

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

ADRIANA FASOLO PILATI

ALESSANDRA VANESSA TEIXEIRA

MARIA RAFAELA JUNQUEIRA BRUNO RODRIGUES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Fasolo Pilati; Alessandra Vanessa Teixeira; Maria Rafaela Junqueira Bruno Rodrigues. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-844-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. Política criminal. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

Muito nos alegrou a coordenação do Grupo de Trabalho 'Criminologias e Política Criminal', que – em grande sinergia entre os presentes – consignou expressivas pesquisas científicas com senso crítico apurado. As pesquisas vislumbraram harmonia com o próprio evento que tinha como mote 'Acesso à Justiça, Solução de Litígios e Desenvolvimento', no XXX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 15, 16 e 17 de novembro de 2023. Isso significava trazer a temática criminal sob novos olhares e desafios, aspecto que se concretizou em brilhantes apresentações.

De plano, tivemos a abordagem sobre 'Perigo Amarelo, Crimigração e Indesejáveis Contemporâneos', na qual se evidenciou os perigos da intersecção entre a política criminal e a migratória, denominada crimigração; apontando paralelos históricos e internacionais com o intuito de compreender a realidade dos imigrantes no Brasil. Abordou o contexto da imigração japonesa, nomeada perigo amarelo, durante o governo de Getúlio Vargas, Estado Novo.

Em 'Segurança Pública como Dever, Direito e Responsabilidade: a Densificação Jurídica em um Campo em Disputa' a preocupação foi em densificar conceitos com base em uma leitura constitucional amparada nos princípios de interpretação constitucional e nos estudos sociológicos que tratam do conceito de segurança pública e políticas de segurança pública. O texto constitucional concebe, portanto, a segurança pública sob três dimensões: i) dever estatal; ii) direito e iii) responsabilidade de todos.

A terceira apresentação, dita 'A Discriminação Indireta na Repressão Policial e o Dever de Adaptação Razoável no Auto de Resistência pelo Juiz', analisou a questão da discriminação indireta nas ações policiais no Brasil, com ênfase na análise do "auto de resistência" enquanto instrumento jurídico. Revelou-se uma preocupante tendência de aumento nas mortes violentas resultantes de intervenções policiais, com uma marcante desproporcionalidade racial: 79% das vítimas são de origem negra. A pesquisa vai além do princípio clássico da igualdade, focando nos prejuízos reais sofridos por grupos discriminados, e destaca a necessidade de uma "adaptação razoável" no contexto jurídico, especialmente em relação aos direitos fundamentais.

Na continuidade, tivemos o artigo ‘A Teoria da Racionalidade Penal Moderna e o Adolescente Infrator: as Vulnerabilidades do Infrator e uma Análise de Dados no Âmbito da Justiça Juvenil na Comarca de São Luís’, no qual o objetivo central foi investigar as vulnerabilidades de adolescentes esquecidos pelas famílias, pela sociedade e pelo Estado, dada a carência de políticas públicas eficazes e baixa integração entre aquelas existentes, o que dificulta o acesso à educação de qualidade, provoca evasão escolar e escassez do controle social informal e formal, permitindo a inserção deles no mundo do crime. Ao final, foram apresentadas sugestões de políticas integralizadoras no tratamento do infrator.

A quinta apresentação tratou da ‘Medida de (In)Segurança: a Inconstitucionalidade da Medida de Segurança Penal no Direito Brasileiro’, na qual se expôs acerca dos elementos e natureza da Medida de Segurança aplicada aos inimputáveis acometidos de doenças mentais, fazendo uma distinção entre os que acreditam que este teria um caráter punitivo ou não na atual legislação penal brasileira, em conformidade com a Lei de Execução Penal e a Lei da Reforma Psiquiátrica. O trabalho critica a forma como a Medida de Segurança penal atropela os princípios basilares da aplicação da lei penal, sob a égide de prevenção especial, em desrespeito aos indivíduos já vitimizados pela sua condição médica e social.

Na sequência, o artigo ‘Iure et Insania: Uma Breve História do Tratamento da Loucura da Sociedade Ocidental Clássica à Moderna’ trouxe o debate sobre os principais pontos dos períodos clássico ao moderno onde a interpretação do conceito de loucura e os tratamentos dos doentes mentais sofreu mudanças significativas, principalmente para o Direito, que hoje é responsável por assegurar um tratamento digno ao doente psíquico, independente da sua condição ou do cometimento de eventuais delitos.

Outra importante discussão, denominada ‘Imputação de Crimes ao Dirigente Praticados pelos Subordinados’, analisou a responsabilidade criminal dos/as dirigentes nas organizações públicas e privadas sobre os atos realizados pelos seus subordinados no âmbito do Direito Penal. Os resultados da pesquisa evidenciaram que, na esfera do Direito Penal, a imputação da responsabilidade criminal é restrita ao concurso do agente na forma omissiva ou comissiva e somente pode ocorrer nos marcos da norma legal, que no presente caso, apresenta lacunas e ambiguidades que dificultam o tratamento da matéria na esfera jurídica.

A oitava apresentação, intitulada ‘Os Estudos Pioneiros sobre Criminologia, Negritude, Racismo e Direito no Brasil: 1971-2000’ abordou uma possível invisibilidade das/os autoras/es negras/os e das temáticas relativas a negritude e racismo na produção científica na área do direito como forma de prevalência de possíveis estruturas do racismo institucional na pós-graduação brasileira. O trabalho buscou desmistificar as nuances que permeiam a presença

/ausência da negritude, seja na qualidade de sujeito histórico e ator do campo científico, seja na forma de temáticas relevantes e inviabilizadas.

Após, o artigo ‘Política Criminal sob a Ótica da Brevidade e Eficiência’ discutiu, dentro do âmbito da política criminal local, os fatores influenciadores de sua eficiência em decorrência do caráter limitado dos recursos públicos, assim como a busca da efetividade do direito penal em seu sentido amplo, qual seja o da paz social. Destacou que é necessário o manejo entre a celeridade e eficiência administrativa conjuntamente com a proteção das garantias constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, a fim de que o processo não perca as bases da criminologia em prol de um gerencialismo puro, negligenciando o cidadão à um mero objeto de administração.

Outro tema, muito atual e relevante, foi abordado em ‘Cultura do Medo e Criminologia Radical: o Proletariado como Protagonista do Temor’ que analisou a seletividade do sistema punitivo, com foco no impacto sobre o proletariado e sua influência pela cultura do medo. Isso reforça o poder das classes dominantes, gerando um constante temor nas classes subalternas. O artigo explora como a sociedade, cada vez mais amedrontada e controlada por estruturas claustrofóbicas, segurança privada e políticas de isolamento, o que reflete num verdadeiro apartheid social que exclui a classe dominada. Concluem que essa construção do sistema punitivo baseada na cultura do medo, sem correspondência com a realidade, é uma ferramenta de poder das classes dominantes para manter seu domínio.

O artigo intitulado ‘Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e Criminal Compliance: Elementos Jurídicos e de Política Pública Criminal’ analisou o atual estado da arte acerca do assunto, buscando respostas para as seguintes indagações: Como essas empresas deverão sofrer sanções? O que o Estado realiza com suas políticas públicas criminais é capaz de solucionar tal celeuma? Atualmente qual o melhor caminho para a composição destes litígios? Destacou que o que se tem hoje em dia como um caminho a ser seguido é o criminal compliance. De acordo com esta política, o Estado transfere às empresas, através do desenvolvimento de programa de compliance (autorregulação), que é submetido ao controle estatal, o dever de esta promover sua auto-organização.

Em seguida, ‘Cárcere, Isolamento e Maternidade: Uma Análise das Medidas Adotadas pelo Poder Público para Enfrentamento do Coronavírus a partir do Estado do Maranhão’ analisou as estratégias jurídicas e políticas adotadas pelo Poder Público do Estado do Maranhão para a contenção da propagação do coronavírus (COVID-19) no interior das unidades carcerárias e

seus impactos, diretos e indiretos, nos direitos das mulheres privadas de liberdade, no que tange ao convívio com os filhos menores, a partir de uma abordagem de perspectiva de gênero e da criminologia feminista.

Após, a apresentação do artigo ‘A Aversão ao Pobre no Sistema Judiciário Brasileiro: Análise da Decisão Monocrática Proferida no Julgamento do Habeas Corpus n. 225.706’ trouxe a discussão sobre a interseção entre dignidade humana, perspectiva de gênero e legislação penal no Brasil, abordando a tipificação do delito de furto, os critérios para considerar presentes a exclusão da tipicidade pela insignificância da lesão ao bem jurídico protegido pela norma e a busca pela igualdade material de gênero conforme a Constituição Federal de 1988. O estudo destaca o julgamento do Habeas Corpus nº 225.706 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que abordou o tratamento desumanizado a uma mulher acusada de furto, com a prevalência de aspecto puramente legais em detrimento de vieses socioeconômicos, embora também previstos constitucionalmente.

O artigo intitulado ‘A Segurança Nacional e a Instrumentalização do Direito: Lawfare e o Sequestro de Movimentos Sociais’ abordou a incriminação de movimentos sociais, cujas propostas vêm crescendo de maneira exponencial após os movimentos de junho de 2013. O trabalho faz uma análise do movimento do Lawfare que instrumentaliza o Direito como arma de guerra de maneira limpa, mas com uma força repressiva importante sobre o território de países alvos, utilizando-se para a construção do presente texto a obra Andrew Korybko que trabalha com as revoluções coloridas e o caminhar para situações de golpes, colapsando territórios em que o fenômeno ocorre.

A apresentação de ‘Combate às Drogas no Brasil: Ausência de Políticas Públicas e o Prejuízo para a Saúde e Segurança’ trouxe a reflexão sobre a relação entre políticas públicas e direitos fundamentais, destacando o enfoque de prevenção e combate às drogas. Discutiu a problemática entre o orçamento e as políticas públicas, elaboradas e executadas sem parâmetros concretos acerca de dados e sobre as reais demandas da sociedade. Enfatizou a necessidade de adotar políticas de redução de danos e de prevenção eficazes em vez de uma abordagem estritamente repressiva.

O artigo ‘Ainda a (Des) Militarização como Paradigma e Paradoxo da Violência/Letalidade Policial no Brasil’ analisou questões fundamentais relacionadas ao paradigma da (des) militarização das Polícias, especialmente a Polícia Militar dos estados, e de que forma tal perfil (não apenas militar, como também belicista) repercute no cenário geral de violência.

Ao final, conclui que o perfil militar das PM's catalisa a violência policial, uma vez que resta aos policiais militares, impedidos de procederem a investigação, apenas realizarem prisões - estas cobradas como inadvertido resultado de sua atuação.

Por fim, a última apresentação, 'Política de Encarceramento e Preconceito Racial: É Possível Falar em um Sistema Jim Crow Brasileiro?' problematizou o preconceito racial e os seus reflexos no encarceramento em massa, por meio da análise da representatividade da população negra no sistema penitenciário brasileiro. Partindo da obra de Michelle Alexander, refletiu sobre a analogia apresentada pela autora em torno do novo sistema Jim Crow de controle social por meio da segregação racial no sistema prisional. Concluiu que, ainda que a seletividade racial seja manifesta no sistema prisional, não se pode aplicar completamente a analogia proposta por Michelle Alexander.

Desejamos frutífera leitura do material que ora se apresenta, resultado dos estudos nas pós-graduações em Direito por vários lugares do Brasil, nas quais docentes e discentes trazem a lume os mais elaborados estudos da Academia Jurídica.

MEDIDA DE (IN)SEGURANÇA: A INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA DE SEGURANÇA PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

(IN)SECURITY MEASURE: THE INCONSTITUTIONALITY OF THE CRIMINAL SECURITY MEASURE IN BRAZILIAN RIGHT.

**Daniel Romero da Escóssia Pinheiro
Davi Santos Moura**

Resumo

O presente artigo discorreu acerca dos elementos e natureza da Medida de Segurança aplicada aos inimputáveis acometidos de doenças mentais, fazendo uma distinção entre os que acreditam que este teria um caráter punitivo ou não na atual legislação penal brasileira, em conformidade com a Lei de Execução Penal e a Lei da Reforma Psiquiátrica. Buscou-se detalhar os principais elementos que definem as medidas de segurança como sanções penais e qual o seu caráter aflitivo de fato. Em sequência, buscou-se apontar, de forma sistemática e sucinta, quais princípios constitucionais estão presentemente em dissonância com os pressupostos e aplicação das medidas de segurança, uma vez que são instituto herdado de uma legislação anterior a Constituição de 1988. Assim, atendo-se aos elementos temporais e necessidade de isonomia na aplicação das sanções penais e a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, o trabalho critica a forma como a Medida de Segurança penal atropela os princípios basilares da aplicação lei penal, sob a égide de prevenção especial, em desrespeito aos indivíduos já vitimizados pela sua condição médica e social. Por fim, busca-se na doutrina contemporânea alternativas humanizadas para a aplicação da medida de segurança como instituto da lei penal, ou sua transformação em medida de cunho administrativo, com reparação cível dos danos, visando a primazia da manutenção da saúde individual dos doentes psíquicos, a qual é direito assegurado constitucionalmente a estes.

Palavras-chave: Medida de segurança, Inconstitucionalidade, Saúde mental, Direito sanitário, Direito penal

Abstract/Resumen/Résumé

The present discusses about the elements and nature of the Security Measures applied to the unimputable affected by mental illnesses, making a distinction between those who believe it to be of punitive character or not in the current criminal legislation of Brazil, according to the Law of Penal Execution and the Psychiatric Reform Law. We sought to detail the main elements that define the security measures as criminal sanctions and their actual afflictive nature in order to, later, point in a systematic and succinct way, which constitutional principles are currently in dissonance with the premises and application of the security measures, as a result of them being an institute inherited from a legislation previous to the Constitution of 1988. Thus, focusing on the temporal elements, the necessity of isonomy in

the application of the penal sanctions and the importance of the principle of human dignity, the work critiques the form in which the Security Measure tramples over the base principles of the application of criminal law, under the aegis of special prevention, in disrespect to the individuals whom are already victimized by their medical and social condition. Ultimately, its sought in the modern doctrine humanized alternatives to the application of the security measures as an institute of the criminal law, or its transformation in an administrative measure, with a civil reparation of damages, prioritizing the conservation of individual health of the mentally ill, which is their constitutional right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Security measure, Unconstitutionality, Mental health, Sanitary law, Penal law

INTRODUÇÃO

Ao “louco criminoso” aplica-se Medida de Segurança. Esta, por sua vez, é um instituto – ou instrumento do Direito Penal brasileiro –, que está presente em nosso ordenamento visando a prevenção especial. A Medida de Segurança é direcionada aos inimputáveis acometidos de sofrimento psíquico, que delinquiram sob efeito de moléstia mental que afetou sua cognição e impediu seu julgamento no momento da execução de ato ilícito.

Nosso objetivo com a presente discussão, é, inicialmente, apresentar sucintamente um panorama de algumas linhas de pensamento de autores estudiosos da temática das doenças psíquicas e de que forma o Direito e as medidas de segurança se relacionam com esta, como, por exemplo, Claudio Cohen e Maxilimiliano Fuhrer, bem como a visão da doutrina penalista para debater acerca da natureza da Medida de Segurança, para poder, antes de discorrer acerca de seus problemas, fazê-lo com base no conhecimento de sua essência, afinal, todos os problemas de ordem constitucional tomam proporções diferenciadas quando se afirma que a Medida de Segurança é uma sanção do Direito Penal.

Abordaremos, portanto, os aspectos e princípios constitucionais que se encontram em desarmonia com o atual, ainda que arcaico, texto legal das medidas de segurança, seus pressupostos, forma de aplicação, duração, ausência de isonomia e total desrespeito a dignidade da pessoa humana do inimputável. A Medida de Segurança, por trata-se de uma sanção penal, deve respeitar os limites mínimos do tratamento aos indivíduos submetidos a esta, o que se torna mais gravoso ao levar em consideração o que estes são os que, justamente por não serem considerados dotados de “culpabilidade”, deveriam receber um tratamento menos aflitivo.

Em nosso terceiro tópico, debateremos alternativas já presentes na doutrina pátria para a transmutação da Medida de Segurança em uma sanção justa, visando uma nova sistemática de aferição “punitiva”, com a admissão da responsabilidade de todo agente, independente de sua condição psíquica, com as necessárias ressalvas. Ou na proposta de uma medida de segurança necessariamente terapêutica, sem fins aflitivos ou viés retributivo, que assegure uma reinserção social e busque a cura (se possível) e o tratamento do doente psíquico, em vez de simplesmente vigiar e punir.

1 A NATUREZA PENALIZADORA DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Atualmente, a Medida de Segurança Penal, ou apenas Medida de Segurança, encontra-se numa posição de inércia jurídica, num trágico equilíbrio gerado pela pressão concorrente da legislação do Código Penal, da Lei de Execução Penal e das novas diretrizes da Lei da Reforma Psiquiátrica. Estes três regulamentos, regidos respectivamente pelas Leis nº 7.209 de 1984, 7.210 de 1984 e 10.216 de 2001, apresentam em seu texto normas e determinações divergentes acerca do tratamento dos doentes psíquicos e da aplicação da medida de segurança, no que tange as necessidades básicas do inimputável. Elegendo quais instituição são adequadas para a sua custódia, bem como se a custódia é necessária ou não, dentre outras questões. Fica então a questão, “Qual tem prioridade?”.

Ao examinar a legislação, pode-se usar o argumento cronológico para aferir qual lei deve sobrepujar as outras, nessa conformidade a Lei da Reforma Psiquiátrica teria prevalência, por tratar-se de lei nova. Há de se examinar, entretanto, que esta lei foi criada com intuito de reger o tratamento e direitos generalizados dos doentes psíquicos, de forma que os artigos da lei de Execução Penal e do Código Penal podem ser considerados mais “específicos”, por fazerem alusão direta aos inimputáveis inseridos no sistema penal, portanto prevalecendo sob a lei mais nova sob a lógica do critério da especialidade. Sem falar, claro, dos princípios constitucionais que, hierarquicamente, devem prevalecer perante leis que possam vir a feri-los.

Portanto, ao estudar os aspectos legais inerentes à aplicação da Medida de Segurança no âmbito penal, chegamos a conclusões análogas às do personagem de Machado de Assis, o médico Simão Bacamarte, da obra "O alienista", quando este estudava a loucura e seus efeitos no povoado de Itaguaí (ASSIS, 1994). Na vasta “concha” que é o estudo do Direito, buscamos sempre encontrar a “perola” que é aplicação correta da lei. A Medida de Segurança, conquanto instituto de aplicação da Lei Penal, era, até agora, uma ilha perdida entre os problemas do nosso já defasado sistema penal; começamos, entretanto, a suspeitar que sejam um continente.

Para a História do Direito, existem possíveis origens para as medidas de segurança. Sendo a mais aceita a de que foi no Código Penal Suíço, confeccionado por Karl Stoops em 1893, que a Medida de Segurança, com este nome, foi propriamente criada. Assim sendo copiada por todos os países do mundo, cada um com seus respectivos termos (*Mesure de Sûrete, sicherungsverwahrung, misura di sicurezza, medida de seguridad*) (FÜHRER, 2000), referenciando o original.

Vale salientar, entretanto, que em nossa *terrae brasilis*, já havia a previsão de recolhimento em “casa especial” ou entrega do chamado “louco delinquente” para os familiares, desde o Código Penal do Império, de 1824, que muito se assemelha ao atual modelo de medida de segurança de internação e tratamento ambulatorial. O pioneirismo brasileiro não termina aí, uma vez que no Código Penal de 1890 havia o condicionamento de que a internação, no caso de delinquência, seria em face da manutenção da “segurança do público”.

Para Jacobina, a Medida de Segurança nasceu do conflito moderno da Psiquiatria Forense com o Direito Penal e do embate ideológico entre as escolas penais clássica e positiva, sendo esta um meio termo, pois:

A medida de segurança parece ser o ponto de equilíbrio entre as escolas penais clássica e positiva, uma conciliação pragmática que não consegue lançar raízes profundas em nenhuma das duas escolas. De fato, ressaem dos conceitos filosóficos da escola clássica que um homem nunca poderia ser julgado por um crime que ele não quis ou não tinha condição de compreender, nem ser submetido a qualquer tipo de resposta penal em razão de fatos sobre os quais não teve responsabilidade, do ponto de vista subjetivo. Todo o fundamento do direito de punir, para os defensores dessa escola, estava arraigado na questão da responsabilidade subjetiva, sendo o livre-arbítrio o fundamento de tal responsabilidade. A pena seria a retribuição para aquele que, livremente, *optou* por descumprir a lei. Aquele que não tem liberdade para fazer essa opção está fora do direito penal, não se submetendo nem à sua jurisdição, nem às sanções por ele prescritas. Para os cultores da escola positiva de direito penal, estamos todos submetidos às forças determinantes da natureza, portanto, nenhum de nós goza de verdadeira – senão aparente – liberdade. Assim, o fundamento do direito de punir está na defesa social contra aquele que, por sua peculiar condição evolutiva, genética ou social, ameaça ao conjunto dos integrantes da sociedade que não estão submetidos às mesmas *forças deterministas criminógenas*. Haveria, portanto, essencialmente, identidade entre pena e medida de segurança, pois toda pena é, no fundo, uma medida de segurança. (JACOBINA, 2008, p. 129).

No mesmo esteio, Ferrari define a Medida de Segurança como uma providência advinda de uma manifestação do poder estatal:

A medida de segurança constitui uma providência do poder político que impede que determinada pessoa, ao cometer um ilícito típico e se revele perigosa, venha a reiterar infração, necessitando de tratamento para sua reintegração social. (FERRARI, 2001, p. 15).

O Instituto está previsto no Código Penal de 1940, em seu artigo 96, de forma que não resta dúvidas que este integra o rol das sanções penais. Para Santos (2019, p. 91), a Medida de Segurança é “uma sanção penal de natureza preventiva fundamentada na periculosidade, aplicada aos inimputáveis.”. Os inimputáveis são aqueles descritos no artigo

26 do Código Penal, aos quais está isenta punição ao cometerem delitos quando, em detrimento de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, eram, ao tempo da ação, incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou, ao menos, determinarem-se de acordo com esse entendimento.

A autora sedimenta sua visão da Medida de Segurança como sanção aflitiva, citando a posição de Pierangeli e Zaffaroni, os quais afirmam ser a medida de segurança uma forma de pena pois:

sempre que se retira a liberdade do homem, por uma conduta por ele praticada, na verdade o que existe é uma pena. [...] Toda privação de liberdade, por mais terapêutica que seja para quem a sofre não deixa de ter um conteúdo penoso [...] assim, pouco importa o nome dado e sim o efeito gerado. (ZAFFARONI; PIERANGELI apud SANTOS, 2019, p. 92).

Führer (2001, p. 139) aponta que a visão majoritária entre os penalistas, tais como José Frederico Marques, Néelson Hungria, Basileu Garcia e Magalhães Noronha, é a de que a Medida de Segurança seria de fato de natureza igual à da pena, não lhe faltando o aspecto aflitivo; posição fixada sob a lógica de que a pena e a Medida de Segurança são ambas sanções do Direito Penal, de caráter coercitivo e fundadas no poder de império, integrantes do processo penal e conseqüentemente realizadas exclusivamente em face de cometimento de infração penal. Para tanto, na visão de Cohen:

A medida de segurança é a forma legal que a Justiça encontrou para tratar dos doentes mentais que transgrediram o Código Penal. Visto que um doente mental não pode ser considerado legalmente como um criminoso, mas, em contrapartida, não se pode negar que ele foi um infrator da lei, sendo até considerado como socialmente perigoso, criou-se a figura jurídica da medida de segurança. *Perigoso* é um adjetivo que se atribui a alguém a que se pode prenunciar alguma circunstância danificante; é o sentimento oposto à confiança. (COHEN, 2006, p. 123).

Entretanto, apesar de reconhecer o papel instrumental da Medida de Segurança no artifício da lei penal para “tratar” dos ditos “loucos infratores”, Cohen defende um viés humanitário para as medidas de segurança. Alegando que sua natureza seria reabilitadora e social, visando a recuperação e o tratamento, onde o autor aduz:

Nunca a medida de segurança tem um caráter punitivo, pois não se trata de pena, mas uma medida de prevenção, de terapia e de assistência social relativas ao estado perigoso daqueles que não são penalmente responsáveis; ela simplesmente tenta

garantir um tratamento para o doente e defende a sociedade de um indivíduo perigoso. (COHEN, 2006, p. 127).

A ideia da Medida de Segurança como medida de prevenção e terapia nos remete às origens administrativas de sua criação, antes de adequar-se por inteiro a um caráter de punição jurídico-penal. Nesse sentido, é interessante o posicionamento de Zaffaroni e Pierangeli, no ponto em que defendem uma natureza necessariamente administrativa da Medida de Segurança, entretanto, sem negar que seu caráter aflitivo se encontra presente:

Em relação às medidas de segurança destinadas a inimputáveis ou sujeitos considerados sem capacidade psíquica suficiente para serem merecedores de uma pena, pode-se afirmar que elas não têm caráter "materialmente" penal, mas só "formalmente" penal, por estarem previstas na lei penal. Essas medidas são materialmente administrativas e formalmente penais. Uma das provas mais acabadas de que não pode ser outra a sua natureza é que juridicamente não podem chamar-se "sanções", ainda que, na prática, o sistema penal as distorça e a elas atribua, eventualmente, esta função, realidade que se faz necessário controlar e procurar neutralizar. Além disso, o seu fundamento não é a periculosidade em sentido jurídico-penal (isto é, a relevante probabilidade de que o sujeito cometa um delito), mas a periculosidade entendida no sentido corrente da palavra, que inclui o perigo de autolesão, que não pode ser considerada delito. A natureza materialmente administrativa dessas medidas, não pode levar-nos a ignorar que, na prática, elas podem ser sentidas como penas, dada a gravíssima limitação à liberdade que implicam. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011. p. 115).

Reconhecemos de fato a existência de um caráter administrativo das medidas de segurança, uma vez que há um interesse – ou pelo menos deveria haver –, primordial de proteção do indivíduo e da sociedade frente a uma periculosidade generalizada (e não necessariamente criminal) latente que existe em face de um ou mais distúrbios psíquicos que um particular venha a ter, independente de eventual atividade criminal. Na verdade, acreditamos que esse viés poderia de fato ser o mais adequado para o tratamento dos inimputáveis.

Todavia, qualquer tentativa de denominar a Medida de Segurança como uma não-pena, não-sanção e de caráter absolutamente curativo, acaba por ser muito mais um utópico “dever-ser”. Independente dos intuitos que podemos tentar atribuir a Medida de Segurança, fica óbvio que, ao examiná-la da forma em que está atualmente escrita e aplicada, bem como da forma como é atualmente cumprida, essa atribuição não passaria de um eufemismo ou erro rude, que pode vir a colocar em perigo a nossa segurança jurídica. Há, indubitavelmente um caráter penoso e a única forma realista para se tratar estas medidas é como pena, ainda que haja intuito de proteção e reabilitação, havendo restrição de liberdade e conexão com o

cometimento de delitos, não há primazia da proteção à saúde do inimputável, mas sim de uma responsabilização penalizadora. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011. p. 115).

Assim, compreende-se a medida de segurança como uma providência preventiva, mas inerentemente penalizadora, aplicada em detrimento do cometimento de um ato ilícito, ainda que sob a égide de reabilitar o inimputável. Todavia, esta não tem seu pressuposto de aplicabilidade justificado em razão do crime o qual o agente foi imputado, mas pela doença mental a qual inimputável encontra-se acometido, em que pese a medida estar condicionada a um processo penal.

2 INCOMPATIBILIDADE COM OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.

A Medida de Segurança foi criada como uma resposta moderna médico-criminal para um problema antigo: o tratamento do louco criminoso. A loucura sempre se apresentou como um “nó górdio” para os sistemas baseados no racionalismo e na ciência, afinal, os indivíduos acometidos por ela muitas vezes quebram o “contrato social” (criminalmente ou não) de forma inesperada e sem uma motivação justificável que possa ser racionalizada pelos demais membros da sociedade. (JACOBINA, 2008, p. 23) Desatar esse nó é compreender o incompreensível, portanto, torna-se uma tarefa hercúlea e, para muitos, inconveniente.¹

Apesar de tratar-se de uma afirmação dramática, o Direito Penal nasce da necessidade da sociedade de lidar com inconveniências. O crime e o criminoso são quebras as normas impostas pelo contrato social, de forma que estes não-conformistas são inconveniências para a máquina estatal. Entretanto, diferente dos criminosos que podem justificar seus atos como protestos ou revolta, o “louco criminoso” age em face de uma doença que não controla, de impulsos que afetam sua percepção da realidade, de forma que não é possível realizar uma abordagem tradicional para encontrar a raiz da sua delinquência, muito menos buscar formas de prevenir que seus atos tornem a acontecer².

¹ Para Mariana de Assis Brasil e Weigert, afirma ser difícil para o saber jurídico compreender definir realmente a capacidade ou o estado mental do inimputável no momento da prática delitiva, assim retornando a esse complexo “nó” que é o conceito de inimputabilidade, sendo necessário o apoio da psiquiatria para sua compreensão. Para a autora “os elementos subjetivos (criados pelo Direito) a serem avaliados na definição da responsabilidade penal carecem de resposta no campo do Saber Jurídico e a solução virá a partir da interferência de outro saber, o da Medicina Psiquiátrica.” (WEIGERT, 2007, p. 600).

² Não que, claro, acreditemos numa visão ingênua de que o Direito Penal realmente se importa com a prevenir a delinquência e não apenas com punir os “inconvenientes”.

Nesse sentido é interessante a crítica de Ferrari a Medida de Segurança como sanção do Direito Penal:

Se por um lado a ausência de livre-arbítrio denotava falta de alternatividade por parte do indivíduo, por outro demonstrava incompatibilidade com o fim de retribuição; nascia a indagação de qual seria a justificativa para castigar o delinquente, se o mesmo nunca tivera possibilidade de escolha. (FERRARI, 2001, p. 22).

Assim, a Medida de Segurança crava seus pressupostos de aplicabilidade na ideia de “periculosidade criminal” que é auferida com base numa “probabilidade de delinquir”, ou seja, é uma estimativa subjetiva. Para Santos (2019), o conceito de periculosidade é extremamente frágil e toda tentativa de se estabelecer critérios para sua determinação não passa de um “exercício de futurologia, que se mostra absolutamente incompatível com a segurança jurídica almejada pelos ordenamentos” pois:

A prognose de crimes futuros indeterminados ou de crimes futuros possíveis não legitima a internação compulsória em instituições psiquiátricas. Em todos esses casos a aplicação da medida de segurança infringe o princípio da proporcionalidade, porque não tem relação nem com o tipo de injusto realizado, nem com a prognose de fatos criminosos futuros. (SANTOS, 2019, p. 97).

Começamos então a perceber uma das muitas formas com as quais as Medidas de Segurança, como instituto da lei penal, contradizem os preceitos constitucionais, a começar pela proporcionalidade, onde um indivíduo é punido por “ser” e não pelo “fazer”, com medidas que extrapolam os limites punitivos que delineiam as ideias de tipicidade e justa punição pelos crimes cometidos.

Ainda seguindo essa lógica da aplicação da Medida de Segurança com base numa prognose de delinquência futura, advém um problema que muito supera a questão do “porque” aplicar a Medida de Segurança, que é o “como” e o “por quanto tempo” essa medida deve executada, já que ela não tem conexão com o delito cometido e sim com a periculosidade do agente. Conforme o Código Penal, as medidas de segurança podem ser de internação psiquiátrica (art. 96, I) e o tratamento ambulatorial (art. 96, II). Em que pese a Lei da Reforma Psiquiátrica afirme, em seu Art. 4º que “a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”, o critério real para definição da espécie da medida de segurança é

fundamentalmente conforme o estabelecido no art. 97, *caput*, do Código Penal, com base numa ideia de previsão genérica de “gravidade do ilícito”.

Percebe-se então uma contradição aberrante de uma legislação pusilânime, afinal o pressuposto de aplicação da Medida de Segurança não depende do ilícito praticado, mas, sim, de sua periculosidade, a ideia de inimputabilidade toma os moldes que o julgador assim desejar, porém, a forma como ela há de ser cumprida se baseia num aspecto desconexo de sua necessidade medicinal, atendo-se ao crime cometido. Para Carvalho:

A previsão em abstrato da forma reclusiva ou detentiva como critério único de definição da espécie de medida de segurança a ser cumprida não parece estar adequada ao postulado constitucional que determina ao julgador a *individualização da sanção penal (medida de segurança)*. Note-se que, em relação às penas, a fixação do regime ou a possibilidade de substituição por pena restritiva de direitos independente da espécie de privação de liberdade prevista em lei. Assim, o tipo de regime (aberto, semiaberto ou fechado) e a espécie sanção (privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa) estarão subordinados aos critérios judiciais expostos motivadamente na sentença (individualização da pena). A definição das espécies de medida a partir de um critério abstrato parece, portanto, estar em posição a estrutura principiológica (constitucional e legal) que orienta a aplicação as sanções. Ademais, esse critério tende a obstaculizar a diretriz político-criminal da utilização excepcional da internação (princípio da subsidiariedade), visto o seu caráter marcadamente aflitivo, que em muito pouco se diferencia, na realidade empírica do sistema punitivo, as formas carcerárias de pena. (CARVALHO, 2020, p. 558).

O que nos leva a questionar o texto do art. 97 do Código Penal, pois sua regulação que não faz qualquer sentido à luz da prevenção especial, tendo um caráter inerentemente preventivo-geral. Importante salientar, que conforme Cardoso e Pinheiro (2012, p. 46) que aqueles que reconhecem apenas uma finalidade preventivo-especial, também argumentam em favor da inconstitucionalidade do art. 97 do CPB, uma vez que não levaria em conta que a única finalidade político-criminal da Medida de Segurança deveria ser preventivo-especial.

No mesmo sentido, os parágrafos primeiro e segundo do art. 97 do Código Penal apenas trazem à tona mais características da prevenção geral das medidas de segurança que se demonstram em total desarmonia com todo e qualquer princípio constitucional. Sendo a Medida de Segurança uma sanção penal, esta não pode se furtar de reger-se pelo princípio da legalidade, assim, o reconhecimento do texto do § 1º do art. 97 do CPB que afirma a possibilidade de manutenção da Medida de Segurança por prazo indeterminado é, por si só, uma grave inconstitucionalidade. Todavia, muitíssimo mais gravosa é a definição de um prazo mínimo não inferior a 01 (um) ano ou até 3 (três) anos.

Decerto, um prazo mínimo não deveria vir como nenhuma surpresa ao nosso código. Normalmente a preocupação estaria apenas numa duração exagerada, mas é preciso lembrar que a Medida de Segurança foi criada sob a égide de uma suposta prevenção especial, com fundamento na periculosidade e objetivando o tratamento do inimputável, com sua cessação imediata quando assim realizado. Entretanto, a previsão de um prazo mínimo entra em contradição direta com esse objetivo, uma vez que prevê um cenário onde, ainda que o inimputável alcance a “cura” e sua periculosidade tenha cessado, não apresentando riscos a sociedade ou de reincidência (superior ao inerente a todas as pessoas), este, ainda assim, seria obrigado a cumprir um prazo mínimo de um à três anos de sanção (pena).

Salo de Carvalho, afirma que em casos como estes a Medida de Segurança “perde a sua razão de ser, parecendo que o constrangimento deva cessar prontamente, em homenagem aos princípios da humanidade e proporcionalidade, especialmente.” (CARVALHO, 2019, p. 566) e conclui indagando acerca da ideia presente de “tarefa mínima” inserida no instituto. Com efeito, o que ocorre é a desconsideração do sofrimento e dos cuidados necessários ao tratamento dos acometidos por doenças psíquicas no momento em que estes se tornam “inconvenientes” em detrimento de uma prática delitiva. Para Salo, apesar da absolvição imprópria e do reconhecimento da inimputabilidade do indivíduo, “é o cometimento do crime que permanece como um dado congelado em sua biografia. Em consequência, algo de retributivo, mesmo que mínimo, deve ser imposto.” (CARVALHO, 2019, p. 565-566).

Os princípios constitucionais, sendo o princípio da legalidade um deles, servem para limitar o poder estatal e assegurar o bem-estar e a dignidade dos indivíduos, independente de qual situação se encontrem, mesmo aqueles que estão a delinquir. Logo, do princípio da legalidade resultam proibições específicas, tal como a existência de leis indeterminadas ou imprecisas, que por sua vez dariam ao estado um poder punitivo abusivo. A subjetividade dos pressupostos de aplicação e de indeterminação de prazo máximo previsto na legislação acerca das medidas de segurança vai de encontro as normas da legalidade, uma vez que, sendo as medidas de segurança sanções penais aplicadas a pessoas que cometeram condutas tipificadas em lei e contrárias ao ordenamento jurídico-penal, sua não-previsão de duração viola a legalidade inerente ao regramento de todas as sanções penais, conseqüentemente violando também o princípio da dignidade da pessoa humana. Por sua vez, o inimputável ainda é sujeito de direitos, mesmo que sentenciado à medida de segurança, devendo ter o seu direito constitucional a igualdade resguardado, conforme preceitua o art. 5º da Constituição Federal

de 1988, que prevê, da mesma forma, em sua alínea “b”, inciso XLVII a proibição de sanção penal de caráter perpétuo (SANTOS, 2019).

A forma vaga e incerta, fragmentada entre leis e princípios, com a qual as medidas de segurança realizam sua lânguida marcha à uma “absolvição imprópria” que, em realidade, é propriamente uma condenação, apenas dificulta a criação de instrumentos jurídicos que venham a assegurar o respeito as garantias constitucionais dos portadores de sofrimento psíquico. Para Salo de Carvalho (2019) é perceptível que os tribunais ainda estão relutando em reconhecer o impacto da Lei n. 10.2016/2001 no sistema das medidas de segurança. Assim, as lógicas manicomiais e punitivas se inserem num vácuo legal onde o impacto das diretrizes da Lei da Reforma Psiquiátrica foi diluído.

Por certo, compreende-se na doutrina que a CF/88 não recepcionou o texto do artigo 97 do CPB, impondo a limitação do art. 75 do Código Penal para o tempo máximo aplicado as medidas de segurança. É sabido que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou esse entendimento, de forma que a Medida de Segurança, atualmente, não poderia ultrapassar 40 anos de duração. (FERRARI, 2001) Por outro lado, a doutrina defendeu uma abordagem no sentido de adequar o limite àquele correspondente ao máximo da pena abstrata cominada no crime cometido e no mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) emitiu a Súmula 527: “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.”.

É evidente, todavia, um enorme desrespeito, ao princípio da isonomia, mesmo que a Súmula 527 tenha buscado diminuir o grau de desproporcionalidade entre as penas comuns e as medidas de segurança, Carvalho discorre sobre como há um prejuízo para o inimputável quando se examina os critérios para determinação da pena, logo em desfavor de um indivíduo que deveria ser protegido. O autor traz um exemplo pragmático:

Imagine-se por exemplo uma situação de prática de furto simples em concurso de agentes por uma pessoa imputável e uma inimputável, ambos primários, com bons antecedentes, confessos e menores de 21 (vinte e um) anos na época do fato. Na sentença condenatória do inimputável, o juiz aplicaria a pena, dosando as circunstâncias judiciais e legais. Em razão dos elementos expostos (confissão, menoridade, bons antecedentes e primariedade), dificilmente a pena definitiva ficaria acima do mínimo legal cominado ao furto qualificado pelo concurso de agentes que é de 02 (dois) anos (art. 155, §4^a, do Código Penal). Ao inimputável, porém, restariam três hipóteses quanto à duração máxima da medida de segurança: (a) tempo indeterminado pelo critério do art. 97, § 1^o, do Código Penal; (b) limitação em 40 (quarenta) anos conforme a diretriz do Supremo Tribunal Federal de aplicação do art. 75 do Código Penal; (c) tempo máximo da pena abstraída cominada no delito, no caso 8 (oito) anos (art. 155, §4^a, do

Código Penal), nos termos da Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça. (CARVALHO, 2019, p. 564).

Analisando o exemplo do autor, ainda que optemos por um viés garantista da hipótese “c”, é visível que falta isonomia de tratamento ao inimputável, estando esse em grave prejuízo em comparação ao legalmente imputável. A diferença de tratamento, inclusive, não se limita apenas ao tempo da sanção, mas também aos benefícios aos quais os apenados imputáveis têm direito, como remição, detração, comutação, indulto, progressão de regime e livramento condicional, sem falar na alteração da prescrição em concreto. Para o Direito Material, a inimputabilidade torna-se um status negativo, pois sua condição obstaculiza uma pleora de garantias, tais como as causas de exclusão de tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. Realidade contrária ao imaginário social, sendo comum a ideia de que os doentes psíquicos são “farsantes” buscando se evadir da lei. (CARVALHO, 2019, 565-570).

Processualmente, Salo (CARVALHO, 2019, p. 570-571) alerta que restam afastados diversos institutos despenalizadores, tal como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Ainda, no que tange a execução penal, os inimputáveis que estão cumprindo medida de segurança estão excluídos de serem agraciados com indultos advindos de Decretos presidenciais e as outras benesses como remição ou detração, conforme mencionado.

Neste esteio, resta clara a enorme colcha de retalhos legislativa e jurisprudencial que rege a aplicação e cumprimento da Medida de Segurança, ficando evidente a pressão concorrente presente. Por outro lado, fica incerto de que forma podemos assegurar os direitos e garantias do inimputável quando o instituto feito para lhe dar proteção acaba sendo instrumento de seu abuso. Ainda que haja mudanças ocorrendo na legislação e desenvolvimento legal nas cortes superiores, estes “doentes inconvenientes” quedam parados no tempo, seu sofrimento mudo e jamais percebido. Ao observar o padrão de tomada de decisão dos tribunais estaduais, nota-se pouca diferença ou progresso na proteção das garantias dos inimputáveis, em especial ao que tange ao respeito aos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Na maioria das decisões a fundamentação ocorre com base numa avaliação subjetiva, sustentada por um laudo de não cessação da periculosidade (SANTOS, 2019), sempre prorrogando indefinidamente a medida aplicada. Processo que se repete até que algum dos limites máximos para sua duração, impostos pela jurisprudência, a escolha do julgador, seja atingido, ou que alguém se apeteça

do sofrimento eterno do “louco criminoso”, aprisionado pelo sistema e prisioneiro de sua mente.

3 MEDIDA DE SEGURANÇA COMO INSTITUTO DE REABILITAÇÃO MÉDICA E SOCIAL.

É compreendendo a complexidade das amarras legais e jurisprudenciais que prendem a Medida de Segurança, que criaram um verdadeiro “nó” no imaginário dos juízes, que concordamos então com a tese “divorcista” de Führer. O autor afirma que a medida de segurança deverá ser separada tanto quanto possível da ideia de pena, ou de qualquer resquício de sanção. Para tanto, a Medida de Segurança deverá ter um caráter humanitário, de tratamento e recuperação, não sendo uma decorrência do crime, mas uma reabilitação daquele acometido de doença mental. (FUHRER, 2001).

É obvio que não podemos simplesmente defender uma extinção da Medida de Segurança em sua totalidade, ainda que sua atual iteração esteja claramente em desconformidade com nossa Constituição. Em sua obra, Cardoso e Pinheiro defendem que a Medida de Segurança ainda se apresenta como uma alternativa político-criminal necessária, haja vista a precariedade da nossa rede arcaica de serviços públicos de saúde. Os autores apontam que a maioria da população de internos de um Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP) é composta majoritariamente pelos muito pobres ou oriundos de cidades do interior dos estados, o que dificultaria a manutenção de uma assistência médica ambulatoria, pela ausência de pontos de apoio para que esses indivíduos recebessem os cuidados necessários. É bem verdade que os Centros de Atenção Psicossocial ou CAPS, ainda há um enorme estigma e rejeição dos doentes psíquicos que cometeram delitos. Para Cardoso e Pinheiro, a Medida de Segurança ainda é uma sanção penal necessária e imprescindível para uma execução penal dos inimputáveis sob uma ótica pragmática, uma vez que a ausência desta apenas colocaria óbice ao acesso das pessoas com deficiências psíquicas ao tratamento e colocaria em risco a segurança dos cidadãos. (CARDOSO; PINHEIRO, 2012, p. 47-48).

Acreditamos, todavia, que essa resposta é uma opção um tanto quanto vultosa para resolução da situação. Uma espécie de conformismo que se afugenta de buscar inovações para o problema, sob a égide de que um “arcaico” sistema de saúde coloca óbice completo em se buscar novas alternativas. A extinção da Medida de segurança não resolveria os problemas do tratamento dos inimputáveis doentes psíquicos no Brasil. Enquanto, no lugar de assegurar um

tratamento ressocializador e medicinal, propagarmos ideais positivistas de reparação social e justa-repreensão contra os inimputáveis, mesmo com a extinção da Medida de Segurança, será inevitável a criação de uma nova lacuna axiológica no âmbito do tratamento dos inimputáveis.

Santos é categórica ao arguir que:

Quando em nome da segurança social ou da ordem pública, mantém-se segregado um indivíduo, apenas baseado em possibilidades de reiteração de condutas ilícitas, não se está atendendo aos ditames de um Estado Democrático de Direito, e, sim, à uma função estritamente punitiva, completamente alheia aos objetivos fundamentais firmados por sua Carta Magna. (SANTOS, 2019, 147).

E é nesse diapasão que reforçamos a importância de se mudar a forma como lidamos com a delinquência dos doentes psíquicos. Devemos ser enfáticos ao afirmar que não há justificativa legal ou moral que valide a Medida de Segurança penal nos moldes que ela se encontra ou em qualquer molde punitivo que continue a propagar ideias punitivistas arcaicas.

Restam, ao nosso ver, duas principais alternativas para se criar um novo modelo de sanção para os portadores de transtornos psíquicos. A primeira sendo um novo modelo de responsabilização diferenciada, pois, ainda que reconheçamos que a Medida de Segurança, na forma criminal como esta encontra-se atualmente, está superada, há na doutrina a indagação de uma possível adequação das medidas de segurança à luz da Lei n. 10.216/2001. Uma forma de se alcançar para tal objetivo seria uma mudança na estrutura processual, sendo reconhecida a responsabilidade penal do agente, em contrário ao feito na absolvição imprópria, por meio de um juízo condenatório, com a aplicação de uma pena atenuada. Essa responsabilidade *sui generis* permitiria que o julgador realizasse a individualização da sanção ao portador de doença psíquica, aplicando uma “pena” ou “medida” adequada a sua condição especial (social e médica) (CARVALHO, 2019).

Carvalho discute a obra dos autores Virgílio de Mattos, Paulo Queiroz e Amilton Bueno, os quais apontam que esse viés pode ser uma opção viável para uma solução do problema atual. Sendo Virgílio de Mattos defensor da ideia de que todos devem ser considerados imputáveis para fins de julgamento penal, sendo portadores ou não de algum sofrimento psíquico para que sejam asseguradas todas as garantias inerentes ao *status* jurídico de réu. Apesar de, inicialmente, parecer uma abordagem dura para a situação desses indivíduos que estes doutrinadores tão ferrenhamente buscam defender, é fato que, caso o respeito aos direitos mínimos inerentes à condição de réu ou apenas fosse dado aos

inimputáveis cumprindo medidas de segurança, as diversas inconstitucionalidades discorridas no presente trabalho jamais seriam permitidas. O transtorno mental se transfiguraria numa atenuante genérica, utilizada num cálculo de dosimetria de pena, que no final, gerando um tempo de pena a ser cumprida, convertida em medida de segurança por igual prazo (CARVALHO, 2019).

Acreditamos que seja possível ir além. Há uma clara incompatibilidade do modelo atual de Medida de Segurança com os ditames da Reforma Psiquiátrica, uma vez que a Lei n. 10.216/2001 visa a humanização do indivíduo com sofrimento psiquiátrico, assegurando-lhe direitos incompatíveis com o disposto no Código Penal e na Lei de Execução Penal. Para Ximenes a “Reforma Psiquiátrica veio ratificar o que já era evidente, mas tudo precisa ser positivado no Brasil para ganhar contornos empíricos” (XIMENES, 2020, p. 175). Assim, evidencia-se uma contradição entre os princípios humanizantes previstos na Lei da Reforma Psiquiátrica e o modelo de sanção proposto pelo Código Penal brasileiro, o qual condiciona o tipo de medida de segurança a gravidade do delito e não a necessidade médica ou ao estado da saúde mental do inimputável.

O problema nessa contradição está no fato de que o grau de atenção e cuidados médicos de cada doente psíquico necessita não está atrelado, de forma alguma, ao suposto crime que este tenha cometido. Por esse motivo, um tratamento diferenciado em razão da natureza do delito não respeita as determinações da reforma, que adentrou nosso ordenamento para trazer um novo viés despenalizador e antimanicomial. Assim, para se cumprir de fato os objetivos de reabilitação médica e social, não é adequado compreender a medida de segurança como uma sanção penal (XIMENES, 2020).

É neste sentido que damos forma à segunda alternativa que vislumbramos para uma eventual e necessária atualização da Medida de Segurança. Que seria a despenalização do instituto por completo. Não há qualquer motivo que impeça os indivíduos acometidos pela vesânia que cometeram delitos de serem tratados pelo sistema de saúde da mesma forma que aqueles que não cometeram crimes. Se fosse considerada, de forma sincera, a “periculosidade” como real motivo para aplicação de uma medida de segurança, não seria o cometimento de um crime que geraria motivação real para que o indivíduo necessitasse de tratamento, mas a pré-existência da aflição psíquica em questão.

Desatando as amarras do direito penal, e considerando, portanto, uma medida unicamente curativa, pode-se prover tratamento aos que necessitam dele sem os estigmatizar, independente de cometimento ou não de crimes. A transferência da medida para uma esfera

cível ou administrativa, possibilitaria dar às vítimas dos crimes cometidos uma reparação devida, sem um viés punitivista que exclui o inimputável socialmente e nada auxilia em seu tratamento.

CONCLUSÃO

Ao longo de nossa dissertação, procuramos debater de forma sintética acerca dos elementos que norteiam a presente iteração da Medida de Segurança aplicada aos inimputáveis com doenças psíquicas no Brasil, levando em consideração sua natureza penal. É indubitável a percepção da gravosidade gerada pela imposição de uma medida de segurança a alguém no presente momento, uma vez que estamos frente a um cenário de desastrosa inconstitucionalidade do instituto, mas que não é de forma alguma combatida.

Fica evidente que para o sistema penal brasileiro os doentes psíquicos são “inconvenientes”. Não acreditamos que esse seja o caso, mas esta é a única conclusão que pode ser tirada quando o legislador permanece tão inerte frente ao sofrimento e às injustiças sofridas por aqueles que já são vitimizados pela sua própria doença mental e, muitas vezes por pequenos deslizes, se tornam presas para o carniceiro sistema penal brasileiro.

A nossa Constituição de 1988 trouxe em texto, mais especificamente em seu artigo 5º, diversas garantias que asseguram o tratamento adequado a isonômico a todos os cidadãos, sejam estes delinquentes ou não, imputáveis ou inimputáveis. Porém, a vigência de lacunas legislativas, somadas com ideais punitivistas e um judiciário reticente em abordar os problemas do tratamento do criminoso inimputável, apenas adia uma discussão necessária.

As alternativas apresentadas são apenas algumas discutidas na Doutrina, havendo espaço para ideias e propostas que possam vir a buscar uma humanização do tratamento destas pessoas, que não são menos sujeitos de direito por terem sua psique enevoada pela moléstia psíquica. Um modelo de responsabilidade diferenciada pode, ao menos, limitar o poder estatal de punição a esses indivíduos, desobjetificando-os e possibilitando dar a eles um semblante mínimo de isonomia. Por outro lado, a transmutação da Medida de Segurança numa “Medida Terapêutica”, permite que possamos reconhecer o *status* de fragilidade e vulnerabilidade daquele acometido de sofrimento psíquico. Agindo, assim, de maneira mais incisiva em métodos, sistemas e programas de saúde focados unicamente no seu tratamento e reabilitação, assegurando a reparação dos danos causados pela sua delinquência de forma cível, uma vez que não há, de fato, retribuição alguma em punir, ferir ou aprisionar alguém.

Independente do novo método que se opte por utilizar para viabilizar um tratamento adequado do inimputável, numa seara penal ou cível, é importante que o resto do ordenamento e o judiciário respeitem as garantias de sua Constituição. Pois, aonde há decisionismo e excesso de subjetividade, será sempre um campo fértil para proliferação de injustiças, as quais já são à muito cometidas contra os portadores de sofrimento psíquico.

Então, não é admissível a permanência de um instituto que consiga converter ideais de proteção em justificativa para uma tortura. O “louco” sempre viveu à margem da história, uma mancha no rodapé dos escritos do tempo. Nem por isso; aliás, principalmente por este motivo, não se pode dar continuidade a essa lógica manicomial penal atroz, que jamais deveria ter pertencido aos nossos diplomas. É importante declarar, de forma clara e concisa, o modelo penal psiquiátrico do Brasil falhou (XIMENES, 2020, p. 175). Não há, atualmente, objetivo real de proteger ou garantir os direitos do doente psíquico.

O Sistema Penal brasileiro transformou o louco e sua loucura em monstros que a sociedade deve temer, dando a estes um tratamento perverso. Fazendo da Medida de Segurança os grilhões com os quais se cinge este enorme colosso de escuridão pela eternidade, a única e derradeira opção para livrar-se desta fera que ameaça a tudo devorar. Os colocamos em prisões, manicômios ou masmorras, amontoados como sombras esquecidas pela Justiça.

Apenas a compreensão da profunda complexidade dos distúrbios da mente, nos permite ter consciência de que os verdadeiros monstros habitam a carne e ossos prendem, julgam e punem sem humanidade. Não foi o louco delinquente que criou a Medida de Segurança. Foram aqueles que preferiram fechar os olhos para o sofrimento alheio, aqueles que se aproveitam das sombras do nosso medo para excluir os indesejados, transformar a doença em delito e o louco em criminoso.

Para as vítimas de uma sociedade indiferente, internados em condições sub-humanas, nós somos os loucos e doentes. Não poderia ser diferente, afinal, já que a loucura faz parte de nós; é a eterna sombra do brilho incandescente da nossa (in)sanidade.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. **O alienista**. São Paulo: FTD, 1994.

CARDOSO, Danilo Almeida, PINHEIRO, Jorge de Medeiros. **Medidas de Segurança: Ressocialização e a Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba. Juruá. 2012.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3 ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

COHEN, Claudio. Medida de Segurança. In: COHEN, Claudio(org.); SEGRE, Marco(org.);

FERRAZ, Flávio Carvalho(org.). **Saúde Mental, Crime e Justiça**. 2 ed. Ver. São Paulo. EdUSP, 2006.

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

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Malheiros, 2000.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito Penal da Loucura**. Brasília: ESMPU, 2008.

SANTOS, Maria de Nazaré da Silva Gouveia dos. **O instituto da medida de segurança criminal e a dignidade da pessoa humana**: um estudo comparativo entre o Brasil e a Argentina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

XIMENES, Nestor Alcebíades Mendes. **Medida de segurança: humanização e inclusão social das pessoas com sofrimento psíquico em conflito com a lei**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2011.