretar sua condução coercitiva, prisão preventiva ou internação provisória é ilegal e deve ser corrigida por meio de *habeas corpus*[468]. Também não há qualquer dispositivo legal que obrigue familiares ou amigos do suspeito ou réu a prestarem esclarecimentos àquela equipe, não podendo ser coagidos a isso. Determinadas pessoas não são obrigadas a servir como testemunhas sequer perante a autoridade judicial (art. 206 do CPP), não se podendo sustentar que sejam obrigadas a prestar esclarecimentos aos peritos. As pessoas mencionadas, principalmente o próprio investigado ou acusado, não podem ser constrangidos de qualquer forma a falar, sob pena de ilicitude da prova produzida.

Havendo indícios da existência de transtorno mental e concordância da defesa, será proferida decisão interlocutória determinando a realização do exame e suspendendo o curso do processo criminal. Não há suspensão do prazo prescricional por falta de previsão legal. Se ainda não houver processo criminal instaurado, é possível o prosseguimento das investigações, mas será preciso aguardar o exame antes de se oferecer e receber a denúncia, uma vez que o próprio pedido da petição inicial dependerá do seu resultado.

Cópia da decisão servirá como portaria, autuando-se separadamente o referido incidente. Após a juntada do laudo, será apensado ao processo principal (art. 153 do CPP). De acordo com o art. 149, §2º do CPP, podem ser realizadas "diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento", o que deve ser interpretado de forma restritiva a fim de não prejudicar a ampla defesa.

---

[468] Assim, a ideia defendida por Vicente Greco Filho na 4ª edição de seu manual não pode ser acolhida: "Se estiver solto, os peritos estabelecerão a forma do exame, se em ambulatório ou mediante internação, determinando-se esta, também, se o acusado frustrar o exame deixando de comparecer às sessões de análise" (FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 193).

No momento da realização do exame, deve-se garantir ao indivíduo o acompanhamento de médico de sua confiança e de seu defensor e curador, bem como eventual curador civil ou outro familiar que seja responsável por seus cuidados.

Laudo pericial que aponte diagnóstico de doença mental em indivíduo que não tenha colaborado, permanecendo em silêncio durante a entrevista, deve ser analisado com extrema cautela, pois os psiquiatras destacam que a relação de confiança a ser estabelecida com o paciente e a sua fala sobre o seu sofrimento psíquico são essenciais para um correto diagnóstico. Em casos de simulação ou dissimulação do paciente, a confiabilidade do exame é bastante abalada. Ocorrendo essa hipótese, duas soluções se apresentam plausíveis ao juiz: (a) entender que o silêncio do suspeito ou réu caracteriza recusa a se submeter ao exame, extinguindo o incidente de insanidade mental e prosseguindo-se o processo normalmente, devendo ser ele tratado como imputável ou (b) determinar a realização de nova perícia. A solução ideal é intimar o defensor e curador do investigado ou acusado para que esclareça se tem interesse na realização de novo exame.

Sobrevindo o laudo aos autos do incidente de insanidade, deve-se conceder às partes prazo razoável para se manifestarem sobre ele. O juiz, homologando-o, apensará o incidente ao processo principal (art. 153 do CPP), que deverá prosseguir. Deixando de homologá-lo pela existência de alguma irregularidade, determinará a realização de outro[469]. A homologação do laudo, por tratar de aspectos meramente formais da perícia, não vincula o juiz, que, na sentença, não é obrigado a adotar suas conclusões.

O exame deve ser realizado em até 45 dias, "salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo" (art. 150, §1º do CPP). Se o suspeito ou réu estiver preso cautelarmente (o que não deve ser admitido) ou internado provisoriamente, esse prazo deve ser respeitado de forma literal e contado a partir do dia da prisão ou internação. Excedido, ensejará o relaxamento imediato da medida cautelar[470].

O art. 150 do CPP é anacrônico, sendo difícil compatibilizá-lo com a Constituição Federal, a lei 10.216/01 e a reforma trazida na legislação processual penal pela lei 12.403/11. Eis o seu teor: "Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em

[469] PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 65.
[470] NICOLITT, André. **Manual de processo penal**, p. 596).

manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar"[471].

A internação compulsória, ainda que em manicômio judiciário, pressupõe "laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos" (art. 6º, caput da Lei 10.216/01). Além disso, não se justifica a internação senão na hipótese restrita do art. 319, inc. VII do CPP, observando-se o princípio da *ultima ratio*[472]. De qualquer forma, a prisão preventiva com a manutenção do suspeito ou acusado em estabelecimento prisional comum é ilegal. Não há como se pregar a existência de *fumus comissi delicti* (ou seja, indícios suficientes da existência de um crime, analiticamente entendido pela maioria da doutrina como conduta típica, ilícita e culpável), pressuposto da prisão preventiva, se já há uma decisão judicial colocando em xeque a própria capacidade psíquica do agente.

Para conciliar os direitos individuais com a necessidade, em situações extremas, da manutenção da segregação de um sujeito inimputável que tenha praticado injusto penal grave, prevê o art. 319, inc. VII do CPP a medida cautelar de internação provisória "nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração". Além desses requisitos, incidem os princípios que norteiam as medidas cautelares em geral, como a proporcionalidade e sua decorrência lógica, a homogeneidade, que impede a aplicação de medida cautelar privativa de liberdade sempre que esta não for possível de ser aplicada como sanção penal após o devido processo legal[473]. Em se tratando de imputável, por exemplo, não se justifica a prisão preventiva de um acusado de furto que seja primário, pois se pode antever com certa margem de segurança que, mesmo na hipótese de condenação, terá direito ao regime

---

[471] Jacobina critica fortemente, e com razão, o artigo 150 do Código de Processo Penal, que permite seja o investigado ou réu, contra quem se instaurou incidente de insanidade mental, recolhido em estabelecimento adequado que o juiz determinar se os peritos requererem: "Imagine-se um cidadão mentalmente saudável trancafiado durante quarenta e cinco dias ou mais em um manicômio. (...), a sua sanidade está posta entre parênteses no mundo jurídico, pois está à mercê de um curador processual. Ocorre uma série de efeitos estritamente subjetivos e sociais de alteração da imagem e das relações desse cidadão. Não seria difícil imaginar uma loucura iatrogênica" (JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**, p. 119-120). No mesmo sentido: MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 80.

[472] Aury Lopes Jr. aponta que, "considerando a urgência inerente às cautelares, nem sempre haverá condições de se fazer um exame de insanidade como necessário e, com isso, acabaremos criando a situação do 'inimputável provisório', para não dizer, do 'louco temporário'... correndo o risco de depois, no exame definitivo, o diagnóstico ser diferente (...). A situação é ainda mais preocupante se considerarmos as condições em que se encontram os manicômios judiciários, onde, não raras vezes, o acusado entra imputável e sai completamente louco... Outrossim, não se pode desprezar a 'estigmatização' e o 'rótulo' de inimputável que o acusado recebe já neste laudo provisório (...). Em suma, é uma medida muito perigosa" (LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal**, p. 667).

[473] CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**, 4ª ed. Salvador: Juspodium, 2018, p. 207.

inicial aberto ou mesmo à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Transposto esse raciocínio para as medidas de segurança, pode-se afirmar que, a despeito de o crime envolver violência ou grave ameaça e haver risco de reiteração, não deverá ser decretada a internação compulsória, se, por exemplo, se antevir que a medida a ser adequada em caso de absolvição imprópria será o tratamento ambulatorial (é o que se dá, por exemplo, no delito de ameaça).

Sobre a internação provisória, Antônio Carlos da Ponte destaca que "deve ser utilizada com cautela e parcimônia, para que não se transforme em instrumento de abuso e ilegalidade"[474]. Dentro da lógica da dupla garantia para o inimputável (ao qual devem acorrer garantias penais e processuais e as normas protetivas aos portadores de transtornos mentais), para que seja possível internar o suspeito ou réu é necessário que: (a) haja laudo médico; (b) o injusto penal envolva violência ou grave ameaça[475]; (c) haja risco de reiteração; (d) vislumbre-se em perspectiva ser possível, ao final do processo, a aplicação de medida de segurança de internação (os critérios legais para a aplicação da internação serão analisados adiante e, ao contrário do que a interpretação literal do art. 97, *caput* do CP sugere, não se restringem à pena cominada no preceito penal secundário).

Fora dessas hipóteses, deve-se colocar o indivíduo em liberdade. Somente será possível a decretação da prisão preventiva se, após a vinda do laudo pericial, concluir-se pela sua imputabilidade e estiverem presentes os requisitos legais daquela.

Estando presentes os requisitos da internação provisória, preso o investigado ou réu, deve-se providenciar sua transferência imediata para Hospital de Custódia e Tratamento Penitenciário (HCTP). Se há indícios de que ele cometeu o injusto penal em momento de surto decorrente de sua doença mental, não faz sentido mantê-lo privado de sua liberdade sem o tratamento adequado. É nesse momento de emergência médica que a medida de internação, com os tratamentos médicos apropriados, pode alcançar maior sucesso. Prendê-lo simplesmente em estabelecimento prisional comum pode agravar e cronificar o seu quadro, criando dependência institucional que o art. 5º da lei 10.216/01 visa a evitar.

Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão acertada, permitiu que, na inexistência de vaga em HCTP, fosse cumprida a internação provisória em clínica particular. É

---

[474] PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 72.

[475] "Se o agente é inimputável e existe o risco de reiteração de suas condutas criminosas, mas se trata de crime de furto qualificado, por exemplo, não caberá a internação provisória por ausência do requisito violência e grave ameaça" (RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, p. 923).

igualmente possível que ela seja cumprida na rede pública de saúde fora do sistema prisional. É fundamental que as providências sejam tomadas de maneira célere na internação provisória, evitando-se a trágica e corriqueira situação em que pessoas com transtornos mentais graves permanecem ilegalmente em presídios, às vezes por anos[476]. O art. 18, § 4º, inc. I do Estatuto das Pessoas com Deficiência dispõe: "As ações e os serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência devem assegurar: diagnóstico e intervenção precoces, realizados por equipe multidisciplinar".

Não havendo vaga em estabelecimento médico adequado (HCTP ou outro equipamento da rede pública ou privada de saúde), deve ser substituída a medida cautelar por tratamento ambulatorial, impedindo-se a perniciosa permanência do indivíduo em estabelecimento prisional comum[477].

Sobrevindo aos autos o laudo interdisciplinar – preferencialmente realizado no CAPS do território do paciente –, deverá ser reanalisada a medida cautelar aplicada.

Com o diagnóstico de transtorno mental e havendo ainda indicação de internação, presentes os outros requisitos legais, pode ela ser mantida, devendo o juízo imprimir ao processo a mesma celeridade dada aos feitos com réu preso.

Sendo indicado tratamento ambulatorial, poderá ser ele aplicado em substituição à internação, ainda que provisoriamente. Não se justifica, nessa situação, independentemente da gravidade do injusto penal supostamente praticado, a manutenção da internação provisória, que violaria o art. 6º da Lei 10.216/01.

Qualquer medida cautelar aplicada ao inimputável (seja a internação em clínica particular ou pública ou mesmo o tratamento ambulatorial) deverá ser detraída de eventual pena ou medida de segurança a ser imposta.

Não sendo constatado nenhum transtorno mental no suspeito ou no acusado, prossegue-se normalmente com a persecução penal, destituindo-se o curador de seu *munus*. Neste caso, se

---

[476] João Ladislau Rosa informa que, em São Paulo, a "lista cronológica" de vagas para a inserção em HCTP teria em torno de 1000 indivíduos, muitos aguardando em presídio comum (ROSA, João Ladislau. Apresentação. In: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. (organizadores). **Medida de segurança**, p. 5).

[477] Assim: QUEIROZ, Paulo. Direito penal, parte geral, 1, 13ª ed. Salvador: Juspodium, 2018, p. 558. Guilherme Nucci, porém, atrelado ao conceito de periculosidade e a ideia de defesa social, defende que, na inexistência de vaga, deve o portador de transtorno mental permanecer em estabelecimento prisional comum se for reconhecido perigoso: NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 677.

o sujeito estiver internado, deverá ser imediatamente liberado ou, se for o caso de decretar sua prisão preventiva, transferido para o estabelecimento prisional adequado.

Por fim, se for constatado que o transtorno mental é superveniente ao fato, discute-se qual seria a medida cautelar privativa de liberdade aplicável. De acordo com Paulo Rangel, nessa situação, "o mesmo código tem regra clara no art. 152 que deve ser aplicada, sob pena de negativa de vigência a um texto legal"[478], ou seja, não seria aplicável o art. 319, inc. VII do CPP. Na verdade, contudo, a redação do art. 152 do CPP somente autoriza o juiz a ordenar a internação do acusado enquanto o processo está suspenso, não tratando dos requisitos da internação provisória, sendo oportuno utilizar os mesmos previstos para a do inimputável ou semi-imputável[479].

Alguns autores, como Antônio Carlos da Ponte[480], entendem que o indivíduo com transtornos mentais não deve ser interrogado. Discordamos dessa visão, que parte de uma premissa binária e uma distinção meramente qualitativa entre a loucura e a normalidade, além de tratar o doente mental como alguém completamente incapaz de ter vontade própria. Desde uma perspectiva multidimensional, pode-se afirmar que há graus de comprometimento das funções psíquicas. Na grande maioria dos casos, o sujeito terá condições de se expressar, ainda que com dificuldades, sobre os fatos. Se assim o é, deverá ter respeitado o direito à autodefesa e ser ouvido, respeitadas suas limitações. Isso está em consonância com o direito constitucional, que afasta a objetificação de determinados indivíduos, passando-se a tratá-los como verdadeiros sujeitos de direitos[481]. O próprio estatuto da pessoa com deficiência, ao prever o instituto da tomada de decisão apoiada (art. 1783-A do Código Civil) seguiu essa linha, destacando a importância de se respeitar a vontade do sujeito.

É evidente que se deve garantir de forma efetiva, principalmente ao portador de transtorno mental, o direito ao silêncio. Mas a utilização dessa estratégia deverá ser

---

[478] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, p. 924.

[479] Nesse sentido, afirmando que o art. 319, inc. VII do CPP se aplica igualmente ao imputável com doença mental superveniente: LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal**, p. 669. Para André Nicolitt, a presunção de inocência veda "a internação do acusado em manicômio ou estabelecimento similar, como consta no §1º do art. 152 do CPP. A norma não foi recepcionada pela Constituição" (NICOLITT, André. **Manual de processo penal,** p. 596). Pacelli também é crítico quanto ao dispositivo: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, p. 325).

[480] PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 63.

[481] Na mesma linha, antes da Constituição Federal, crianças e adolescentes eram totalmente objetificados e as decisões judiciais que poderiam refletir de forma contundente em suas vidas eram tomadas à sua revelia. Esse panorama, ao menos no âmbito legislativo, mudou. No tema da inserção da criança ou do adolescente em família substituta, por exemplo, dispõe o art. 28, §1º do ECA: "Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada". O §2º é mais incisivo: tratando-se de adolescentes, é necessário seu consentimento.

cuidadosamente pensada pelo defensor e curador, após conversas reservadas com o réu, não podendo lhe ser imposta.

O art. 378 do CPP prevê o procedimento da aplicação provisória da medida de segurança. Prevalece, contudo, o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que tal dispositivo foi revogado[482]: "Com efeito, à semelhança do que ocorre com a pena privativa de liberdade aplicada aos imputáveis, também não se pode admitir a execução provisória de medida de segurança, que também é uma espécie de sanção penal"[483]. Assim, afora a hipótese da internação provisória já mencionada, a aplicação da medida de segurança pressupõe o trânsito em julgado da sentença penal absolutória imprópria, como, aliás, previsto de forma expressa no art. 171 da LEP.

6.5. Doença mental superveniente ao crime

Outro assunto importante e normalmente tratado de forma superficial se refere aos imputáveis que, no curso do processo de conhecimento ou de execução, desenvolvem um transtorno mental. Também eles, em razão de sua especial vulnerabilidade, merecem a incidência da teoria da dupla garantia. Sobre o assunto, é curiosa e absurda a previsão legal do art. 152, §1º do CPP, que supostamente busca resguardar a ampla defesa e o contraditório para esses indivíduos. Eis o teor do dispositivo: "Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2° do art. 149. § 1° O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado. § 2° 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".

É interessante a constatação de que grande parte das violações de direitos é perpetrada sob o pretexto de se fazer o bem a quem as sofre[484]. A pretexto de se resguardar a ampla defesa e o contraditório, permite-se que a pessoa que teve o azar de desenvolver transtorno mental após a prática do crime permaneça internada por prazo indeterminado, até que se restabeleça, o que pode não ocorrer nunca se se interpretar como tal somente a cura total da doença.

O *caput* do dispositivo legal é razoável: suspende-se o processo até que o indivíduo se restabeleça e tenha condições de montar a sua defesa. No entanto, o §1º torna essa ideia algo

---

[482] Em sentido contrário: PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 67.
[483] LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**, p. 963.
[484] MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 150.

terrível para o sujeito. Afirma Jacobina que se trata "de pura e simples defesa social que desconsidera qualquer aspecto técnico de saúde mental e aplica (..., liminarmente, uma medida de segurança de natureza mais grave dentre as previstas no Código Penal (...). É penalização sem processo"[485].

Para alguns autores, como Renato Brasileiro de Lima, o único limite temporal à internação provisória seria semelhante ao da medida de segurança, ou seja, "não pode perdurar por tempo superior à pena máxima abstratamente cominada ao delito praticado pelo acusado (...), não podendo ainda ser superior a 30 anos, conforme o art. 75 do CP [hoje, 40 anos]"[486]. A ideia, porém, é absurda: não há como justificar uma internação provisória de até 40 anos contra alguém que nem sequer foi submetido ao devido processo legal.

O próprio autor mencionado destaca – no que está correto – que a internação nesse caso não é automática, dependendo da presença dos requisitos da internação provisória do art. 319, inc. VII do CPP. Acrescentamos que é necessária também a existência de laudo médico indicando a necessidade da medida, pois é pressuposto de qualquer internação compulsória (art. 6º da Lei 10.216/01).

A solução que nos parece adequada é a seguinte: não sendo necessária ou possível a internação provisória, deve-se seguir à risca o art. 152, *caput* do CPP, preservando-se a ampla defesa e o contraditório. No entanto, se for decretada a internação provisória, ela, como qualquer medida cautelar, não pode extrapolar um prazo razoável, razão pela qual se deve prosseguir com o processo, nomeando-se curador ao réu, da mesma forma como seria feito se a sua doença mental fosse precedente ao crime. É evidente que esse procedimento arranha a ampla defesa, mas essa deve ser relativizada em favor do próprio réu, que não pode ficar privado de sua liberdade aguardando por prazo indeterminado sua recuperação total. Como não se trata de inimputabilidade propriamente dita, deverá o magistrado, em eventual sentença condenatória, aplicar-lhe pena normalmente, com fundamento na culpabilidade, sem prejuízo de já substitui-la por medida de segurança, por analogia ao que dispõe o art. 183 da LEP[487].

---

[485] JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**, p. 124-125.
[486] LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**, p. 462.
[487] Essa é a sugestão de Vicente Greco Filho. Ao afirmar que o art. 152, §1º do CPP é "manifestamente inconstitucional", informa que são duas as soluções possíveis: ou se veda a imposição de qualquer medida cautelar, suspendendo-se o processo, ou se aplica a medida cautelar, mas prosseguindo-se com ele. Das duas interpretações, prefere a segunda, que "parece a mais consentânea com o direito que têm as pessoas de ter sua situação processual penal esclarecida de forma definitiva" (FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**, p. 194). No mesmo sentido: PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 120.

Essa hipótese do art. 183 da LEP é a denominada conversão da pena em medida de segurança no curso do processo de execução. Ela ocorrerá somente se a doença for duradoura. Tratando-se de enfermidade transitória, transfere-se o sentenciado para HCTP pelo tempo necessário para o seu tratamento (art. 41 do CP). Em regra, a conversão deverá ser aplicada pelo juiz responsável pela execução penal, com exceção da situação mencionada no parágrafo anterior, em que o próprio juiz sentenciante a invocará. Eis o teor do dispositivo legal: "Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança".

Assim como na instauração do incidente de insanidade mental, nesse caso deverá ser nomeado curador ao sentenciado, que, ademais, deverá assentir expressamente com a realização do exame, o qual deverá ser realizado nos mesmos termos do exame médico-legal para a apuração de inimputabilidade, ou seja, por equipe interdisciplinar e multiprofissional (preferencialmente no CAPS), com a indicação do diagnóstico e a descrição de seus sintomas, bem como a recomendação do tratamento de saúde adequado. A internação somente será viável se o sentenciado estiver em cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado (sob pena de ser tratado de forma mais gravosa que o imputável a quem não sobrevém doença mental) e houver laudo médico indicando a internação compulsória. Se o sentenciado não consentir com a realização do exame, terá o direito subjetivo de que não se substitua sua pena por medida de segurança.

Por cautela, deve ser designada audiência pelo juiz da execução para explicar a situação ao sentenciado e, se for o caso, colher sua concordância (que deve ser voluntária e consciente e precedida de entrevista reservada com seu curador, defensor e seus familiares) para a realização do exame. Convertida a pena em medida de segurança no curso da execução penal, é majoritário o correto entendimento no sentido de que o seu prazo máximo será o da pena

substituída, sob pena de ofensa à coisa julgada[488]. Sem prejuízo, poderá ser extinta antes, caso sobrevenha laudo de cessação de periculosidade[489].

6.6. Da incidência dos institutos despenalizadores aos portadores de transtornos mentais

A Lei 9.099/95 prevê alguns institutos despenalizadores aos autores de infrações penais de menor potencial ofensivo: composição civil de danos e transação penal. A mesma lei trata da suspensão condicional do processo sempre que a pena mínima cominada ao delito for igual ou inferior a 1 ano e o indivíduo preencher outros requisitos legais.

Recentemente, a Lei 13.964/19 inseriu no Código de Processo Penal o art. 28-A prevendo o famigerado acordo de não persecução penal para infrações penais que não envolvam violência ou grave ameaça e prevejam pena mínima igual ou inferior a 4 anos. Ao contrário da transação penal e da suspensão condicional do processo, aqui se exige a confissão do investigado.

Discute-se doutrinariamente se esses direitos seriam aplicáveis aos portadores de doença mental. A única resposta possível com base no direito positivo é que sim[490]. De acordo com o art. 4º, *caput* do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em norma redundante por repetir preceito constitucional, a discriminação é vedada. Seu §1º explica: "Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência".

Poderia surgir um problema prático somente no acordo de não persecução penal, pois, nesse caso, pressupõe-se a confissão voluntária do suspeito. No entanto, tendo ele mínimas condições cognitivas para compreender as consequências de eventual confissão, devidamente orientado por seu defensor e curador, que deverá ser nomeado para o ato, não há prejuízo em aceitá-la, até porque, em caso de descumprimento do acordo e de oferecimento de denúncia, a

---

[488] Este é o posicionamento de NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 672, embora reconheça que há outros três posicionamentos em relação ao prazo máximo da medida de segurança substitutiva: indeterminado, 30 (atualmente 40) anos ou a pena máxima cominada ao delito. No mesmo sentido do texto: QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p., 559; BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**, p. 431.

[489] Há quem entenda que, cessada a periculosidade, deve haver a reconversão da medida de segurança em pena. Assim: NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 672. No sentido que defendemos: PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 100.

[490] PONTE, Antônio Carlos da. *Op. cit.*, p. 167

confissão, caracterizando elemento informativo pré-processual, não pode ser utilizada como prova em seu desfavor (art. 155 do CPP).

É desnecessária a realização de incidente de insanidade mental nos casos em que é possível o oferecimento de transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal, pois não há possibilidade de imposição de medida de segurança ou pena, ou seja, seria inútil o procedimento. Além disso, violar-se-ia o princípio da celeridade[491]. De qualquer forma, havendo indícios de que ele padece de transtorno mental, para garantir a ampla defesa, deve-se lhe nomear curador provisório. Outrossim, as condições a serem impostas devem guardar pertinência com seus atributos pessoais e suas eventuais limitações cognitivas[492].

Deve-se ter uma maior tolerância com o descumprimento das condições fixadas a portadores de transtornos mentais. É que raramente ele será injustificado. Se houver dúvida sobre a sua capacidade de cumpri-las, pode ser conveniente determinar uma avaliação psicossocial. Pode também o magistrado designar audiências de advertência, quantas forem necessárias para a correta conscientização do acusado, a fim de alertá-lo e informá-lo devidamente sobre a sua situação e as consequências jurídicas do descumprimento[493].

6.7. Inimputabilidade[494], semi-imputabilidade e escolha da medida de segurança adequada, prazo mínimo e máximo

[491] PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 169.

[492] Para Ponte, a sanção que pode ser aplicada na transação penal é somente a de tratamento ambulatorial, uma vez que a internação, por ser privativa de liberdade, pressupõe o devido processo legal. Tratando-se de suspensão condicional do processo, se o réu se curar no período de prova, "será desconsiderada a condição judicial fixada". Sendo a pessoa semi-imputável, deve-se priorizar a aplicação de penas restritivas em detrimento do tratamento ambulatorial (*ibid.*, p. 173-174).

[493] De forma crítica quanto a isso: "Embora em um ou outro caso, tenham sido encontradas audiências de justificação perante o juízo de execução ante a falta de aderência ao tratamento ou passagens na qual a ameaça penal se fez presente (com intimações, comunicações e até expedições de mandado de prisão ou de guia de internação), não foi possível perceber – ao menos no recorte das amostras – que tais medidas foram cruciais para o "bom" desenvolvimento das expectativas envolvidas na medida de segurança" (ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos**. Inclusão social em medida de segurança**, p. 195).

[494] Não serão tratadas aqui as questões referentes à inimputabilidade dos indígenas, dos menores de 18 anos e dos que, por embriaguez completa fortuita ou involuntária, não tinham condições de compreender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminar. Isso porque, em tais casos, não se aplica medida de segurança, tema objeto desta tese. Sobre a responsabilidade penal do índio, explica Paulo Queiroz: "De acordo com a visão tradicional, ainda hoje dominante, o índio responde penalmente, quando culpável, nos termos da legislação penal em vigor. A tendência atual, no entanto, e reconhecer-se, em prejuízo do direito oficial, a autonomia e a validade do direito penal indígena (DPI), isto é, o direito traduzido nos usos, costumes e tradições indígenas", em razão do que dispõe o art. 231 do CP (QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 379-384).

Decidir a respeito da imputabilidade e, se for o caso, pela espécie de medida de segurança a ser aplicada, assim como seu prazo, é uma tarefa importante do magistrado. Tradicionalmente, porém, a solução tem sido esta: o psiquiatra forense apresenta um laudo concluindo pela imputabilidade, semi-imputabilidade ou inimputabilidade e sugere a medida de segurança que entende adequada. A despeito da linguagem científica – ou pseudocientífica - do laudo, ele carrega em si forte carga valorativa e moral. A aplicação pura do art. 97, *caput* do CP simplifica ainda mais a questão: para crimes punidos com detenção, segue-se a indicação do perito (internação ou tratamento ambulatorial); para crimes punidos com reclusão, ignora-se a sugestão do laudo e se determina obrigatoriamente a internação, pelo prazo mínimo de 1 a 3 anos. A desinternação não é problema do juiz que sentencia, pois depende de laudo de cessação de periculosidade, a ser analisado pelo juiz da execução penal.

A solução legal, embora simples, viola os direitos mais fundamentais dos portadores de transtornos mentais, não sendo de se espantar que defensores e advogados com conhecimento empírico sobre o tema fujam do incidente de insanidade mental e evitem a todo custo a imposição de medida de segurança, mesmo quando claramente seus clientes possuam doenças mentais.

As duas normas jurídicas que mais causam injustiças e, por isso, já vêm sendo questionadas pela doutrina e jurisprudência há algum tempo estão no artigo 97, *caput* do CP, que condiciona a medida de segurança à natureza da pena cominada (reclusão ou detenção), e em seu §1º, que prevê prazo indeterminado para ela, permitindo-se a perpetuidade da sanção[495].

Quanto a esses dois temas, já há decisões, ainda que oscilantes, dos tribunais superiores relativizando a necessidade de se aplicar medida de internação quando se tratar de delito punido com reclusão desde que o laudo médico indique tratamento ambulatorial, o que também é defendido por parte da doutrina[496]. Também se pacificou a jurisprudência para estabelecer prazo máximo das medidas de segurança; o Supremo Tribunal Federal já decidiu pelo prazo de 30 anos (que era o prazo máximo permitido para o cumprimento de pena privativa de liberdade no

---

[495] FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**, p. 379-380; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**, p. 298-299.

[496] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, p. 392; PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 53; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 667; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Op. cit.*, p. 298. Miguel Reale Jr. propõe que se utilize a analogia para permitir o tratamento ambulatorial também aos autores de infrações de menor potencial ofensivo (REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 500), o que, no entanto, é claramente insuficiente e teria pouca relevância prática, notadamente porque, nesses casos, é possível aplicar substitutivos penais (composição civil de danos, transação penal etc.).

Brasil, alterado recentemente para 40 anos), enquanto o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que ele não pode ultrapassar a pena máxima cominada ao delito.

Tais entendimentos, ainda que sejam avanços significativos no tratamento da matéria, principalmente por destacarem o caráter aflitivo das medidas de segurança, são insuficientes e não atendem à teoria da dupla garantia, pois ainda permitem que o inimputável seja tratado de forma mais gravosa que o imputável, e sem nenhum efeito clínico positivo. Analisaremos a seguir esses temas.

6.7.1. Necessidade de análise das provas da forma como seria feito com o imputável

Ao sentenciar, o magistrado deverá inicialmente apurar, de forma rigorosa, se há prova contundente – acima de qualquer dúvida razoável – da materialidade do delito e da autoria. É necessário constatar se o injusto penal está devidamente caracterizado, ou seja, se o fato é formal e materialmente típico e se não incide alguma excludente de ilicitude. Além disso, deverá apurar se, além da inimputabilidade, está presente alguma outra excludente de culpabilidade, como a inexigibilidade de conduta diversa, o erro de proibição ou a obediência hierárquica.

Estando presente qualquer circunstância que exclua o caráter criminoso do fato, deverá ser o réu, ainda que portador de doença mental, absolvido propriamente, sem a imposição de qualquer medida de segurança. Qualquer excludente de criminalidade aplicável ao imputável deve ser igualmente aplicada ao inimputável para que não seja violado o princípio da isonomia[497]. Ausente tal circunstância, passa-se a analisar a questão da capacidade psíquica do agente.

6.7.2. A decisão sobre a imputabilidade cabe ao magistrado

Imputabilidade "é a possibilidade que tem o injusto de ser lançado à conta do autor"[498] e estará presente nos maiores de 18 anos que, no momento da prática de um injusto penal, não tenham sua capacidade de compreensão ou de autodeterminação limitada por transtorno ou perturbação mental.

Na inimputabilidade etária, em relação à qual se adota o critério puramente biológico, pode-se asseverar que o menor de 18 anos não é imputável em relação a nenhum injusto penal.

---

[497] QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 548-549; CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 521.
[498] ZAFFARONI *et al*. **Direito penal brasileiro, v. II, t. II**, p. 240.

Não é a mesma situação da inimputabilidade decorrente de doença mental[499]. Nesse caso, adotado o critério biopsicológico, a imputabilidade é uma relação entre a capacidade psíquica do agente e o injusto penal praticado. É plenamente possível que um indivíduo seja imputável em relação a determinados injustos penais, mas não a outros. Por exemplo: alguém com deficiência intelectual leve pode ser considerado imputável ou semi-imputável em um delito de homicídio, mas inimputável em um crime contra a ordem tributária. É que no primeiro caso sua doença mental não lhe impediu de compreender o caráter ilícito da conduta ou de se autodeterminar. No segundo, sim. As implicações práticas dessa observação serão estudadas no tópico referente à unificação de processos.

A decisão sobre eventual semi-imputabilidade ou inimputabilidade é de fundamental importância e bastante subjetiva, o que torna ainda mais relevante o respeito ao dever de motivação da decisão judicial, não sendo suficiente mera remissão ao laudo. É impossível asseverar de forma categórica se, no momento da prática do injusto penal, o transtorno mental do agente o impediu de compreender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com tal entendimento.

Diante da dificuldade desse empreendimento, historicamente se delegou tal tarefa à psiquiatria forense. Dessa forma, porém, tornou-se o laudo pericial uma prova absoluta, sem possibilidade de refutação, permitindo-se que fossem inseridas nele todas as impressões pessoais e subjetivas do perito sem qualquer controle externo e sem parâmetros jurídicos.

Para reduzir esses problemas, deve-se afastar a exclusividade do psiquiatra forense para a elaboração do laudo, exigindo-se sua feitura por equipe interdisciplinar e multiprofissional. Além disso, não se pode exigir daquela equipe informações que ela não pode fornecer, como, por exemplo, se, no momento do injusto penal, o transtorno mental afetou a compreensão do ilícito ou a autodeterminação do sujeito. A essa conclusão só se pode chegar analisando as provas judiciais, cuja função é reconstruir historicamente, com os limites impostos pela ordem jurídica, os fatos relevantes para o julgamento. E não cabe à perícia analisar provas judiciais. Essa tarefa é dos juízes, que devem "*valorar* os efeitos que determinado *estado mental* pode ter sobre os elementos que compõem a capacidade de culpabilidade penal"[500].

---

[499] Mariana Weigert critica a omissão constitucional em relação à inimputabilidade decorrente de transtorno mental O art. 228 da CF trata apenas dos menores de 18 anos: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial" (WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 71).

[500] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 493.

A sugestão aqui proposta não é nova[501]. Embora a jurisprudência não tenha por costume adotá-la, é defendida com vigor pela doutrina desde o século passado. E com ela não se afasta a importância das ciências que tratam da saúde mental, principalmente a psiquiatria, que continuam fundamentais para a análise da imputabilidade penal.

Deve-se destacar que, de acordo com o direito positivo, não é possível adotar os postulados da antipsiquiatria e simplesmente ignorar a ideia de doença mental, pois, com isso, a própria questão da imputabilidade não teria sentido. As críticas à psiquiatria, embora devam ser incorporadas ao discurso jurídico, não podem resultar na adoção dos postulados da antipsiquiatria ou no afastamento do conceito da imputabilidade, pois "ambas as propostas desconsideram um dado indispensável, que é a existência da psicopatologia na realidade do mundo"[502]. É importante o alerta, uma vez que alguns penalistas entendem de forma diversa, ou seja, que a lei 10.216/01 imporia o abandono da ideia de doença mental. Embora relevante a preocupação referente à estigmatização que essa expressão pode causar, ela é sinônima de transtorno mental e o direito penal dela não pode prescindir.

O laudo deverá conter informações técnicas sobre a saúde mental do sujeito examinado[503]. Dentre elas, o seu diagnóstico, que deverá se fundamentar em manuais diagnósticos confiáveis: CID-11 ou DSM-5[504]. Nada impede que a equipe faça observações que vão além desses catálogos universalmente conhecidos de diagnósticos médicos e psiquiátricos, mas, para reduzir a subjetividade do exame, deverão fazer obrigatoriamente referência a eles, em razão de sua maior confiabilidade, permitindo-se sua impugnação efetiva pelas partes, se o caso.

---

[501] Paulo Queiroz entende imprópria a expressão "'método biopsicológico', porque em realidade nem o estado é biológico – só nalguns casos o fato está biologicamente fundamentado – nem a capacidade é psicológica – mas uma construção normativa, de sorte que se trata, mais exatamente, de um método psíquico-normativo ou psicológico-normativo: o psicológico se refere aos estados psíquicos capazes de comprometerem a capacidade de compreensão, enquanto o normativo diz respeito à capacidade, que não é um estado psíquico, mas uma atribuição" (QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 392). No mesmo sentido: WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 70. A autora destaca que, "como em qualquer prova, o laudo deve limitar-se ao plano fático, não podendo o perito invadir a esfera do juiz no sentido de realizar qualquer conclusão jurídica" (*ibid.*, p. 87).

[502] ZAFFARONI *et al*. **Direito penal brasileiro, v. II, t. II**, p. 249.

[503] "Ao perito, por sua vez, cabe apontar, definir, situar, prever a evolução e o término exato da circunstância psiquiátrico-legal, diagnosticando-a, qualificando-lhe a etiologia, sua natureza, seu desenvolvimento, direção e, se possível, duração" (PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 59-60).

[504] Essas classificações oficiais não são observadas por diversos peritos. Assim, o "esquema estático de imputabilidade penal" proposto por Palomba não as leva em consideração: PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria forense**, posição 1929.

É interessante que a equipe técnica aponte, se for possível, a data provável em que o transtorno mental se manifestou (explicando como chegou a essa conclusão), bem como seus sintomas típicos e se eles estavam controlados, por terapias ou medicamentos, à época dos fatos e à época do exame. Deverá esclarecer, de forma didática, quais funções mentais costumam ser afetadas pela doença. Fora do contexto da psiquiatria forense, mas certamente a ele aplicável, ensina Dalgalarrondo sobre o relato escrito após a entrevista com o paciente: "Deve-se evitar terminologia por demais tecnicista, que às vezes revela mais a insegurança do que conhecimento do profissional"[505].

Tendo em mãos as informações técnicas referentes à saúde mental do réu e as provas produzidas judicialmente, deverá o juiz analisar se o transtorno mental – devidamente descrito no laudo com todas as suas características – influenciou ou não a prática do injusto penal. Para isso, é necessário trabalhar com *standards* jurídicos. O primeiro deles e mais evidente é: deve-se presumir a imputabilidade. Nesse sentido, afirma Hassemer que a "(...) culpabilidade, a capacidade de culpabilidade, o conhecimento da proibição, a exigibilidade, não se demonstram nesta construção, mas se pressupõem. Passíveis de prova são simplesmente os indicadores da falta excepcional do pressuposto"[506].

Se as características do transtorno mental, que deverá ser grave[507], se relacionarem com o injusto penal praticado, cessa a presunção de imputabilidade e deve o juiz considerar que houve influência, devendo averiguar se é o caso de reconhecer a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade. Essa conclusão não se aplica, porém, se restar claro do laudo que os sintomas do transtorno mental estavam controlados à época do fato, pois, conforme alerta Paulo Queiroz, "embora portador de algum transtorno mental importante, o indivíduo pode levar uma vida absolutamente normal, sobretudo quando adequadamente tratado/medicado" [508].

Por exemplo: um sujeito deixa de alimentar o seu filho, que vem a falecer. Por isso, é denunciado por homicídio culposo e, submetido ao incidente de insanidade mental, é diagnosticado com depressão com catatonia. É evidente a relação entre o injusto penal e seu quadro clínico: trata-se "de estado depressivo muito grave, no qual o paciente permanece dias na cama ou sentado, em estado de catalepsia (imóvel; em geral, rígido), com negativismo que

---

[505] DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**, posição 1979.
[506] HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2005, p. 291.
[507] JÁCOME, Rodolfo Mantilla. **La imputabilidad y la inimputabilidad penal**, p. 97.
[508] QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 392.

se exprime pela ausência de respostas às solicitações”[509]. Deve-se presumir, portanto, que não era imputável, exceto se restar claro do laudo que os sintomas características do paciente, no caso concreto analisado, estavam devidamente controlados.

Assim, o segundo parâmetro a ser adotado pelos magistrados é este: os sintomas da doença mental diagnosticada têm alguma relação com o injusto penal praticado? É essencial que o laudo pericial informe com precisão, na medida do possível, os sintomas da doença para que o magistrado possa fazer essa análise, inclusive buscando subsídios teóricos no DSM-5 e na CID 11 para apurar se as informações constantes da perícia estão corretas. Se o injusto penal praticado não tiver qualquer relação com o quadro clínico do réu, deverá ser reconhecida a imputabilidade. Caso contrário, não.

Afastada a imputabilidade, deverá ser apurado se o réu era inimputável ou semi-imputável e, para isso, é fundamental analisar a questão da evitabilidade ou inevitabilidade do injusto penal diante da situação concreta apresentada. É evidentemente um critério normativo e não se pode dizer que seja preciso, mas é tradicionalmente adotado pelo direito penal em diversos institutos, como, por exemplo, no erro de proibição e na inexigibilidade de conduta diversa. Aqui fica claro que atribuir essa função para a equipe responsável pela perícia representa indesejável delegação da função de julgar.

Se o magistrado concluir que, em razão dos sintomas do transtorno mental diagnosticado, o injusto penal era inevitável, diante da total impossibilidade de o réu compreender o caráter ilícito de sua conduta ou de se autodeterminar, deve ser declarada sua inimputabilidade. Esta, portanto, pressupõe que o transtorno mental tenha sido efetivamente a causa do injusto penal[510]. Por outro lado, concluindo-se pela evitabilidade do injusto penal – pois a doença mental, embora tenha influenciado sua prática, não a causou de forma determinante – a solução correta é pela semi-imputabilidade.

Assim, por exemplo, se uma pessoa diagnosticada com transtornos mentais devidos ao uso de álcool e outras drogas[511] estiver sendo processada por crime patrimonial (roubo ou furto)

---

[509] DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**, posição 15050.
[510] JÁCOME, Rodolfo Mantilla. La imputabilidad y la inimputabilidad penal. 2ª ed. Bogotá: Leyer, 2008, p. 98.
[511] Nesse caso, além da norma geral de inimputabilidade prevista no Código Penal, há ainda o art. 45, parágrafo único da Lei 11.343/06: “É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado”. Alguns autores distinguem esse “tratamento

ou mesmo por tráfico de drogas, restando claro, pelas provas produzidas nos autos, que a principal motivação da conduta era obter renda para comprar a substância ilícita para o seu próprio consumo, pode-se declarar a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade do réu, dependendo da situação concreta. Miguel Reale Jr. exemplifica a hipótese de inimputabilidade decorrente de ausência de autodeterminação justamente com a situação do dependente de drogas, pois, embora tenha consciência da ilicitude do fato, em razão do vício, "falta-lhe capacidade, no momento, para agir em consonância com esse entendimento"[512].

6.7.3. Tratamento jurídico do semi-imputável

O tratamento jurídico do semi-imputável não padece de grande divergência doutrinária ou jurisprudencial, mas convém ser enfrentado em conformidade com a tese da dupla garantia. Deve-se inicialmente se proceder à dosimetria da pena, incidindo de forma obrigatória, na terceira fase, a causa de diminuição de pena do art. 26, parágrafo único do CP, que deverá considerar, na fixação da fração adequada (1 a 2/3), o grau de influência que a doença mental exerceu no injusto penal[513].

O código penal permite que se lhe aplique pena reduzida ou medida de segurança, esta desde que necessite "o condenado de especial tratamento curativo" (art. 98 do CP). Essa decisão costuma ser arbitrária, o que é juridicamente indesejável. É preciso, pois, buscar algum critério seguro. A melhor solução é priorizar a aplicação da pena, uma vez que a culpabilidade (ainda que reduzida) é a regra, de acordo com os parâmetros normativos existentes. Ademais, o dispositivo legal mencionado afirma que a pena privativa de liberdade poderá ser substituída pela medida de segurança. Sua composição semântica deixa claro que aquela é a regra; esta, a exceção[514]. A medida de segurança só se justificará se o laudo pericial apontar que a doença

---

médico adequado" previsto nesse dispositivo legal das medidas de segurança do Código Penal, até porque ele não impõe a medida de internação mesmo nos casos de crimes punidos com reclusão. Nesse sentido, Nucci afirma que a previsão da Lei 11.343/06 é melhor do que a do Código Penal, pois exige a internação somente quando o caso concreto o exigir (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 667). No entanto, adotando-se a teoria da dupla garantia para todas as hipóteses de medida de segurança, essa distinção perde o sentido.

[512] REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 209. No mesmo sentido: ZAFFARONI *et al*. **Direito penal brasileiro, v. II, t. II**, p. 245. Quanto ao perfil da população dos manicômios judiciários, "conforme o alerta de Silvia Tedesco, está em movimento uma mudança na aplicação das medidas de segurança, que começam a ser utilizadas também para o asilamento manicomial de indivíduos que fazem uso problemático de álcool ou outras drogas, o que ficou perceptível a partir dos dados levantados em pesquisa realizada entre os anos de 2013 e 2015" (CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**, p. 104).

[513] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 948.

[514] Nesse sentido: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Comentários aos artigos 96 a 99 do CP. In: REALE Jr. Miguel (coordenador). **Código penal comentado**, p. 272; CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 506. Em sentido contrário, Jéssica Almeida entende ser incoerente aplicar pena, e não especial tratamento curativo, a quem tenha perturbação mental: ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança**, p. 50.

mental ainda está presente e sem qualquer tipo de tratamento e controle. Deverá também ser aplicada se for apontado no laudo que o cumprimento da pena pelo condenado será impossibilitado pela sua doença mental ou lhe causará maiores danos psíquicos do que a medida de segurança. Não se descarta também a oitiva do próprio réu – durante o seu interrogatório – sobre a solução adequada ao seu caso. Não se trata, como alguns podem afirmar, de sobrevalorização da vontade de um réu de processo criminal, ao qual não deveria caber opinar sobre a sanção a ser aplicada. Trata-se, aqui, antes de tudo, de uma pessoa com transtornos mentais a quem o Estado deve assegurar o direito à saúde, sendo certo que o exercício deste direito, em se tratando de saúde mental, não prescinde da colaboração do paciente.

Substituída a pena por medida de segurança para o semi-imputável, seu prazo máximo será o da pena fixada e substituída[515], não sendo possível, posteriormente, ainda que cessem os sintomas do transtorno mental, a reconversão da medida de segurança em pena. A solução adequada será declarar a extinção da punibilidade[516].

6.7.4. Tratamento jurídico do inimputável: prazo mínimo, prazo máximo e escolha da medida de segurança adequada

Tratando-se de inimputável, a solução que a doutrina e a jurisprudência costumam dar ao problema é simplista. Tradicionalmente a sentença proferida contra o inimputável é formulada mais ou menos nestes termos: "O réu é inimputável, conforme conclusão do laudo. O crime é punido com reclusão. Assim, nos termos do art. 97 do CP, determino sua internação pelo prazo mínimo de 3 anos[517], considerando a gravidade do injusto penal praticado". Uma decisão como essa pode redundar em situações absurdas e violadoras da liberdade individual em nível insuportável, como a de manter um indivíduo internado por 14 anos pelos crimes de perigo para a vida ou saúde de outrem e ameaça[518], 20 anos por tentativa de lesão corporal simples[519], 16 anos por tentativa de furto[520], 13 anos por furto qualificado[521]. Enfim, os exemplos são inúmeros[522].

---

[515] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 944.
[516] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Op. cit.*, p. 273.
[517] "O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos" (art. 97, §1º do CP).
[518] STJ, 5ª Turma, HC 114117, Rel. Laurita Vaz, j. 16/04/2009.
[519] STJ, 5ª Turma, AgRg no Resp 1124698, Rel. Jorge Mussi, j. 21/06/2011.
[520] STJ, 5ª Turma, HC112227, Rel. Jorge Mussi, j. 17/06/2010.
[521] STJ, 5ª Turma, Resp 1111820, Rel. Jorge Mussi, j. 18/08/2009.
[522] Jéssica Almeida, com base no estudo de Débora Diniz de 2011, chama atenção para as seguintes informações extraídas do relatório: (a) 21% das pessoas estavam custodiadas há mais tempo do que ficariam presas caso fossem imputáveis; (b) ausência de informações relevantes nos prontuários consultados (em 16% dos casos nem sequer havia o diagnóstico); (c) aproximadamente 25% das pessoas não deveriam estar internadas, seja porque havia

Por certo há outras formas de decidir a questão no momento de aplicar a medida de segurança. Já há juízes que, com fundamento na Lei 10.216/01, relativizam a norma taxativa do art. 97 do CP (que, em uma interpretação literal, permite, mas não obriga, a aplicação de tratamento ambulatorial quando o delito for punido com detenção, mas obriga a internação quando a pena cominada for de reclusão) e impõem como sanção a medida de segurança sugerida pela perícia. A sentença é formulada mais ou menos desta forma: "O réu é inimputável, conforme conclusão do laudo. O crime é punido com reclusão. Não obstante, a perícia sugeriu medida de tratamento ambulatorial. Tendo em vista a Lei 10.216/01 e a jurisprudência do STJ sobre o tema, é permitida a relativização do art. 97 do CP, razão pela qual, a despeito de o crime ser punido com reclusão, imponho ao réu medida de tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de 3 anos, considerando a gravidade do injusto penal praticado".

O art. 97 do CP, no ponto em que determina a internação aos portadores de transtornos mentais que tenham praticado injusto penal punido com reclusão, realmente não se compatibiliza com a lei 10.216/01, pois a internação compulsória, em qualquer hipótese, pressupõe um laudo médico circunstanciado apontando seus motivos clínicos.

Já é um avanço em relação à doutrina ortodoxa e à jurisprudência tradicional, mas ainda não resolve o problema. Primeiro, porque permanece o direito penal totalmente subordinado ao poder psiquiátrico, não havendo possibilidade concreta de refutação da prova técnica. Segundo, porque continua sem critério a fixação do prazo mínimo. Terceiro, pois permanece sem solução a questão do prazo máximo da medida. Ou seja, é mantida a possibilidade – que deve ser de todo afastada – de o inimputável ser tratado de forma mais gravosa que o imputável.

A doutrina costuma criticar o prazo mínimo de 1 a 3 anos previsto na lei, por representar resquícios do retribucionismo nas medidas de segurança, o que seria conceitualmente

---

laudo atestando a cessação da periculosidade (28%), sentença judicial determinando a desinternação (7%), internação sem processo judicial (9%) ou medida de segurança já declarada extinta (2%); (d) número de internados em 2011 era de 3.989, superior ao encontrado nos dados oficiais do DEPEN; (e) 26% estavam provisoriamente internados (destaco que este número pode ser maior se forem consideradas as pessoas inimputáveis presas provisoriamente em Centros de Detenção Provisória); (f) o tempo médio de cumprimento da medida de internação era de 6 anos (no momento do estudo, 33% estavam internados há mais de 1 e menos de 3 anos; 15%, de 4 a 5 anos; 18%, de 6 a 10 anos; 8%, de 11 a 15 anos; 4%, de 16 a 20 anos; 2%, de 21 a 25 anos; 0,9%, de 26 a 30 anos; 0,5%, mais de 30 anos); (g) o indivíduo que se encontrava internado há mais tempo, desde 1979, havia recebido medida de segurança por uma tentativa de furto; o segundo mais antigo, por homicídio culposo; muitos internados há mais de 20 anos haviam recebido medida de segurança por crimes culposos ou lesões corporais (ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança**, p. 36-37). Para consultar a fonte primária: DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011**. Brasília: Letras Livres, 2013.

inadmissível[523]. A observação é correta e os próprios positivistas assinalavam esse aspecto aflitivo das medidas de segurança manifestado em seu prazo mínimo[524]. No entanto, tendo em vista que há possibilidade, prevista na própria Lei de Execuções Penais, de se realizar o exame de cessação de periculosidade mesmo antes de sua ocorrência, é importante que a sentença o fixe, não havendo qualquer prejuízo à situação do portador de transtorno mental[525]. Esse prazo – que, a depender do diagnóstico, pode ser fixado em *quantum* inferior ao previsto na lei[526] – deve servir como garantia ao sentenciado de que o exame não poderá ser realizado após o seu transcurso, sob pena de imediata liberação. Assim, ao contrário de parte da doutrina mais crítica que defende a incompatibilidade da previsão de um prazo mínimo com o princípio da utilidade terapêutica previsto na Lei 10.216/01, não vemos como o seu afastamento possa de alguma forma ser benéfica ao inimputável.

A lei não indica como deve ser fixado o *quantum* do prazo mínimo. Para Nucci, deve-se acompanhar a sugestão da perícia médica. Quando não houver, ficará a critério do juiz: "Se fixar acima de um ano, deve apresentar bons argumentos; a eleição do *quantum* não pode ser arbitrária"[527]. Parece-nos que, diante da absoluta falta de critério legal para resolver a questão, e considerando o princípio da brevidade das internações, ao menos quando se tratar de medida de internação, deverá o prazo ser fixado no mínimo legal, ou seja, em 1 ano. É inaceitável utilizar como critério a gravidade do injusto penal, sob pena de se conceder razão às críticas de que esse prazo mínimo configura um aspecto retributivo da medida de segurança, o que pode ser evitado com a interpretação ora proposta.

É imperativo, em prol da segurança jurídica e para garantir o respeito à coisa julgada, que já no momento da sentença absolutória imprópria se estabeleça o prazo máximo que o indivíduo poderá ficar submetido à medida de segurança a fim de evitar as sanções

---

[523] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, p. 391; CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 503. Defendendo que esse prazo mínimo foi revogado pela Lei 10.216/01: QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 551; JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**, p. 110; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 99. Para Alamiro Velludo Salvador Netto, "parte-se de uma espécie de presunção absoluta de que, em intervalo mínimo inferior a um ano, ninguém será capaz de recuperar o completo juízo" (REALE Jr. Miguel (coordenador). **Código penal comentado**, p. 270).

[524] BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**, p. 241; ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad**, p. 76.

[525] Assim: REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 500-501.

[526] Suponha-se que o laudo pericial aponte a necessidade do tratamento de internação por 3 meses. Nessa hipótese, aplicando-se a teoria da dupla garantia, deverá ser esse o prazo mínimo fixado para a realização do exame de cessação de periculosidade. Pelo mesmo fundamento, mas agora da perspectiva do princípio da isonomia, não se justificará a fixação do prazo mínimo em 1 ano se o próprio prazo máximo da medida de segurança aplicada for inferior a ele.

[527] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 673.

indeterminadas, que, além de vedadas pelo ordenamento jurídico, têm efeitos perniciosos a quem as sofre.

Embora tenha prevalecido por muito tempo a ideia de que a medida de segurança poderia ser perpétua, desde que não se constatasse a cessação de periculosidade, o que estava de acordo com a lógica perigosista do instituto, hoje este entendimento, com algumas isoladas exceções[528], está mais ou menos superado. Ainda assim, não se consolidou um posicionamento sobre o tema, havendo as seguintes propostas de prazo máximo: (a) 30 anos (ou 40, com a alteração trazida pela Lei 13.964/19 ao art. 75 do CP), evitando-se a sanção perpétua[529]; (b) o equivalente à pena máxima cominada ao delito[530]; (c) o equivalente à pena que seria aplicada ao indivíduo imputável que cometesse o mesmo injusto penal[531]; (d) o equivalente à pena mínima cominada ao delito[532].

A primeira e a segunda teses devem ser afastadas de plano, uma vez que, adotado o sistema de dupla garantia aos inimputáveis, é evidente que não podem sofrer sanção mais gravosa do que a aplicável aos imputáveis. Os dois entendimentos foram um avanço em relação à posição tradicional de que as medidas de segurança não possuiriam um prazo máximo, e decorreram da correta compreensão de que elas são ontologicamente penas e, portanto, a Constituição Federal veda-lhes a perpetuidade. O primeiro já foi adotado pelo STF e o segundo cristalizado em súmula de jurisprudência do STJ, além de já ter sido acolhido em decretos de indulto de anos recentes[533].

Os outros posicionamentos, além de compartilharem da premissa do STF e do STJ no sentido de que é vedada a medida de segurança perpétua, adicionam um ingrediente à

---

[528] Adeptos da indeterminação do prazo máximo: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 669; BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**, p. 430. No âmbito da psiquiatria forense: PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria forense**, posição 2067.

[529] STF, 1ª Turma, HC 107432/RS, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 24/05/2001.

[530] Eis o teor da súmula 527 do STJ: "O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado". Alamiro Velludo Salvador Netto, embora defenda que, para o cálculo prescricional, se deve utilizar a pena mínima cominada, adota como limite intransponível da medida de segurança "o tempo da pena máxima previsto para a *fattispecie* abstrata a que corresponde a conduta atribuída ao inimputável" (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**, p. 299). No mesmo sentido: PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 87.

[531] QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 554; CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 515; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**, p. 618.

[532] ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança**, p. 47.

[533] Cezar Roberto Bitencourt destaca que a limitação legal de 30 anos "representou o começo de uma caminhada rumo à humanização da odiosa medida de segurança, esquecida pelos doutrinadores de escol que consomem milhares de resmas de papel teorizando sobre a culpabilidade e os fins e objetivos da pena, mas furtam-se a problematizar a desumanidade e a ilegitimidade das medidas de segurança, por tempo indeterminado, cuja natureza não discrepa da pena, bem como de sua finalidade principal, que é, inconfessadamente, a de garantir a ordem e a segurança públicas" (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 946).

fundamentação da estipulação de um prazo máximo para ela: a isonomia[534]. Salo de Carvalho, embora reconheça que as posições dos tribunais superiores avançaram em relação ao entendimento tradicional, não resolveram o problema, pois "ainda há uma profunda lacuna, em termos de isonomia em relação às penas, exatamente em prejuízo de uma pessoa que demanda maiores cuidados"[535]. Viola flagrantemente o princípio constitucional da isonomia tratar um sujeito que cometeu um injusto penal de forma mais gravosa do que outro em situação parecida pelo simples fato de ele padecer de transtorno mental. Relevante destacar novamente o teor do art. 4º, §1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência: "Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência".

Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho defendem, para evitar violação à cláusula constitucional que proíbe a sanção perpétua e ao princípio da isonomia, que o juiz sentenciante proceda à normal dosimetria da pena, assim como faria se se tratasse de imputável, desconsiderando somente circunstâncias subjetivas incompatíveis com o instituto da inimputabilidade, estabelecendo-a como o prazo máximo de cumprimento da medida de segurança[536].

Jéssica Almeida aprofunda a discussão e vai além. Ela concorda que as pessoas com transtornos mentais não podem ser tratadas de forma mais rigorosa que os imputáveis. Destaca, no entanto, que, não sendo culpável o injusto penal praticado pelo inimputável, não faz sentido o procedimento de aplicação da pena. Assim, propõe que se estabeleça como prazo máximo da medida de segurança a pena mínima cominada ao delito.

Ela destaca que aderir à proposta de Salo de Carvalho – permitindo a realização da dosimetria da sanção, tal como se faria com o imputável – abriria "espaço para valorar o que aconteceu", permitindo-se um juízo de valor sobre a gravidade dos fatos, o que conceitualmente é inadequado para o inimputável: "Se é preciso um referencial para estabelecer o limite

---

[534] Um dos fundamentos da súmula 527 do STJ também se encontra no princípio da isonomia: não podendo o inimputável ser tratado de forma mais gravosa que o imputável, não faria sentido que o prazo máximo de cumprimento da medida fosse superior à pena máxima cominada ao delito (esse fundamento foi utilizado pelo STJ: 6ª Turma, AgRg no Resp 958332, Rel. Nilson Naves, j. 11/12/2009). No entanto, como raramente um imputável é condenado à pena máxima prevista no tipo penal, na prática, a isonomia é desrespeitada ao se seguir o entendimento sumulado.

[535] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 514.

[536] *Ibid.*, p. 515. Também nesse sentido: QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 554

máximo, que seja algo predeterminado, previsto em lei, neutro e que viabilize (ou, pelo menos, não a dificulte) na prática sua aplicação”[537].

De nossa parte, concordamos com a autora. Sua argumentação é suficientemente convincente. Vamos, porém, além. O inimputável não pode ser tratado de forma mais gravosa que o imputável, isso é certo. Mas é igualmente correto que ele não pode ser tratado de forma mais severa que o semi-imputável, até porque a conduta daquele é muito menos reprovável (no rigor técnico, não é juridicamente reprovável) do que a deste. Sendo mais ou menos pacífico o posicionamento jurisprudencial no sentido de ser necessário, em relação a este, proceder-se à dosimetria da pena, reduzindo-a, na terceira fase, em 1 a 2/3 em razão da doença mental, ainda quando se proceda à substituição da pena por medida de segurança, não há como se deixar de aplicar essa minorante também ao inimputável. Como o critério para o estabelecimento de sua fração é o grau de influência da doença mental na prática do injusto penal, a conclusão lógica é que, para o inimputável, a fração adequada é de 2/3[538].

Além de quantificar a sanção, tanto no caso de semi-imputabilidade quanto inimputabilidade, é necessário que o magistrado verifique qual seria, com fundamento nas regras legais aplicáveis aos imputáveis, o regime legal pertinente de cumprimento e se seria possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa, ou sua suspensão condicional (*sursis*).

Se for constatado que o imputável não seria privado de sua liberdade caso lhe fosse aplicada pena, não se pode, pela teoria da dupla garantia, privar a liberdade do inimputável que tenha praticado injusto penal semelhante, sendo vedada, em situações assim, a imposição de medida de segurança de internação.

Esta proposta não esbarra em qualquer dispositivo legal. Na verdade, sendo inconstitucional a interpretação literal do art. 97 do CP, que permite a internação perpétua e

---

[537] ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança**, p. 47, nota de rodapé.

[538] Para Virgílio de Mattos, “quando muito”, o transtorno mental poderia servir de “atenuante genérica”, desde que comprovada a relação entre a patologia e o injusto penal, devendo o indivíduo permanecer em hospital penitenciário geral somente nos períodos de crise (MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 168). Discordamos de sua conclusão: se a própria lei prevê uma causa de diminuição de pena ao semi-imputável, seria ilógico deixar de aplicá-la também ao inimputável (que é mais vulnerável do que aquele). Cezar Roberto Bitencourt realça a importância de concretizar a pena aplicada ao semi-imputável antes de ser substituída pela medida de segurança porque “limita o lapso prescricional, que também é um direito constitucional” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 948). Se assim é, e se o mesmo autor destaca a incidência do princípio da isonomia para reger as medidas de segurança (que são ontologicamente iguais às penas), a conclusão lógica é estender esse pensamento também aos inimputáveis.

viola o princípio da isonomia e da individualização da pena[539], deve o intérprete construir a solução jurídica adequada, guiado fundamentalmente pelo princípio da igualdade. Como a situação que mais se assemelha à do inimputável é a do semi-imputável, o tratamento jurídico, neste particular, deve ser semelhante[540].

Nem se diga que a interpretação aqui proposta violaria a legislação ao equiparar de forma absoluta e indevida a situação jurídica do inimputável à do semi-imputável. Permanece a distinção essencial: a este é possível a aplicação de pena; àquele, não.

Tendo em vista que a finalidade declarada da medida de segurança é o tratamento clínico do sentenciado, a internação compulsória somente será permitida excepcionalmente, respeitando-se todos os preceitos da Lei 10.216/01. Além disso, mesmo que haja sugestão no laudo pericial de tal medida em detrimento do tratamento ambulatorial, o sistema da dupla garantia não permite sua aplicação em situação que, para o imputável, não poderia ensejar privação de liberdade.

Para optar pela internação em detrimento do tratamento ambulatorial, portanto, deverão ser observados os seguintes critérios: (a) não seja possível, ao semi-imputável que tenha praticado o mesmo injusto penal, a fixação de regime inicial aberto, semiaberto ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou o *sursis*, ou seja, é necessário que a pena adequada àquele seja privativa de liberdade em regime fechado[541]; (b) haja laudo médico indicando a internação como medida terapêutica adequada.

Com essas observações, põe-se em prática o princípio da internação como *ultima ratio*, contundentemente defendido pela doutrina protetiva das pessoas portadoras de transtornos mentais[542].

---

[539] Salo de Carvalho sustenta corretamente que a escolha da espécie de medida de segurança baseada em critério rígido legal – natureza da pena cominada – viola o princípio da individualização da sanção penal: CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 508.

[540] Assim: CARVALHO, Salo de. *Ibid.*, p. 527.

[541] Tratando do semi-imputável, Bitencourt assevera que "se a pena aplicada não for privativa de liberdade – por ter sido substituída por restritiva de direitos ou por multa –, será impossível a sua substituição por medida de segurança" (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 949).

[542] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Comentários aos artigos 96 a 99 do CP. In: REALE Jr. Miguel (coordenador). **Código penal comentado**, p. 267; QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 551. Juarez Cirino dos Santos destaca que a imposição de medida de segurança de internação deve ser excepcional e pressupor a probabilidade da prática de infrações relevantes que envolvam violência ou grave ameaça: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**, p. 607-608.

A tese aqui proposta quanto à aplicação da medida de segurança é bastante semelhante à defendida por Salo de Carvalho, com exceção da fixação do prazo mínimo, que ele entende equivocada[543]. Além disso, seus fundamentos são um pouco diversos.

Ele defende que, como forma de se conceder autonomia ao portador de sofrimento mental, é relevante lhe conceder a capacidade de se responsabilizar. Nós, por outro lado, não cremos nisso; nossa perspectiva, no particular, assemelha-se mais à doutrina tradicional que sempre pregou (embora de forma hipócrita, pois permitindo a contenção do sujeito por outros meios) a injustiça de se responsabilizar quem praticou fato sem ter qualquer noção de sua ilicitude ou capacidade de autodeterminação. Reconhecemos, no entanto, que essa responsabilização é uma necessidade política que o direito penal não consegue conter. Melhor, portanto, que pelo menos a limite.

Também discordamos da assertiva de Carvalho de que portadores de sofrimento psíquico, tenham ou não praticado injusto penal, devem se submeter às mesmas condições. Afirma, quanto ao tema, na linha de vários outros defensores dos movimentos antimanicomiais, o seguinte: "(...) não se vislumbra qualquer motivo que justifique tratamento diferenciado entre os usuários comuns dos serviços de saúde mental e aqueles que praticaram delitos"[544].

A ideia é correta e, realmente, no momento da execução da medida de segurança, principalmente a de internação, deve-se buscar o tratamento terapêutico adequado ao portador de sofrimento psíquico sem se levar em consideração sua condição de sentenciado. No entanto, afirmar que tanto o paciente que cometeu um injusto penal quanto o que não o fez devem ser tratados rigorosamente da mesma forma não se sustenta pela própria teoria defendida por Carvalho de que o portador de sofrimento psíquico que comete injusto penal deve ser responsabilizado, ainda que de forma mitigada. Ora, se ele deve ser responsabilizado, não deve ser tratado como o portador de sofrimento psíquico que, por não ter atuado em desconformidade à lei, não necessita de responsabilização.

Além disso, é importante manter certa distinção para evitar que se apliquem verdadeiras penas, travestidas de internações compulsórias "cíveis" pré-delituais ou pós-infracionais, aos portadores de transtornos mentais que não tenham cometido injusto penal. É fundamental que o injusto penal seja o pressuposto indeclinável para que o Estado, fora das hipóteses de risco de

---

[543] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 526-529.
[544] *Ibid.*, p. 530.

morte e emergência médica, submeta alguém, contra a sua vontade, a tratamento médico (tratamento ambulatorial ou internação)[545].

Outra divergência, portanto, está na defesa que Carvalho faz do tratamento compulsório ao portador de transtorno mental. Ele afirma que seria possível pensar na responsabilização civil e administrativa do portador de sofrimento psíquico. Assevera que "não estaria excluída a possibilidade do tratamento, inclusive coercitivo (involuntário ou compulsório), na rede de saúde pública, pois segundo o estatuto antimanicomial trata-se (o tratamento) de um direito assegurado a todas as pessoas que necessitam, independentemente do cometimento ou não de crimes"[546]. Essa ideia é preocupante, pois parte da premissa tradicional da doutrina que não visualiza nas internações compulsórias "cíveis" qualquer problema de índole legal e constitucional, o que rechaçamos veementemente no capítulo 4 desta tese.

Por fim, nós mantemos a distinção entre semi-imputáveis e inimputáveis, embora tratando-os de forma semelhante. Carvalho, por sua vez, ao sustentar a responsabilização atenuada do portador de sofrimento psíquico, aparentemente não permite o reconhecimento da inimputabilidade plena, trabalhando somente com a ideia de semi-imputabilidade.

6.8. Os portadores de transtornos de personalidade antissocial (psicopatas) são imputáveis?

Transtorno de personalidade é, de acordo com o DSM-5, "um padrão persistente de experiência interna e comportamento que se desvia acentuadamente das expectativas da cultura do indivíduo, é difuso e inflexível, começa na adolescência ou no início da fase adulta, é estável ao longo do tempo". Além disso, como qualquer outro transtorno descrito naquele manual, leva a sofrimento ou prejuízo[547]. Diagnósticos referentes aos transtornos de personalidade devem ser analisados de maneira particular. Ainda que estejam catalogados naquele manual, há grande controvérsia doutrinária sobre sua real condição médica. Não é como no caso dos outros transtornos, cujos diagnósticos costumam ser questionados somente pela antipsiquiatria. A

---

[545] É possível fazer uma analogia com o tratamento que Zaffaroni concede ao tema do bem jurídico. Ao contrário da doutrina majoritária, ele entende que a violação de um bem jurídico não justifica, por si só, a criminalização da conduta, embora seja seu pressuposto indispensável (ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro: v. 2, t. I**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 214: "Os juízes estariam exercendo um poder absolutamente irracional se condenassem alguém cuja ação não ofendeu a ninguém"). Exigir a ofensividade de uma conduta para se permitir a sua criminalização é diferente de afirmar que a ofensa a bem jurídico justifica a pena. Da mesma forma, exigir de um indivíduo que cometa um injusto penal para que possa sofrer tratamento compulsório pelo Estado não é o mesmo que justificar essa postura estatal.

[546] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 532.

[547] ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**, 5ª ed. (E-book). Porto Alegre: Artmed, 2015, posição 26152.

divergência, no caso dos transtornos de personalidade, está também na psiquiatria tradicional[548] e entre os próprios juristas[549].

Em estudo realizado sob a coordenação de Debora Diniz[550], chegou-se à conclusão de que 5% da população que cumpria medida de segurança de internação aplicada diretamente na sentença havia sido diagnosticada com transtornos de personalidade (144 pessoas), sendo, portanto, a quarta maior causa de internação (atrás de esquizofrenia, com 42%, retardo mental, 16%, e transtornos mentais devidos ao uso de álcool e outras drogas, 11%). Das pessoas que cumpriam medida de segurança de internação substitutivas de pena, 6% possuíam o diagnóstico de transtorno de personalidade (7 pessoas).

Dos transtornos de personalidade, o que mais interessa ao direito penal é o conhecido como transtorno de personalidade antissocial. O DSM-5 o define como "um padrão de desrespeito e violação dos direitos dos outros"[551]. Como se pode extrair de seu próprio conceito, os sintomas desses transtornos são meramente sociais e, no limite, jurídicos: um indivíduo que reiteradamente tem complicações com a justiça normalmente é encarado, da perspectiva psiquiátrica, como portador de transtorno de personalidade antissocial[552].

Trata-se de situação complicada de se definir, não podendo o magistrado, neste caso, ficar vinculado ao diagnóstico médico, diante da grande divergência sobre a própria existência do transtorno. Muitos psiquiatras forenses enxergam nesses transtornos de personalidade verdadeiras doenças mentais a fim de permitir a imposição de medida de segurança aos seus portadores. No entanto, quanto a esse tema, a opinião do psiquiatra forense será uma entre duas possíveis e cientificamente aceitáveis. Não lhe deve caber, portanto, a última palavra a respeito

---

[548] LANDRY, Michel. **O psiquiatra no tribunal**, p. 47.

[549] O próprio Garofalo, embora reconhecesse no louco moral um indivíduo com "uma especial natureza psíquica", duvidava da sua condição de loucura ou alienação, pois, com exceção do senso moral, a inteligência nele estaria intacta, não havendo ainda sintoma nosológico (GARÓFALO, Raffaele. **La criminologia**, p. 70). Lombroso asseverava, na quarta edição de seu livro (pois nas primeiras três entendia de forma diversa), que "o louco moral não tem nada em comum com o alienado; ele não é um doente, é um 'cretino do sentido moral'" (LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**, p. XXI).

[550] DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil**, p. 42.

[551] ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**, 5ª ed. (E-book). Porto Alegre: Artmed, 2015, posição 26170.

[552]BARNHILL, John W. **Casos clínicos do DSM-5** (E-book). Porto Alegre: Artmed, 2015, posição 8168. Em determinado exemplo da obra, um psiquiatra diagnosticou seu paciente com transtorno de personalidade antissocial – constatando, portanto, que ele "apresenta um padrão global de desconsideração e violação dos direitos dos outros" – após valorar os seguintes fatos: (a) fora condenado duas vezes por violência doméstica; (b) falsificara documento; (c) demonstrava se envolver frequentemente em brigas e ser irritado no trabalho e em suas relações pessoais; (d) indicara não possuir consideração sobre a segurança de seus colegas; (e) recusava-se a ver seus filhos e pagar pensão; (f) era incapaz de fazer planos futuros.

do diagnóstico, mas sim ao juiz, que, amparado por sólida teoria psiquiátrica, pode recusar-lhe validade[553].

Aliás, o art. 182 do CPP autoriza essa conclusão: "O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte". Vicente Greco Filho, no específico contexto do incidente de insanidade mental, afirma que "o juiz não ficará necessariamente vinculado ao laudo, mas, se o contrariar, deverá ter elementos para fundamentar sua decisão"[554].

É certo que os magistrados não podem invadir disciplina alheia. Caberá exclusivamente aos médicos e outros profissionais da saúde diagnosticarem um sujeito sobre o qual recaiam indícios de doença mental. O juiz, ainda que também tenha formação acadêmica em medicina, não pode efetuar entrevista ao réu, examiná-lo e diagnosticá-lo, pois isso seria extrapolar suas funções: em princípio, deve confiar no diagnóstico realizado pela equipe interdisciplinar e multiprofissional[555]. Somente no caso específico dos transtornos de personalidade, em que não há consenso científico sobre a sua existência, poderá ele, desde que com a devida fundamentação, afastar sua validade. Mesmo aqui seu papel é limitado: caber-lhe-á somente aceitar ou recusar a validade da existência desse transtorno e sua influência no direito (devendo aplicar esse entendimento em todos os casos submetidos à sua apreciação, sob pena de grave incoerência), não lhe sendo possível afirmar somente para um ou outro caso concreto que, naquela situação, diante dos sintomas do réu, ele não está presente.

O ideal seria que os próprios tribunais superiores pacificassem essa questão, evitando-se, assim, que cada réu fosse tratado de uma maneira distinta, a depender do perito nomeado para diagnosticá-lo. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, alegando que "o debate sobre o conteúdo do laudo e sobre o acerto da avaliação demanda revolvimento da prova"[556], não adentra essa discussão e a trata como simplesmente médica, e não, como deve ser, normativa.

A situação jurídica do indivíduo supostamente portador de transtornos de personalidade é incerta e tratado como verdadeiro inimigo da sociedade. Na maioria dos casos, é considerado

---

[553] CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**, p. 193: "Se as opiniões dos peritos médicos se dividirem em algumas dessas questões, e forem, de um e de outro lado, autorizadas, o juiz tranquilizará sua consciência abraçando a opinião mais favorável".
[554] FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**, p. 193. No mesmo sentido: PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 48.
[555] PONTE, Antônio Carlos da. *Op. cit.*, p. 58.
[556] STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 525070, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24/09/2019.

imputável[557]. Não, porém, por se discordar do diagnóstico em si, mas por se entender que ele não impede o indivíduo de compreender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento. No entanto, embora tratado como imputável, sua pena é majorada, na primeira fase da dosimetria, considerando-se como circunstância judicial desfavorável sua personalidade[558]. Além disso, ao requerer seus direitos de execução penal, são-lhe negados sob o fundamento de que "pode praticar condutas hediondas à luz da sociedade e não se importar ou se incomodar com o seu comportamento, que usualmente são atitudes relativas aos que lhe são impingidos, até porque indivíduos com esse traço psicológico possuem um mecanismo racional bastante atípico"[559].

Em outra situação, a das ilegítimas internações compulsórias pré-delituais e pós-delituais acrescidas às penas ou às medidas socioeducativas, o diagnóstico é utilizado para manter o indivíduo segregado sem a existência de um processo criminal[560].

Esse quadro é bastante ilógico. Ao mesmo tempo em que a suposta doença mental não é utilizada, em regra, para considerar o réu inimputável, ela o é para majorar sua pena-base e lhe indeferir direitos de execução penal, além de ser motivo suficiente para determinar a sua internação "civil". A conclusão, portanto, é que o transtorno de personalidade antissocial – evolução da teoria da degenerescência, da loucura moral e da tese do criminoso nato –, entendido como diagnóstico médico em razão de sua presença no DSM-5 e na CID-11, portanto com o manto de cientificidade e neutralidade fornecido pela psiquiatria, serve de válvula ao poder punitivo a fim de punir e segregar, em contrariedade às disposições legais e constitucionais, o indivíduo que os positivistas criminológicos chamariam de criminoso nato, por tendência, louco moral[561] – e Jakobs, de inimigo[562] –, inocuizando-o, retirando-o de

---

[557] STJ, 6ª Turma, AgInt no HC 474366, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 12/03/2019. Na doutrina, pregando a imputabilidade do portador de transtorno de personalidade antissocial: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 314.

[558] STJ, 5ª Turma, AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1113688, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/03/2014.

[559] STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 525070, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24/09/2019. No mesmo sentido, STJ, 6ª Turma, HC 308246, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 24/02/2015.

[560] STJ, 3ª Turma, HC 135271, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17/12/2013.

[561] LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**, p. XVIII.

[562] "Segundo Jakobs, o direito penal de garantias seria aplicável apenas aos cidadãos que praticaram acidental ou esporadicamente crimes (...). Nas circunstâncias de rompimento com as expectativas sociais, quando inexiste um mínimo de garantia cognitiva sobre as condutas, seria lícita a despersonalização do desviante com a consequente exclusão do *status* político da cidadania" (CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 110). Para a construção de suas ideias, Jakobs pressupõe a distinção entre expectativas de caráter cognitivo e de caráter normativo. Todas as relações do ser humano – sejam elas com outros homens e mulheres ou com a própria natureza – envolvem a possibilidade de frustrações (ou decepções), quando o evento ocorrido contraria sua expectativa. Diz-se expectativa de caráter cognitivo quando envolve a relação dos homens com a natureza; diz-se de caráter normativo se as relações são interpessoais. No primeiro caso, a quebra de expectativa – a frustração – decorrerá de um "erro de cálculo", levando o indivíduo a "calcular melhor para o futuro". No

circulação pelo maior tempo possível, quiçá eternamente[563]. Palomba, em um laudo forense, destaca que o portador de personalidade antissocial não é outra coisa que o criminoso nato: "Não há outro diagnóstico possível para esse *serial killer*: trata-se de um *condutopata* (conduta + *phátos*, distúrbio), palavra essa que tem sinônimos: psicopata, sociopata, louco moral, criminoso nato e outros"[564].

No capítulo XIII da 4ª edição de sua obra fundamental, Lombroso[565] destaca a "identidade da loucura moral com a criminalidade". Salienta "a grande raridade da loucura moral nos manicômios e sua grande frequência nas prisões". Posteriormente trata do peso, crânio, fisionomia, analgesia, tato, tatuagem, reação vascular, agilidade e sexualidade dos loucos morais, novamente os identificando com os criminosos. Quanto a um desses aspectos, bastante curioso, afirma: "Também não se pode negar que a tatuagem, que parece o sinal característico do delinquente, encontra-se no homem atacado por loucura moral". Essa ideia ainda é utilizada por muitos magistrados que, ao interrogarem o réu, indagam-lhe a respeito de desenhos no corpo.

No que se refere ao sentido moral do criminoso e do louco moral, afirma que "a analogia é incontestável". Igualmente quanto à afetividade: "Dos dois lados constata-se o ódio, mesmo sem causa; e naturalmente mais ódio, inveja e vingança, quando existe uma causa, por mais leve que seja". Curiosamente, destaca que ambos possuem o mesmo sentimento de altruísmo, que, na verdade, é "uma forma de afetos pervertidos, em detrimento daqueles que são mais calorosos no coração dos outros homens".

Também a religiosidade é mencionada: criminoso nato e louco moral culpam Deus pela insensibilidade. Ademais, "a megalomania, excesso de vaidade, é própria tanto dos criminosos como dos loucos morais". A utilização de frases estereotipadas também lhes seria comum,

---

segundo caso (expectativa de caráter normativo), a frustração decorrerá em razão do desrespeito, por outra pessoa, das normas vigentes. Tal frustração não deve fazer com que o indivíduo frustrado "calcule melhor para o futuro", uma vez que cognitivamente não cometeu qualquer erro de interpretação. Na verdade, para o autor, "a uma expectativa normativa não se há de renunciar nem sequer em casos de decepção, senão que esta pode manter-se (contrafaticamente), se como falha decisiva não se define a expectativa do decepcionado, senão a infração da norma por parte do que decepciona. Exemplo: encarcera-se o malfeitor para se colocar em manifesto a incorreção de sua conduta" (JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**, p. 10-11). Referindo-se ao penalista alemão, Virgílio observa que "o próprio direito penal do inimigo pode ser utilizado em relação ao portador de sofrimento ou transtorno mental infrator, pois que o agente com esse comprometimento 'se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma', preenchendo, ademais, a possibilidade de ser neutralizado não com pena privativa de liberdade, mas com medida de segurança; punido de acordo com sua periculosidade" (MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 72).

[563] DOYLE. Daniel Alvarez. **La nueva peligrosidad criminal**, p. XXIV.

[564]PALOMBA, Guido Arturo. **Insania furens**, p. 44.

[565] LOMBROSO, Cesare. *Op. cit.*, p. 410-434.

assim como “um certo delírio de grandeza”, fazendo com que “se acreditem superiores aos demais, desdenhem qualquer precaução, e fiquem impedidos de ver os obstáculos”. Quanto à inteligência dos loucos morais, Lombroso reconhece que “decerto não está tão prejudicada quanto os afetos e os sentimentos”. Mas ressalva: “consequência do laço que une todas as funções do espírito, não se pode dizer que a inteligência seja completamente sã”. Afirma que “Morel encontra uma atitude intelectual especial, caracterizada pela facilidade em escrever, falar, cultivar as belas-artes, mas frequentemente dominada pela tendência ao paradoxo”.

Em dado momento, assevera: “A loucura moral é um gênero, cujo delito constitui uma espécie”. A astúcia e a preguiça seriam características fundamentais de ambos. As atividades deles só se desenvolveriam para o mal. Os loucos morais, ao contrário dos alienados, mas semelhantemente aos criminosos, teriam “a necessidade de viver em meio à sociedade, à qual fazem tanto mal e perseguem com um ódio tão profundo, sobretudo quando de pessoas de sua classe”. Para Lombroso, “é notório que os verdadeiros loucos sentem verdadeiro horror pelos delinquentes e que, em geral, procuram sempre o isolamento”. Tanto o louco moral quanto o delinquente teriam vaidade em relação aos seus feitos, podendo “fornecer um indício, às vezes uma explicação de seus delitos”. Demais, seria frequente neles a simulação da loucura. De acordo com o médico italiano, “a melhor prova está no desenvolvimento, na etiologia da doença. Tanto o delinquente nato quanto o verdadeiro louco moral datam quase sempre da infância ou da adolescência. Livi disse (*Monomanie in relazione al foro crim. 1876*): ‘Os loucos morais nascem naturalmente modelados para o mal’”. Ainda sobre a etiologia: “A hereditariedade da loucura encontra-se neles igualmente mas, como veremos nos criminosos natos, em proporção menor do que nos loucos comuns. Há entretanto uma cifra elevada de pais egoístas, viciosos ou criminosos”.

Após essa retomada do pensamento do fundador da escola positiva, há somente uma conclusão possível: quem aceita, para fins jurídicos, a existência do transtorno de personalidade antissocial, está necessariamente concordando com a ideia, que se acreditava cientificamente ultrapassada, de criminoso nato. Segregar um indivíduo com transtorno de personalidade antissocial sem que tenha cometido um delito – ou por tempo superior ao que a lei prevê para ele – com pretexto médico é, na verdade, simular a realidade dos fatos: está-se procedendo dessa forma porque, tratando-se de criminoso nato, entende-se que deva sofrer pena de prisão perpétua. O empecilho jurídico a esse raciocínio, porém, é evidente: a Constituição Federal proíbe essa medida.

De nosso ponto de vista, o transtorno de personalidade antissocial não é uma condição médica. Isso não significa que neguemos o atributo da maldade a algumas pessoas que praticam certas condutas. Mas o fato de ser mau (adjetivo político, social e valorativo, mas não médico nem jurídico) não faz de alguém um doente. Como destaca o eminente psiquiatra Allen Frances: "Em última instância, é uma escolha social, e não médica, considerar tais indivíduos loucos ou maus (...). Exceto nas situações mais claras em contrário, a inflação diagnóstica deveria ser domada nos tribunais. Deveria ser hábito o mau prevalecer ao louco"[566].

Haroldo Caetano também defende que o psicopata deve ser considerado imputável, pois mantém preservada sua consciência e autodeterminação. Reconhece, porém, que a previsão desse transtorno mental no DSM-5 permite um amplo leque de opções aos magistrados. Para ele, considerar o psicopata como imputável serviria inclusive para evitar o pânico moral que poderia decorrer de sua proposta de fechamento dos manicômios judiciais[567].

Caetano assevera que a categoria da semi-imputabilidade foi criada justamente para o chamado psicopata, sendo ainda mais autoritária do que a da inimputabilidade[568]. Discordamos da conclusão, pois, ao menos se considerarmos a jurisprudência majoritária, diferentemente do que ocorre com o inimputável que sofre medida de segurança, ao semi-imputável é previsto um prazo máximo de cumprimento, pois sua pena é devidamente aplicada na sentença, inclusive com a causa de diminuição, e posteriormente substituída por medida de segurança.

Ao defender a imputabilidade dos portadores de transtorno de personalidade antissocial, Haroldo Caetano afirma que essa circunstância poderia servir para majorar a pena-base, uma vez que a personalidade é prevista no art. 59 do CP[569].

Discordamos do autor no ponto em que possibilita a majoração da pena do acusado em razão de suas características psicológicas, pois, não sendo tais atributos dependentes da vontade, adotá-los em seu desfavor seria incidir em indevido direito penal do autor. A personalidade como circunstância judicial desfavorável autônoma é inaplicável (por violar o princípio do direito penal do fato) se não se concretizar em fatos objetivamente apuráveis.

É evidente que se, em razão de eventual sadismo ou frieza do indivíduo, as circunstâncias objetivas do delito extrapolarem as raias da normalidade – por exemplo,

---

[566] ALLEN, Frances. **Voltando ao normal**, posição 1999.
[567] CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**, p. 152-160.
[568] *Ibid.*, p. 160.
[569] CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**, p. 156.

utilização de violência exacerbada na prática do roubo, com imposição de terror e sofrimento à vítima acima do necessário para a consumação do delito –, sua pena poderá ser majorada. Não, porém, pela frieza e sadismo do agente em si, e sim pelas circunstâncias propriamente ditas do delito e eventuais consequências para a vítima, que, nos termos do art. 59 do Código Penal, devem ser levadas em consideração pelo magistrado.

Esse entendimento, além de respeitar o sistema de aplicação da pena previsto pelo legislador, evita a punição do agente por circunstâncias que não lhe podem ser imputadas. Ainda que fique comprovado que o réu é frio ou sádico, por exemplo, (o que pode ser extraído de seu interrogatório, da forma como fala da vítima e do crime, pela ausência de arrependimento etc.), isso não poderá ser utilizado no momento da dosimetria da pena se essa frieza e sadismo não tornaram o crime em si objetivamente mais grave.

Quanto ao indeferimento de direitos de execução penal ao portador de transtorno de personalidade antissocial, o mesmo raciocínio se aplica. A execução penal, para fugir de categorias criadas pela escola positiva e já desacreditadas – como a classificação de criminosos e a periculosidade –, deve ter a máxima objetividade possível, evitando-se que o sujeito seja prejudicado somente em razão de seu modo de ser, não manifestado em atos exteriores ilegais e danosos a terceiros.

O sistema progressivo deve ser realizado levando em consideração primordialmente duas circunstâncias: a objetiva, que representa o lapso temporal fixado pelo legislador para que o indivíduo possa se promover de um regime para o outro, e a subjetiva, representada basicamente pela inexistência da prática de falta disciplinar recente de natureza grave no curso do cumprimento de sua pena. Aliás, o exame criminológico para o fim de obter progressão de regime foi extinto legalmente em 2003[570]. Embora ainda aceito pela jurisprudência, não encontra amparo legal.

Deve-se destacar que, reconhecido o transtorno de personalidade antissocial como categoria médica, a psiquiatria é quase unânime quanto à ausência de cura ou tratamento

[570] O art. 112, parágrafo único da LEP tinha a seguinte disposição quanto à progressão de regime: "A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário". A Lei 10.792/03 suprimiu esse parágrafo, exigindo tão somente, como requisito subjetivo, o bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional. Mesmo a Lei 13.964/19, que de forma inconstitucional previu casos em que a progressão de regime está proibida, não repristinou o instituto do exame criminológico, mantendo somente a necessidade de bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional (art. 112, §1º da LEP). Christiano Fragoso destaca o autoritarismo e a ilegalidade do entendimento jurisprudencial que manteve a possibilidade da realização do exame criminológico mesmo após a alteração legislativa: FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**, p. 377.

adequado em relação a ele. Assim, exigir sua cura para lhe possibilitar a progressão de regime seria o mesmo que afirmar, de antemão, que esse direito não se lhe aplica, o que não se pode admitir.

Por fim, quanto às internações compulsórias pré-delituais e pós-delituais fundamentadas nos transtornos de personalidade antissocial, não podem ser admitidas pelas razões já abordadas em outra parte desta tese. Principalmente por violarem o princípio da legalidade, da isonomia e da proibição de penas perpétuas. De qualquer forma, não há como deixar de se observar uma constante lógica jurisprudencial: sempre que é necessário considerar tal transtorno como uma doença mental para que o poder punitivo (ainda que paralelo) seja acionado (como nesse caso), isso é feito, ou seja, a psiquiatria ainda é utilizada como justificativa do controle social.

6.9. Da prescrição da medida de segurança

A medida de segurança, como espécie de sanção penal, submete-se à prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória, com algumas particularidades. Não há como perder de vista a finalidade declarada da medida de segurança de servir como tratamento médico adequado ao portador de transtorno mental que tenha praticado um injusto penal. Embora não seja essa sua função real (sendo evidente a grande carga retributiva e preventiva especial negativa presente em seus fundamentos históricos e concretos), deve guiar o operador do direito na interpretação do instituto da prescrição.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas quanto à incidência do instituto da prescrição. Não há, porém, concordância geral quanto ao prazo a ser considerado e a sua forma de contagem. Há quem defenda que: (a) deve ser considerada a pena máxima cominada ao delito[571]; (b) deve ser considerada a pena mínima cominada ao delito[572]; (c) deve-se proceder à dosimetria da medida de segurança, computando-se o prazo prescricional da mesma forma que a pena[573].

Na linha do que prevalece na jurisprudência quanto ao prazo máximo de cumprimento da medida de segurança, em entendimento cristalizado em súmula do Superior Tribunal de

---

[571] REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 505; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 945; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**, p. 607.
[572] Nesse sentido: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Comentários aos artigos 96 a 99 do CP. In: REALE Jr. Miguel (coordenador). **Código penal comentado**, p. 268. O autor salienta: "Na medida em que o inimputável não goza de culpabilidade alguma, seu comportamento é, em tese, inapto a qualquer juízo de reprovação, devendo assim prevalecer, ao menos por equiparação simbólica, a pena mínima".
[573] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 515.

Justiça, também neste tema o posicionamento dominante é o que leva em consideração a pena máxima cominada ao delito. Nesse caso, seriam inaplicáveis as modalidades retroativa e intercorrente de prescrição, que pressupõem a aplicação de uma sanção concreta[574].

Para que o inimputável não seja tratado de forma mais gravosa que o imputável ou semi-imputável, e para manter coerência com a nossa proposta de dosar a medida de segurança aplicável àquele a fim de estabelecer um prazo máximo, a única conclusão possível é a última, ou seja, enquanto não sobrevier sentença, a prescrição é computada pela pena máxima cominada ao delito (até porque não se saberá, até aquele momento, se será aplicada pena ou medida de segurança). Reconhecida a inimputabilidade e aplicada a medida de segurança, com o seu prazo máximo devidamente estabelecido na sentença – da forma como ocorre com o semi-imputável –, o prazo prescricional deverá se basear nele.

A solução aqui proposta, tanto em relação à fixação do prazo máximo quanto à prescrição, não apresenta nenhum ineditismo *contra legem*: trata-se de analogia – autorizada pelo princípio da legalidade quando em benefício do réu – para solucionar situação de lacuna legislativa decorrente do reconhecimento da inconstitucionalidade das medidas de segurança perpétuas.

Outro problema, com nova divergência doutrinária e jurisprudencial, surge quanto às causas interruptivas da prescrição. A sentença que reconhece a inimputabilidade e impõe medida de segurança é, de acordo com o direito positivo, absolutória (art. 386, inc. VI do CPP)[575]. Em razão disso, o entendimento correto, para evitar analogia *in malam partem*, é que ela não interrompe o prazo da prescrição da pretensão punitiva[576]. Assim, é necessário que se imprima celeridade aos processos envolvendo réus portadores de transtornos mentais para evitar a prescrição. A celeridade é bastante desejável também para se evitar a aplicação da medida de segurança muito tempo após a prática do injusto penal ao sentenciado que não mais necessite, seja por estar curado ou em tratamento com a doença controlada.

---

[574] PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 94.

[575] Em razão de seus efeitos – uma vez que ela impõe a medida de segurança, que é uma sanção penal –, muitos autores defendem que se trata de sentença condenatória: REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 498; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 317; PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 55-56; QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, p. 558. Este último destaca, no entanto, que, sendo tratada como sentença absolutória pela legislação processual, ela não é apta a gerar reincidência.

[576] Entendimento diverso considera a sentença penal absolutória imprópria como verdadeira sentença com carga condenatória, razão pela qual seria causa interruptiva da prescrição, nos termos do art. 117, inc. I do CP. Assim: PONTE, Antônio Carlos da. *Op. cit.*, p. 95.

O entendimento aqui exposto não é imune a críticas. A lacuna legislativa, no particular, é de difícil suprimento. Considerar como marcos interruptivos da prescrição a "publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis" (art. 117, inc. IV do CP), porém, embora seja lógico, ignora a distinção legal entre sentença e acórdão absolutórios que impõem medida de segurança e sentença e acórdão condenatórios que impõem penas.

Assim, o único marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva aplicável às medidas de segurança é o recebimento da denúncia (art. 117, inc. I do CP) e, se for o caso, a decisão de pronúncia (art. 117, inc. II do CP) e a que a mantém (art. 117, inc. III do CP). Entre a data do fato e o recebimento da denúncia, ocorrerá a prescrição com base na pena máxima cominada ao delito, tal como ocorre com os imputáveis.

Após o recebimento da denúncia, inicialmente se contará o prazo prescricional ainda com base na pena máxima cominada ao delito, mas, tão logo seja publicada a sentença absolutória imprópria, o prazo máximo fixado para a medida de segurança deverá servir de parâmetro, inclusive podendo a prescrição retroagir, desde não tenha como termo inicial data anterior à denúncia ou queixa (art. 110, §1º do CP).

As causas suspensivas da prescrição, por sua vez, aplicam-se normalmente aos processos envolvendo inimputáveis (por exemplo: art. 116 do CP, art. 89 da Lei 9.099/95, art. 366 do CPP). É de se destacar que a instauração do incidente de insanidade mental, por absoluta falta de previsão legal, não suspende o prazo prescricional.

Transcorrido o prazo prescricional entre o recebimento da denúncia e a formação do título executivo em desfavor do inimputável, impede-se a formação do trânsito em julgado da sentença absolutória imprópria, devendo-se declarar extinta a punibilidade do agente.

A prescrição da pretensão executória, por sua vez, não pode ter como termo inicial "o dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação" (art. 112, inc. I do CP), pois não há sentença condenatória, mas absolutória imprópria. O que se executa é o título judicial que impôs medida de segurança. É razoável, portanto, o entendimento de que o prazo prescricional tem início a partir do trânsito em julgado daquele título, no momento em que ele se tornou exequível.

Para ser possível a imposição da medida de internação, é necessário que, no momento de executá-la, permaneçam as condições que a determinaram[577]. Assim, além de ser necessário o respeito ao prazo prescricional, caso tenha passado tempo significativo desde a realização do laudo pericial, outro deverá ser realizado, novamente por equipe interdisciplinar e multiprofissional, para apurar se ainda é necessária a internação compulsória determinada na sentença. A ausência desse procedimento implica violação ao art. 6º, *caput* da Lei 10.216/01. Com o novo laudo médico indicativo da necessidade da internação, desde que dentro do prazo prescricional, será possível a execução da medida de segurança de internação. Se constatada a desnecessidade de qualquer tratamento médico, deve-se declarar extinta a pretensão executória por falta de interesse processual em se impor a medida de segurança. Por fim, se constatada a necessidade de tratamento ambulatorial, deverá ser ele imposto, desde que observado o prazo prescricional e respeitado o limite máximo fixado na sentença.

Não há violação à coisa julgada em se alterar a medida de segurança de internação estipulada na sentença para tratamento ambulatorial, uma vez que o mencionado art. 6º da Lei 10.216/01 prevê uma espécie de cláusula *rebus sic stantibus*: só é possível a internação se demonstrada sua necessidade atual. É por isso que se deve destacar a necessária celeridade nos procedimentos envolvendo pessoas com transtornos mentais.

6.10. Inimputável e o tribunal do júri

É inconstitucional o dispositivo legal[578] que permite a aplicação de medida de segurança sem se submeter o acusado ao tribunal do júri, pois ignora que medida de segurança também é pena. Além disso, a posição doutrinária predominante é que o conselho de sentença pode absolver o acusado, inclusive o confesso, por clemência, não sendo válido retirar essa possibilidade do inimputável, subtraindo seu julgamento do tribunal competente, ainda que a única tese defensiva diga respeito à inimputabilidade.

---

[577] Explicando essa posição, Nucci afirma que pode ser aplicada "em casos especiais": "(...) diante do silêncio da lei, o melhor a fazer é verificar, antes de efetivar a medida de segurança de internação a foragido, se o seu estado permanece o mesmo, ou seja, se continua perigoso e doente. Caso tenha superado a doença e a periculosidade, não mais se cumpre a medida de segurança" (NUCCI, Guilherme de Souza**. Código penal comentado**, p. 708). No mesmo sentido, tratando do direito penal colombiano, que, aliás, tem regramento próprio sobre o tema da prescrição, JÁCOME, Rodolfo Mantilla. **La imputabilidad y la inimputabilidad penal**, p. 201.

[578] "Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: (...) IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva".

Ora, se não é possível ao réu imputável acusado de homicídio ou outro crime doloso contra a vida, ainda que confesso, submeter-se à pena privativa de liberdade sem o devido processo legal, sendo imprescindível sua submissão ao tribunal do júri, entendimento diverso em relação ao inimputável somente se justificaria pela doutrina, hoje já minoritária, que sustentasse não ser a medida de segurança sanção penal.

Mesmo que não se considere inconstitucional o art. 415, parágrafo único, parte final do CPP, deve-se ter cautela em sua aplicação, pois a submissão de um acusado por crime doloso contra a vida ao tribunal do júri é uma garantia constitucional prevista em cláusula pétrea[579]. Ponte destaca que "desde que seja sustentada tese fundamental pela defesa técnica ou pelo próprio acusado, a submissão da questão ao Tribunal Popular mostra-se obrigatória. O mesmo ocorre quando houver dúvida no que tange à autoria do delito apurado"[580]. Tratando-se de semi-imputável, ainda que a única tese seja esta, deve ser levado o caso a plenário para que os jurados reconheçam ou não a causa de diminuição de pena e decidam pela aplicação da pena ou da medida de segurança[581].

Outras questões relevantes referentes ao procedimento do tribunal do júri são mencionadas por Antônio Carlos da Ponte[582]: (a) o jurado tem o direito de solicitar a instauração do incidente mental, mas, se exercer essa prerrogativa, o plenário deverá ser dissolvido; (b) se, no curso dos debates, a defesa sustentar tese nova de inimputabilidade ou semi-imputabilidade sem lastro em prova técnica, deverá ser dissolvida a sessão para que se possa realizar o exame; (c) o tribunal do júri pode afastar o laudo pericial, mas, se o fizer sem outros elementos, sua decisão será manifestamente contrária à prova dos autos, podendo ser anulada; (d) divergindo da maioria, Ponte entende que cabe ao Conselho de Sentença, e não ao juiz presidente, tratando-se de réu semi-imputável, decidir pela aplicação da pena reduzida ou da medida de segurança e, neste último caso, internação ou tratamento ambulatorial; (e) não se aplica ao inimputável, mas somente ao semi-imputável, a causa de diminuição de pena referente à violenta emoção, relevante valor moral e social; (f) pela mesma razão, não se aplica ao inimputável nenhuma qualificadora subjetiva.

---

[579] PONTE, Antônio Carlos da. *Op. cit.*, p. 124.
[580] PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 115.
[581] *Ibid.*, p. 116.
[582] *Ibid.*, p. 129-152.

6.11. Inimputável com vários processos criminais

Uma dúvida sempre presente e não convenientemente tratada pela doutrina é comose deve proceder na situação em que um indivíduo portador de transtornos mentais tenha instaurado contra ele mais de um processo criminal. Como a sua condição de paciente se sobrepõe à sua condição de réu, a forma mais adequada de tratar o problema é com a unificação dos feitos.

No entanto, tendo em vista que a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade não é um atributo do sujeito, mas sim a relação entre a sua doença mental e determinado crime cometido, sendo possível, assim, que a mesma pessoa seja considerada imputável em relação a um delito e inimputável quanto ao outro, a doutrina não costuma adotar a solução aqui proposta.

Ponte afirma que, sendo necessário apurar a imputabilidade no momento da prática do crime, não supre o exame "a perícia psiquiátrica levada a termo em outro inquérito ou ação penal, e, muito menos, a efetuada em processo administrativo ou interdição na jurisdição civil (...), sob pena de nulidade"[583].

A solução defendida pelo autor está em conformidade com o procedimento usualmente adotado pela jurisprudência, que consiste em delegar à perícia toda a questão referente à inimputabilidade. No entanto, de nossa perspectiva, como não cabe à equipe técnica, mas ao magistrado, afirmar se, no momento do crime, o réu tinha ou não condições de compreender o caráter ilícito dos fatos ou de se autodeterminar, parece ser inútil e violar a celeridade processual exigir que o mesmo indivíduo seja submetido a diversos exames psiquiátricos, inclusive com peritos diferentes que poderão chegar a conclusões diversas em relação à doença mental. Basta que o primeiro exame seja realizado de forma correta e indique de maneira precisa a data provável em que o transtorno mental diagnosticado acometeu o réu, esclarecendo-lhes os sintomas e as funções psíquicas afetadas por ele. O resto da análise será de incumbência judicial, analisando as provas referentes a cada crime.

Além disso, se o transtorno mental é atual, ainda que não seja declarada a inimputabilidade do acusado em relação a algum ou alguns dos crimes, não será possível a

---

[583] PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 63. Na mesma linha: LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**, p. 452; FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**, p. 192.

aplicação da pena cumulada com a medida de segurança. Aplica-se, no caso, a solução prevista ao indivíduo imputável que, no curso da execução, desenvolve um transtorno mental.

Em termos práticos, constatando-se a existência de diversos processos criminais em face de um mesmo réu, deverão ser eles reunidos. É certo que há lacuna legislativa nesse particular, porque não se está diante de conexão (art. 76 do CPP) ou continência (art. 77 do CPP), mas se se tratar do mesmo juízo competente, não haverá qualquer prejuízo à acusação ou à defesa. No entanto, se o juízo competente para cada infração for diverso, a fim de se assegurar o princípio do juízo natural, não será possível a reunião. Nesse caso, caberá ao juízo das execuções a unificação das medidas de segurança (por analogia ao que dispõe o art. 66, inc. III, alínea *a* da LEP quanto às penas).

A lei não regula como deve se dar a unificação das medidas de segurança pelo juiz das execuções. Sendo todas as medidas aplicadas da mesma espécie (ou internação ou tratamento ambulatorial), não há maiores problemas: deverão ser somados os prazos máximos de cada uma, estipulando-se o prazo máximo total da medida unificada. Caso em algum dos processos de conhecimento não tenha sido realizado o procedimento de fixação do prazo máximo da medida de segurança (nos termos em que proposto nesta tese, tendo-se como parâmetro a situação do semi-imputável), deverá o juiz das execuções fazê-lo em relação a cada um dos crimes e já estipular, em decisão interlocutória (a ser coberta pela preclusão *pro judicato*, caso não haja recurso do Ministério Público), a data em que ela se extinguirá, sem prejuízo de sua extinção prematura se o laudo de cessação de periculosidade a anteceder.

Exemplificando: um mesmo indivíduo é absolvido impropriamente em dois processos distintos. Em um, pelo injusto penal do art. 157, §3º, parte final do CP. Em outro, pelo delito do art. 121, §2º, inc. I do CP. Em nenhum deles o juiz do conhecimento previu o prazo máximo da medida de segurança, limitando-se a repetir os termos da lei. Deverá o juiz das execuções fazer incidir sobre a pena mínima de cada um dos delitos a causa de diminuição de pena do art. 26, parágrafo único do CP em seu grau máximo (2/3). Conforme já analisado (item 6.7.4), a incidência dessa causa de diminuição é fundamental para que o inimputável não seja tratado de forma mais gravosa que o semi-imputável. No primeiro caso, portanto, fixará o prazo máximo de 6 anos e 8 meses; no segundo, 4 anos. Essa pessoa, portanto, não poderá cumprir medida de segurança por prazo superior a 10 anos e 8 meses.

Os adeptos da defesa social extremada provavelmente não aprovarão a solução proposta. Seria possível aplicar uma sanção máxima de “apenas” 10 anos e 8 meses para um indivíduo

que causou a morte de duas pessoas? A própria pergunta é imbuída, porém, de uma lógica punitiva inapropriada para tratar de pessoas com transtornos mentais. Aparentemente, são muitos os profissionais que, impregnados de um sentimento de vingança inclusive contra pessoas com transtornos mentais que pratiquem injusto penal, somente aceitam que não se lhes aplique pena se, no lugar, forem submetidos a uma sanção ainda mais grave, rotulada de outro nome.

Como já destacado, a inimputabilidade somente deverá ser declarada em casos extremos. A regra geral é a imputabilidade ou a semi-imputabilidade. Transtornos de personalidade antissocial, por exemplo, como já defendido por nós, não devem ensejar o seu reconhecimento. Assim, se um sujeito foi declarado inimputável, é porque efetivamente, no momento do injusto penal, agiu como autômato: não possuía qualquer compreensão da ilicitude dos fatos ou não podia se determinar de acordo com o seu entendimento. É a situação do sujeito que, portador de uma psicose ou de uma deficiência intelectual grave, em um momento de surto, que ocorreu provavelmente por falta de amparo social e médico, praticou tal ato que, embora trágico, não lhe é censurável pela lei[584]. O prazo máximo de 10 anos e 8 meses é, ao contrário do que parece, demasiado e sua internação por todo esse período não representará senão um aspecto retributivo que ainda subsiste na análise desse tema. A rigor, deve-se respeitar a lei 10.216/01 e a equipe técnica responsável, sem qualquer preconceito em relação ao injusto penal praticado pelo sentenciado, deve tratá-lo como qualquer paciente, visando-se a evitar sua dependência institucional e trabalhando sua autonomia para que possa ser liberado o quanto antes, uma vez que a internação compulsória deve seguir o princípio da brevidade.

Ainda quanto à unificação das medidas de segurança, deve-se permitir ao juiz das execuções que proceda ao reconhecimento da continuidade delitiva caso o indivíduo seja absolvido impropriamente em diversos processos por injustos penais semelhantes, praticados nas mesmas condições de tempo e lugar e com semelhante modo de execução. Quanto ao tema da continuidade delitiva, aliás, não pode prevalecer o entendimento jurisprudencial no sentido de afastar o seu reconhecimento quando se demonstrar que o réu é criminoso habitual.

Tem se tornado cada vez mais comum indeferir o pedido de reconhecimento do crime continuado – seja no curso do processo de conhecimento ou, principalmente, da execução penal

---

[584]"Por mais funestas que sejam as consequências que objetivamente faça o louco sofrer a sociedade, subjetivamente representam elas apenas o resultado do ato de um autômato arrastado por força indomável" (BARRETTO. Carlos Xavier P. **O crime, o criminoso e a pena**, 2º volume. A. Coelho Branco Editor: Rio de Janeiro, 1938, p. 111).

– sob a justificativa de que continuidade delitiva não se confunde com habitualidade delitiva. A falácia e inconsistência deste argumento, que está em desacordo com o direito positivo e com o próprio positivismo criminológico (que o sustenta), pode ser bem compreendida com a análise do caso que resultou no HC 138.255 julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2018, o qual demonstra que a expressão "habitualidade delitiva" é meramente retórica e pode ser utilizada rigorosamente em qualquer circunstância para facilitar a decisão judicial que indeferir a pretendida unificação.

Inicialmente, em 09/11/2016, o Ministro Ricardo Lewandowski negou seguimento ao *habeas corpus* com a seguinte fundamentação: "Como visto, o paciente foi reconhecido como criminoso habitual, uma vez que faz do crime seu *modus vivendi*. É assente na doutrina e na jurisprudência que 'quem faz do crime a sua atividade comercial, como se fosse uma profissão, incide na hipótese de habitualidade, ou de reiteração delitiva, que não se confundem com a da continuidade delitiva' (HC 71.940/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa)".

A situação concreta, conforme consta do relatório da decisão mencionada, era a seguinte: "(...) a paciente foi condenada pela prática de 10 receptações, cuja pena total é de 34 anos e 10 meses de reclusão, encontrando-se presa há quase 10 anos. (...) referem-se a um único crime: venda de toca CD´s"[585]. Em suma, uma mulher, primária, foi detida em sua residência com 10 aparelhos de som roubados ou furtados. Em razão disso, em vez de ter sido processada

[585] Para melhor compreensão do caso, seguem outros trechos do relatório da decisão: "Diz, mais, que, [a]o invés da autoridade policial instaurar um único inquérito policial para apurar o comércio clandestino, não se sabe se por má-fé, equívoco ou qualquer outra razão (talvez algum rancor pessoal entre os policiais e a paciente), foram instaurados, na mesma data (24/01/2005) e na mesma delegacia (1º D.P. – Indaiatuba), além do inquérito decorrente do auto de prisão em flagrante (IP n° 438/2004), outros 8 inquéritos (12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21 e 28 cf. fls. 1 a 5 da F.A.3) que visavam a apurar os mesmos fatos. No dia 05/04/2005, foi instaurado outro IP (n° 72) com idêntico propósito, resultando em 10 inquéritos com o mesmo objeto. Mudavam-se apenas as vítimas e os objetos materiais do delito" (grifos no original; pág. 3 do documento eletrônico 1). Destaca, também, que "Romeia cumpre 10 execuções distintas, mas 9 se referem a um mesmo fato criminoso" (grifos no original; pág. 4 do documento eletrônico 1). Entende, assim, tratar-se de crime único, onde "[o] ideal seria a concessão de ordem de habeas corpus de ofício para trancar todos os processos (com exceção do 438/04, que foi o primeiro a apurar esse crime) e, consequentemente, para extinguirem-se as execuções 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, por incidir a litispendência. No entanto, como os pedidos anteriores da defesa (tanto ao Juízo das Execuções como ao Tribunal de Justiça e ao Superior Tribunal de Justiça) foram de unificação das penas por incidência da continuidade delitiva, é nisso que o presente habeas corpus se focará, sem prejuízo, repita-se, da concessão da ordem de ofício para o trancamento dos outros processos, considerando-se a existência de crime único. Após a concessão da ordem de ofício, deveriam remanescer apenas as execuções 1 e 3 (que diz respeito a fatos diversos), declarandose extinta a punibilidade pelo integral cumprimento" (grifos no original; pág. 5 do documento eletrônico 17) (...). Afirma, em síntese, os seguintes motivos para concessão da ordem: "1) Ainda que se adote a teoria subjetiva em relação ao crime continuado, resta evidente, no presente caso, que os 'diversos' crimes são relacionados (na verdade, como já se disse, trata-se de um único delito). 2) Não há necessidade de análise probatória para se conceder a ordem. Basta a leitura das denúncias, cujos principais trechos constam da petição para facilitar a análise do pedido liminar. 3) É absolutamente desproporcional manter a pena da paciente em mais de 30 anos. Nem se ela tivesse cometido o crime de latrocínio sua pena seria tão alta assim" (págs. 8-9 do documento eletrônico 1)".

somente uma vez, foi denunciada por 10 receptações distintas (uma para cada objeto) e condenada, em concurso material, à pena superior a 30 anos de reclusão. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo formulou pedido, já no processo de execução penal, para que fosse pelo menos reconhecida a continuidade delitiva entre os delitos, uma vez que todos os objetos foram encontrados na mesma oportunidade e estavam expostos à venda juntos. O pedido foi indeferido em primeiro grau, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo Superior Tribunal de Justiça e, por fim, monocraticamente, em 2016, pelo Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que ela era criminosa habitual, embora fosse primária. Na ocasião desta última decisão, ela já se encontrava presa havia 10 anos[586].

Ora, a habitualidade delitiva é conceito vago, não previsto na lei brasileira. A influência do positivismo criminológico tentou inserir no Código Penal brasileiro aquele conceito, mas não obteve êxito. Os projetos "Sá Pereira" e "Alcântara Machado", bem como o "Anteprojeto Nelson Hungria", previram essa figura. No Código Penal de 1969 (que não entrou em vigor), foi ela adotada, considerando-se "criminoso habitual" quem: (a) num intervalo de 5 anos, comete 3 crimes dolosos; (b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a 5 anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza e demonstra acentuada inclinação para o crime[587].

A solução proposta por Nelson Hungria (mesmo tratamento dado ao delinquente por tendência, ou seja, aplicação de pena, que poderia ser majorada até o dobro) sofreu diversas críticas. Fragoso, aceitando a aplicação da pena, discordava do agravamento da sanção, por parecer "repugnante punir mais severamente o criminoso habitual, em virtude de uma condição de sua pessoa, que independe de culpa"[588]. De outro lado, havia a crítica sempre presente dos ideólogos da defesa social que entendiam ser temerária a soltura desses indivíduos enquanto durasse a periculosidade[589]. Na reforma da parte geral do código penal, em 1984, a ideia de criminoso habitual não foi adotada.

---

[586] Em embargos de declaração no agravo regimental do habeas corpus citado, que contou com parecer *pro bono* do professor Mauricio Stegemann Dieter, em decisão de 30/08/2018, o equívoco foi parcialmente corrigido, embora com atraso de pelo menos 12 anos, "para reconhecer a continuidade delitiva entre todos os crimes de receptação, aplicando-se o aumento da pena no patamar máximo (2/3)".
[587] SOUZA, Moacyr Benedicto. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**, p. 148-149.
[588] *Ibid.*, p. 149.
[589] *Ibid.*, p. 150.

Parece evidente que não está o magistrado autorizado a utilizar um conceito que, além de não possuir respaldo científico, foi discutido em projetos de lei e devidamente rejeitado pelo legislativo.

Mesmo os ordenamentos jurídicos que o adotaram, por exemplo o "Código Rocco", previam requisitos mais restritivos do que a mera reincidência. É absurdo afirmar que um indivíduo não seja reincidente, mas seja criminoso habitual. Aquele é um *minus* em relação a este. Assim, mesmo para quem adota a já desacreditada classificação de criminosos (criminosos por tendência, criminosos habituais, criminosos profissionais, criminosos ocasionais), o criminoso habitual, para sê-lo, deve, no mínimo, já ter sido condenado por outros crimes[590].

Assentado que é possível a unificação de medidas de segurança, inclusive devendo o juiz das execuções proceder ao reconhecimento da continuidade delitiva, se for o caso, resta a dúvida sobre como proceder se as medidas de segurança impostas nos distintos processos forem de espécies distintas. No mesmo sentido, deve-se analisar o que fazer na hipótese em que, na execução, o magistrado se deparar com penas e medidas de segurança para serem unificadas.

Não há como olvidar, também no momento da execução penal, que, aliás, é crucial, a teoria da dupla garantia. Isso deve nortear todo o tratamento jurídico da pessoa portadora de transtorno mental que tenha cometido um injusto penal, independentemente de ela ter sido declarada inimputável ou não.

Diversas situações podem ocorrer. Primeira: em um processo é aplicada medida de segurança de internação compulsória ao réu. Posteriormente, porém, em outro feito, é-lhe aplicado tratamento ambulatorial, uma vez que o laudo médico mais recente não indicou a internação. Nessa situação, aplicando-se o art. 6º da lei 10.216/01, devem ser todas as medidas unificadas em torno do tratamento ambulatorial, diante da desnecessidade atual da medida mais gravosa.

A situação seria distinta se no processo mais recente houvesse indicação de internação compulsória, que, no entanto, somente não foi decretada em razão da desproporcionalidade constatada na medida, dada a baixa gravidade do injusto penal. Nessa hipótese, será possível a aplicação sucessiva das medidas, iniciando-se pela internação (pelo prazo máximo fixado em relação ao injusto penal que a ensejou), passando-se, posteriormente, caso não constatada a cessação da periculosidade, para o tratamento ambulatorial (pelo prazo máximo fixado em

---

[590] NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**, p. 128-133.

relação ao injusto penal que a ensejou). É a aplicação por analogia do que dispõe o art. 76 do CP: “No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave”.

Exemplificando essa última situação: é aplicada ao sujeito internação pela prática do injusto penal do art. 157, §3º do CP e, posteriormente, tratamento ambulatorial pelo crime do art. 155, *caput* do CP. Neste último processo, sobrevém laudo indicando a necessidade de internação. No entanto, o magistrado estabelece o tratamento ambulatorial, considerando que, se se tratasse de imputável, sua pena seria cumprida em regime aberto e substituída por restritiva de direitos. Nesse caso, não é possível a unificação de ambas as medidas em torno do tratamento ambulatorial, uma vez que a internação foi legitimamente aplicada no primeiro caso, havendo, inclusive, laudo médico recente sugerindo a internação. Assim, deverá ser o indivíduo internado, mas pelo prazo máximo de 6 anos e 8 meses (pena mínima do delito do art. 157, §3º do CP com a incidência da causa de diminuição de pena em 2/3, tal como seria feito com o semi-imputável). Após esse prazo, se ainda persistir a necessidade da medida de segurança, ela deverá ser convertida em tratamento ambulatorial e poderá durar até 4 meses (pena mínima do delito do art. 155, *caput* do CP com a incidência da causa de diminuição de pena de 2/3, tal como seria feito com o semi-imputável).

6.12. Dos direitos do indivíduo em cumprimento de medida de segurança de internação

Mesmo que se admita a possibilidade jurídica da internação compulsória de inimputáveis (ou, excepcionalmente, semi-imputáveis), a legislação protetiva deve ser observada em sua integralidade durante a execução da medida. Dispõe o art. 2º, parágrafo único da lei 10.216/01:

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

Na ausência de vaga em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP), nada impede que a medida de internação seja cumprida em clínica particular ou serviço especializado em saúde mental da rede pública, assim como ocorre com a internação provisória.

No HCTP, deve-se compreender o sentenciado como paciente e não como alguém que praticou um injusto penal. De acordo com o art. 4º, §1º daquela lei, "o tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio", sendo-lhe assegurados serviços psicológicos, de assistência social, de lazer e outros (§2º), como a assistência jurídica.

Os direitos do art. 41 da LEP também são aplicáveis aos internados em HCTP. Destaca-se ainda o previsto no art. 43 da LEP, de "contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento". As divergências entre o médico oficial e o particular não se resolvem automaticamente em favor daquele, pois, de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo legal, elas "serão resolvidas pelo Juiz da execução".

Toda a equipe responsável pelo tratamento do indivíduo deve ter consciência de que sua internação não será perpétua; pelo contrário, sua desinternação deverá ser breve por expressa disposição legal, pois o art. 4º, *caput* da lei 10.216/01 prevê o princípio da *ultima ratio* da internação e o art. 5º busca evitar a situação do paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, o que trará maior responsabilidade ao Poder Executivo, que deverá elaborar "política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida".

Infelizmente, os locais em que são mantidas as internações não cumprem os requisitos legais mínimos, o que impõe ainda maior cautela no momento de aplicar essa medida de segurança, devendo-se preferir, com prioridade absoluta, o tratamento ambulatorial[591]. Com base na pesquisa de campo realizada em 2015 pelo Conselho Federal da OAB em parceria com o Conselho Federal de Psicologia e com a Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde, Haroldo Caetano descreve os principais problemas encontrados nesses manicômios: precária ou nenhuma assistência jurídica e psicológica; superlotação; demora na realização de perícias; disciplina e rotina rígidas; isolamento; estrutura precária; barreiras à convivência íntima; falhas nos registros documentais; falta de humanidade no atendimento, que

[591] "'Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico' não passa de uma expressão eufemística utilizada pelo legislador da Reforma Penal de 1984 para definir o velho e deficiente *manicômio judiciário* (...). Ocorre que, apesar da boa intenção do legislador, nenhum Estado brasileiro investiu na construção dos novos estabelecimentos" (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 943).

é precário; descumprimento de regras no processo de execução penal[592]. Sua semelhança com as prisões é ressaltada em pesquisa realizada pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo em 2014[593].

É fundamental destacar que a finalidade do tratamento (que será por prazo determinado) não pode ser a cura da doença mental, mas a reabilitação psicossocial do paciente. Ou seja, na medida do possível, deve-se tentar controlar o transtorno para diminuir o seu sofrimento psíquico e lhe permitir uma convivência interpessoal harmoniosa, se possível com respaldo familiar, o que a ciência da psiquiatria – por maior que seja a resistência de alguns peritos forenses – já conseguiu obter por meio de fármacos, terapias cognitivo-comportamentais, psicoterapias, entre outras.

Por analogia, nada impede que se utilize o art. 23-B da Lei 11.343/06 (que trata da internação dos dependentes de drogas) também para a pessoa com outro transtorno mental em cumprimento de internação compulsória, desde que compatível com ela, como, por exemplo, a elaboração de Plano Individual de Atendimento (PIA)[594].

Ainda que a finalidade da medida de segurança seja a reinserção social do paciente em seu meio social, não se pode obrigá-lo a se tratar. Sabe-se que grande parcela de profissionais da saúde mental questiona a eficácia de medicamentos e destaca seus efeitos colaterais[595]. Se o indivíduo internado, podendo minimamente manifestar sua vontade e se fazer compreender, recusar o tratamento, tal direito, assegurado pela legislação, deverá ser respeitado, sob pena de constrangimento ilegal. Os artigos 10 a 13 do Estatuto da Pessoa com Deficiência são claros

---

[592] CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal**, p. 102.

[593] CREMESP. **Hospital de custódia: prisão sem tratamento**. São Paulo: CREMESP, 2014.

[594] : "O atendimento ao usuário ou dependente de drogas na rede de atenção à saúde dependerá de: I - avaliação prévia por equipe técnica multidisciplinar e multissetorial; e II - elaboração de um Plano Individual de Atendimento - PIA. § 1º A avaliação prévia da equipe técnica subsidiará a elaboração e execução do projeto terapêutico individual a ser adotado, levantando no mínimo: I - o tipo de droga e o padrão de seu uso; e II - o risco à saúde física e mental do usuário ou dependente de drogas ou das pessoas com as quais convive. § 3º O PIA deverá contemplar a participação dos familiares ou responsáveis, os quais têm o dever de contribuir com o processo, sendo esses, no caso de crianças e adolescentes, passíveis de responsabilização civil, administrativa e criminal, nos termos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. § 4º O PIA será inicialmente elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do primeiro projeto terapêutico que atender o usuário ou dependente de drogas e será atualizado ao longo das diversas fases do atendimento. § 5º Constarão do plano individual, no mínimo: I - os resultados da avaliação multidisciplinar; II - os objetivos declarados pelo atendido; III - a previsão de suas atividades de integração social ou capacitação profissional; IV - atividades de integração e apoio à família; V - formas de participação da família para efetivo cumprimento do plano individual; VI - designação do projeto terapêutico mais adequado para o cumprimento do previsto no plano; e VII - as medidas específicas de atenção à saúde do atendido. § 6º O PIA será elaborado no prazo de até 30 (trinta) dias da data do ingresso no atendimento. §7º As informações produzidas na avaliação e as registradas no plano individual de atendimento são consideradas sigilosas".

[595] FREITAS, Fernando; AMARANTE, Paulo. **Medicalização em psiquiatria**, posição 871.

nesse sentido, destacando-se o *caput* do artigo 12: "O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica".

É certo que, diante da prática de um injusto penal, torna-se juridicamente aceitável a hospitalização forçada caso aplicada a medida de segurança de internação (e somente nessa hipótese ou, tratando-se de internação involuntária, quando houver "risco de morte e de emergência em saúde" – art. 13 do Estatuto). No entanto, a privação da liberdade do sujeito inimputável não é acompanhada da restrição de seu direito fundamental à recusa de tratamento médico[596].

É evidente que a recusa de tratamento médico ao inimputável pode lhe trazer consequências negativas, pois, não havendo colaboração e remissão dos seus sintomas, será menor a possibilidade de a equipe interdisciplinar e multiprofissional lhe dar alta, o que aconteceria somente após o advento do prazo máximo da medida, ocasião em que, estando ou não reabilitado psicossocialmente, deve ser desinternado.

6.13. Dos direitos do indivíduo em cumprimento de tratamento ambulatorial: a questão da regressão (art. 97, §4º do CP)

De acordo com o art. 101 da LEP, o tratamento ambulatorial "será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada". No entanto, não atende à lei 10.216/01 o tratamento ambulatorial dentro do HCTP[597].

É delicada a questão jurídica envolvendo o tratamento ambulatorial. Por um lado, ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico contra a sua vontade. Por essa razão, aliás, defendemos a impossibilidade de se obrigar o sentenciado internado a se tratar compulsoriamente com a ingestão de medicamentos e a participação em psicoterapias. Por outro lado, a essência do tratamento ambulatorial é justamente esta: permitir que o indivíduo não seja internado em razão da prática de um injusto penal, obrigando-se, todavia, a se submeter a tratamento médico extra-hospitalar.

Jéssica Almeida destaca que, mesmo na literatura penal e criminológica crítica, embora se encontre a defesa da superação dos dispositivos de custódia com fundamento na lei

---

[596] LANDRY, Michel. **O psiquiatra no tribunal**, p. 87.
[597] Nesse sentido: REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 503; FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 86.

10.216/01, “não se encontram discussões ou problematizações sobre a compulsoriedade em si do tratamento ambulatorial, ou sustentações no sentido de garantir a voluntariedade do tratamento no âmbito penal”.[598]

A observação da pesquisadora é correta. O poder psiquiátrico punitivo que historicamente se exerceu contra os portadores de transtornos mentais sempre se legitimou por si mesmo, como um bem a ser exercido de forma compulsória, independentemente da concordância do paciente. Nesta tese, adotamos perspectiva bastante diversa que incorpora os preceitos constitucionais e os avanços dos movimentos antimanicomiais nessa análise. O indivíduo com transtorno mental é livre para optar entre se tratar ou não, o que inclui a impossibilidade, em regra, de interná-lo e de obrigá-lo a ingerir medicamentos ou participar de terapias contra a sua vontade.

Nas excepcionais hipóteses em que o sujeito pratica um injusto penal, porém, o quadro muda. A irracionalidade do exercício do poder psiquiátrico, nesse caso, é menor. Exige-se que o próprio acusado consinta em realizar o exame de insanidade mental para que se submeta à medida de segurança em detrimento da pena. Assim, não é absurdo que o Estado o obrigue a se submeter ao tratamento ambulatorial. Para evitar mal-entendido, reiteramos que essa ideia não legitima esse poder punitivo psiquiátrico, mas simplesmente reconhece sua existência e busca depurá-lo de suas irracionalidades mais patentes com uma conclusão que parece razoável: não é juridicamente aceitável que o Estado aplique tratamento compulsório (ambulatorial ou de internação) a um indivíduo que não cometeu qualquer injusto penal. Também não lhe é possível obrigar um sujeito que já está internado contra a sua vontade que se submeta a outros tratamentos, tendo o direito de recusá-los. No entanto, não é completamente irracional a aplicação de tratamento ambulatorial compulsório a quem, não necessitando de internação, tenha praticado injusto penal. É certo que não se pode materialmente obrigá-lo a isso – por exemplo, coagindo-o fisicamente a ingerir algum medicamento –, sob pena de grave violação à dignidade humana, pois o corpo é asilo inviolável da pessoa. É possível obrigá-lo, porém, de forma indireta. Isso entra na lógica de responsabilização diferenciada[599].

---

[598] ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança**, p. 55.

[599] Ao criticar os autores que defendem a possibilidade de uma responsabilização, ainda que mitigada, aos portadores de transtornos mentais, Jéssica Almeida assevera que “sustentar que o louco pode ser punido, ainda que com um abrandamento, potencialmente, reabre (ou mantém aberta) uma porta para a culpabilidade ser reconhecida ou, até mesmo, para o duplo binário ser resgatado (primeiro trata, depois pune-se; ou trata-se para punir). Sustentar uma alternativa dentro da chave punitiva representa o caminho de (re)construção da responsabilidade (sim, necessária, de um modo geral, para a convivência social), mas pela equivocada via da punição, o que não nos parece ser adequado e nada diferente do caminho que já fazemos com os imputáveis, inclusive, e que não tem demonstrado utilidade alguma para além de cumprir funções de seletividade, estigmatização, aumento de

O descumprimento reiterado e injustificado do tratamento ambulatorial aplicado após o devido processo legal a quem tenha praticado um injusto penal poderá resultar em internação, desde que sejam respeitados os preceitos da Lei 10.216/01, principalmente o princípio da intervenção mínima e da demonstração exaustiva da insuficiência dos recursos extra-hospitalares, além de ser fundamental a existência de laudo médico circunstanciado que aponte a imprescindibilidade da internação.

Em outras palavras, ao contrário do que ocorre com a pena – em que o mero descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos pode resultar na sua conversão para pena privativa de liberdade –, não basta o descumprimento reiterado e injustificado do tratamento ambulatorial para se decretar a internação. Essa é a correta interpretação que se deve dar ao art. 97, §4º do CP: "Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos".

Assim como se afirmou quanto ao descumprimento das condições fixadas aos inimputáveis em transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal, deve-se, na medida do possível, ser tolerante com o descumprimento do tratamento ambulatorial. É que raramente ele será injustificado. É muito provável que a afetação da integridade psíquica do agente lhe impeça de compreender de forma exata a sua situação jurídica.

Deve o magistrado designar audiências de advertência, quantas forem necessárias para a correta conscientização do acusado, para alertá-lo e informá-lo devidamente sobre a sua situação e as consequências jurídicas do descumprimento da medida.

É importante que o tratamento ambulatorial não se transforme em mera obrigação burocrática do paciente, o que efetivamente o desestimulará a cumpri-lo. A equipe responsável pelo atendimento, preferencialmente do CAPS, deve ter a consciência de que a finalidade é a reinserção psicossocial do paciente e a redução do seu sofrimento psíquico causado pela doença.

---

violência, etc." (ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança**, p. 57). As críticas da autora são pertinentes e aplicam-se tanto aos imputáveis quanto aos inimputáveis. Ela salienta a irracionalidade do poder punitivo de forma geral, principalmente por não solucionar o conflito e deixar a própria vítima suspensa do conflito. No entanto, para fins práticos, considerando-se as limitações do saber jurídico perante a força do poder punitivo, não parece que apontam para algum objetivo imediato de redução de danos e de sofrimento dos portadores de transtornos mentais. No caso dos portadores de transtornos mentais, a lei 10.216/01 é clara quanto ao aspecto não retributivo do tratamento, que deve visar ao cuidado da pessoa. O Conselho Nacional de Justiça – por meio da Resolução n° 113 de 2010 e da Recomendação n° 35 de 2011 – já deixou claro que referida lei se aplica à execução das medidas de segurança. No entanto, comparar a irracionalidade da pena aos imputáveis com a irracionalidade da pena ("medida de segurança") aos inimputáveis diminui a força do argumento contra a existência desta última.

Se esse objetivo for atingido de outra forma, ainda que o sentenciado se ausente a uma ou várias sessões de terapia ou de entrevista, é possível a elaboração de laudo de cessação de periculosidade, como será visto a seguir.

Em termos práticos: diante da recusa do paciente em se submeter ao tratamento ambulatorial, ou de sua inconstância, deverá o magistrado determinar à equipe técnica responsável que realize busca ativa a ele para constatar sua situação psicossocial e as razões do descumprimento. Não tendo êxito, deverão ser designadas audiências de advertência. O sentenciado deve ser intimado pessoalmente, mas também por meio de seu curador processual (que deverá ser o defensor público ou advogado responsável pelo processo de execução) e seu curador civil (se houver). É conveniente que seus familiares e amigos mais próximos (que deverão ser identificados pela equipe técnica) também sejam intimados para a audiência. Esse procedimento lento e constante de conscientização deve ocorrer durante todo o prazo de cumprimento da medida. A internação somente se justificará se, a despeito de todos esses esforços, além de o sentenciado permanecer em descumprimento da medida, seu quadro clínico se agravar e um médico constatar a necessidade de sua internação compulsória[600].

O que não se pode admitir é a situação bastante corriqueira de ser aplicado tratamento ambulatorial a um indivíduo, sobrevir aos autos da execução penal informação fornecida pela equipe técnica sobre o seu descumprimento e o juiz responsável decretar sua internação sem que haja qualquer laudo médico indicando a necessidade extrema da medida. Há diversos equívocos aí: o primeiro é que não há como se esperar de uma pessoa com transtorno mental cuja inimputabilidade foi reconhecida justamente por não ter condições de compreender o caráter ilícito (ou de se autodeterminar de acordo com essa compreensão) do injusto penal praticado que se torne absolutamente responsável no cumprimento da medida. É evidente que ele precisará de auxílio efetivo dos profissionais de saúde, que não podem ter uma postura passiva. Além disso, não se pode intimar somente o próprio inimputável para justificar o descumprimento do tratamento ambulatorial, pois ele não tem capacidade processual. É necessária a intervenção de curador processual e material, bem como a interferência de familiares e amigos. Por fim, é ilegal qualquer internação compulsória que não se fundamente em laudo médico.

---

[600] Nesse sentido: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**, p. 304. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**, p. 473.

6.14. Da incidência dos direitos de execução penal: progressão de regime, livramento condicional, remição da medida de segurança, saída temporária

Na lógica da dupla garantia, não podendo o inimputável ser tratado de forma mais gravosa que o imputável ou semi-imputável, não é possível ignorar os direitos básicos da execução penal. Foi paradigmático o reconhecimento, pelo executivo e judiciário, do caráter penal da medida de segurança. Isso ocorreu nas situações em que o primeiro concedeu e o segundo considerou constitucional indulto e comutação a inimputáveis. Se esses direitos de execução penal são aplicáveis às medidas de segurança, não há razão para que os outros não o sejam[601].

Um imputável submetido à pena privativa de liberdade dificilmente a cumprirá integralmente em regime fechado, o que seria francamente inconstitucional, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 2006 ao analisar a lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos). No entanto, vem-se aceitando, em ofensa ao princípio da isonomia, que a medida de segurança seja cumprida dessa forma.

Na tese aqui proposta, a medida de segurança deverá ter um prazo máximo de duração claramente definido na sentença ou, caso ela se omita, pelo juiz da execução. Esse prazo deverá ser considerado não somente para que seja declarada extinta a medida após o seu transcurso, mas também para o cálculo da prescrição e dos direitos de execução penal.

A analogia *in bonam partem* deve ser empregada em favor dos inimputáveis, ao menos dos que cumprem medida de internação. Assim, tão logo transcorra o prazo previsto em lei para a progressão ao regime semiaberto, deverá tal direito, devidamente adaptado à situação do interno, ser concedido ao inimputável. Em Estados como São Paulo, que possui uma ala específica de "progressão", é fácil operacionalizar esse sistema, bastando que se proceda à transferência do paciente. Porém, mesmo em Estados que não contam com estabelecimentos similares, deverá ser permitido ao interno, após o cumprimento do lapso temporal necessário para a progressão de regime, que se valha dos direitos que seriam aplicáveis aos imputáveis, principalmente o trabalho externo e as saídas temporárias. Não há problema nenhum em se determinar que estas sejam acompanhadas por funcionários do estabelecimento de internação, o que seria uma adaptação razoável à situação do portador de transtorno mental. No entanto, é fundamental que ele possa sentir na pele a progressividade de sua sanção, trabalhando pela sua

---

[601] MATTOS, Virgílio de. **Uma saída**, p. 17.

autonomia. Inclusive da perspectiva propriamente terapêutica essa progressividade é desejável[602].

Quanto ao livramento condicional, desde que preenchido o requisito temporal, deverá ser o paciente desinternado, independentemente de laudo de cessação de periculosidade, podendo-se submetê-lo a condições compatíveis com o seu quadro clínico, como, por exemplo, a submissão a tratamento ambulatorial pelo prazo restante de sua medida de segurança, ou até que sobrevenha aquele laudo.

Também é fundamental que se aplique a remição pelo trabalho ou pela leitura. Se haverá um prazo máximo fixado para a medida de segurança, e se é desejável que o sentenciado submetido à medida de segurança trabalhe e estude, não há qualquer obstáculo de ordem legal ou lógica para se lhe aplicarem os dispositivos legais pertinentes ao tema[603].

6.15. Do exame de cessação de periculosidade

Não há como ingressar nesse tema sem retomar a crítica aos laudos forenses. Assim como os tradicionais laudos psiquiátricos forenses que opinam pela internação do inimputável no processo de conhecimento, também os de cessação de periculosidade são imbuídos mais de preconceitos do que de pura ciência médica.

Rafael Ribeiro e Quirino Cordeiro[604] citam a classificação de Guido Palomba que, em seu tratado de psiquiatria forense, lista trinta e cinco indicadores de periculosidade, divididos em cinco grupos: curva vital (inconstâncias no trabalho, interrupção de aprendizado etc.); morfologia do crime (circunstâncias em que ele ocorreu); vida frenocomial (mau comportamento, tentativas de fugas etc.); intercorrências psiquiátricas (agitação psicomotora, surtos e episódios psicóticos etc.); estado psíquico atual (humor, falta de crítica ao ato delituoso que praticou etc.).

Deve-se deixar aos médicos e às equipes transdisciplinares somente a análise do indivíduo, e não de seus processos criminais, tanto no momento de se constatar sua eventual inimputabilidade quanto no momento de se analisar se o tratamento a que se submeteu foi

---

[602] REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, p. 502.

[603] Em sentido contrário, Ponte afirma que o internado não é obrigado a trabalhar e, se o faz, "as tarefas que lhes forem atribuídas terão caráter meramente terapêutico" (PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 89). Não podemos concordar com essa ideia pela ficção que a envolve. Concretamente, o trabalho dos internos em nada se diferencia do trabalho dos presos.

[604] RIBEIRO, Rafael Bernardon; CORDEIRO, Quirino. Avaliação de risco do paciente em medida de segurança. In: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. (organizadores). **Medida de segurança**, p. 143.

exitoso[605]. É o que um médico psiquiatra faz com o seu paciente não institucionalizado que o procura em seu consultório. Não faz sentido que médicos vasculhem o processo criminal do sujeito e o julguem por isso. O que justifica historicamente esse procedimento é o poder que o psiquiatra tem sobre a vida e a liberdade de seu paciente, em função de julgar que em algum momento lhe foi delegada pelo direito. Dos grupos mencionados por Palomba[606], somente caberia realmente ao médico a análise de dois: intercorrências psiquiátricas e estado psíquico atual.

Ainda assim, não seria possível levar em consideração como dogma absoluto aspectos como "falta de crítica ao ato delituoso que praticou", não apenas porque o indivíduo, embora condenado ou absolvido impropriamente, possa realmente não ter praticado o delito (sim, infelizmente erros judiciários são comuns, tendo em vista a precariedade das investigações policiais e dos meios de prova normalmente existentes nos processos criminais, resumidos, basicamente, a provas testemunhais e declarações das vítimas), mas também por uma razão de índole constitucional: se todos têm direito ao silêncio, não podendo ser prejudicados em razão disso, não pode o sentenciado, para obter algum direito na execução penal (ou para obter a extinção de sua medida de segurança), ser obrigado a confessar o crime (e o arrependimento, por óbvio, pressupõe a confissão).

Obrigar um sentenciado a se arrepender, principiando-se por confessar um delito que eventualmente nem sequer cometeu, seria absolutamente contraproducente à sua recuperação psíquica. Na hipótese de ser inocente, sentir-se-ia duplamente injustiçado: tanto pela sentença condenatória (ou absolutória imprópria) quanto pela insistência dos próprios responsáveis pela sua execução penal em mentir para o sistema de justiça para conseguir obter um direito previsto em lei.

Interessante que, para alguns peritos, eventuais descumprimentos das normas internas dos estabelecimentos prisionais ou manicomiais devem ser levados em conta para se aferir a periculosidade do sujeito. No entanto, o contrário não é verdadeiro, pois se deve "considerar o bom comportamento em um sistema fechado como o hospital forense, com regras e normas

---

[605] Mesmo Ataliba Nogueira, adepto da defesa social, da classificação de delinquentes e da periculosidade, afirma que, no exame de cessação de periculosidade, não deve ser analisada a gravidade do crime praticado, que "já foi objeto de consideração na individualização feita pelo juiz para a primeira aplicação da medida" (NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**, p. 161).

[606] Além dos cinco listados pelos articulistas, o psiquiatria forense ainda prevê mais um, pois "pouco valor terão se não for observado o *meio social para o qual irá o periciando*" (PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria forense**, posição 2199).

rígidas, algo a ser relativizado”[607]. Ou seja: o mau comportamento deve ser punido; o bom comportamento, “relativizado”, não havendo qualquer incentivo ao sujeito para se comportar em conformidade às regras.

Os autores afirmam que “o uso de métodos estruturados para avaliação de risco em psiquiatria forense teve impulso a partir da década de 1980”[608]. Se considerarmos que as medidas de segurança vigoram no mundo há quase um século (no Brasil, há exatos 80 anos) e que elas só podem ser extintas após a verificação da cessação da periculosidade, fica claro que, durante um bom tempo, sem que houvesse métodos estruturados para avaliação, as análises sempre foram bastante subjetivas. Não se quer dizer que, a partir de 1980, elas passaram a ser objetivas. Os próprios autores afirmam que no laudo “entra uma certa subjetividade, inerente à especialidade”[609]. O que é chocante é pensar que, antes de 1980, não havia nenhum método estruturado dessa avaliação, ou seja, a subjetividade era total.

Mesmo que os instrumentos apontados pelos autores fossem corretamente utilizados nos rincões do Brasil – o que não acontece –, sua margem de erro é alta, ou seja, diversos indivíduos em cumprimento de medida de segurança não poderiam ser liberados em razão de um falso-positivo de periculosidade[610]. Ainda que a margem de erro fosse baixa, tendo em vista que se trata de privação de liberdade de indivíduos, tais instrumentos não poderiam ser utilizados. Os autores fazem referência ao alerta de Monahan, que, no início dos anos 1980, “chamou a atenção para as limitações da predictabilidade das avaliações de risco de psiquiatras e psicólogos”[611].

Ribeiro e Cordeiro mencionam especificamente dois instrumentos atuariais. Quanto ao PCL-R, “estudos apontam um valor preditivo para o *score* total entre 0,65 e 0,72 através de medida de AUC, sendo um instrumento útil na área forense e ainda pouco utilizado no nosso meio”[612], ou seja, médio valor preditivo. O HCR-20, por sua vez, seria “um dos melhores instrumentos de avaliação, com alto valor preditivo positivo, medido pela AUC, entre 0,71 e 0,79”. Não se pode impressionar com o índice alcançado, pois, de qualquer forma, não atinge 100% de precisão. Havendo risco concreto de centenas ou milhares de pessoas no Brasil serem

---

[607] RIBEIRO, Rafael Bernardon; CORDEIRO, Quirino. Avaliação de risco do paciente em medida de segurança. In: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. (organizadores). **Medida de segurança**, p. 148.
[608] *Ibid.*, p. 149.
[609] *Ibid.*, p. 146.
[610] LANDRY, Michel. **O psiquiatra no tribunal**, p. 71.
[611] RIBEIRO, Rafael Bernardon; CORDEIRO, Quirino. *Op. cit.*, p. 149.
[612] RIBEIRO, Rafael Bernardon; CORDEIRO, Quirino. Avaliação de risco do paciente em medida de segurança. In: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. (organizadores). **Medida de segurança**, p. 152.

injustiçadas com esse exame (presumindo-as perigosas de forma equivocada), esses instrumentos não devem ser utilizados. De qualquer forma, de acordo com os autores, esse instrumento, que seria o mais confiável, nem sequer está traduzido para o português e validado no Brasil[613].

Se nenhum instrumento pode constatar com segurança a periculosidade de alguém, ou seja, se o valor preditivo dos instrumentos atuariais mais sofisticados não é suficientemente alto e exato para garantir que se a pessoa liberada voltará ou não a cometer injusto penal, é evidente que não se pode aplicar o brocardo *in dubio pro societate*[614], o qual, aliás, não tem qualquer fundamento jurídico. De acordo com ele, na dúvida sobre se o indivíduo voltará a delinquir ou não, deve ser mantida a segregação, em favor da defesa social. No entanto, se cientificamente a dúvida sempre existirá, adotá-lo seria o mesmo que obstar em qualquer circunstância a liberação de qualquer inimputável, o que evidentemente viola o ordenamento jurídico.

Esses instrumentos atuariais não têm relação somente com os inimputáveis. Mauricio Dieter tratou da política criminal atuarial, construída a partir de instrumentos de quantificação de risco. Ele a define como "o uso preferencial da *lógica atuarial* na fundamentação teórica e prática dos processos de *criminalização secundária* para fins de controle de grupos sociais considerados de *alto risco* ou *perigosos* mediante *incapacitação seletiva* de seus membros". O seu objetivo não seria punir indivíduos, mas gerenciar grupos de riscos[615].

Diversas críticas são formuladas pelo autor a essa política criminal, dentre as quais se destaca o seu compromisso com a ideologia da defesa social, em clara violação aos postulados básicos do Estado Democrático de Direito. É certo que ele não trata da questão específica do inimputável, mas parece claro que, desde o surgimento das medidas de segurança, o objetivo era o mesmo apontado por ele quando aos imputáveis: gerenciar grupos (o dos doentes mentais e outros considerados perigosos) e incapacitar os seus membros, tidos como indesejáveis na ordem social vigente. O professor da Universidade de São Paulo destaca que "*risco* não é uma categoria sensível, mas um mecanismo para compreensão e organização do real (...), o que

---

[613] *Ibid.*, p. 153.

[614] Em demonstração clara de como alguns peritos forenses extrapolam sua função técnica e realizam juízos normativos próprios dos juízes, confira-se a lição de Palomba: "(...) o perito pode ficar em dúvida se o examinando pode ou não voltar ao seio social (...), então, *in dubio pro societate*. Aqui não se trata de réu, quando a dúvida lhe beneficia" (PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria forense**, p. 2218). Ele esclarece, no entanto, que o brocardo não se aplica ao imputável quando da realização do exame criminológico.

[615] DIETER, Mauricio Stegemann. **Política criminal atuarial**, p. 22.

necessariamente implica um maior distanciamento da realidade no exame de problemas concretos”[616].

Salo de Carvalho também trata dos discursos atuariais dentro das chamadas teorias penológicas neoconservadoras que teriam surgido do esgotamento do discurso da prevenção especial positiva e da consolidação do punitivismo. Ele destaca que se opera, “inegavelmente, uma redefinição da ideia de periculosidade individual para a de periculosidade coletiva”[617]. Em sua tese sobre autoritarismo e sistema penal, Christiano Fragoso destaca o potencial autoritário da lógica atuarial utilizada pelo poder punitivo[618].

Não obstante todas essas críticas – que incidem também aos exames criminológicos, os quais buscam, disfarçadamente ou não, analisar a periculosidade do sentenciado imputável que cumpre pena, o que, além de tudo, viola a lógica da legislação penal (que não admite o conceito de periculosidade ao inimputável) e ignora que desde 2003 esse exame foi extinto da Lei de Execuções Penais –, aplicando-se a teoria da dupla garantia, não se afigura necessária a declaração da inconstitucionalidade desse exame, sendo possível compatibilizá-lo com as normas constitucionais e os postulados científicos da psiquiatria e das ciências de saúde mental.

Isso porque o exame de cessação de periculosidade somente será necessário para a extinção da medida de segurança se ainda não houver transcorrido o seu prazo máximo fixado em sentença. Ainda que a sentença não explicite o prazo máximo da medida de segurança, limitando-se a repetir os termos legais, deverá o juiz responsável por sua execução fixá-lo, respeitados os mesmos parâmetros já abordados nesta tese: ela não poderá ter prazo superior ao que seria estabelecido para o semi-imputável. Assim, deverá o magistrado analisar o injusto penal cometido e fixar, como prazo máximo da medida, a pena mínima a ele cominada, com a incidência da causa de diminuição de pena pela semi-imputabilidade.

O objeto do exame de periculosidade não deverá ser um impossível prognóstico de reincidência. Nem sequer é aceitável que a equipe interdisciplinar e multiprofissional responsável pelo laudo tenha acesso ao processo criminal ou ao processo de execução penal[619].

---

[616] DIETER, Mauricio Stegemann. **Política criminal atuarial**, p. 38.
[617] CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, p. 107.
[618] FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**, p. 345.
[619] Se o juiz da execução penal insistir na necessidade de o perito concluir que o sentenciado não tem mais periculosidade para determinar a desinternação é interessante o alerta de Iturbe: não se pode exigir a completa cessação da periculosidade, bastando que seja provável que o indivíduo não volte a delinquir por certo período. (ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad**, p. 118).

Também não é necessário que a doença mental tenha sido curada[620]. Não se deve trabalhar com a perspectiva de cura, mas com a ideia de reabilitação psicossocial e estabilização dos sintomas dos transtornos psiquiátricos.

De acordo com Jéssica Almeida, deve-se diferenciar o tratamento da cura. Esta é a recuperação total da saúde e o afastamento completo da doença como resultado (ou não) de um tratamento médico. Havendo, no entanto, transtornos mentais incuráveis, embora tratáveis, almejar a cura legitimaria a segregação perpétua. Definitivamente não é isso o que se busca[621]: "Para incluir uma pessoa com transtorno mental na sociedade, é preciso (i) construir uma autonomia possível no mundo, (ii) fortalecer as (inter)relações socias e sua rede de apoio e (iii) viabilizar a contratualidade, assim, também, como um espaço seguro"[622].

Assim, constatado que o indivíduo tem sua doença sob controle, podendo prosseguir com eventuais tratamentos, caso queira, sem a interferência compulsória do Estado (com ou sem o auxílio dos familiares), deverá ser extinta sua medida de segurança. O art. 14 do estatuto da pessoa com deficiência explica que o objetivo da reabilitação – direito fundamental – é o desenvolvimento de habilidades que contribuam para a autonomia pessoal, na medida do possível[623].

O exame poderá ser realizado a qualquer momento se houver pedido fundamentado do Ministério Público, do sentenciado, de seu procurador ou defensor (art. 176 da LEP), mas obrigatoriamente será realizado após o prazo mínimo fixado na sentença e, posteriormente, de ano em ano (art. 97, §2º do CP). Sobre a possibilidade de se realizar o exame de cessação de periculosidade antes do advento do prazo mínimo, destaca Alamiro Velludo que "tem o condão de evitar a continuidade de medidas de segurança desnecessárias"[624].

A autoridade administrativa deverá remeter relatório até 1 mês antes de expirá-lo (art. 175, inc. I da LEP). O desrespeito a esse prazo deve ensejar a suspensão imediata da medida de

---

[620] Mesmo quem trabalha com a equivocada ideia de que só é possível a liberação do internado após a cessação de sua periculosidade reconhece que esta pode ocorrer sem a cura da doença. Por exemplo, em "doenças que levam à demência. Demente, o indivíduo fica incapaz de articular crimes. Trata-se, portanto, de doente mental grave, mas sem periculosidade social" (PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria forense**, posição 2102).
[621] ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança**, p. 48-50.
[622] *Ibid.*, p. 195.
[623] O art. 14 do Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe: "O processo de habilitação e de reabilitação é um direito da pessoa com deficiência. Parágrafo único. O processo de habilitação e de reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas".
[624] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Comentários aos artigos 96 a 99 do CP. In: REALE Jr. Miguel (coordenador). **Código penal comentado**, p. 270.

segurança, pois o sentenciado não pode ser prejudicado por demora imputável ao Estado. Não há previsão legal para que o pedido de realização do exame de cessação de periculosidade antes do prazo legal seja feito pela equipe técnica responsável pelo programa terapêutico do sentenciado, mas nada impede que isso seja feito. Basta que o Ministério Público ou a defesa, ao tomar ciência do relatório enviado por ela aos autos, endosse o pedido, a fim de suprir eventual alegação de ausência de legitimidade. De qualquer forma, o entendimento de que o juiz não poderia determinar a realização deste exame de ofício[625], caso haja negligência do Ministério Público ou da defesa ao tomar conhecimento do relatório emitido pela equipe técnica responsável pelo acompanhamento da medida, não pode ser admitido. Constatando que há probabilidade de o paciente estar com seu transtorno controlado e em condições de ser desinternado, deve-se autorizar ao juiz determinar a sua realização para evitar constrangimento ilegal à liberdade do paciente, o que poderia ser sanado inclusive por *habeas corpus* de ofício.

6.16. Liberação condicional: em que consiste a prática de fato indicativo da persistência da periculosidade?

De acordo com o art. 97, §3º do CP: "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". Cezar Roberto Bitencourt entende que o dispositivo legal prevê verdadeira *suspensão condicional* da medida de segurança, e não sua extinção[626].

A primeira observação quanto a esse dispositivo é que ele só se aplica se a desinternação (referente à medida de segurança de internação) ou a liberação (referente à medida de segurança de tratamento ambulatorial) ocorrer antes do seu prazo máximo, como decorrência do exame de cessação de periculosidade. Se a extinção da medida se der por qualquer outra causa extintiva (advento de seu termo final, prescrição, indulto), não se aplica o dispositivo legal[627].

A segunda observação diz respeito à correta interpretação do que se deve entender por fato indicativo de persistência de periculosidade. Para parte da doutrina ortodoxa, esse dispositivo legal estaria agasalhando a hipótese de medida de segurança pré-delitual, permitindo sua reaplicação em razão de qualquer fato antissocial. Essa interpretação, porém,

---

[625] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 950.
[626] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 947.
[627] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Comentários aos artigos 96 a 99 do CP. In: REALE Jr. Miguel (coordenador). **Código penal comentado**, p. 271.

viola o princípio da legalidade. Sendo a medida de segurança pena, ela só pode ser novamente imposta ao sentenciado que tenha praticado nova infração penal[628].

Caso seja restabelecida a situação anterior do indivíduo em razão da prática de novo injusto penal, deverá ser detraído o tempo de internação ou tratamento ambulatorial já cumprido, a fim de se respeitar o prazo máximo a medida anteriormente aplicada, sem prejuízo de se somar a ele eventual nova medida de segurança aplicada pela nova infração penal[629].

Conforme dispõe o art. 178 da LEP, aplicam-se ao liberado ou desinternado as condições previstas nos arts. 132 e 133 da LEP para o livramento condicional: obter ocupação lícita em prazo razoável, comunicar periodicamente ao juiz sobre sua ocupação, não mudar da comarca sem prévia autorização. Há, ainda, condições facultativas: não mudar de residência sem comunicação, recolher-se à habitação em determinado horário e não frequentar determinados locais. É evidente, porém, que todas as condições devem ser adaptadas à condição do sentenciado que, embora provavelmente tenha sido reabilitado psicossocialmente, ainda deve sofrer de transtorno mental e, por isso, deverá ser mais tolerável eventual descumprimento. A própria exigência de ocupação lícita, por exemplo, não poderá ser aplicada, por exemplo, se o sentenciado for inválido para o trabalho.

Ultrapassado o prazo de 1 ano desde a liberação ou a desinternação, e não havendo notícia da prática de nova infração penal, deve-se declarar extinta a medida de segurança. O ônus é do Ministério Público, pois não é possível exigir do sentenciado prova negativa de que, no período, não praticou injusto penal. Importante destacar que a situação do sentenciado que não é encontrado após a sua desinternação não enseja o restabelecimento da situação anterior, porque isso nem de longe pode ser considerado fato indicativo de periculosidade, por mais elástica que seja a interpretação que se dê a essa expressão[630].

Quanto à desinternação condicional, Jéssica Almeida visualiza a possibilidade de aplicação analógica do art. 5º da lei 10.216/01, o qual prevê a alta planejada e reabilitação social assistida para o paciente que esteja há longo tempo hospitalizado ou se encontre em situação de grave dependência institucional. Nesse caso, porém, excepcional (pois a regra é o tratamento psiquiátrico em meio aberto), "a cautela é do Estado, que deve planejar, de modo

---

[628] No sentido que defendemos: BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**, p. 431; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**, p. 473.
[629] Com o mesmo raciocínio, embora sustentando que o prazo máximo da medida é a pena máxima cominada ao delito: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Comentários aos artigos 96 a 99 do CP. In: REALE Jr. Miguel (coordenador). **Código penal comentado**, p. 271.
[630] Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 947.

individualizado, o projeto de reabilitação psicossocial, assistindo o paciente em suas demandas e acompanhando a continuidade, se necessário, do tratamento em saúde"[631].

Além da desinternação e da liberação condicional, são comuns decisões que determinam a conversão da medida de internação em tratamento ambulatorial, o que conta com apoio doutrinário[632]. Efetivamente não há qualquer problema nesse procedimento, aliás louvável e de acordo com a lei 10.216/01. É possível que seja necessário manter o sentenciado em tratamento, mas, ao mesmo tempo, a internação seja demasiada. No entanto, deve-se frisar que o tratamento ambulatorial igualmente não poderá ser perpétuo, somente se justificando pelo prazo que faltaria para o cumprimento integral da medida de internação.

6.17. O que fazer com o portador de doença mental com grave dependência institucional?

A ideologia da defesa social e o acolhimento irrefletido da ideia de periculosidade das pessoas com doenças mentais, que tivessem ou não perpetrado injustos penais, trouxe uma situação trágica, com a internação desenfreada de multidões sem o tratamento terapêutico adequado e em condições lastimáveis de higiene e saúde, a ponto de Basaglia comparar, na década de 1970, o manicômio de Barbacena a um campo de concentração, dando nome à imprescindível obra de Daniela Arbex: O Holocausto Brasileiro.

Um dos terríveis efeitos disso foi o surgimento de pacientes internados há décadas, criando-se grave quadro de dependência institucional. Goffman explica que "se a estada do internado é muito longa, pode ocorrer, caso ele volte para o mundo exterior, o que já foi denominado 'desculturamento' – isto é, 'destreinamento' – que o torna temporariamente incapaz de enfrentar alguns aspectos de sua vida diária"[633]. O art. 5º da Lei 10.216/01 trata dessa questão:

> O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.

---

[631] ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança**, p. 52.
[632] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, p. 675.
[633] GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**, p. 23.

Sobre o tema, duas reflexões são necessárias. A primeira é que os operadores do direito e os profissionais da saúde mental têm que consolidar a ideia de que as internações em hospitais psiquiátricos ou em outras instituições totais por longo período não só não configuram tratamento médico adequado, como agravam a situação psicossocial do sujeito, que passa a depender do suporte institucional por toda a sua vida. Para evitar que em 10, 20 ou 30 anos ainda existam pacientes crônicos e dependentes de instituições totais, é fundamental não apenas solucionar o problema daqueles que se encontram nessa situação, mas principalmente não criar novos pacientes assim. E isso somente será possível com o respeito irrestrito às normas legais e constitucionais e ao princípio da excepcionalidade e da brevidade da internação[634]. Mariana Weigert constatou que as medidas ambulatoriais são aplicadas em proporção inferior às medidas de internação, o que indica que a opção do Poder Judiciário, em regra, é realmente pela institucionalização[635]. Esse quadro não pode permanecer.

Além disso, nos casos excepcionais em que o indivíduo for internado compulsoriamente, em razão da aplicação de medida de segurança de internação, deverá lhe ser fornecida a máxima atenção pela equipe técnica, que necessita cuidar não somente de sua saúde mental, mas de seu desenvolvimento pessoal e, se possível, familiar. Ainda que não haja familiares disponíveis para auxiliá-lo, devem ser oferecidos meios de lhe dar certa autonomia para que não dependa, para viver, de qualquer instituição.

Em alguns casos, naquelas doenças psiquiátricas ou neurológicas que comprometam significativamente as funções mentais básicas (como a deficiência intelectual grave e o mal de Alzheimer em estágio avançado), será necessário que o indivíduo seja sempre auxiliado por terceiros, mas isso não deve ser feito em instituições de internação, segregando-os, mas sim nos equipamentos de saúde adequados, como, por exemplo, as residências terapêuticas. Pode-se pensar, ainda, no fornecimento de enfermeiros 24 horas por dia para cuidar do paciente em sua residência.

A segunda reflexão é talvez mais difícil. O que fazer com os pacientes que já estão com grave dependência institucional? Mantê-los internados somente agravará o quadro clínico e prejudicará a reabilitação psicossocial. Esquecê-los enclausurados aguardando o único destino

---

[634] MAPELLI Jr., Reynaldo Mapelli; MAPELLI, José Antonio Diana. O poder público nas internações psiquiátricas e nos abrigamentos compulsórios – A questão dos inimputáveis. In: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. (organizadores). **Medida de segurança**, p. 78.
[635] WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades**, p. 146.

inevitável a todas as pessoas é uma desumanidade tremenda, além de configurar clara inconstitucionalidade e ilegalidade, pois permite a sanção perpétua.

Deve-se enfocar, como previsto no art. 5º, a política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida. O primeiro passo é a imediata desinternação dos sujeitos, inserindo-os, visto que necessitam de auxílio permanente de terceiros, em residências terapêuticas, a fim de que possam voltar a ter liberdade, ainda que parcial, caminhar pelas ruas, sentir o vento em sua direção. O passo seguinte, se for possível, será a sua inserção em programas de assistência social, que devem suprir suas necessidades básicas com moradia, alimentação, higiene, saúde e lazer. Não se descarta, também nesse caso, o fornecimento de profissionais de saúde 24 horas por dia para auxiliar o indivíduo em sua rotina.

Jéssica Almeida explica que, para a reforma psiquiátrica, o cuidado em saúde mental deve buscar a reabilitação psicossocial, que possui três eixos: moradia, rede social e trabalho. Em outras palavras, são necessários programas nas três áreas. Na primeira, destacam-se os serviços de residência terapêutica (Portaria/GM n° 106/00). Na segunda, o "De volta para a casa", que prevê, a título de auxílio-reabilitação psicossocial, o recebimento mensal de R$240,00 (Lei n° 10.708/03). Na terceira, a criação de grupos de trabalho[636].

Ela sustenta que o foco deve estar na participação: "não é 'fazer com que os fracos deixem de ser fracos', mas modificar as regras do jogo para que todos participem"[637]. A autora defende que "as variáveis relacionadas ao contexto dos pacientes e dos serviços é decisivamente maior se comparadas à influência das variáveis 'psiquiátricas' (como os diagnósticos, por exemplo) em relação aos resultados (êxitos) da reabilitação psicossocial"[638].

Deve-se destacar que essas dificuldades só existem naqueles casos em que o indivíduo tem forte dependência institucional em razão de seu quadro clínico, que o impede de exercer suas atividades corriqueiras sozinho, e da ausência de suporte familiar ou social, não tendo absolutamente nenhuma relação com eventual periculosidade individual.

O conceito da periculosidade já foi afastado. Uma pessoa somente pode ser privada de sua liberdade por meio da internação compulsória por decisão judicial que venha a lhe aplicar medida de segurança de internação após o devido processo legal e pelo prazo fixado para ela, a fim de não ser tratada de forma mais gravosa que o imputável. A internação involuntária, que

---

[636] ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança**, p. 63.
[637] *Ibid.*, p. 88.
[638] *Ibid.*, p. 91.

dispensa autorização judicial, somente é possível por período bastante breve e desde que envolva risco imediato de morte do paciente ou outra situação de emergência.

Passados os prazos máximos da internação involuntária ou da internação compulsória, deve o sujeito ser simplesmente colocado em liberdade. É certo que o Estado deverá lhe assegurar seu direito à saúde, mas não pode obrigá-lo a se tratar. É compreensível o receio de se liberar um sujeito que já praticou um injusto penal grave. Mas não é demasiado reiterar que o nosso ordenamento jurídico não prevê a prisão perpétua ou a pena de morte. É pertinente, a essa altura, mencionar a seguinte provocação de Antônio Carlos da Ponte quanto ao imputável que, após o cumprimento de sua pena, ainda que não reúna condições mínimas para o convívio social, é posto em liberdade: "Curiosamente, nessa última situação, não há defensores da tese de que o imputável deva permanecer preso"[639].

Por mais grave que seja o delito, a pessoa, depois de cumprir a sanção adequada, imputável ou não, deverá ser liberada. As relações sociais são por natureza arriscadas. O inimputável não é mais nem menos perigoso que o imputável. Os operadores do direito e os profissionais de saúde não podem ter medo da liberdade.

---

[639] PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**, p. 87.

CONCLUSÃO

1. A ideologia da defesa social sempre esteve presente no pensamento penal. Antes mesmo da escola positiva, pensadores clássicos e pré-clássicos baseavam-se nela ao sustentarem a eficácia preventiva da pena. O positivismo criminológico aprofundou os fundamentos da ideologia da defesa social. Com o mito da periculosidade, legitimou sanções perpétuas e neutralizadoras para as pessoas consideradas perigosas.

2. As medidas de segurança resultaram da conciliação entre os postulados clássicos e os positivistas. Embora o monismo – propugnado pela escola positiva – não tenha alcançado êxito, a adoção do sistema do duplo binário permitiu que o ideal positivista de neutralização dos indivíduos considerados perigosos e incorrigíveis fosse incorporado pelas legislações.

3. Mesmo que historicamente as medidas de segurança atingissem imputáveis, semi-imputáveis e inimputáveis, no Brasil, desde a reforma penal de 1984, que abandonou o duplo binário em prol do sistema vicariante, as medidas de segurança somente se destinam às pessoas com transtornos mentais que tenham sido consideradas inimputáveis ou semi-imputáveis. Aos inimputáveis, aplica-se somente medida de segurança; aos imputáveis, somente pena. Aos semi-imputáveis, pode-se aplicar uma ou outra, mas em nenhuma hipótese se permite que ambas sejam impostas cumulativamente.

4. A medida de segurança é verdadeira sanção criminal aplicada ao inimputável. Assim como a pena, implica restrição ou privação de direitos fundamentais, tem caráter aflitivo, pressupõe a prática de um injusto penal e é imposta justamente em razão dele. Nenhuma diferença apontada pela doutrina se refere à estrutura de ambos os institutos. Ontologicamente não há nada que os distinga. A única distinção que deve ser considerada entre penas e medidas de segurança se refere aos seus destinatários. Como as medidas de segurança são impostas a pessoas mais vulneráveis – em razão de seus transtornos mentais –, algumas normas protetivas inaplicáveis aos imputáveis devem incidir sobre eles.

5. A tese da dupla garantia defende que, por serem ontologicamente penas, as medidas de segurança devem respeitar todos os direitos e garantias penais e processuais penais: em nenhuma hipótese o tratamento dado ao inimputável pode ser mais severo do que o do imputável ou semi-imputável. Por outro lado, por serem aplicadas a pessoas especialmente vulneráveis, devem incidir às medidas de segurança também as normas previstas na legislação que protege as pessoas com deficiências e transtornos mentais, por exemplo, a lei 10.216/01 e a lei 13.146/15.

6. O ordenamento jurídico brasileiro não permite a adoção da ideologia da defesa social no tratamento das pessoas com transtornos mentais. A legislação brasileira não adotou os postulados da antipsiquiatria, ou seja, as doenças mentais devem ser encaradas ainda da perspectiva médica: tanto é assim que é vedada a internação de qualquer paciente se não houver autorização escrita em laudo médico circunstanciado. Por outro lado, a incorporação de algumas premissas dos movimentos antimanicomiais na lei 10.216/01 afastou a possibilidade de se tratar as pessoas com transtornos mentais da perspectiva da defesa social: a internação é medida de *ultima ratio* e somente se justifica se o tratamento extra-hospitalar não for eficaz. O advento dos psicofármacos na década de 1950, principalmente dos antipsicóticos, permitiu a mudança de paradigma da psiquiatria e o abandono da lógica manicomial.

7. Há três tipos de internação psiquiátrica previstas na legislação brasileira: voluntária, involuntária e compulsória. A internação voluntária não é problema do direito penal, pois não envolve privação forçada de liberdade. A internação involuntária, se corretamente interpretada para abranger somente as situações em que o paciente psiquiátrico esteja em surto, risco de morte ou outra emergência, também não é matéria de direito penal, desde que cesse assim que a situação que a ensejou se extinguir. A internação compulsória – ou seja, aquela imposta contra a vontade do paciente psiquiátrico e fora das hipóteses de surto, risco de morte ou outra emergência – deve ser trazida para o direito penal, pois somente é legítima se for aplicada a quem tenha praticado um injusto penal e, após o devido processo legal, receba medida de segurança de internação.

8. Há que se distinguir de forma clara as internações involuntárias das compulsórias: o que as diferencia não é somente a necessidade ou não de decisão judicial; isso é mera consequência que decorre do fato de elas terem pressupostos distintos. As involuntárias prescindem da jurisdição porque envolvem matéria exclusivamente médica; as compulsórias, porém, pressupõem a atuação dos juízes justamente porque, ao serem impostas sem uma situação de surto, risco de morte ou outra emergência, devem ter um fundamento distinto que não seja simplesmente a necessidade de tratamento: o único fundamento constitucionalmente admissível é a prática de um injusto penal.

9. O conceito de pena não pode ser meramente formal, pois isso permitiria ao Estado burlar as garantias penais e processuais penais declarando que determinadas medidas, claramente punitivas, não são penas. Devemos partir, portanto, de dados ônticos: qualquer medida de privação de liberdade – imposta, autorizada ou tolerada pelo Estado – que não tenha como finalidade a neutralização de um dano em curso ou um perigo imediato é pena. A privação de liberdade, determinada judicialmente, de um indivíduo com transtorno mental para que ele

não cause incômodo a terceiros, ou seja, para garantir a defesa social, é claramente pena. Deve, portanto, respeitar as garantias penais e processuais penais.

10. São inconstitucionais as internações compulsórias pré-delituais e pós-infracionais. Internações compulsórias pré-delituais são as aplicadas por juízes com competência em matéria cível, fazendária ou de família, e têm como fundamento um laudo médico do qual conste o diagnóstico psiquiátrico e a recomendação de tratamento em regime de internação. Essas internações compulsórias, se não se justificarem pela situação de surto, emergência ou risco de morte (que possibilitariam a internação involuntária), são penas e, impostas a alguém que não tenha cometido qualquer delito, violam o princípio da legalidade. Elas equivalem às medidas de segurança pré-delituais, defendidas por alguns positivistas criminológicos no início do século XX, mas rechaçadas pela maioria da doutrina e pela legislação brasileira. Internações compulsórias pós-infracionais são aquelas aplicadas a indivíduos que efetivamente praticaram ato antissocial de destacada gravidade (crime ou ato infracional), mas já cumpriram integralmente a sanção prevista na lei e na sentença. É de conhecimento público que, em algumas situações de atos infracionais graves praticados por adolescentes, após o término da medida socioeducativa, juízes os mantém segregados com fundamento em sua periculosidade, sob o pretexto de lhes tratar de algum transtorno psiquiátrico, o que ocorre, em regra, em casos com repercussão midiática nacional, sendo que no Estado de São Paulo há um local denominado UES (Unidade Experimental de Saúde) com essa finalidade para onde eles são encaminhados. O Superior Tribunal de Justiça reconhece a legitimidade dessas internações compulsórias pós-infracionais, fundamentando-as na lei 10.216/01.

11. As internações compulsórias pós-infracionais são inegavelmente penas. Assemelham-se às internações compulsórias pré-delituais, pois baseadas em um diagnóstico psiquiátrico, mas com um componente extra: sua justificativa, inclusive declarada nas decisões judiciais, frequentemente se embasa na gravidade do ato infracional cometido e na necessidade de se proteger a sociedade. A finalidade das internações compulsórias pós-infracionais é a mesma das medidas de segurança que eram aplicáveis aos perigosos – após o cumprimento da pena – no sistema do duplo binário: permitir que a segregação ocorra por prazo indeterminado, quiçá de forma perpétua. As internações compulsórias pós-infracionais são inconstitucionais, pois: (a) desrespeitam o prazo máximo previsto na legislação para a medida socioeducativa aplicada ao adolescente, mantendo-o segregado por tempo superior ao que é juridicamente

possível; (b) repristinam o sistema do duplo binário; (c) permitem a segregação perpétua, em contrariedade à Constituição Federal.

12. É evidente que o Estado pode e deve fornecer os equipamentos de saúde adequados a quem padece de sofrimento psíquico. No entanto, de acordo com a normativa existente (e com a própria ciência psiquiátrica), a internação em hospital, que deve visar à melhora clínica do paciente, somente deve ocorrer em último caso. E se ele não cometeu qualquer injusto penal, só pode prescindir de sua vontade se houver emergência médica ou risco de morte (internação involuntária)

13. Há quatro teses a respeito da legitimidade das medidas de segurança e das normas jurídicas aplicáveis a elas. Para a doutrina ortodoxa, as medidas de segurança não são penas e, portanto, não devem respeitar as garantias penais e processuais penais. A lei 10.216/01 também não se lhes aplica, uma vez que trata somente de internações "civis". Parte da doutrina progressista defende a inconstitucionalidade das medidas de segurança e prega que os inimputáveis – tenham ou não cometido injusto penal – sejam tratados exclusivamente no âmbito da saúde. O risco desse pensamento está em ignorar que o poder punitivo psiquiátrico, com ou sem a nomenclatura da medida de segurança, poderia continuar se exercendo em face desses indivíduos e sem qualquer controle jurídico, pois afastadas as garantias penais e processuais penais. Outra parte da doutrina progressista, ao constatar que historicamente os inimputáveis foram tratados de forma mais gravosa do que os imputáveis, defende a inconstitucionalidade do instituto da inimputabilidade com a consequência de se aplicar pena a todos, tenham ou não doença mental. A crítica a esse pensamento é que ignora o direito positivo, a teoria do crime e as vulnerabilidades próprias das pessoas com transtornos mentais. De nossa parte, preferimos a teoria da dupla garantia. Reconhecemos que ontologicamente as penas são idênticas às medidas de segurança, razão pela qual em nenhuma hipótese se pode permitir que o inimputável seja tratado de forma mais gravosa que o imputável. No entanto, não se pode olvidar também das regras protetivas próprias aplicáveis a todas as pessoas com transtornos mentais.

14. A decisão pela imputabilidade, semi-imputabilidade ou inimputabilidade compete aos magistrados, pois o Brasil adota o sistema biopsicológico da inimputabilidade por doença mental. Os laudos forenses tradicionalmente são recheados de subjetividades e preconceitos, sendo necessário que a doutrina preveja limitações objetivas à sua elaboração. O exame médico-legal deve ser realizado por equipe técnica interdisciplinar, e não por um único psiquiatra. A equipe técnica não deve ter acesso ao processo criminal. O laudo deve indicar

somente (a) a existência ou não de transtorno mental e seus principais sintomas e características; (b) a data provável de seu aparecimento e (c) o tratamento terapêutico indicado.

15. Se, com base no laudo e nas outras provas dos autos, o juiz entender que o transtorno mental foi determinante para a prática do injusto penal, deverá reconhecer a inimputabilidade; se concluir que ele a influenciou, mas não foi determinante, declarará a semi-imputabilidade. É possível que, a despeito da doença mental, o magistrado conclua pela imputabilidade se o transtorno mental descrito no laudo pericial não tiver influenciado, de acordo com as provas produzidas em juízo, a prática do crime.

16. Para que seja determinada a realização de incidente de insanidade mental é necessário que a defesa concorde. Não é possível ao juiz ou ao tribunal aplicar medida de segurança em detrimento da pena se a defesa não a houver solicitado.

17. A medida cautelar de internação provisória somente se justifica "nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração". Além desses requisitos, incidem os princípios que norteiam as medidas cautelares em geral, como a proporcionalidade e sua decorrência lógica, a homogeneidade, que impede a aplicação de medida cautelar privativa de liberdade sempre que esta não for possível de ser aplicada como sanção penal após o devido processo legal. Por fim, é necessária a existência de laudo médico indicando a necessidade terapêutica da internação. Em nenhuma hipótese o portador de transtorno mental poderá permanecer em estabelecimento prisional comum.

18. O art. 152, §1º do CPP é inconstitucional: não se permite a segregação cautelar por prazo indeterminado do indivíduo que, no curso do processo, desenvolva um transtorno mental. Se não for o caso de lhe aplicar medida cautelar, o processo deve ficar suspenso até que se restabeleça. Caso contrário, deverá o processo prosseguir e, se permanecer o transtorno no momento da sentença, poderá ser substituída a pena por medida de segurança.

19. Não se pode aplicar medida de segurança se a autoria e a materialidade do injusto penal não forem comprovadas ou se incidir alguma excludente de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade. A escolha da medida de segurança adequada – internação ou tratamento ambulatorial – não pode se pautar somente na natureza da pena cominada no preceito penal secundário do tipo penal (reclusão ou detenção). A regra deverá ser o tratamento ambulatorial. Para optar pela internação em detrimento do tratamento ambulatorial, o magistrado deverá observar os seguintes critérios: (a) não ser possível, ao semi-imputável que tenha praticado o mesmo injusto penal, a fixação de regime inicial aberto, semiaberto ou a substituição da pena

privativa de liberdade por restritiva de direitos ou o *sursis*, ou seja, é necessário que a pena adequada àquele seja privativa de liberdade em regime fechado; (b) existir laudo médico indicando a internação como medida terapêutica adequada.

20. É inconstitucional a indeterminação temporal da medida de segurança. O seu prazo máximo, para respeitar o princípio da isonomia, deverá ser a pena mínima cominada ao delito com a incidência da causa de redução de pena da semi-imputabilidade. Entendimentos diversos – que consideram como prazo máximo a pena máxima cominada ao delito (STJ) ou a pena que seria aplicada ao imputável em situação semelhante – desrespeitam a isonomia, por tratarem de forma mais branda o semi-imputável do que o inimputável.

21. Não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade no prazo mínimo da medida de segurança – que deverá, na falta de outro critério, ser fixado no mínimo legal (1 ano) –, ressalvando-se, evidentemente, a possibilidade de se realizar o exame de cessação de periculosidade antes desse período. Se houver indicação da perícia ou se o prazo máximo da sanção for inferior a 1 ano, por razões lógicas deverá ser fixado prazo mínimo inferior ao previsto na lei.

22. O transtorno de personalidade antissocial não deve ensejar o reconhecimento da inimputabilidade ou da semi-imputabilidade por não ser verdadeira doença mental.

23. Aplica-se a prescrição da pretensão punitiva e a pretensão executória às medidas de segurança. Após a sentença, deve-se considerar para o cálculo o tempo máximo fixado na sentença para a sanção. Não há qualquer inconveniente em aplicar a prescrição retroativa, a intercorrente e a executória. Por falta de previsão legal, a sentença penal e o acórdão absolutórios que imponham medida de segurança não interrompem o prazo prescricional. A instauração do incidente de insanidade mental não suspende o prazo prescricional.

24. Além da prescrição da pretensão executória, é possível que, transcorrido tempo significativo desde a emissão do laudo médico recomendando a internação, extinga-se, por falta de interesse processual, a medida de segurança imposta – antes mesmo de sua execução – ou se a converta em tratamento ambulatorial, caso não se demonstre a atualidade da necessidade da internação.

25. É inconstitucional a previsão do código de processo penal que permite a imposição de medida de segurança ao inimputável sem submetê-lo ao tribunal do júri.

26. Todos os institutos despenalizadores – composição civil de danos, transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal – são aplicáveis aos inimputáveis.

27. O juiz da execução penal deverá proceder à unificação das medidas de segurança impostas em processos diferentes aos inimputáveis, respeitando-se, porém, o prazo máximo de cada uma delas.

28. A pessoa sujeita à internação tem o direito fundamental de se recusar a ingerir medicamentos e de não ser forçada a se submeter a outras terapias.

29. Em hipótese nenhuma deve ser permitido que o inimputável ao qual tenha sido aplicada medida de segurança de internação permaneça em estabelecimento prisional comum; ausente vaga em HCTP, deve-se permitir sua internação em hospitais gerais – públicos ou privados – ou a substituição da medida por tratamento ambulatorial.

30. A pessoa que esteja em cumprimento de medida de segurança de tratamento ambulatorial somente poderá ser regredida para a medida de internação em hipóteses excepcionais. Diante da recusa do paciente em se submeter ao tratamento ambulatorial, ou de sua inconstância, deverá o magistrado determinar à equipe técnica responsável que realize busca ativa a ele para constatar sua situação psicossocial e as razões do descumprimento. Não tendo êxito, deverão ser designadas audiências de advertência. Esse procedimento lento e constante de conscientização deve ocorrer durante todo o prazo de cumprimento da medida. A internação somente se justificará se, a despeito de todos esses esforços, além de o sentenciado permanecer em descumprimento da medida, seu quadro clínico se agravar e um médico constatar a necessidade de sua internação compulsória.

31. Todos os direitos da execução penal – progressão de regime, livramento condicional, remição e saída temporária – devem incidir aos inimputáveis.

32. O exame de cessação de periculosidade não deve se imiscuir em julgamentos morais. Assim como o exame de insanidade mental, deverá ser elaborado por equipe interdisciplinar e deverá analisar se o sujeito tem sua doença sob controle, podendo prosseguir com eventuais tratamentos, caso queira, sem a interferência compulsória do Estado.

33. Atingido o prazo máximo da medida de segurança, deverá ser a pessoa desinternada ou liberada independentemente da realização de qualquer exame de cessação de periculosidade, não se aplicando, nesse caso, o art. 97, §3º do CP. Se a desinternação ou liberação ocorrer antes do prazo máximo da medida de segurança, poderá ser aplicado o art. 97, §3º do CP. Se, nesse período, o sentenciado praticar ato indicativo de sua periculosidade (que só pode ser interpretado como crime), poderá ser restabelecida a situação anterior, respeitando-se sempre, porém, o prazo máximo da medida.

34. Os operadores do direito devem, por expressa disposição legal (art. 5º da lei 10.216/01), respeitar o princípio da brevidade da internação para evitar situações de grave dependência institucional. Os pacientes que, pela gravidade de seu quadro clínico ou pela ausência de amparo psicossocial, não tiverem condições de se cuidar sozinhos não podem ser mantidos internados sob esse fundamento. Deve o Estado lhes proporcionar alternativas outras, como a inclusão em Serviço de Residência Terapêutica ou a disponibilização de enfermeiro 24 horas para auxiliá-los, o que dispensa por completo a intervenção do juízo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. **Inclusão social em medida de segurança: modelos e práticas envolvendo pessoas com transtorno mental implicadas com a Justiça Criminal**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2019

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil**. São Paulo: Geração Editorial, 2013

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**, 5ª ed. (E-book). Porto Alegre: Artmed, 2015

ASUA, Luis Jimenez de. **La sentencia indeterminada**, 2ª ed. Tipografica Editora Argentina: Buenos Aires, 1948

AVENA, Norberto. **Execução penal**, 2ª ed. São Paulo: Método, 2015

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002

BARNHILL, John W. **Casos clínicos do DSM-5** (E-book). Porto Alegre: Artmed, 2015

BARRETTO. Carlos Xavier P. **O crime, o criminoso e a pena**, 2º volume. A. Coelho Branco Editor: Rio de Janeiro, 1938

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **Aplicação da política de saúde mental instituída pela lei n. 10.216/2001 ao louco infrator**. In: Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias, ano 1, n° 1. São Paulo: Conselho Penitenciário, agosto/2011

BARROS, Daniel Martins de; CASTELLANA, Gustavo Bonini. **Psiquiatria forense: interfaces jurídicas, éticas e clínicas**, 2ª ed. (E-book). Porto Alegre: 2020

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais.** Parecer. Rio de Janeiro: 2010. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf . Acesso em 09/01/2020

BASAGLIA, Franco. **A psiquiatria alternativa: contra o pessimismo da razão, o otimismo da prática**, 3ª ed. São Paulo: Ed. Brasil Debates, 1982

_____. **A instituição da violência**. In: A instituição e os discursos, Revista Trimestral de Cultura, n. 35, p. 34-71. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1974

BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal, parte geral, v. 2**. São Paulo: Saraiva, 1973

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990

_____. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012

BERGALLI, Roberto; RAMÍRES, Juan Bustos. **O pensamento criminológico I: uma análise crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2015

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral, vol. 1**, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019

BRANCO, Thayara Castelo. **A deslegitimação das medidas de segurança no Brasil**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal, parte geral**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Editora Rio: Rio de Janeiro, 1977

_____. **Direito penal**, parte geral, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2005

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013

CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e direito penal**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2019

CAETANO, Haroldo. **Loucura e direito penal: pistas para a extinção dos manicômios judiciários**. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Instituto de Psicologia da UFF, 2018

CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito penal brasileiro**, 2ª. ed. São Paulo: RT, 2005

CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito penal, parte geral: questões fundamentais – teoria geral do crime**, 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2008

CARVALHO, Salo de. **Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1956

CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século**. Rio de Janeiro: UERJ, 1998.

CASARA, Rubens R. R. **Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie** (E-book). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018

COOPER, David. **Psiquiatria e a antipsiquiatria**. São Paulo: Perspectiva, 1967

CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. (organizadores). **Medida de segurança: uma questão de saúde e ética**. São Paulo. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. **O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: IBCCRIM, 2018

CREMESP. **Hospital de custódia: prisão sem tratamento**. São Paulo: CREMESP, 2014

CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**, 4ª ed. Salvador: Juspodium, 2018

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**, 3ª ed. (E-book). Porto Alegre: Artmed, 2019

DIETER, Mauricio. **Política criminal atuarial**. Rio de Janeiro: Revan, 2013

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011.** Brasília: Letras Livres, 2013

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

DOYLE. Daniel Alvarez. **La nueva peligrosidad criminal: medidas de seguridad pospenitenciarias para delincuentes imputables**. Buenos Aires/Montevideo: Editorial B de F, 2019

EÇA, Antônio José. **Direito penal: medida de segurança.** Vídeo postado em 14/11/2015 e disponível no canal "Prof. Juliana Moreira" no Youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=3kIrEE828cg . Acesso em: 21/02/2020

_____. **Roteiro de psicopatologia forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

_____. **Roteiro de psiquiatria forense**. São Paulo: Saraiva, 2010

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

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989

FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997

FOUCAULT, Michel. **O poder psiquiátrico**. São Paulo: Martins Fontes, 2006

_____. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2010

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal, parte geral**, 4ª ed. São Paulo: Forense, 1989

FRANCES, Allen. **Voltando ao normal** (E-book). Rio de Janeiro: Versal Editores, 2017

FREITAS, Fernando; AMARANTE, Paulo. **Medicalização em psiquiatria**, 2ª ed. (E-book). Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 2017

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**, v. 1, t. 1, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

GARÓFALO, Raffaele. **La criminologia**. Montevideo/Buenos Aires: Editoral BdeF, 2005

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**, 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2015

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2005

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**, 2ª ed. Rio de Janeiro: LUAM, 2007

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal, v. 3**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956

ITURBE, Arnoldo Garcia. **Las medidas de seguridad: ensayo de una teoria general basada en el derecho comparado**. Universidad Central de Venezuela: Caracas, 1967

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura.** Brasília: ESMPU, 2008

JÁCOME, Rodolfo Mantilla. **La imputabilidad y la inimputabilidad penal**, 2ª ed. Bogotá: Leyer, 2008

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoria de la imputación**, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2003

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fins da pena no código penal brasileiro**. Boletim do IBCCRIM, ano 14, n° 167. São Paulo: IBCCRIM, 2006

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019

KOUPERNIK, Cyrille (org.). **Antipsiquiatria: senso ou contra-senso?** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976

LAING, R. D. **El yo dividido: un estudio sobre la salud y la enfermedad** (E-book). México: Fondo de Cultura Económica, 2015

Landry. Michel. **O psiquiatra no tribunal: o processo da perícia psiquiátrica em justiça penal**. Tradução de Jurema Franco Camargo. São Paulo: Pioneira (Editora da Universidade de São Paulo), 1981

LIEBERMAN, Jeffrey A. **Psiquiatria: uma história não contada**. São Paulo: Martins Fontes, 2016

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**, 4ª ed. Salvador: Juspodium, 2019

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**, t. 1. Campinas: Russell Editores, 2003

LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da legalidade na medida de segurança**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**, 4ª ed. Trad. de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, s/d

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

FILHO, Roberto Lyra; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Compêndio de direito penal: parte geral**. São Paulo: Bushatsky, 1972

MARÇAL, Orlando. **Da imputabilidade criminal: sob os pontos de vista antropológico, psicológico e sociológico**. Livraria Clássica Editora: Coimbra, 1919

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012

_____. **Lições de sociologia do direito**, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009

_____. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008

MATTOS, Virgílio de. **Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Revan, 2006

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: junho de 2017, p. 44.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Residências terapêuticas: o que são, para que servem.** Brasília, 2004

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Bauru: EDIPRO, Série Clássicos, 2004

NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **Medidas de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1937

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

NETTO, José Paulo. **O dc método em Marx (aula)**. Faculdade de Serviço Social da UFPE. Recife: 2002. Disponível em: www.youtube.com. Acesso em 04/10/2015

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

_____. **Curso de execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018

OLIVEIRA, **Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal**, 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

PALOMBA, Guido Arturo. **Insania furens: casos verídicos de loucura e crime**. Saraiva: São Paulo, 2017

_____. **Perícia na psiquiatria forense (E-book)**. São Paulo: Saraiva, 2016

PINHO, Demosthenes Madureira de. **Medidas de segurança (teoria geral)**. Rio de Janeiro: Typ. do 'Jornal do Commercio' – Rodrigues e CIA, 1938

PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012

RABINOWICZ, Léon. **O crime passional**, 2ª ed. Sucessor: Coimbra, 1961

RANGEL. Paulo. **Direito processual penal**, 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2016

REALE Jr. Miguel. **Instituições de direito penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

REALE Jr. Miguel (coordenador). **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2017

REUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003

REVISTA EXAME. **Holiday quer internação psiquiátrica a grávidas com 'propensão' a abortar**. Revista Exame, 24/06/2019. Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/holiday-quer-internacao-psiquiatrica-a-gravidas-com-propensao-a-abortar/ . Acesso em: 29/03/2020

RODRIGUES, Raimundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil** (E-book). Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

ROSA, Alexandre Morais. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**, 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

_____; LOPES, Ana Christina Brito Lopes. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**, 3ª ed. Editora Lisboa: Vega, 2004

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**, parte geral, 1, 13ª ed. Salvador: Juspodium, 2018

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **O direito a ações imorais – Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal**. São Paulo: Almedina, 2012

SANTO, Luiz Phelipe Oliveira Dal. **Prospettiva postcoloniale sulla economia politica dela pena: la svolta punitiva in Brasile**. Dissertação de mestrado. Bolonha: Università di Bologna, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão**. Rio de Janeiro: Forense, 1979

_____. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008

_____. **Direito penal**, 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento.** Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2019

SCHLOSS, Eva. **Depois de Auschwitz** (E-book). São Paulo: Universo dos Livros, 2013

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

_____. **Sistema de garantias e direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

SHIMIZU, Bruno. **O mal estar e a sociedade punitiva: ensaiando um modelo libertário em criminologia psicanalítica**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2015

SILVA, A. J. Costa e. **Comentários ao código penal**, 2ª ed. São Paulo: Contasa, 1967

SILVA, Martinho Braga Batista e. **O desafio colocado pelas pessoas em medida de segurança no âmbito do Sistema Único de Saúde: a experiência do PAILI-GO**. In: Physys. Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 20, 2010

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Das atuais relações entre o direito penal e o direito administrativo**. In: GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal, v. 1, t. 1, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

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

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013

STAROBINAS, Marcelo. **China interna dissidentes como louco**. Folha de S. Paulo, 18/03/2001. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1803200111.htm . Acesso em 10/02/2020

SUDWORTH, John. **Por dentro dos campos de "reeducação" para onde são mandados mulçumanos na China**. BBC News, 27/10/2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45999030. Acesso em 05/03/2020

SZASZ, Thomas S. **The myth of mental illness: foundations of a theory of personal conduct**. New York: Dell Publishing, 1961.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. São Paulo: Tirant Brasil, 2018

TORREY, R. Fuller. **A morte da psiquiatria**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**, 3ª ed. São Paulo: Peirópolis, 2002

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999

VALLE, Hugo Ayal del. **De las medidas de seguridad**. Senda: Santiago, 1943

VELO, Joe Tennyson. **Teoria crítica do juízo de imputabilidade criminal**. UFPR: Curitiba, 2013

WALKENSTEIN, Eileen. **Bitolando pela psiquiatria: a desumanização na terapia**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1980

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciários brasileiros**. Tese de doutorado. Porto Alegre: Instituto de Psicologia da UFRGS, 2015

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001

_____. **O inimigo no direito penal**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro, v. 1: teoria geral do direito penal**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011

_____. **Direito penal brasileiro: v. 2, t. I**. Rio de Janeiro: Revan, 2010

_____. **Direito penal brasileiro, v. 2, t. II**. Rio de Janeiro: Revan, 2017