



**FACULDADE FARIAS BRITO
CURSO DE DIREITO**

**LIMITAÇÃO TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA APLICADA AOS
INIMPUTÁVEIS**

ZENACLEIDE COSTA NOJOSA

**FORTALEZA - CE
2012**



FACULDADE FARIAS BRITO
CURSO DE DIREITO

**LIMITAÇÃO TEMPORAL DA MEDIDA DE SEGURANÇA APLICADA AOS
INIMPUTÁVEIS**

ZENACLEIDE COSTA NOJOSA

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Farias Brito como critério para obtenção do grau Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

FORTALEZA - CE
2012

Esta monografia foi submetida ao curso de Direito da Faculdade Farias Brito como parte dos requisitos necessários para obtenção do grau Bacharel em Direito. Na avaliação da banca, este trabalho obteve o conceito **10 (DEZ)** conferido pelos avaliadores da banca e outorgado pela referida Faculdade.

A citação de qualquer trecho desta monografia é permitida, desde que seja feita de acordo com as normas científicas.

Zenacleide Costa Nojosa

Banca examinadora:

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda
ORIENTADOR

Prof. Me. Fernando Antônio Negreiros Lima
EXAMINADOR

Prof. Esp. Wladimir Albuquerque D'alva
EXAMINADOR

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por tudo que me tem proporcionado até os dias de hoje.

Agradeço a meu esposo, Felipe, pelo incentivo e confiança para comigo.

Agradeço aos meus pais, Zenaide Nojosa e João Nojosa por continuarem a mostrar-me o caminho correto a seguir e serem um exemplo de honestidade, bondade e respeito.

Agradeço a minha avó, Maria Gomes Costa, exemplo vivo de amor e grandeza com que sempre soube trilhar sua vida.

Agradeço aos meus irmãos e amigos, pelos estímulos em alcançar meus objetivos e pela paciência nos momentos difíceis.

Agradeço ao meu orientador, professor Dr. Samuel Miranda Arruda, pelo profissionalismo, credibilidade e paciência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. DOENÇA MENTAL.....	11
1.1. História da Doença Mental	11
1.2. Hospitais de custódia e tratamento	15
1.2.1. <i>Aspectos Históricos</i>	15
1.2.2. <i>Situação Atual</i>	16
1.3. A Reforma Psiquiátrica Brasileira	18
2. CRIME, CULPABILIDADE E INIMPUTABILIDADE	23
2.1. Crime: fato típico e antijurídico	24
2.2. Culpabilidade	28
2.2.1. <i>Elementos da Culpabilidade</i>	28
2.2.2. <i>Exclusão e diminuição da culpabilidade</i>	29
2.3. Inimputabilidade	30
2.3.1. <i>Crime e inimputabilidade</i>	32
2.3.2. <i>Crterios para a caracterização da inimputabilidade</i>	32
2.3.3. <i>Causas de inimputabilidade</i>	34
2.3.3.1. <i>Doença Mental</i>	35
2.3.3.2. <i>Desenvolvimento mental incompleto</i>	43
2.3.3.3. <i>Desenvolvimento mental retardado</i>	46
2.3.3.4. <i>Embriaguez ou intoxicação completa involuntária</i>	48
3. MEDIDA DE SEGURANÇA E LIMITAÇÃO TEMPORAL DA SUA EXECUÇÃO.....	52
3.1. Conceito de Medida de Segurança	54
3.2. Espécies de Medida de Segurança	56
3.2.1. <i>Internação</i>	56
3.2.2. <i>Tratamento ambulatorial</i>	60
3.3. Sistema vicariante	61
3.4. Execução da Medida de Segurança	63
3.4.1. <i>Limitação temporal da execução da medida de segurança</i>	65
CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	77

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a medida de segurança sob suas mais variadas vertentes, sobretudo a que diz respeito à limitação temporal de sua execução. Para tanto, iniciaremos o estudo com um panorama histórico da doença mental e do tratamento dispensado aos doentes ao longo dos tempos. Em seguida, adentraremos o submundo manicomial e sua evolução, desde o surgimento dos primeiros hospícios brasileiros, até os dias atuais, quando ganha força a tendência em se acabar com essas instituições, pensamento esse surgido com o advento da Lei 10.216/2001, a chamada “Lei antimanicomial”. Mais adiante estudaremos o crime, a culpabilidade e a inimputabilidade, temáticas básicas, necessárias ao correto estudo da medida de segurança. Por fim, analisaremos conceitos iniciais sobre as medidas de segurança, tais como execução, espécies e sistema vicariante, para, em seguida, estudarmos acerca da limitação do prazo de cumprimento das medidas de segurança, que reúne em torno de si dois posicionamentos divergentes: o primeiro, defendido por parte da doutrina, sustenta que o doente mental deve ficar internado até que se recupere da enfermidade, não importando quanto tempo isso requeira. Entendimento divergente, porém já pacificado, possuem o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, para quem deve ser observada a limitação do prazo de cumprimento da medida de segurança, o que, todavia, nem sempre é cumprido pelas instituições de custódia de tratamento, que, simplesmente, ignoram a desinternação progressiva.

PALAVRAS CHAVES: doença mental, reforma psiquiátrica, inimputabilidade, medida de segurança, limitação temporal.

INTRODUÇÃO

O Direito surge como uma necessidade de resolução de conflitos, decorrentes da vida em sociedade, sendo inerente aos seres humanos, ao divergirem em torno de um determinado assunto. Desde o início da convivência humana em sociedade, há punição para os indivíduos que se comportem de modo inadequado aos padrões estabelecidos pelo pensamento dominante. Antes do surgimento do Estado, os agrupamentos humanos decidiam os mecanismos de punição a serem aplicados àqueles que transgredissem as regras pré-acordadas de convivência social. Dessa forma, a sanção surge com a convivência humana em sociedade.

A evolução da sociedade fez com que surgissem ordenamentos jurídicos que previassem sanções às infringências aos seus dispositivos. Um dos mais antigos e mais famosos que se tem notícia na atualidade é o Código de Hamurabi, que tinha por base a Lei de Talião, “olho por olho e dente por dente”. As leis desse código previam os direitos e obrigações do povo e das autoridades, cominando penas aos seus infratores.

O Estado, no exercício do *Jus Puniendi*, possui o direito-dever de punir todo aquele que for de encontro aos limites pré-estabelecidos para o convívio em sociedade, restringindo ou privando o infrator da utilização de um bem jurídico, visando a sua readaptação social, bem como intimidando a prática de novas transgressões.

Todavia, o que se tem dito até agora se aplica aos imputáveis, pessoas que têm o discernimento completo e desenvolvido para entender a ilicitude dos seus atos. Mas o que dizer dos inimputáveis, sobretudo os doentes mentais? Esses são punidos por crimes cometidos da mesma forma que os criminosos “normais”?

A compreensão da doença mental já passou por diversas fases dentro da história até chegar aos dias de hoje. Na antiguidade pré-clássica, as doenças eram explicadas como resultado da ação sobrenatural, retirando a responsabilidade humana sobre sua conduta.

A partir de 600 a. C., os filósofos gregos trouxeram a ideia organicista da loucura. Esse modelo buscava uma causa física para o distúrbio. A cura era baseada em tratamentos físicos, sobretudo por meios farmacológicos, que agem no encéfalo, enquanto sede do sistema nervoso.

No final da Idade Média, houve um retrocesso na conceituação de loucura e o doente mental passou a ser visto como um possuído pelo demônio. Dessa forma, o tratamento antes humanitário foi substituído por espancamentos, privação de alimentos, tortura generalizada e indiscriminada e aprisionamento dos doentes para estes se livrarem da possessão.

A partir do século XVII os doentes mentais passaram a ser marginalizados do convívio social, com a criação de hospitais que além de os abrigarem, recebiam também os criminosos, mendigos, inválidos, portadores de doenças venéreas e os libertinos. Foi de Phillippe Pinel, considerado o pai da Psiquiatria, o mérito de libertar os doentes mentais das correntes. Considerava que os seres humanos que sofriam de perturbações mentais eram doentes e, ao contrário do que acontecia na época, deveriam ser tratados como doentes e não de forma violenta.

Não podemos deixar de registrar a enorme contribuição dada por Machado de Assis, com relação à doença mental, na sua obra “O Alienista”. Nesse conto o personagem principal, Dr. Simão Bacamarte, busca o entendimento do que seja loucura. Para tanto, constrói um hospício, batizado de Casa Verde, onde manda internar todos aqueles que necessitavam de tratamento. Posteriormente, descobre que a linha que separa a loucura e a razão é bem tênue, de forma que ele mesmo termina internado no próprio hospício, pois chega à conclusão de que os considerados “normais” é que são loucos.

Hoje em dia sabe-se que a loucura é uma alteração mental que se caracteriza pelo afastamento do indivíduo dos seus métodos habituais de pensar, sentir e agir. Sabe-se que no estado de loucura o indivíduo é incapaz de compreender a lógica de suas ações, desconhecendo a ilicitude dos seus atos.

Dessa forma, o indivíduo portador de doença mental, que à época do crime desconhecia a ilicitude dos seus atos, é considerado inimputável.

Sabe-se que a inimputabilidade possui duas vertentes, bastante distintas: por um lado ela serve de escudo protetor para o cinismo de contumazes criminosos, que a utilizam para fugir do cumprimento de pena em presídios; por outro lado, é motivo de perdição para aqueles que, realmente, são portadores de algum tipo de transtorno mental, pois serão retirados do convívio social, para serem trancafiados em verdadeiros depósitos humanos que em nada contribuem para a recuperação de sua sanidade.

O presente trabalho foi desenvolvido mediante estudo exploratório e tem por objetivo instigar a discussão em torno dos seguintes questionamentos: Qual a eficácia da medida de segurança? Qual o seu objetivo: excluir ou recuperar? Qual a constitucionalidade da medida de segurança, uma vez que esta se confunde, em muitos casos, com uma pena de caráter perpétuo?

A partir dessas problemáticas, será desenvolvida pesquisa qualitativa a partir de estudo bibliográfico realizado em livros jurídicos e artigos de periódicos, além de consultas a jurisprudências, legislação correlata e material disponibilizado na internet, que subsidiarão nossa análise acerca do tema proposto.

A metodologia científica desse processo investigativo baseia-se no método indutivo, vez que a análise do material descrito nos levará a conclusões que permitirão o aprofundamento e a discussão acerca da limitação temporal do cumprimento da medida de segurança, apresentando possibilidades concretas de um tratamento mais consentâneo às reais necessidades dos portadores de transtornos mentais que venham a cometer ilícitos penais, observado o disposto na Lei 10.216/2001, conhecida por Lei Antimanicomial.

Ressalte-se que o motivo para a utilização dessa técnica decorreu da diversidade de opiniões existente entre os autores consultados, o que nos permitiu formular o entendimento alcançado a respeito da temática, com a consequente proposta de soluções para os problemas apontados, em consonância com os recentes entendimentos dos Tribunais Superiores de nossa Federação.

Para tanto, no primeiro capítulo, apresentaremos noções gerais sobre a loucura, fazendo uma análise histórica sobre as suas várias concepções adquiridas ao longo do tempo. Falaremos, ainda, um pouco sobre a Reforma Psiquiátrica e a problemática em torno de sua aplicabilidade.

No capítulo seguinte, adentraremos o enfoque jurídico do presente estudo. Assuntos como crime, culpabilidade e inimputabilidade serão analisados de forma minuciosa, buscando-se com isso possibilitar que o leitor tenha os conhecimentos necessários à compreensão do estudo da medida de segurança, objeto do capítulo seguinte.

No terceiro e último capítulo estudaremos os pormenores da medida de segurança. Analisaremos seu conceito e suas espécies, além do sistema vicariante, que passou a ser adotado por nosso Código Penal com a reforma ocorrida em 1984. Será objeto ainda de nosso estudo a polêmica questão em torno da limitação do prazo de cumprimento da medida de segurança. Aqui traçaremos um paralelo entre o que diz a lei, a doutrina e os recentes julgados dos Tribunais Superiores (STF e STJ).

1. DOENÇA MENTAL

Ao longo dos anos, o conceito de saúde e doença mental vem mudando acentuadamente. Tal mudança decorre da evolução da forma de se lidar com a doença mental, que vem avançando ano após ano. De acordo com a Organização Mundial da Saúde¹, o transtorno mental é “uma condição caracterizada por alterações do modo de pensar e/ou do humor (emoções), e/ou por alterações do comportamento associadas à angústia expressiva e/ou deterioração do funcionamento psíquico global”.

Um comportamento anormal ou um período de anormalidade não significa que o ser humano tenha algum comprometimento das suas faculdades mentais. Para tanto é necessário que esses comportamentos sejam recorrentes em um ou mais estágios do ciclo de vida humano, provocando uma deterioração ou perturbação do funcionamento pessoal.

Nesse ínterim, caso seja comprovado judicialmente que o acusado de algum crime era, à época do delito, incapaz de entender a ilicitude dos fatos, seja por comprometimento definitivo ou temporário de suas faculdades mentais, este cumprirá medida de segurança, a ser determinada pelo juízo criminal, que pode ser de tratamento ambulatorial ou internação hospitalar.

1.1 História da Doença Mental

A loucura aguça a curiosidade humana desde todo o seu trajeto ao longo da história. Todavia, durante esse período, os teóricos nunca chegaram ao consenso do que seria a loucura, bem como das suas causas determinantes. Com o passar dos anos, surgiram explicações diversas às origens do desequilíbrio, desde sua vertente mística até a hipótese científica, que justifica organicamente o distúrbio.

Erasmus de Roterdã, em seu livro intitulado “O Elogio da Loucura”, já chamava atenção, em 1509, para a impossibilidade e inconveniência da busca pela

¹ Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=925>, acesso em 10/09/2011, às 15h43min

definição de loucura. Afirmava, ainda, que a loucura é uma companheira inseparável do homem ao longo de todo o seu trajeto conhecido pela história.²

Durante certo tempo na história da humanidade, o louco era considerado um ser incógnito, conhecendo-se pouco, ou quase nada, do seu estado mental. Essa indefinição pode ser claramente percebida nas palavras de Michel Foucault, no seu livro *Doença Mental e Psicologia*:

(...) estes homens não são tratados nem completamente como doentes, nem completamente como criminosos, nem feiticeiros, nem inteiramente também como pessoas comuns. Há algo nêles que fala da diferença e chama a diferenciação.³

Diferentemente de Foucault, que não conseguiu definir o louco, Brian Innes acreditava na essência criminosa do doente mental e na sua origem sobrenatural. Para o autor, os doentes mentais “nasciam assim incapazes de controlar seus institutos antissociais ou um espírito maligno os tinha possuído – deuses malignos, demônios, ou até mesmo o próprio Satanás.”⁴

Na Antiguidade, a loucura possuía um cunho totalmente demoníaco, sendo associada à feitiçaria na Idade Média. Por esse motivo, aqueles considerados “loucos” eram condenados à tortura e, em muitos casos, à morte. Crenças desprovidas de qualquer embasamento científico eram responsáveis por atrocidades cometidas contra a vida humana.⁵

Na Grécia e Roma Antigas as famílias abastardas que possuíam um louco contratavam médicos particulares para acompanhar o enfermo em seu lar. As práticas mágico-religiosas, de caráter profundamente místico, eram difundidas pela casta pobre da população que, por não ter os mesmos recursos para tratar seus doentes, valia-se do sobrenatural para explicar a origem daquele mal. Era comum que esses alienados mentais vagassem pelas ruas à mercê da caridade pública para sobreviver, pois se

² Apud TUNDIS, Silvério de Almeida e COSTA, Nilson do Rosário (orgs.). *Cidadania e Loucura: Políticas de Saúde Mental no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 18.

³ FOUCAULT, Michel. *Doença Mental e Psicologia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991. p. 87.

⁴ INNES, Brian. *Perfil de uma mente criminosa: a Psicologia solucionando crimes da vida real* / Brian Innes; [tradução Exacta]. São Paulo: Editora Escala, 2009. p. 9.

⁵ RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. *Saúde Mental: dimensão histórica e campos de atuação*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1996. p. 14.

constituíam em um verdadeiro estorvo para a família, que não possuía posses para lhes proporcionar um tratamento adequado.⁶

Assim como na Grécia e Roma, na Inglaterra os doentes mentais oriundos de famílias pobres circulavam pelas ruas, sendo não raras vezes confundidos com vagabundos. Uma lei inglesa de 1496 resolveu eliminar a mendicância, a vagabundagem e a ociosidade: quem fosse encontrado vagando pelas ruas devia ser posto em troncos por três dias e três noites. Caso houvesse reincidência, devia ser surrado com chicote e amarrado ao tronco, com um pesado colar de ferro ao pescoço. Em outros casos, os ociosos eram marcados com ferro em brasa a cada vez que fossem capturados, sendo internados em hospitais gerais, que, apesar do nome, não possuíam qualquer função curativa. Em suma, esse foi o tratamento dispensado ao doente mental por um longo período da história da humanidade.⁷

Com a chegada do Iluminismo, dos princípios da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos Humanos nos Estados Unidos, o mundo viu surgir e crescer uma humanização do tratamento dado ao doente mental. Pinel, na França, Tuke na Inglaterra, Chiaruggi na Itália, Johann Langermann na Alemanha e Benjamim Rush nos Estados Unidos foram os protagonistas na separação dos os doentes mentais dos ociosos, oferecendo àqueles o devido tratamento médico. Philippe Pinel é considerado o “pai” da Psiquiatria, por ser responsável por uma verdadeira revolução no modo de tratar os doentes mentais, propondo-lhes um tratamento mais humano, livre de correntes e grilhões.⁸

Esse novo modo de tratamento dos doentes, com internações hospitalares, foi um marco para aquele período, sendo bem mais eficiente do que o anteriormente utilizado, baseado em castigos corporais.

No Brasil, diferentemente da Europa, a doença mental foi silenciosa por muito tempo, diluindo-se na vastidão de suas terras. Entretanto, enganava-se quem

⁶ TUNDIS, Silvério de Almeida e COSTA, Nilson do Rosário (orgs.). *Cidadania e Loucura: Políticas de Saúde Mental no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 21.

⁷ *Ibid.*, p. 24.

⁸ RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. *Saúde Mental: dimensão histórica e campos de atuação*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1996. p. 31.

pensava que esse “silêncio” significava a negação da existência da doença mental em território brasileiro. Pelo contrário. Guimarães Rosa, em sua obra-prima *Grande Sertão: Veredas* faz menção a indivíduos esquisitões que se recolhiam durante anos nos retiros (espécies de cômodos destacados e isolados das propriedades). Muitas vezes, eles navegavam sem rumos pelos rios, até que se sentissem em condições de retornar ao convívio da sociedade.⁹

Por mais de trezentos anos, a loucura passou despercebida pela sociedade brasileira. A utilização de mão-de-obra escrava por parte dos senhores de engenho fez com que surgisse um grande contingente de desocupados, que assim como os loucos, andavam perambulando pelas ruas do Rio de Janeiro, tornando-as perigosas. O modo encontrado pelas autoridades para resolver essa questão foi o aprisionamento e espancamento de todos os que fossem surpreendidos nessa situação. Dessa forma, vários doentes mentais foram espancados e jogados nos porões, sem qualquer assistência médica. Os delírios, comuns a esses doentes, eram reprimidos com espancamentos, dias e noites de prisão ao tronco, sofrendo todo tipo de maus-tratos, em muitos casos, levando-os à morte.¹⁰ A partir de certo momento da história brasileira, os maus-tratos aos doentes mentais foram referendados pela ciência, conforme os ensinamentos do professor Heitor Resende:

(...) o destino do doente mental seguirá irremediavelmente paralelo ao dos marginalizados de outra natureza: exclusão em hospitais, arremedos de prisões, reeducação por laborterapias, caricaturas de campos de trabalho forçado.

Uma diferença em desfavor dos alienados mentais: estes processos serão, a partir de certo momento, referendados pela ciência; o sequestro será indicação clínica; o trabalho, uma imposição terapêutica (...)¹¹

Portanto, ao longo da evolução do tratamento da doença mental, constatamos que a ciência referendava a aplicação de maus-tratos como método de tratamento, algo inimaginável nos dias de hoje.

⁹ Apud TUNDIS, Silvério de Almeida e COSTA, Nilson do Rosário (orgs.). *Cidadania e Loucura: Políticas de Saúde Mental no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 31

¹⁰ TUNDIS, Silvério de Almeida e COSTA, Nilson do Rosário (orgs.), op. cit., p. 35

¹¹ Apud TUNDIS, Silvério de Almeida e COSTA, Nilson do Rosário (orgs.). *Cidadania e Loucura: Políticas de Saúde Mental no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 36.

1.2 Hospitais de custódia e tratamento

Os hospitais de custódia e tratamento são hospitais especializados no tratamento do doente mental. São também conhecidos por asilos, hospícios e manicômios. Nesses hospitais, da metade do século XVIII até o início do século XX, era comum a utilização de camisas-de-força, quartos-fortes, choques elétricos e operações no cérebro para controlar os pacientes, consoante a psiquiatria científica.

A credibilidade dos manicômios é posta em cheque, diariamente, por repetidos casos de maus tratos, isolamento geográfico, falta de treino do pessoal e procedimentos inadequados.

Hoje em dia tais hospitais são muito criticados pelo modo como seus pacientes são “tratados”. Todavia, com a Reforma Psiquiátrica observa-se uma nova proposta para o tratamento do doente mental.

1.2.1 Aspectos Históricos

O surgimento de hospitais psiquiátricos em território brasileiro deu-se com a inauguração, ano de 1852, do Hospício D. Pedro II. Durante as quatro primeiras décadas de existência de tais instituições, essas serviram para remover e excluir os doentes mentais do convívio social. Heitor Resende afirma que:

Remover, excluir, abrigar, alimentar, vestir, tratar. O peso relativo de cada um desses verbos na ideologia da nascente instituição psiquiátrica brasileira pendeu francamente para os dois primeiros da lista, os demais não entrando nem mesmo para legitimá-los. A função exclusivamente segregadora do hospital psiquiátrico nos seus primeiros quarenta anos de existência aparece, pois, na prática, sem véus ou disfarces de qualquer natureza.¹²

Para o autor, os hospitais psiquiátricos da época imperial, de forma clara, tinham como objetivo a remoção e exclusão dos doentes mentais do meio social, sem preocupação alguma com os cuidados a serem dispensados aos pacientes. Por esse motivo, tais instituições eram afastadas dos centros urbanos, não havendo a presença de

¹² Apud TUNDIS, Silvério de Almeida e COSTA, Nilson do Rosário (orgs.). *Cidadania e Loucura: Políticas de Saúde Mental no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 39

médicos, ficando a administração desses recintos completamente nas mãos das irmãs de caridade. Isso conferia ao tratamento dos doentes um caráter totalmente leigo, desprovido de qualquer conhecimento científico. Essa situação perdurou até o início do século XX, quando a psiquiatria empírica deu lugar à psiquiatria científica, sendo os médicos colocados em suas verdadeiras funções. Infelizmente, os princípios humanitários, que fizeram os médicos reivindicarem para si o controle dos hospitais, em nada contribuiu para diferenciar a psiquiatria empírica da psiquiatria científica.

Até os dias atuais, há hospitais psiquiátricos que utilizam meios brutais no trato de seus pacientes. As algemas e camisas-de-força foram substituídas por medicamentos de alto poder imobilizador, que fazem dos doentes pessoas taciturnas, destituídas de qualquer ideia ou pensamento. Hoje em dia vem ganhando força propostas de tratamento que considerem a humanização dos meios aplicados como fator preponderante para a recuperação dos doentes.

1.2.2 Situação Atual

O modelo de assistência psiquiátrica ainda predominante no Brasil baseia-se no Decreto Federal nº 24.559, de 3 de julho de 1934, que “*dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências*”.

O art. 9º do referido decreto reafirma a incapacidade do doente mental, facilitando-se a internação, válida por qualquer motivo que tornasse incômoda a manutenção desse em sua residência. Dessa forma, entendeu-se que a internação era a regra e o tratamento extra-hospitalar a exceção, bastando mera suspeita de existência da doença mental para o cerceamento do indivíduo em asilos.

Esse modelo, embora ainda predominante no Brasil, é atualmente considerado falido e sua base ideológica, desmitificada, em razão das mazelas que reproduz. Privar os que sofrem de transtornos mentais do convívio familiar, acorrentando-os e os submetendo a tratamentos com fortes drogas, em ambientes inóspitos, certamente não é a atitude mais conveniente no trato dessas pessoas.

O final dos asilos vem sendo temática recorrente na medicina brasileira desde a década de 70. No início dos anos 80, o Brasil assistiu a uma enorme expansão dos leitos psiquiátricos, financiada pelo Governo, caracterizando uma verdadeira comercialização da doença mental, sem precedentes em outros países do mundo.

Hoje em dia, as internações hospitalares ainda são a maioria das medidas de segurança aplicadas a pessoas que cometeram ilícitos penais e não têm o adequado discernimento para entender a ilicitude de seus atos. Até então, os manicômios têm a finalidade que lhes foi atribuída há séculos: a de segregar o doente mental infrator do convívio da sociedade, a fim de garantir a segurança desta. São verdadeiros depósitos humanos, verdadeiras prisões. Cumprem o seu papel quando conseguem excluir do convívio social aquelas vítimas do destino que incorreram em ilícitos penais, mesmo sem entender a sua ilicitude.

Consoante estudo feito pela Organização Mundial da Saúde - OMS, no ano de 2001, 75% dos países de todo o mundo possuíam legislação sobre saúde mental, dos quais 51% tiveram suas leis aprovadas após 1990 e 15% têm leis que remontam aos anos pré-1960. Verifica-se que a existência de legislação sobre saúde mental não garante o respeito dos direitos humanos. Em muitos países essa legislação resulta mais na violação do que na proteção dos direitos do doente mental. Isso porque em tais nações, a legislação é antiga, feita para “proteger” as pessoas dos pacientes perigosos, isolando-os do público, na contramão da promoção dos direitos dessas pessoas como cidadãos. Outras legislações previam a internação de doentes mentais que, apesar de serem inofensivas, eram incapazes de cuidar de si mesmas, devido à enfermidade¹³

Conforme observamos anteriormente, a discriminação de pessoas com doença mental tem perdurado ao longo da história. Medo, assédio, raiva e rejeição são somente alguns modos de externalização dessa repulsa. Ainda segundo o estudo da OMS,

Violações de direitos humanos e liberdades básicas e negação de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais aos que sofrem de transtornos mentais são uma ocorrência comum em todo o mundo, tanto dentro de instituições como na comunidade. O abuso físico,

¹³ FREEMAN, Melvyn e PATHARE, Soumitra. *Livro de Recursos sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação*. Genebra, Suíça: Organização Mundial da Saúde, 2001. p. 1.

sexual e psicológico é uma experiência cotidiana para muitos com transtornos mentais. Além disso, eles enfrentam uma recusa injusta de oportunidades de emprego e discriminação no acesso aos serviços, seguro-saúde e políticas habitacionais. Grande parte disso continua sem registro e, com isso, esse ônus permanece sem quantificação.¹⁴

Infelizmente, ainda são muito comuns nos dias de hoje os relatos de descaso e discriminação contra aqueles que são considerados “diferentes”, incluindo-se nesse rótulo os portadores de transtornos mentais. A exclusão, por vezes, tem início no próprio seio familiar, quando os familiares decidem pelo caminho da internação hospitalar. Em seguida, vem a repulsa da sociedade e das instituições, o que lhes resulta na negação de direitos básicos, tais como emprego, moradia e acesso aos serviços de saúde.

É nesse contexto de descaso e violação de Direitos Humanos, que surge a Reforma Psiquiátrica, que possui como desafio a quebra de um padrão que vem se mantendo intacto ao longo dos séculos, o da exclusão do diferente, do anormal.

1.3 A Reforma Psiquiátrica Brasileira

A figura do louco foi segregada do convívio social por muitos séculos. Contudo, a partir do ano de 1989 essa história começa a mudar. Nesse ano, deu entrada no Congresso Nacional projeto de lei do Deputado Federal Paulo Delgado (PT/MG) que propõe a regulamentação dos direitos das pessoas com doenças mentais, além da extinção progressiva dos manicômios existentes no país.

Após 12 anos de tramitação no Congresso Nacional, em 2001 a Lei Paulo Delgado (Lei 10.216/2001) é sancionada, redirecionando a assistência em saúde mental para o seio familiar, com a extinção progressiva dos manicômios. Referida legislação, conhecida por Lei Antimanicomial, deu início à Reforma Psiquiátrica, sendo considerada um marco histórico no tratamento da doença mental em nosso país, na medida em que prevê os direitos dos portadores de doenças mentais, regulamentando as internações involuntárias.

¹⁴ FREEMAN, Melvyn e PATHARE, Soumitra. *Livro de Recursos sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação*. Genebra, Suíça: Organização Mundial da Saúde, 2001. p. 1.

O art. 1º da mencionada lei deixa claro a sua consonância com o princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao declarar que os direitos dos portadores de doenças mentais são assegurados a todos, independentemente de sua raça, cor, sexo, religião, etc.

A lei determina que no atendimento em saúde mental, tanto o doente como seus familiares sejam, formalmente, cientificados dos seus direitos, dentre os quais acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, tratamento humano e respeitoso, proteção contra abuso e exploração e tratamento com os meios menos agressivos possíveis.

Determina o diploma legal que a internação será a última das opções no tratamento do paciente, somente podendo ser utilizada caso os recursos extra-hospitalares se mostrem insuficientes. Contudo, a internação sempre deve visar a reinserção social do paciente.

Paulo Jacobina critica o paradoxo existente em torno dos hospitais de cumprimento das medidas de segurança, pois conforme o art. 99 do Código Penal, apesar de serem considerados estabelecimentos hospitalares, não integram o Sistema Único de Saúde (SUS), mas o sistema penitenciário, sendo regidos pela Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84).¹⁵

Tal incongruência, nos leva a uma situação mais ilógica ainda: a medida de segurança não é dotada de caráter curativo e não punitivo como o deveria. Não se pode considerar que a medida de segurança constitui-se em tratamento de natureza terapêutica, que visa ao restabelecimento e à reintegração do louco, garantindo-se apenas circunstancialmente a segurança da sociedade contra sua periculosidade. Dessa forma, pessoas que não possuem o discernimento necessário para entender a ilicitude dos seus atos são punidas por estes. O estabelecimento hospitalar de cumprimento da medida de segurança acaba sendo, em última instância, um estabelecimento prisional.

¹⁵ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 99-100

Com a edição da Lei 10.216/2001, o foco do Governo Federal tem se voltado para políticas que permitam o retorno do doente mental ao convívio social e profissional como parte de seu tratamento. Todavia, sabemos que a quebra desse paradigma não é tarefa das mais fáceis. Foram séculos de segregação e abandono nos manicômios, com o sofrimento de uma série de maus-tratos, simplesmente por ser preferível sua exclusão ao seu tratamento. Abaixo, apresentaremos, de forma resumida, os atuais programas do Governo Federal criados para promover a reinserção social e profissional do doente mental.

Um dos primeiros programas de reinserção social e profissional do doente mental a ser criado foi o Centro de Atenção Psicossocial – CAPS. Conforme o site do Ministério da Saúde, o CAPS tem por objetivo “oferecer atendimento à população, realizar o acompanhamento clínico e a reinserção social dos usuários pelo acesso ao trabalho, lazer, exercício dos direitos civis e fortalecimento dos laços familiares e comunitários.”¹⁶

Os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) são estratégicos para a promoção da Reforma Psiquiátrica Brasileira, pois constituem uma rede substitutiva ao Hospital Psiquiátrico no país, que têm como função prestar atendimento clínico em regime de atenção diária, evitando as internações em hospitais psiquiátricos.¹⁷

O Serviço Residencial Terapêutico (SRT), vinculados aos CAPS ou outro serviço ambulatorial, são casas localizadas no espaço urbano, constituídas para responder as necessidades de moradia de pessoas com transtornos mentais graves egressas de hospitais psiquiátricos ou hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, que perderam os vínculos familiares e sociais; moradores de rua com transtornos mentais severos, quando inseridos em projetos terapêuticos acompanhados nos CAPS. O número de usuários em cada SRT pode variar de uma pessoa até um pequeno grupo

¹⁶ Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=29797&janela=>>, Acesso em 16/05/2012, às 10h11min

¹⁷ Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=29797&janela=>>, Acesso em 16/05/2012, às 10h18min

de no máximo 8 pessoas, que deverão contar com suporte profissional sensível às demandas e necessidades de cada um.¹⁸

O Programa De Volta Para Casa tem por objetivo garantir a assistência, o acompanhamento e a integração social, fora da unidade hospitalar, de pessoas acometidas de transtornos mentais, com história de longa internação psiquiátrica (2 anos ou mais de internação ininterruptos). É parte integrante deste Programa o auxílio-reabilitação, no valor de R\$ 240,00, pago ao próprio beneficiário durante um ano, podendo ser renovado, caso necessário. Pode ser beneficiário do programa qualquer pessoa com transtorno mental que tenha passado dois ou mais anos internada, ininterruptamente, em instituições psiquiátricas e também aquela que mora em residência terapêutica ou que tenha vivido em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (manicômio judiciário) pelo mesmo período.¹⁹

Projeto que também merece destaque é a Rádio Maluco Beleza, programa de rádio protagonizado por usuários da Rede de Saúde Mental de Campinas/SP. Surgido em 2002, conta com estúdio de rádio, ilha de edição audiovisual e sala de internet, veiculando programação própria pela internet. Desde sua criação em 2002, o objetivo do projeto é diminuir o preconceito relativo à loucura, mostrando novas possibilidades de tratamento e de convivência com as diferenças e com os diferentes. O programa funciona nas dependências do Serviço de Saúde Dr. Cândido Ferreira, antigo manicômio judiciário da cidade de Campinas/SP e que hoje busca a ressocialização dos usuários através de oficinas de trabalho, moradias, CAPS, além de oficinas de arte e de comunicação.²⁰

Apesar de todos os esforços feitos, sabemos que ainda há um enorme caminho a ser percorrido de forma a harmonizar a política brasileira em saúde mental com os preceitos da Lei 10.216/2001.

¹⁸ Disponível <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/visualizar_texto.cfm?idtxt=24355&janela> Acesso em 16/05/2012, às 10h23min

¹⁹ Disponível<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/visualizar_texto.cfm?idtxt=24355&janela>, Acesso em 16/05/2012, às 10h29min

²⁰ Disponível em <<http://www.candido.org.br/content/view/571/1/>>, Acesso em 16/05/2012, às 12h11min

A completa mudança na assistência psiquiátrica somente se concretizará se os portadores de transtornos mentais não forem excluídos da comunidade em que vivem ou não se tornarem um fardo para seus familiares. Dentre os desafios da reforma, há consenso sobre a necessidade de a sociedade conviver de forma mais harmônica com os diferentes e o reconhecimento das potencialidades dessas pessoas que têm capacidade de trabalhar e de produzir. Infelizmente, de um modo geral, a sociedade ainda está longe do consenso sobre essas práticas e valores. Contudo, acreditamos que programas como os aqui mencionados auxiliarão bastante no retorno do doente mental ao convívio social.

2. CRIME, CULPABILIDADE E INIMPUTABILIDADE

A noção do Direito fundamenta-se no fato social. O Direito surge como um regulador das relações humanas, sem o qual a vida em sociedade restaria inviabilizada. Fatos sociais que são contrários ao Direito constituem-se em ilícitos jurídicos, sendo o mais grave o ilícito penal.

O Estado detém o poder de regular a vida das pessoas através de preceitos de observância obrigatória por parte de todos os que convivam em sociedade. Tais preceitos visam à conservação da paz e da segurança social mesmo diante dos vários choques de interesses existentes entre os integrantes do meio social. Juntamente a esses preceitos, são estabelecidas sanções, a serem aplicadas àqueles que transgredirem as normas impostas pelo Estado. A mais grave das sanções é a pena, que constrange o autor de um crime a submeter-se a um mal proporcional ao dano por ele causado. Ao lado das penas, temos as medidas de segurança, que são medidas de prevenção ou repressão.

O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 3.914/41) considera crime “a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”. Bitencourt critica essa definição por afirmar que a mesma não teve nenhuma preocupação científico-doutrinária, limitando-se a distinguir crimes de contravenções penais, restringindo-se à natureza da pena de prisão aplicável.²¹

Magalhães Noronha aponta as definições de crime sob os aspectos formal e substancial. Para o autor, o aspecto formal tem como referência a lei, sendo considerado crime toda conduta humana que infrinja a lei penal. Ainda segundo o autor, o aspecto substancial faz uma consideração mais ontológica do delito, de cunho mais filosófico.²²

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal-Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.252

²² NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal - Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 96

Sob esse aspecto, Garofalo entende que o crime representa uma ofensa aos sentimentos altruístas de piedade e probidade comuns aos indivíduos na comunhão social.²³

Dessa forma, podemos definir, em poucas palavras, crime como sendo qualquer ação ou omissão transgressora da lei penal.

2.1. Crime: fato típico e antijurídico

A Constituição Brasileira consagrou como um de seus princípios o da Legalidade. Este princípio constitui-se na maior caracterização do Estado Democrático de Direito que proporciona aos seus cidadãos segurança jurídica, na medida em que deve estar previsto em lei quaisquer ações comissivas ou omissivas que lhes são exigidas.

Entre os princípios norteadores do Direito Penal situam-se o princípio da anterioridade da lei penal e o princípio da legalidade ou reserva legal.²⁴

Pelo princípio da anterioridade da lei penal, é necessário que haja uma lei a definir a conduta antijurídica antes de sua prática. Dessa forma, no ordenamento jurídico brasileiro, é impossível que alguém seja condenado pelo cometimento de um crime antes deste estar previsto em lei.

Já o princípio da reserva legal, assegura que toda conduta para ser considerada criminosa deve estar prevista em lei. Referido princípio, também conhecido por sua expressão latina *nullum crimen nulla poena sine lege*, está previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, além de ser fundamento do Direito Penal, previsto no art. 1º do Código Penal.

Dessa forma, a conduta humana para ser considerada criminosa deve corresponder objetivamente ao que está descrito em lei, contrariando, assim, a ordem jurídica. O crime é conduta típica (previsto em lei), antijurídica (contraria o Direito) e culpável (a ação ou omissão é atribuída ao infrator a título de culpa *lato sensu*, na modalidade de dolo ou culpa).

²³ Apud NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal – Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. p. 96

²⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9

Para Magalhães Noronha, o primeiro momento do crime é a ação e sem ela, não há como haver crime. A ação pode ser positiva (*stricto sensu*) ou negativa, como ocorre na omissão.²⁵ Segundo o autor,

ambas são sujeitas à vontade, mesmo quando culposas, porque a culpa é oriunda da falta de atenção e esta acha-se sob o domínio daquela. A vontade concentra a atenção sobre um objeto ou a afasta. Não se pode, ao mesmo tempo, omitir e estar atento em relação a uma coisa ou um fato.²⁶

O autor defende que os crimes comissivos decorrem da falta de atenção do agente, não sendo possível que este se omita da prática de alguma conduta se foca sua atenção nesta. Cezar Roberto Bitencourt entende que “a ação e omissão, em sentido estrito, constituem as duas formas básicas do fato punível, cada uma com sua estrutura específica, distinta: a primeira viola uma proibição (crime comissivo), a segunda descumpre uma ordem (crime omissivo).”²⁷

Conforme ensina Magalhães Noronha, o crime, na sua integralidade, “compõe-se de núcleo, designado por um verbo (matar, subtrair, seduzir, etc); de referências ao sujeito ativo, isto é, condições ou qualidades que se devem encontrar no agente (militar, funcionário público, pai, médico, etc.), ao sujeito passivo (Estado, mãe, filho menor, etc.), ao objeto material (coisa móvel, documento, selo, etc.).”²⁸

Tipicidade é a descrição feita pelo Código Penal das condutas prejudiciais à ordem jurídica. O não atendimento a pelo menos um dos elementos existentes na lei, afasta a existência de conduta delituosa ou faz como que a tipificação seja outra.

A tipicidade se relaciona com a antijuridicidade do delito, pois, teoricamente, todo fato típico é antijurídico. Contudo, pode haver conduta típica sem sê-la antijurídica, por ser considerada uma causa de exclusão de antijuridicidade, Para o Código Penal Brasileiro, em seu art. 23, não ocorre crime quando o agente praticar o ato em alguma das seguintes hipóteses: a) estado de necessidade; b) legítima defesa;

²⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal - Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 98

²⁶ *Ibid.*, p. 98

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal-Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 258

²⁸ NORONHA, E. Magalhães, *op. cit.*, p. 99

c) estrito cumprimento do dever legal ou d) exercício regular do direito. Analisemos a seguir cada uma delas.

Segundo o art. 24, do Código Penal Brasileiro, “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

O estado de necessidade surge quando estão em perigo dois interesses, sendo que para que um deles seja resguardado, há a necessidade de se eliminar o outro, ante a impossibilidade de resguardar ambos.²⁹

A definição apresentada pelo legislador prevê a existência de perigo real. Mas será que o agente, prevendo situação de perigo iminente necessitaria esperar que a previsão se tornasse real ameaça para fazer valer o seu direito de agir acobertado pelo estado de necessidade? Quem nos dá a resposta é o professor Damásio de Jesus, que assim nos ensina:

Entendemos, porém, que não se pode obrigar o agente a aguardar que o “perigo iminente” se transforme em “perigo atual”. Se o perigo está prestes a ocorrer, não parece justo que a lei exija que ele espere que se torne real para praticar o fato necessitado.³⁰

Nesse caso, outro entendimento não poderia prevalecer. Ter o agente que esperar o perigo se tornar próximo, quando poderia eliminá-lo ao perceber sua aproximação, seria um enorme devaneio por parte do nosso legislador.

O estado de necessidade também pode ser utilizado para debelar perigo real ou iminente havido contra terceiro, independente de relação de parentesco entre ambos. No caso em tela, não há a necessidade daquele que tem um direito ameaçado requisitar ajuda de terceiro para salvaguardá-lo. Aqui, a sua vontade é substituída pela do agente.³¹

O próximo caso excludente de antijuridicidade é a legítima defesa. De acordo com o Código Penal, em seu artigo 25, age em legítima defesa quem, “usando

²⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 365

³⁰ *Ibid.*, p. 370

³¹ *Ibid.*, p. 371

moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” Analisemos, um a um, os elementos constitutivos dessa excludente de antijuridicidade.

O primeiro deles diz respeito ao uso moderado dos meios necessários. Para o Dicionário Houaiss, moderação significa a virtude de permanecer na exata medida. Dessa forma, não age em legítima defesa, por exemplo, quem sendo vítima de calúnia reage tirando a vida do caluniador. No exemplo citado, observa-se, claramente, o descomedimento entre a ofensa (calúnia) e a resposta (homicídio).

Para que o delito seja justificado pela legítima defesa, é necessário que a agressão sofrida seja injusta. Dessa forma, não há que se falar em legítima defesa quando alguém, por exemplo, ao agredir outra pessoa, é surpreendido por policial e repele a agressão sofrida pelo agente do Estado, incumbido de manter a ordem pública. Nesse caso, o policial somente agiu no estrito cumprimento do dever legal, sendo, portanto, justa a força utilizada, desde que empregada na medida certa para conter o agressor.

Adiante, a definição de legítima defesa contempla as expressões agressão “atual ou iminente” e contra “direito seu ou de outrem”. Ambas as expressões não nos trazem dificuldade alguma em suas definições, haja vista já termos delas tratado quando analisamos o estado de necessidade.

Em seguida, outros elementos que excluem a antijuridicidade, são o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

O estrito cumprimento do dever legal existe para aqueles a quem a lei atribui a missão de manter a ordem pública. Os agentes do Estado, no exercício dos seus misteres, não raras vezes, necessitam lançar mão da força pública para a manutenção da ordem. Seria um contrassenso, portanto, se a lei facultasse ao agente o uso da força e, ao mesmo tempo, o punisse quando dela lançasse mão para a manutenção da ordem. Por

óbvio que o agente público responde pelos excessos que cometer, pois o uso da força é necessário na medida certa para impor a vontade estatal.³²

O exercício regular do direito é outro caso que carece de antijuridicidade. Consoante exemplo dado por Magalhães Noronha, no caso de castigo paterno, apesar de se atingir a incolumidade física do filho, não há que se falar em crime.³³ Mais uma vez, cabe ressaltar que isso é válido para os casos em que foi utilizada a medida exata da força, somente o necessário para que o filho possa sentir as consequências do ato cometido erroneamente.

2.2 Culpabilidade

Para que exista crime é necessário haver tipicidade e antijuridicidade na conduta praticada. Contudo para que alguém cometa um delito não basta simplesmente que o fato seja típico e antijurídico. Faz-se necessária, ainda, a existência da culpabilidade. Conforme exemplifica Damásio de Jesus,

Suponha-se que o agente cometa um homicídio, não se encontrando acobertado por qualquer justificativa. Basta acrescentar que o agente é portador de doença mental, que lhe tenha retirado a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato no momento de sua prática. Nos termos do que dispõe o art. 26, *caput*, do CP, ele é isento de pena. Faltou-lhe a culpabilidade.³⁴

Consoante a lição do autor, a culpabilidade liga o agente à punibilidade, isto é, a pena é ligada ao agente pelo juízo de culpabilidade.³⁵

2.2.1 Elementos da Culpabilidade

A culpabilidade refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico. Para isso, exige-se a presença de três requisitos, a saber: capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade

³² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 315-316

³³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal - Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 205

³⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 455

³⁵ *Ibid.*, p. 451

de conduta conforme a norma.³⁶ Tais requisitos são os elementos da culpabilidade, sem os quais não há que se falar em crime. Analisemos cada um deles.

O primeiro dos elementos da culpabilidade é a imputabilidade. O Código Penal Brasileiro tratou, em seu art. 26, dos inimputáveis ao afirmar que “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” Dessa forma, podemos concluir que imputável é aquele a quem se pode atribuir responsabilidade por determinado ato.

A potencial consciência da ilicitude consiste em juízo que o agente deve ter de que atua contrariamente ao direito³⁷, ou seja, para que lhe seja atribuída culpabilidade, o agente necessita saber diferenciar o lícito do ilícito.

Por fim, não há que se falar em culpabilidade se na situação em que se achava o agente não lhe era exigível comportamento diverso³⁸. Dessa forma, diante de mais de uma conduta possível, deve o agente escolher aquela que não contrarie o ordenamento jurídico. Caso a conduta punível seja a única possível, não há que se falar em culpabilidade.

2.2.2 *Exclusão e diminuição da culpabilidade*

A culpabilidade restará afastada quando ocorrer uma ou mais das causas excludentes, também chamadas de dirimentes. Excluem a culpabilidade: erro de proibição; coação moral irresistível; obediência hierárquica; inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; inimputabilidade por menoridade penal; inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.³⁹

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal-Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 385

³⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 252

³⁸ *Ibid.*, p. 260

³⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 477

Entretanto, há casos em que os requisitos mencionados no parágrafo anterior fazem com que o agente tenha uma diminuição do entendimento e não sua completa exclusão. Em relação à temática, Fernando Capez entende que “o agente é imputável e responsável por ter alguma noção do que faz, mas sua responsabilidade é reduzida em virtude de ter agido com culpabilidade diminuída em consequência das suas condições pessoais.”⁴⁰

O autor alerta para o fato de que nesses casos o agente é imputável, contudo possui responsabilidade diminuída em decorrência do seu parcial entendimento da lesividade de suas ações.

2.3. Inimputabilidade

É penalmente imputável aquele que entende a ilicitude do fato e pauta suas condutas de acordo com esse entendimento, devendo prestar contas por suas ações, pois possui consciência da antijuricidade do ato criminoso e, mesmo assim, resolve praticá-lo. Por outro lado, inimputável é aquele que não possui o necessário discernimento para entender o caráter ilícito de sua conduta.

O instituto da Inimputabilidade é deveras delicado, pois a visão popular condena antecipadamente o acusado que tem sua sanidade mental investigada, por não acreditar na possibilidade daquele não entender o caráter prejudicial de seus atos, quando de sua prática. Contudo, somente o incidente de insanidade mental é quem pode determinar se o acusado realmente era, à época dos fatos, incapaz de entender a conduta lesiva dos seus atos.

A priori, todos os seres humanos maiores de idade são imputáveis, cabendo a tais responder pelos seus atos. As exceções à regra decorrem dos casos de exclusão de inimputabilidade, quais sejam: a) doença mental; b) desenvolvimento mental incompleto; c) desenvolvimento mental retardado; d) embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior.⁴¹

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 346.

⁴¹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 467

Como veremos mais adiante, nosso Código Penal adotou o sistema biopsicológico de inimputabilidade. Isso significa que não basta a simples ocorrência de um dos casos de exclusão de imputabilidade descritos acima para que o agente seja declarado inimputável. Necessário faz-se ainda que, em decorrência da excludente, o mesmo no momento da ação ou omissão não entenda o caráter ilícito dos seus atos. Caso no momento do ato o agente não tenha capacidade de compreensão e determinação será considerado inimputável.

Em relação ao semi-imputável, podemos dizer ser aquele que tem discernimento reduzido, e, portanto, responsabilidade diminuída. Para Luiz Régis Prado, nesses casos, a mente do agente se situa entre uma perfeita saúde mental e a insanidade, motivo pelo qual possui uma imputabilidade diminuída ou atenuada:

(...) a denominada imputabilidade diminuída ou atenuada – redução da capacidade de culpabilidade – constitui uma área intermediária, estado limítrofe, terreno neutro, situada entre a perfeita saúde mental e a insanidade, em virtude da dificuldade existente muitas vezes em ser traçada uma linha precisa de demarcação.⁴²

O autor defende que a imputabilidade diminuída consiste em um meio-termo existente entre a lucidez e a insanidade. Na sua ótica, isso ocorre em decorrência da impossibilidade de se delimitar com precisão a separação entre uma e outra. O parágrafo único do art. 26 do Código Penal prevê a redução de um a dois terços da pena ao agente que, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender a ilicitude dos seus atos e de pautar-se de acordo com esse entendimento.

Em relação aos semi-imputáveis, Luiz Régis Prado lembra que em decorrência do sistema vicariante, que analisaremos mais à frente, o semi-imputável pode receber a pena reduzida de um a dois terços ou receber a medida de segurança. Conforme o autor:

Contudo, em razão do sistema vicariante – para os semi-imputáveis -, os efeitos da semi-imputabilidade são a atenuação da pena ou sua substituição por medida de segurança (internação ou tratamento

⁴² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 443

ambulatorial), caso o condenado necessite de tratamento curativo (art. 98, CP).⁴³

Nada mais justo para alguém que está na zona limítrofe entre a lucidez e a loucura, conforme já definiu Luiz Régis Prado. Acreditamos no acerto do nosso legislador quando previu em nosso Código Penal o sistema vicariante. Isso porque o sistema duplo binário imporia ao semi-imputável a adoção de pena e medida de segurança, de forma àquele receber a mesma sanção por duas vezes.

2.3.1. Crime e inimputabilidade

Conforme analisado, crime é toda ação ou omissão contrária à lei penal, devendo tal conduta ser típica, antijurídica e praticada por agente imputável e na ausência de qualquer desses pressupostos não há que se falar em delito. A inimputabilidade, como visto outrora, é o estado de incapacidade de entendimento da conduta delituosa no momento de sua prática. Dessa forma, observamos que crime e inimputabilidade não são institutos excludentes, sendo perfeitamente possível e aceitável a sua coexistência.

Veza por outra, tomamos conhecimento de casos em que o indivíduo inimputável incorre em práticas delituosas. Entretanto, caso não tenha, no momento do delito, o discernimento necessário para entender a ilicitude de seu ato, o crime não lhe pode ser atribuído, dada a sua condição de inimputável.

2.3.2 Critérios para a caracterização da inimputabilidade

Flávio Monteiro de Barros defende a existência de três sistemas sobre as causas de inimputabilidade: biológico, psicológico e biopsicológico ou misto.⁴⁴

O sistema biológico afere a inimputabilidade pela simples presença de causa mental deficiente, não havendo qualquer indagação psicológica acerca da capacidade de autodeterminação do agente. Dessa forma, presente uma das causas mentais deficientes, exclui-se a imputabilidade penal, ainda que o agente estivesse lúcido no momento da

⁴³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 443

⁴⁴ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377

prática do crime.⁴⁵ Esse critério objetivo certamente não foi o escolhido pelo Direito Pátrio. Isso porque nosso Código Penal leva em conta a condição mental do sujeito no momento da ação ou omissão para considerá-lo ou não capaz de ser punido pelo delito cometido, conforme o disposto no art. 26 do Código Penal:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.⁴⁶

O sistema psicológico leva em consideração o efeito e não a causa, importando exclusivamente se no momento da ação ou omissão o agente tinha condições de compreender a ilicitude do seu ato. Caso ele não apresente tal condição, é considerado inimputável.⁴⁷ Esse critério, também objetivo, não considera a causa pela qual o agente não possui o necessário discernimento da ilicitude de seus atos ou omissões. Esse sistema também não foi adotado pelo Direito Penal Pátrio, vez que a descrição de inimputabilidade contida no art. 26, CP, restringe a incapacidade de entendimento da ilicitude somente aos casos de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado. Trata-se de condição *numerus clausus*, ou seja, que somente se configura pela existência das condicionantes existentes no artigo em estudo.

O sistema biopsicológico, como deixa claro a sua nomenclatura, constitui-se de uma conjugação dos dois outros vistos anteriormente, exigindo que a causa geradora esteja prevista em lei e que atue efetivamente no momento da ação delituosa, retirando do agente a capacidade de entendimento e vontade. Para o referido sistema, há uma relação entre causa e efeito, somente sendo inimputável aquele que em decorrência de transtornos mentais não entende a ilicitude de seus atos, não sendo possível pautar suas ações com base nesse entendimento.⁴⁸ Tal sistema foi o escolhido por nosso legislador, pois o Código Penal reclama a observância conjunta do transtorno mental e a impossibilidade, no momento do delito, de compreensão de sua ilicitude, decorrente da doença.

⁴⁵ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377-378

⁴⁶ Código Penal, art. 26

⁴⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 496

⁴⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 336.

Nélson Hungria chama a atenção para a impossibilidade de alguém ter declarada sua inimputabilidade tão somente pelo fato de ser portador de algum transtorno psiquiátrico, necessitando ser aferida, no momento do delito, sua capacidade de discernimento e condução de suas ações de acordo com a anomalia psíquica:

(...) não basta diagnosticar, por exemplo, que o agente é portador de psicose maníaco-depressiva, de epilepsia, de paranóia ou de debilidade mental, pois há maníaco-depressivos, epiléticos, paranóicos ou débeis mentais que não são desprovidos dos pressupostos psíquicos da responsabilidade: depende isto do período ou grau de evolução da doença ou deficiência mental, da estrutura psíquica do indivíduo e da natureza do crime. Devem ter-se em vista, igualmente, os prolongados 'intervalos lúcidos' ou 'períodos livres', próprios de certas doenças mentais. Em qualquer dos casos acima citados, a culpabilidade pode ser menor, e autorizará uma atenuação da pena (parágrafo único do art. 22), mas a responsabilidade não deixa de existir.⁴⁹

Conceyção Penteado chama atenção para a impossibilidade de associarmos automaticamente a doença mental e inimputabilidade, pois nem sempre o doente mental ao cometer um delito está desprovido de conhecimento da sua ilicitude. A autora entende ainda que o art. 26 do Código Penal Brasileiro inspirou-se, no art. 10 do Código Penal Suíço, que também adota o sistema biopsicológico de inimputabilidade, pois exige que, à época dos fatos, o autor seja, por doença mental, idiotia ou grave alteração da consciência incapaz de apreciar o caráter ilícito de sua conduta ou de se determinar de acordo com essa apreciação.⁵⁰

2.3.3 Causas de inimputabilidade

Antes de iniciarmos a análise das causas de inimputabilidade, acreditamos ser necessário estabelecermos a devida diferença entre excludentes de ilicitude e excludentes de imputabilidade.

As excludentes de ilicitude, previstas no art. 23 do Código Penal, fazem com que não exista a conduta delituosa. Por outro lado, as excludentes de imputabilidade, previstas nos arts. 26 e 28, II, § 1º, do Código Penal, não excluem a

⁴⁹ Apud PENTEADO, Conceyção. *Psicopatologia Forense: breve estudo sobre o alienado e a lei*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 52

⁵⁰ PENTEADO, Conceyção, *op cit.*, p. 53

existência da conduta delituosa. O crime, nesse caso, existe, contudo não pode ser atribuído àquele que se encontra respaldado pelas excludentes previstas nos mencionados artigos, quais sejam: doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior. Passemos à análise de cada uma dessas excludentes de imputabilidade.

2.3.3.1 Doença Mental

Para o art. 26 do Código Penal, “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Fernando Capez entende que a doença mental vai além das moléstias mentais, tais como epilepsia condutopática, psicose, neurose, esquizofrenia, epilepsias em geral, etc. Para ele, “a dependência patológica de substância psicotrópica, como drogas, configura doença mental, sempre que retirar a capacidade de entender ou de querer (vide arts. 45 a 47 da Lei 11.343/2006).”⁵¹

Há drogas diversas que têm um alto poder de ação sobre o organismo humano, fazendo com que seu usuário perca o contato com a realidade. O próprio crack, substância entorpecente comumente, faz com que seu usuário tenha alucinações, retirando-lhe a capacidade de entendimento, na medida em que o coloca em contato com um mundo imaginário.

Doenças de natureza não mental, que atinjam a capacidade de querer e entender, também são consideradas doenças mentais para fins de inimputabilidade do agente. Exemplo disso ocorre com o sonambulismo, que é um fenômeno que ocorre com algumas pessoas que se levantam dormindo, caminham, falam e realizam várias atividades durante o sono e, geralmente, não se recordam de nada disso quando despertam. Conforme o *site* do Ministério da Saúde⁵², o sonambulismo é considerado uma enfermidade, prevista no Código Internacional de Doenças – CID sob a

⁵¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 333.

⁵² Disponível em <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=040203>>, acesso feito em 29/04/2012, às 19h47min.

classificação F51.3, ocorrendo em um momento do sono em que a área motora do corpo humano permanece ativa, por isso o sonâmbulo consegue realizar até atividades complexas enquanto dorme. Por outro lado, a área do cérebro relacionada à consciência permanece quase inativa, daí o motivo para o sonâmbulo não recordar das ações desenvolvidas. Dessa forma, o sonâmbulo pode, por exemplo, cometer um homicídio durante o seu estado de dormência. Caso seja atestado pela perícia que o sonâmbulo não tinha condições de entender a ilicitude do seu ato, o juiz deve declará-lo inimputável, isentando-o da pena, conforme dispõe o art. 26 do Código Penal.

A ocorrência de algum delito faz com que o autor seja chamado perante a autoridade judicial para prestar-lhe contas de seus atos, através do processo que lhe é movido. Durante a fase processual, qualquer uma das partes pode requerer que o acusado seja submetido a exame médico-pericial, consoante o disposto no caput do art. 149 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.
§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

Observe-se que o incidente de insanidade mental poderá ser ordenado mesmo durante o inquérito policial. Outro entendimento não se esperaria do nosso legislador, pois ter de aguardar a conclusão do inquérito policial, mesmo com fundadas suspeitas de que o investigado sofre de algum transtorno mental, seria um gritante contrassenso.

Suspeitando-se da sanidade mental do réu em decorrência do seu histórico de internações psiquiátricas ou pelas condições nas quais cometeu o crime ou por seu comportamento destoante com aquele aceitável para os padrões do homem médio, o juiz suspenderá o curso do processo e instaurará o procedimento de insanidade mental, o qual, para Paulo Jacobina, é um procedimento extremamente invasivo e potencialmente restritivo da liberdade pessoal do réu.⁵³

⁵³ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 116

Segundo o Código de Processo Penal, em seus artigos 149 a 151, o início do exame de sanidade mental ocorre quando o juiz do caso baixa portaria determinando a instauração do incidente, bem como nomeando curador ao acusado, a fim de que este acompanhe todo o trâmite dos estudos. Nesse caso, se já iniciado o processo, este ficará suspenso, aguardando o resultado do exame de sanidade mental do acusado, salvo em relação às diligências que possam ser prejudicadas pela demora, que serão realizadas na presença do curador. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar chamam atenção ao fato de que não há suspensão ou interrupção do prazo prescricional no incidente de insanidade mental.⁵⁴ Ainda conforme o CPP, as partes podem apresentar quesitos aos peritos, que têm 45 dias para a conclusão do laudo, prorrogáveis, a critério do juiz mediante decisão fundamentada. O laudo deve ser apensado ao processo de insanidade e este, por sua vez, pode ser apensado ao processo principal.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar entendem que, salvo ilegalidade manifesta, o agente não pode se negar a submeter-se ao exame de insanidade mental, sob a alegação de que estaria produzindo prova contra si mesmo. Isso porque o expediente objetiva a detecção da normalidade mental que irá refletir na postura a ser assumida em razão da sanção penal cabível: pena ou medida de segurança.⁵⁵

É comum em nosso meio a crença de que alguns acusados alegam a insanidade mental para fugir de uma condenação criminal. Isso é motivo de preocupação para as autoridades que temem que contumazes criminosos possam ludibriar a Justiça e saírem, de fato, impunes do delito cometido.

Para Antônio José Eça a medida de segurança cumprida por alguém que tente enganar o juiz, pode lhe ser mais penosa do que a própria prisão:

Assim é que, submetido à medida de segurança, o indivíduo fica naturalmente sujeito ao parecer que deve ser elaborado ao término da mesma, e dependendo da sua situação e de seu diagnóstico, corre o risco de não ter mais alta, ou pelo menos no período que lhe foi informado.⁵⁶

⁵⁴ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 327

⁵⁵ *Ibid.*, p. 328.

⁵⁶ Apud JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 116

Para o referido autor, talvez não seja vantagem o acusado tentar enganar o juiz, alegando insanidade mental. Isso porque, conforme o *caput* do art. 150 do Código de Processo Penal, o acusado, se estiver preso, será recolhido ao manicômio judiciário onde houver e se estiver solto, e o requererem os peritos, será recolhido a estabelecimento adequado que o juiz determinar.

Com o devido respeito, ousamos discordar de tal entendimento. São inúmeros os relatos de acusados que lançam mão do artifício de se passarem por doentes mentais para se livrarem da prisão. Quando internado em um hospital psiquiátrico, o inimputável que comprove sua “recuperação” pode se livrar-se do estabelecimento hospitalar, voltando em pouco tempo ao convívio social. Por este motivo, por mais insalubre que seja o hospital de custódia e tratamento, este é preferível à penitenciária.

Segundo o art. 149 do Código de Processo Penal, a determinação do incidente de insanidade mental suspende o curso do processo para que seja aferida a sanidade mental do acusado. Agora, até que os peritos atestem a sua higidez mental, presume-se que o acusado não tem condições de cuidar por si só de seus interesses processuais. Dessa forma, o suspeito deixa de ser acusado do crime para ser objeto de procedimento de insanidade mental, vez que será submetido a vários exames e testes até ser comprovada ou não a sua sanidade.

Para Mirabete, a necessidade de recolhimento do acusado ao manicômio judiciário decorre da demora do exame, que exige uma observação contínua e prolongada do examinado. Ainda segundo o autor, tal exame pode ser realizado em local adequado na ausência de um manicômio. Por falta de condições, o autor entende que a cadeia pública e a delegacia de polícia não se constituem em locais adequados.⁵⁷

Realmente é de se imaginar que uma cadeia pública ou uma delegacia de polícia não ofereçam as mínimas condições para a realização do exame de sanidade mental, inviabilizando sua realização em tais estabelecimentos, onde os detentos sequer dispõem de espaço para que possam dormir simultaneamente. Em muitos casos, há a necessidade, por parte dos peritos, de realizar vários exames e, em determinadas

⁵⁷ Apud JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 118.

situações, de entrevistar a família do acusado, para tentar detectar algum caso de problema semelhante no histórico familiar. Realmente, todo esse ritual não seria possível de ser satisfatoriamente executado em uma cadeia pública ou em uma delegacia de polícia, sendo, os hospitais de custódia, sem sombra de dúvidas, os locais mais adequados para a análise médico-pericial do acusado.

À internação do observado em manicômio judiciário para a análise de sua sanidade, Paulo Jacobina tece uma dura crítica, no que tem nosso apoio:

No entanto, para a realização do exame, a lei determina a internação do acusado em manicômio judiciário, se estiver preso (art. 150 do CPP). Determina, também, que, se estiver solto, e o requererem os peritos [ele] pode ser recolhido em estabelecimento adequado que o juiz determinar. É uma maneira, pois, absolutamente diversa da prisão processual, pela qual um acusado (ou até mesmo um simples investigado em inquérito policial) pode perder a liberdade. Com requisitos muito mais largos do que os da prisão provisória, preventiva ou temporária.⁵⁸

O autor possui opinião desfavorável à possibilidade do acusado (ou mesmo do investigado, na fase de inquérito policial) ser recolhido ao manicômio judiciário para a realização do exame de insanidade mental, sendo privado de sua liberdade, tratando-se de forma de prisão processual não prevista em lei.

O Código Penal, em seu art. 99, *caput*, afirma que o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares onde será submetido a tratamento. Não há no respectivo diploma legal a previsão de internação para aferição da sanidade mental. Para Paulo Jacobina,

Parece contraditório, então, que alguém cuja insanidade não foi estabelecida ainda – pelo menos não juridicamente – seja encaminhado a uma instituição hospitalar, por ordem estritamente judicial (e não por ordem médica), sem indicação de submissão a tratamento, mas apenas para submissão a exame médico-legal de natureza declaratória.⁵⁹

⁵⁸ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 118.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 119.

Conforme dito noutra parte, o prazo inicial para que os peritos concluam suas observações e remetam o procedimento incidental de insanidade ao juiz da causa, é de 45 dias, podendo os médicos, em havendo necessidade, solicitar ao juiz dilação do prazo.

Durante esse prazo, o acusado tem sua liberdade cerceada, ficando trancafiado em um manicômio, convivendo com toda sorte de distúrbios mentais, simplesmente pelo fato de ter a sua sanidade questionada. Não há a necessidade de profundos conhecimentos médicos para concluir que a pessoa sã que experimenta tal situação adversa terá ao final do período de análise, as suas faculdades mentais comprometidas, refletindo negativamente nas suas relações sociais com outras pessoas.

Todavia, acreditamos que o legislador não deu importância a tal fato, pois o Código Penal, de forma patente, não buscou a cura daquele que é submetido à medida de segurança. Com influências do pensamento medieval, nosso código buscou segregar do convívio social tais pessoas, de forma a que “quanto mais longe, melhor”.

A doutrina jurídico-processual atual não questiona o tratamento jurídico-processual dispensado aos doentes mentais, pois a lei sempre cumpriu eficazmente o papel ao qual se propôs: o de segregar do convívio social o louco, o doente mental, sem cogitar a sua reinserção no meio social. Os manicômios foram criados para servirem de verdadeiros depósitos humanos, onde são colocados os que são indesejados à sociedade.

A edição da Lei 10.216/2001, que se propõe a redirecionar o modelo assistencial em saúde mental, traz uma esperança de que tal pensamento seja mudado. Contudo, sabemos que o caminho não é dos mais fáceis de trilhar. Isso porque estamos falando de séculos de exclusão dos doentes mentais do convívio social, simplesmente por ser mais cômodo afastá-los da sociedade do que procurar tratá-los, permitindo-os a ter, novamente, uma vida social. Há um grande abismo entre essa nova legislação e os códigos penal e de processo penal, no tratamento dispensado a essas pessoas. Realmente, temos de ter vontade política por parte de nossos representantes a fim de amoldarem a legislação penal e processual penal à ousada legislação sobre saúde mental existente em nosso país. O caminho é longo, porém não impossível de ser trilhado.

Passemos à análise dos possíveis resultados advindos do incidente de insanidade mental, em harmonia com o disposto nos arts. 151 e 152, §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal.

Caso o exame conclua que o acusado não era à época do fato irresponsável, estando, atualmente, com as faculdades mentais intactas, o processo seguirá o seu curso normal. Por outro lado, em conformidade com o disposto no art. 151 do Código de Processo Penal se a análise pericial concluir que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável o processo prosseguirá seu curso, só que agora na presença do curador.

De forma semelhante a Paulo Jacobina⁶⁰, causa-nos estranheza tal previsão pois o acusado foi declarado inimputável e, mesmo assim, o processo segue seu curso normal. Acreditamos que seria mais prudente a lei suspender o processo até a recuperação do acusado ou até a prescrição do crime pois não entendemos como o juiz, mesmo sabendo da inexistência da culpabilidade do acusado, dada a sua inimputabilidade, ainda prossegue o feito processual, até declará-lo inocente ou culpado, devendo, portanto, ser submetido à medida de segurança.

O art. 152, *caput*, e §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal, traz à tona a possibilidade de a doença mental existir, porém ter sido posterior ao fato. Nesse caso, diferentemente do que apregoa o art. 26 do Código Penal, à época do delito o acusado tinha preservado o discernimento da ilicitude de suas ações, tendo a alienação mental lhe sobrevindo posteriormente. Concluindo a perícia forense que o acusado, apesar de não ser alienado mental à época do delito, o é agora, o juiz determinará que o processo continue suspenso até o seu restabelecimento, podendo ordenar-lhe a internação em manicômio judiciário ou em instituição similar. Nesses casos, em alguns episódios, a internação coincide com o resto da vida do acusado, não mais saindo daquela instituição.

Mais uma vez, Paulo Jacobina tece comentários contrários ao Código de Processo Penal. Para o autor,

⁶⁰ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 124.

Trata-se, portanto, não de medida processual, mas de pura e simples defesa social que desconsidera qualquer aspecto técnico de saúde mental e aplica – de forma consentânea com determinada ideologia da loucura -, liminarmente, uma medida de segurança de natureza mais grave dentre as previstas no Código Penal. É mais, portanto, do que responsabilização sem culpa. É penalização sem processo e, mais uma vez, absolutamente em descompasso com os princípios do SUS e da legislação sanitária citada nos itens anteriores.⁶¹

O autor critica o tratamento dado pela lei àqueles que tenham manifestado a doença mental após o cometimento do delito. Nesses casos, conforme dispõe o § 1º do art. 152 do CPP, o acusado será recolhido ao hospital de custódia e tratamento e lá ficará internado (leia-se preso) até que se restabeleça. Caso isso venha a ocorrer, o processo voltará a seguir seu curso normal. Todavia, há casos em que essa recuperação é muito difícil de acontecer. Nessas situações, o acusado ficará recolhido ao hospital de custódia por vários anos. A crítica do autor recai, justamente, sobre essa possibilidade vez que o acusado tem sua liberdade retirada sem sequer ter respondido a processo.

Em relação ao laudo médico, este funciona, para o juiz, meramente, como uma indicação de insanidade mental por parte do acusado. A tarefa do perito médico é dizer se o autor é ou não portador de transtorno mental e, em caso afirmativo, se o distúrbio influenciou na sua capacidade de discernimento ou na sua vontade à época do evento criminoso. O magistrado, por possuir a faculdade de livre convencimento, não pode ficar atrelado a um laudo médico-pericial. Se assim o fosse, em última instância, o perito passaria a ser o julgador da lide. Caberá sempre ao juiz a última palavra na decisão, chamando para si a responsabilidade de condenação ou não do acusado. Devido ao livre convencimento que possui, o magistrado ao suspeitar que o acusado tenta ludibriar a aplicação da justiça, pode dispensar o laudo médico-pericial e declarar imputável aquele a quem os médicos tenham atestado ser inimputável. Todavia, a despeito do seu livre convencimento, a recíproca é algo muito incomum de ser visto: o juiz declarar inimputável aquele declarado imputável pela perícia médica.

⁶¹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 125.

2.3.3.2 *Desenvolvimento mental incompleto*

É considerado inimputável para o Código Penal aquele que não possui a completude do desenvolvimento mental, seja pelo não implemento da idade considerada marco para a maioridade penal, seja pela falta da convivência em sociedade, gerando, neste caso, imaturidade emocional.⁶²

A maioridade penal varia bastante entre as nações pois depende da cultura jurídica e social de cada país, não havendo um consenso mundial sobre a temática. O site da UNICEF⁶³ exibe lista com a maioridade adotada por cada nação. Enquanto no Brasil temos a maioridade penal fixada em 18 anos, em alguns estados norte-americanos maioridade penal varia entre 6 e 12 anos e na China essa maioridade é adquirida aos 14 anos, contudo os adolescentes de 14 a 18 anos estão sujeitos a um sistema judicial juvenil, podendo suas penas chegar à prisão perpétua, no caso de crimes bárbaros (conhecidos no Brasil por crimes hediondos).

A Constituição Federal brasileira, em seu art. 228, assegura que “são inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, ficando sujeitos às normas de legislação especial.”⁶⁴

Em consonância com a Carta Magna, o Código Penal Brasileiro, em seu art. 27, isenta de pena os menores de 18 (dezoito) anos, prevendo que estes se sujeitam às normas estabelecidas na legislação específica.⁶⁵

A exemplo da Constituição Federal e do Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 104, considera penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, *in verbis*:

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.⁶⁶

⁶² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 334.

⁶³ Disponível em < <http://www.unicef.org/pon97/p56a.htm>>, Acesso em 13/02/2012, às 23h55min.

⁶⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 228.

⁶⁵ Código Penal, art. 27

⁶⁶ Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 104.

O legislador constituinte originário brasileiro entendeu que a idade-limite para a assunção de responsabilidades é a de 18 (dezoito) anos, presumindo-se, dessa forma, que os menores dessa idade não possuem a completude do discernimento, tornando-os mais vulneráveis ao cometimento de atos infracionais. Neste caso, não se exige o desconhecimento da ilicitude de seus atos para ser declarada a inimputabilidade do acusado, pois basta que este tenha menos que 18 anos.

Ousamos discordar de Damásio de Jesus no que concerne aos sistemas de inimputabilidade e sua adoção pelo nosso Código Penal. Para o referido autor, nosso código adotou, em sua totalidade, o sistema biopsicológico, pois a simples ocorrência de um dos casos de exclusão de imputabilidade não basta, por si só, para que o agente seja declarado inimputável. Para tanto, faz-se necessário que o acusado reúna a excludente de imputabilidade com a impossibilidade de entendimento da ilicitude do ato, quando de sua prática.⁶⁷ Entendemos que a menoridade penal observa, incontestavelmente, o sistema biológico, pois basta que o agente tenha menos de dezoito anos para ser isento de pena, nos termos do art. 27, CP, independentemente deste, quando da ação, entender ou não a lesividade dos seus atos.

Essa “blindagem” criada em torno do menor de idade tem favorecido sua participação em diversos delitos criminais. Diariamente, nos noticiários locais, e até mesmo nacionais, temos acompanhado a participação de menores de idade em vários delitos, tais como tráfico de drogas, furto e roubo. Entendemos que o menor de idade de 17 anos já possui capacidade de discernir se seus atos são ou não corretos. Não se pode imaginar que um ser humano, em seu perfeito estado mental, nessa idade, não saiba que matar outrem (art. 121, CP) seja considerada uma atitude contrária ao ordenamento jurídico ou, no mínimo, ao senso comum. Nucci, ao defender a plena capacidade de entendimento de um adolescente de 16 ou 17 anos, critica a fixação da maioridade penal em 18 anos, defendendo sua redução nos seguintes termos:

Apesar de observar que, na prática, menores com 16 ou 17 anos, por exemplo, têm plenas condições de compreender o caráter ilícito do que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa

⁶⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 496

mais precocemente preparada para a compreensão integral dos fatos da vida, o Brasil ainda mantém a fronteira fixada nos 18 anos.⁶⁸

Com o devido respeito, discordamos do autor, pois temos plena convicção da profundidade do problema, que tem suas raízes nas questões sociais de falta de oportunidade de emprego, bem como na ausência de planejamento familiar por parte das famílias brasileiras, sobretudo as de baixa renda. Entendemos que a simples redução da maioridade não resolverá, por si só, a problemática da participação de menores em delitos. É preciso promover uma verdadeira “revolução social”.

Questão controversa reside no fato de sabermos a partir de que momento o acusado abandona a inimputabilidade pelo advento da idade e adentra o campo da imputabilidade. Para tal questão, Nucci apresenta solução reconhecendo a existência de três correntes a disciplinar a matéria:

Há três correntes: a) a partir do primeiro instante do dia do aniversário; b) a partir da exata hora em que nasceu o agente do dia do seu aniversário; c) a partir do último instante do dia do aniversário. A primeira é predominante e, em nosso entendimento, é a correta. Civilmente, a idade é atingida no dia no aniversário, à primeira hora. Logo, no campo penal, deve-se adotar idêntica solução.⁶⁹

Portanto, independentemente da hora em que nasceu o agente, a partir do primeiro instante do dia em que o acusado completou 18 anos, esse deixa para trás a inimputabilidade e passar a ser, na ótica da nossa legislação, responsável por todos os seus atos.

Conforme abordado anteriormente, também possui o desenvolvimento mental incompleto aquele que não convive em sociedade, tendo, portanto, imaturidade mental e emocional. É o típico caso dos silvícolas, aqueles que nascem e vivem na selva, não tendo contato com o “homem civilizado”. Hoje em dia, ante o nível de integração indígena com a sociedade, causada, sobretudo, pela destruição desmedida da cultura indígena, é menos comum encontrarmos silvícolas que conservem sua cultura original.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 301.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 303.

A aferição do nível de integração com a sociedade pode ser obtida através de laudo pericial antropológico. Fernando Capez entende que tal laudo é imprescindível para aferir a inimputabilidade do acusado.⁷⁰ Contudo, menciona decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário:

é dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, de fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção.⁷¹

Concordamos com a 1ª Turma do STF, pois os elementos mencionados podem concordar, plenamente, com o grau de integração do silvícola à sociedade.

Ainda em relação à inimputabilidade do silvícola, adotando o critério biopsicológico previsto pelo art. 26 do CP, temos três possibilidades: a) Se, ao tempo do crime, não tinha possibilidade de entender sua conduta delituosa ou de se pautar de acordo com esse entendimento, aplicar-se-á o disposto no *caput* do art. 26, do Código Penal, ou seja, o agente é isento de pena; b) Se, ao tempo do crime, o agente tinha reduzida capacidade de entendimento da conduta delituosa, aplica-se o § único do art. 26, CP, ou seja, o agente não fica isento da pena, contudo essa será reduzida de um a dois terços; c) Por fim, caso no momento da atividade delituosa o agente tinha plena capacidade de entendimento da ilicitude dos seus atos, não se aplica ao agente o art. 26 do Código Penal, sendo o mesmo tratado como imputável.

2.3.3.3. *Desenvolvimento Mental Retardado*

O desenvolvimento mental retardado é aquele que sempre está aquém da idade biológica do agente. Neste caso, o desenvolvimento está abaixo das expectativas esperadas, levando-se em consideração a idade da pessoa.⁷²

Tal excludente observa o critério biopsicológico adotado por nosso legislador ordinário. Isso porque, diferentemente do desenvolvimento mental

⁷⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 334.

⁷¹ STF, 1ª Turma, HC 85.198/MA, Rel. Min. Eros Grau, j. 17-11-2005, DJ, 9-12-2005, p.16, apud CAPEZ, Fernando, op. cit., p.334.

⁷² CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 313.

incompleto, que pode decorrer da menoridade, não basta que o acusado comprove o retardo mental. Faz-se necessário que o mesmo prove que, à época do fato delitivo, não tinha como entender o caráter ilícito de suas ações.

Enquadram-se nesse quesito as pessoas dotadas de deficiência intelectual, tais como os oligofrênicos (idiotas, imbecis e débeis mentais), além dos surdos-mudos, de acordo com algumas circunstâncias. Segundo o site da Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais - APAE a Deficiência Intelectual caracteriza-se por um funcionamento intelectual inferior à média (QI), associado a limitações adaptativas em pelo menos duas áreas de habilidades (comunicação, autocuidado, vida no lar, adaptação social, saúde e segurança, uso de recursos da comunidade, determinação, funções acadêmicas, lazer e trabalho), que ocorrem antes dos 18 anos de idade.⁷³

Aníbal Bruno entende que os casos de desenvolvimento mental retardado, além dos surdos-mudos, compreende os oligofrênicos, ou seja, os idiotas, os imbecis e os débeis mentais, formando, nessa ordem, uma linha contínua de gradação de inteligência, desde a idiotia profunda até os casos leves de debilidade mental.⁷⁴ Em todos os casos, em maior ou menor grau, os oligofrênicos possuem uma idade mental bem menor que sua idade cronológica, não havendo correlação entre esta e as atitudes tomadas. Nesse caso, há a necessidade, nos termos do art. 149, do Código de Processo Penal, do acusado passar por perícia médica, que aferirá se o mesmo, no momento do ato delitivo, tinha ou não condições de entender a ilicitude de suas ações. Opinião divergente tem Heleno Cláudio Fragoso para quem

Importantes psiquiatras têm assinalado as dificuldades a que conduz o critério legal, que concebe a psicologia da ação de forma que não corresponde à realidade. A ação se divide numa parte racional ou intelectual e noutra parte em que se opera a decisão da vontade. O perito pode constatar o estado de alteração do psiquismo, de fundo biológico, e assim, pode afirmar se o acusado é, ou não, portador de qualquer das doenças mentais, mas são irrespondíveis as indagações

⁷³ Disponível em < <http://www.apaes.org.br>>, acesso em 20/02/2012, às 16h55min

⁷⁴ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal-Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 385

sobre a capacidade de entendimento do injusto e sobre a capacidade de determinação segundo tal entendimento.⁷⁵

O autor mostra-se cético em relação à possibilidade de definição se o acusado tinha ou não capacidade de entendimento da ilicitude dos seus atos. Para o doutrinador, a única definição a que pode chegar o perito é se o acusado é portador ou não de transtornos mentais. Ousamos discordar do autor. O avanço nos estudos de Psiquiatria Forense nos permite afirmar se o acusado, à época do delito, era ou não capaz de entender a ilicitude dos seus atos.

Equiparado àquele que possui o desenvolvimento mental retardado é o surdo-mudo. Outrora, já se acreditou que a surdez era, necessariamente, acompanhada de algum tipo de déficit de inteligência. Todavia, tal crença foi abandonada na medida em que houve a inclusão dos surdos-mudos no processo educativo, tendo inclusive sido desenvolvida uma linguagem própria para esse público, a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS. Ressalte-se que a inimputabilidade abrange somente aqueles que em razão da surdo-mudez não tenham capacidade de compreensão ou de autodeterminação no momento da prática do fato.⁷⁶ Aqui, também se aplicam as condições do art. 26 do Código Penal outrora já expostas para os silvícolas.

2.3.3.4 *Embriaguez ou intoxicação completa involuntária*

Objetivamente, podemos definir embriaguez como o estado causado pelo uso de substância entorpecente. O Código Penal, em seu art. 28, relaciona situações que não excluem a imputabilidade penal do agente, com a seguinte redação:

Art. 28 – Não excluem a imputabilidade penal:

I – a emoção ou a paixão;

II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º – É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía,

⁷⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 247

⁷⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 335.

ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.⁷⁷

Inicialmente, acreditamos ser necessário estabelecer a diferenciação entre a embriaguez voluntária, culposa, preordenada ou dolosa e acidental. Para tanto, utilizaremos a elucidativa divisão de Flávio Monteiro de Barros, que ensina:

Quanto à sua origem, a embriaguez pode ser:

- a) voluntária: quando o agente quer beber para embriagar-se;
- b) culposa: quando o agente quer apenas beber, sem embriagar-se, mas excede-se, por imprudência, no uso da bebida;
- c) preordenada ou dolosa: quando o agente embriaga-se propositadamente para cometer o crime; é a embriaguez com o escopo de encorajar a pessoa a delinquir, e funciona como circunstância agravante genérica (art. 61, II, I);
- d) acidental: quando a embriaguez promana de caso fortuito ou força maior.⁷⁸

Por outro lado, ocorre embriaguez involuntária, quando esta resulta de caso fortuito (por exemplo, o agente desconhece que a substância é entorpecente e faz uso dela) ou força maior (no caso do agente ser compelido a fazer uso da substância embriagante). Conforme visto anteriormente, o legislador excluiu a culpabilidade (art. 28, II, § 1º, CP) somente se a embriaguez, além de involuntária, for completa, ou seja, se o autor sob o efeito de substância inebriante, não tendo feito uso culposo ou doloso, cometeu delito sem ter capacidade alguma de autodeterminação. Caso ainda remanesça alguma capacidade de entendimento do autor, após embriaguez involuntária, o agente responderá por crime, contudo com pena reduzida de 1/3 a 2/3, consoante o art. 28, II, § 2º, do Código Penal.

Flávio Monteiro de Barros discorre sobre casos em que o acusado não agiu com dolo nem culpa, pois o delito originou-se de culpa em momento anterior à prática criminosa. Para esses casos, aplica-se a teoria da *actio libera in causa*. Como bem evidencia o autor,

A *actio libera in causa* foi a teoria desenvolvida para explicar a punição daqueles delitos em que o agente não procede com dolo ou culpa, no momento de sua prática. De acordo com essa teoria,

⁷⁷ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, art. 28

⁷⁸ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 389

imputa-se-lhe o delito pelo dolo ou culpa existente no período anterior à prática do crime.⁷⁹

Nélson Hungria foi árduo opositor da mencionada teoria, admitindo a vontade no ébrio inconsciente. Ainda conforme o autor, isso gerou revolta na doutrina, sobretudo em Magalhães Noronha, que ironizou nos seguintes termos: “não sabemos por que invocar a teoria da 'actio libera in causa'. Se o ébrio pode agir com dolo ou culpa, a esse título será responsabilizado, sem ser necessária qualquer incursão nos domínios da citada teoria.”⁸⁰

Com o devido respeito a Nélson Hungria, partilhamos o entendimento de Magalhães Noronha, defensor da teoria da *actio libera in causa*. Realmente, em estado de inconsciência, o autor, com a licença da redundância, não tem consciência de nada. Dessa forma, à luz do princípio da presunção da inocência, entendemos que deve ser excluída a responsabilidade penal do autor que comete crime em total estado de inconsciência, desde que o resultado lesivo não pudesse ser previsto pelo homem médio.

Mas o que dizer do alcoolismo? Conforme o médico Draúzio Varella,

Do ponto de vista médico, o alcoolismo é uma doença crônica, com aspectos comportamentais e socioeconômicos, caracterizada pelo consumo compulsivo de álcool, na qual o usuário se torna progressivamente tolerante à intoxicação produzida pela droga e desenvolve sinais e sintomas de abstinência, quando a mesma é retirada.⁸¹

Flávio Monteiro de Barros, ao tratar do art. 28, II, do Código Penal, de forma direta e bastante elucidativa, mostra a diferença que reside entre o alcoolismo agudo da sua forma crônica. Para o autor,

O dispositivo em apreço refere-se ao alcoolismo agudo, caracterizado pela transitoriedade do efeito do álcool sobre o organismo. No alcoolismo crônico (embriaguez patológica), o agente se embriaga ininterruptamente, persistindo o efeito do álcool sobre o sistema nervoso mesmo após sua eliminação do organismo. A embriaguez

⁷⁹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 390

⁸⁰ Apud BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, op. cit., p. 392

⁸¹ Disponível em <<http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/alcoolismo/alcoolismo/>>, Acesso em 23/02/2012, às 19h20min

crônica é considerada doença mental, pois a deformação psíquica que ela provoca no agente é equiparável a uma psicose (demência alcoólica).⁸²

Mais adiante, continua:

Cumpra, porém, não confundir a embriaguez crônica e a embriaguez habitual. Na primeira, o álcool, ainda quando eliminado do organismo, continua a produzir efeitos no sistema nervoso. Na segunda, os efeitos da intoxicação desaparecem com a eliminação do álcool.⁸³

Helena Fragoso, partilhando o entendimento de Flávio Monteiro de Barros, entende que o alcoolismo exclui ou atenua a imputabilidade. Para o autor,

O alcoolismo crônico constitui caso de doença mental, que exclui ou atenua a imputabilidade. O álcool gera dependência física, com graves consequências sobre o processo volitivo, e conseqüentemente, sobre a capacidade de autogoverno.⁸⁴

Dessa forma, entendemos que o alcoolismo ou o uso patológico de drogas é considerado doença mental, podendo ensejar a exclusão ou a atenuação da imputabilidade penal, conforme o agente, no momento da ação delituosa, não possua o entendimento das suas ações ou o possua de forma reduzida.

⁸² BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 387-388

⁸³ *Ibid.*, p. 388

⁸⁴ FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 251

3. MEDIDAS DE SEGURANÇA E LIMITAÇÃO TEMPORAL DA SUA EXECUÇÃO

Em qualquer relação jurídica, o Estado é o ente que possui a prerrogativa de dirimir as controvérsias, aplicando a lei aos transgressores das normas. As penas e as medidas de segurança são as duas espécies de sanção penal. A pena se destina a que o réu pague por um delito cometido, tendo, portanto, caráter retributivo. Já a medida de segurança busca evitar que o sujeito volte a incorrer em novos delitos, tendo caráter preventivo.

Muito já se discutiu acerca da falibilidade do sistema carcerário que em nada contribui para a ressocialização do preso, muito pelo contrário se constitui em escola criminal, de onde o detento sai “treinado” nos mais diversos delitos, salvo raras e honrosas exceções. Todavia, a discussão, apesar de fascinante, foge completamente aos restritos objetivos do presente estudo, sendo, por este motivo, deixada de lado.

Heleno Fragoso vai buscar no Direito Romano a origem das medidas cautelares e preventivas aplicadas aos menores e aos loucos. Segundo o autor:

Medidas cautelares e preventivas são conhecidas desde o antigo direito, em relação aos menores e aos loucos. No direito romano, os infantes (menores de 7 anos) são incapazes do delito (D.9.2.5,§2º). Os impúberes (menores de 7 a 12 anos ou 14 anos) não podiam cometer crimes públicos, mas em relação a outros crimes privados, como o furto e a injúria, decidia a maturidade individual do autor. Ficavam os menores impúberes submetidos à *verberatio*, medida admonitória. Os romanos da época clássica equiparavam o *furiosus* ao *infans*, submetendo-os, no entanto, a medidas cautelares de polícia “*ad securitatem proximoru*” (D.1,18,14). Se os loucos não pudessem ser contidos por seus parentes, eram encarcerados.⁸⁵

O autor identifica no Direito Romano a origem das medidas de segurança, aplicadas aos menores (infantes ou impúberes) e aos loucos. Observe-se que loucos e infantes eram equiparados e a ambos eram aplicadas as medidas de polícia cautelares. No ordenamento jurídico brasileiro, loucos e menores de idade ainda são equiparados do ponto de vista da inimputabilidade. A diferença reside na medida aplicada a cada um,

⁸⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 497

pois enquanto o louco recebe medida de segurança, o menor de idade cumpre medida sócio-educativa.

Régis Prado apresenta a informação de que a Inglaterra foi a primeira nação mundial a aplicar o tratamento psiquiátrico de criminosos doentes mentais, com o surgimento do primeiro manicômio judiciário, no ano de 1800, quando o rei Jorge III foi vítima de tentativa de homicídio praticada por um insano mental que, absolvido, foi internado por tempo indeterminado.⁸⁶

Após contextualizar o momento histórico do surgimento da medida de segurança, Paulo Jacobina, citando os conceitos filosóficos da escola clássica, defende que o inimputável não pode ser condenado por crime, ante a sua ausência ou sua diminuição de discernimento, nos seguintes termos:

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 ele não teve responsabilidade, do ponto de vista subjetivo.⁸⁷

Assim, o autor, sustentando a irresponsabilidade do inimputável sobre suas ações, defende a impossibilidade deste ser responsabilizado por seus atos, por faltar-lhes justamente a consciência de sua ilicitude.

Superado o entendimento de que as atrocidades de outrora, tais como açoites e choques elétricos, eram o meio correto no trato da doença mental, a evolução estatal chegou às medidas de segurança, resposta dada pelo Estado aos que cometem crimes sem, contudo, disporem do discernimento correto à época da infração.

Acrescente-se que a Lei 10.216/2001, chamada Lei Antimanicomial, contesta quaisquer tipos de violência que possam ser cometidos contra aqueles que cumprem medidas de segurança. A imposição de sofrimento físico ou mental a quem esteja a cumprir medida de segurança pode ensejar pena de reclusão de dois a oito anos, à luz do que dispõe a Lei 9.455/97, que trata dos crimes de tortura:

⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 738-739

⁸⁷ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura*. Brasília: ESMPU, 2008.p. 129

Art. 1º Constitui crime de tortura:

(...)

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.⁸⁸

Portanto, entendemos que o recolhimento de pessoas portadoras de transtornos mentais a estabelecimentos prisionais constitui-se afronta ao modelo assistencial instituído pela Lei 10.216/2001, enquadrando-se como crime de tortura, por impor à pessoa sujeita à medida de segurança sofrimento físico e/ou mental.

3.1. Conceito de Medida de Segurança

A medida de segurança é considerada uma espécie do gênero sanção penal que busca precaver a sociedade do cometimento de novos ilícitos por parte do infrator, resguardando dessa forma a vida e a incolumidade do meio social. Ferrari entende que

a medida de segurança constitui uma providência do poder político que impede que determinada pessoa, ao cometer um ilícito-típico e se revelar perigosa, venha a reiterar na infração, necessitando de tratamento adequado para sua reintegração social.⁸⁹

Na mesma esteira de pensamento, Guilherme de Souza Nucci entende que a medida de segurança

trata-se de uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado.⁹⁰

Observamos que ambas as definições de medida de segurança abordam a expressão “periculosidade”.

⁸⁸ Lei 9.455/97, art. 1º, § 1º

⁸⁹ Apud JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 130-131

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 560

Podemos definir periculosidade como sendo a probabilidade de que o indivíduo venha a delinquir, baseado em seus atos anteriores. Heleno Fragoso alerta para a possibilidade de erros graves em se presumir alguém perigoso, pois tal presunção é baseada em indícios.⁹¹

A periculosidade pode ser dividida em real e presumida. Há autores como Nucci que entendem que há periculosidade real quando reconhecida pelo magistrado e presumida quando for prevista pela lei.⁹² Para nosso Código Penal, o inimputável é presumidamente perigoso. Todavia, somente o magistrado, no contato com o acusado, pode aferir-lhe a periculosidade, sendo este o motivo que também levou Heleno Fragoso a classificar, como real, a periculosidade aferida pelo juiz.

Paulo Jacobina critica a imprecisão do termo periculosidade, pois, em tese, qualquer humano está propenso à inclinação por atos contrários à lei.⁹³ Führer lamenta que o Direito Pátrio tenha abraçado, cegamente, o termo periculosidade, considerando-o como algo inquestionável, entendendo que caso um réu seja considerado inimputável, automaticamente é tido por perigoso e, fatalmente, será submetido à medida de segurança, necessite ou não de tal tratamento.⁹⁴

As medidas de segurança observam os princípios da legalidade, da anterioridade e da jurisdicionalidade.⁹⁵

A obediência das medidas de segurança ao princípio da legalidade, é fácil de verificar, ante à exigência constitucional contida no art. 5º, II, da Carta Magna. Dessa forma, somente a lei pode criar a medida de segurança.

Em relação ao princípio da anterioridade, tem-se que a medida de segurança, da mesma forma que a pena, somente pode ser aplicada caso o delito

⁹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 503

⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 564

⁹³ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 131

⁹⁴ Apud JACOBINA, Paulo Vasconcelos, op. cit., p. 131

⁹⁵ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 507-508

praticado esteja tipificado em lei antes de sua prática, observando-se assim o dispositivo constitucional que prevê a irretroatividade penal da lei menos benéfica.

Por fim, as medidas de segurança somente podem ser aplicadas por juízes criminais observando-se o princípio do juiz natural.

3.2. Espécies de Medida de Segurança

O Código Penal previu, em seu art. 96, a existência de duas espécies de medidas de segurança: a internação hospitalar e o tratamento ambulatorial. No artigo seguinte, o diploma prevê que se o agente for inimputável, será submetido à internação hospitalar. Todavia, ainda conforme o código, caso o crime cometido seja punível com pena de detenção, o juiz poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial.

3.2.1. Internação

A internação hospitalar é a mais drástica das medidas de segurança. Isso porque o réu é retirado do convívio familiar e submetido à internação em hospital psiquiátrico, em condições precárias de higiene e de tratamento.

A Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, divide as internações em três modalidades:

- a) voluntária: quando ocorre com o consentimento do usuário;
- b) involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro;
- c) compulsória: a que for determinada pela Justiça.

Os objetivos do presente estudo fazem com que somente nos interesse a modalidade de internação compulsória, pois esta depende de determinação judicial em decorrência do cometimento de algum ilícito penal.

A Lei 10.216/2001 indica a internação somente em casos em que os recursos hospitalares se mostrarem insuficientes, por objetivar o tratamento e a reinserção social do paciente e não sua exclusão. Mencionado dispositivo estabelece, em seu art. 2º, § único, I, que o portador de transtornos mentais deve ter acesso ao

melhor tratamento de saúde, consentâneo às suas necessidades. Pela leitura, aferimos que o tratamento ao portador de transtornos mentais deve ser personalizado, de acordo com suas necessidades.

Fernando Capez, ao interpretar o art. 97 do Código Penal, entende que a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico é obrigatória quando a pena imposta for de reclusão e caso o fato seja punido com detenção, o juiz pode submeter o agente a tratamento ambulatorial.⁹⁶

Entendemos de forma contrária a Fernando Capez pois concluímos que a vinculação impositiva de qualquer das medidas de segurança, independente da análise de qualquer outro pressuposto, contraria o princípio da proporcionalidade na medida em que generaliza, quando deveria individualizar, o tratamento psiquiátrico oferecido ao condenado. Verificamos que deve ser levada em consideração a intensidade da periculosidade do acusado, que pode ser mensurada através de perícia médica. Submeter à internação alguém que teve parecer favorável de tratamento ambulatorial, atestado por peritos, além de constituir-se desobediência ao princípio constitucional da proporcionalidade, consistiria em claro descrédito de um indivíduo potencialmente útil à sociedade.

O entendimento aqui defendido é partilhado por Guilherme de Souza Nucci que, ao analisar a associação automática entre a internação do inimputável que cometeu crime apenado com reclusão, assevera:

(...) esse preceito é nitidamente injusto, pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas. Ilustrando: se o inimputável cometer uma tentativa de homicídio, com lesões leves para a vítima, possuindo família que o abrigue e o ampare, fornecendo-lhe todo o suporte para a recuperação, não há razão para interná-lo. Seria mais propícia a aplicação do tratamento ambulatorial.⁹⁷

⁹⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 445-446

⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 563

Corroborando nosso entendimento, alguns tribunais, tais como o Superior Tribunal de Justiça, têm permitido a aplicação de tratamento ambulatorial a inimputável, autor de crime apenado com reclusão:

RECURSO ESPECIAL. INIMPUTABILIDADE. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. TRATAMENTO AMBULATORIAL. DELITO APENADO COM RECLUSÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A medida de segurança, enquanto resposta penal adequada aos casos de exclusão ou de diminuição de culpabilidade previstos no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, deve ajustar-se, em espécie, à natureza do tratamento de que necessita o agente inimputável ou semi-imputável do fato-crime.

2. É o que resulta da letra do artigo 98 do Código Penal, ao determinar que, em necessitando o condenado a pena de prisão de especial tratamento curativo, seja imposta, em substituição, a medida de segurança de tratamento compulsório, em regime de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em regime ambulatorial, atendida sempre, por implícito, a necessidade social.⁹⁸
(grifo nosso)

O caso em tela trata de recurso especial interposto pelo Ministério Público de São Paulo contra acórdão da Quinta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em desfavor de sentença que fixara ao recorrido medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial sendo cominada ao ilícito cometido pena de reclusão. O presente julgamento nos mostra que a regra do artigo 97 do Código Penal não é absoluta a ponto de associar automaticamente a medida de segurança consistente na internação hospitalar do acusado com o fato deste haver cometido crime apenado com reclusão. Portanto, o magistrado na fixação da medida de segurança deve ir além, analisando de forma personalizada todas as condições que envolvem o caso, tais como a periculosidade do agente, além de outros fatos que interessem na definição da adequada medida de segurança.

Anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça já havia se posicionado pela possibilidade do magistrado, mediante análise do caso concreto e sopesada a periculosidade do agente, decidir pela aplicação da medida de segurança de internação hospitalar ou de tratamento ambulatorial, sem a necessária observância da correlação feita pelo artigo 97 do nosso Código Penal.

⁹⁸ Resp. 324091-SP, 6ª T., rel. Hamilton Carvalhido, 16.12.2003, v.u., DJ 09.02.2004, p. 211

HABEAS CORPUS. INIMPUTÁVEL. CRIME PUNÍVEL COM DETENÇÃO. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. *É facultado ao juiz, após analisar o caso concreto e a periculosidade demonstrada, a aplicação do tratamento ambulatorial ou da internação.*
2. *Inteligência do artigo 97 do Código Penal.*
3. *Ordem denegada.*⁹⁹

Diferentemente do Resp. 324091-SP, analisado anteriormente, este julgado resultou na internação do paciente ante a sua periculosidade real, vez que se tratava de réu esquizofrênico, o qual já havia investido contra a incolumidade física de sua vizinha por três vezes, fruto de obsessão pela vítima.

Assim como no julgado referido no parágrafo anterior, entendeu-se que cabe ao magistrado decidir acerca de qual medida de segurança é mais adequada ao réu, considerada sua periculosidade, além de outros fatos. Inclusive, a decisão do ministro foi pela internação do agente e não por seu tratamento ambulatorial, dada a periculosidade aferida com a iminência da prática de delito de maior gravidade.

Portanto, nem sempre a decisão adequada será a de submeter o agente a tratamento ambulatorial. Daí a necessidade da aferição caso a caso por parte do magistrado, onde vários fatores serão levados em consideração. O que aqui sustentamos é a impossibilidade de relação absoluta entre a aplicação da medida de segurança de internação hospitalar ao agente que comete crime apenado com reclusão. A pensar dessa forma, o magistrado perderia a razão de existir no curso do processo, pois bastava aferir qual a pena a ser cominada ao crime caso tivesse sido praticado por agente imputável, decorrendo daí a medida de segurança cabível. Julgados como os expostos acima defendem a necessidade de individualização da medida de segurança, devendo essa ajustar-se à natureza do tratamento de que necessita o agente do crime.

Além dos tribunais, parte da doutrina também tem se posicionado no sentido contrário à associação que impõe internação a todos os inimputáveis que cometerem crimes apenados com reclusão. Carlota Pizarro de Almeida assevera:

⁹⁹ HC 10.765/SP, 6ª T., rel. Hamilton Carvalhido, 10.10.2000, v.u., DJ 18.12.2000

Não é correto, portanto, quando se trate de portadores de anomalia psíquica, estabelecer uma correspondência entre a medida de segurança e a gravidade do fato praticado. Mas já será importante estabelecê-la em relação à perigosidade do agente: só assim se respeita o princípio da proporcionalidade.¹⁰⁰

A mencionada autora critica a correlação feita entre medida de segurança e a gravidade do crime praticado, sugerindo que a correlação fosse feita em relação à periculosidade do agente, pois somente dessa forma se respeitaria o princípio da proporcionalidade.

Doutrina e jurisprudência são apoiadas por especialistas da área de psiquiatria no que concerne à discordância do disposto no art. 97 do Código Penal que associa a medida de segurança ao crime praticado. Taborda, Chalub e Abdalla-Filho entendem que o correto seria a fixação da medida de internação ou de tratamento ambulatorial baseado na natureza e gravidade do transtorno psiquiátrico, segundo critérios médicos.¹⁰¹

3.2.2. *Tratamento ambulatorial*

O modelo assistencial brasileiro em saúde mental contempla ainda o tratamento ambulatorial, que poderá ser destinado ao acusado, inimputável ou semi-imputável, observadas suas condições pessoais, sendo essa modalidade de tratamento a preferida pelo legislador ordinário, conforme se depreende da Lei 10.216/2001, quando afirma que a internação somente será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

A exposição de motivos do Código Penal (n. 90) prevê que aquele submetido à medida de segurança de tratamento ambulatorial deve comparecer ao hospital nos dias em que lhe forem determinados pelo médico, a fim de lhe ser aplicada a modalidade terapêutica prescrita.

¹⁰⁰ Apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 563

¹⁰¹ Apud NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 563

Como já exaustivamente abordado no item anterior, somos defensores da ideia que o tratamento ambulatorial deve ser sempre preferido à internação hospitalar, dada a nocividade desta, como aponta Heleno Fragoso:

(...) Está mais que demonstrada a nocividade da internação psiquiátrica. Os manicômios judiciários, como instituições totais, funcionam com sinal negativo, agravando a situação mental do doente. Com o notável progresso feito pela medicina com relação aos tranquilizantes, a grande maioria dos doentes mentais pode hoje permanecer em segurança com suas famílias.¹⁰²

É inegável que o tratamento ambulatorial, no seio familiar, é bem mais salutar para o paciente que seu confinamento em um hospital psiquiátrico. É certo que essa convivência não é conquistada com facilidade, devido, em muitos casos, a atividades agressivas, ausência de afeto e ao isolamento social. Todavia, muitas famílias acolhem, dão carinho e ajudam o paciente, sendo tais atitudes fatores determinantes para o sucesso do seu tratamento.

Entretanto, apesar da moderna tendência de abolição dos manicômios judiciários, com o advento da Lei 10.216/2001, o tratamento ambulatorial ainda não passa de uma possibilidade, vez que a internação hospitalar ainda é a regra geral, conforme se depreende do artigo 97 do Código Penal. Caso o juiz opte pelo tratamento ambulatorial, poderá determinar a internação do agente, se entender necessário para seus fins curativos, conforme dispõe o § 4º do art. 97 do Código Penal.

3.3. Sistema vicariante

O Código Penal de 1940 adotava o sistema do duplo binário, também conhecido por dois trilhos, no qual a medida de segurança era um complemento da pena. Dessa forma, o acusado era condenado a cumprir pena em estabelecimento fechado e, em seguida, caso fosse declarada sua periculosidade, cumprir medida de segurança antes de retornar à sociedade. Com a Reforma Penal de 1984, nosso diploma penal passou a adotar o sistema vicariante, para as medidas de segurança, no qual o

¹⁰² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 505

magistrado aplica ao réu pena ou medida de segurança, sendo vedada sua aplicação simultânea.

Bitencourt chama atenção que a aplicação do sistema do duplo binário fere o princípio do *ne bis in idem*, nos seguintes termos:

A aplicação conjunta de pena e medida de segurança lesa o princípio do *ne bis in idem*, pois, por mais que se diga que o fundamento e os fins de uma e outra são distintos, na realidade, é o mesmo indivíduo que suporta as duas consequências pelo mesmo fato praticado.¹⁰³

Com a adoção do sistema vicariante, o fundamento da pena passou a ser exclusivamente a culpabilidade, enquanto a medida de segurança encontra justificativa somente na periculosidade, havendo a necessidade que o agente seja internado para evitar que o mesmo incorra em novas práticas criminosas.

Na escolha entre pena ou medida de segurança o magistrado deve levar em consideração a necessidade ou não de tratamento médico por parte do paciente.¹⁰⁴ Portanto, caso a situação do paciente reclame cuidados médicos, o mesmo deverá ser submetido à medida de segurança. Caso contrário, ser-lhe-á aplicada pena com redução de um a dois terços, consoante disposto pelo § único do art. 26 do Código Penal.

Entendimento diverso do sistema vicariante possui Guilherme de Souza Nucci. Para o mencionado autor, a decisão entre aplicação de pena ou medida de segurança deve levar em conta se o acusado era, à época do crime, imputável ou inimputável. Caso o acusado tivesse o pleno entendimento de sua conduta delituosa, ser-lhe-á aplicada pena, caso contrário, medida de segurança.¹⁰⁵

Carlos Frederico Coelho Nogueira vê um retrocesso na adoção do sistema vicariante por parte do nosso Código Penal, pois não se pode mais, ao final do

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 744

¹⁰⁴ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 511.

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 561

cumprimento da pena, submeter à medida de segurança réus imputáveis que cometeram crimes atrozos, o que, dessa forma, fomenta o cometimento de crimes violentos.¹⁰⁶

3.4. Execução da Medida de Segurança

Conforme o art. 149 do Código de Processo Penal, para que a sanidade mental do autor do delito possa ser aferida, faz-se necessário que o magistrado determine de ofício ou atenda a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado que este seja submetido a exame médico-legal, podendo tal exame ser realizado na fase do inquérito policial, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente. Nesse momento, tem-se início o incidente de insanidade mental do acusado, mediante a nomeação de curador ao acusado, suspendendo-se o processo caso este já tenha iniciado, salvo em relação às diligências que podem ser prejudicadas pelo adiamento.

Em qualquer das medidas de segurança, é facultada à família a contratação de médico particular, a fim de que este acompanhe o tratamento, à luz do que disciplina o caput do artigo 43 da Lei de Execuções Penais. Caso este tenha opinião contrária à do perito oficial, tal divergência será resolvida pelo juiz da execução.

Consoante determinação do art. 159 do Código de Processo Penal, a perícia deve ser realizada por perito oficial, que possua diploma de nível superior. Contudo, o legislador ordinário, ciente da grande extensão do território brasileiro, excepcionou a exigência e permitiu que, na falta do perito oficial, o exame seja realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de nível superior, preferencialmente na área específica, que prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenharem o encargo.

Conforme o art. 150 do Código de Processo Penal, para a realização do exame, caso o acusado esteja preso, será internado em manicômio judiciário ou se estiver solto e os peritos requererem, será recolhido a estabelecimento adequado, designado pelo juiz. O exame não levará mais que 45 (quarenta e cinco) dias para ser

¹⁰⁶ Apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 561

concluído, a não ser que os peritos demonstrem ao magistrado a necessidade de maior prazo.

No laudo médico, os peritos dirão se o acusado é portador de alguma patologia de ordem psiquiátrica, qual a patologia, qual o tratamento adequado e qual o grau de periculosidade do agente. Devemos lembrar que a inimputabilidade deve ser aferida no momento da ação ou omissão. Isso porque pode o agente, por exemplo, ser possuidor de transtornos mentais e à época do fato ter sido acometido de momento passageiro de lucidez, o que fará com que seja considerado imputável.

Concluídas as averiguações dos peritos, caso o acusado seja considerado inimputável à época do delito, ser-lhe-á aplicada pelo juiz a medida de segurança adequada, consistente em internação hospitalar ou tratamento ambulatorial. A medida de internação hospitalar, também chamada de medida detentiva, é aplicável tanto aos inimputáveis quanto aos semi-imputáveis que necessitem de especial tratamento curativo. Por outro lado, no tratamento ambulatorial são oferecidos cuidados médicos à pessoa submetida a tratamento, mas sem internação.¹⁰⁷

Adiante, Bitencourt chama atenção ao fato que o tratamento ambulatorial é somente uma possibilidade, que depende das circunstâncias pessoais e fáticas, que indicarão ou não a sua conveniência. Para o autor:

Não é a inimputabilidade ou semi-imputabilidade que determinará a aplicação de uma ou outra medida de segurança, mas a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, que, se for de detenção, permitirá a aplicação de tratamento ambulatorial, desde que, é claro, as condições pessoais o recomendem¹⁰⁸.

Observamos que não é automática a correlação entre crime apenado com detenção e tratamento ambulatorial. Para que isso ocorra, ainda faz-se necessário que o magistrado analise as condições pessoais do agente.

O Código de Processo Penal, explica que caso os peritos concluíam que o acusado era, à época do delito, imputável, mas que após a prática do crime lhe sobreveio

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 782-783

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 783

a doença mental, o juiz suspenderá o curso do processo, podendo determinar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado até que o acusado se recupere. Restabelecido este, o processo retomará seu curso normal, com a opção de reinquirição das testemunhas ouvidas sem a sua presença.

A Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) nos artigos 171 a 174 dispõe sobre a execução das medidas de segurança. Para que ocorra sua execução, é indispensável que a sentença tenha transitado em julgado. Acreditamos não poder ser diferente, pois, do contrário, o clima de insegurança jurídica tomaria conta de todos. Isso porque, assim como a pena de reclusão, o cumprimento da medida de segurança, seja qual delas for, impõe sofrimento físico e, sobretudo, mental àquele que a cumpre. Dessa forma, caso a aplicação das medidas de segurança pudesse ser imposta àqueles que ainda não tiveram suas sentenças transitadas em julgado, tais pessoas poderiam ter suas vidas profundamente marcadas pelo convívio em um manicômio.

Conforme o art. 171 da Lei de Execuções Penais - LEP, após o trânsito em julgado da sentença, o juiz de execuções criminais fará expedir a guia de execução, que, conforme a medida de segurança aplicada pelo magistrado, poderá ser uma guia de internação ou uma guia de tratamento ambulatorial. Nos termos do art. 173 da LEP, tal documento será remetido à autoridade administrativa responsável pela execução da medida de segurança e deverá conter, dentre outras informações, a qualificação do agente e o seu número de registro geral; o inteiro teor da denúncia e da sentença que tiver aplicado a medida de segurança, bem como a certidão do trânsito em julgado; a data em que terminará o prazo mínimo de internação, ou do tratamento ambulatorial.

3.4.1. Limitação temporal da execução da medida de segurança

Hoje em dia muito se discute acerca da eficácia da aplicação da medida de segurança. Inicialmente, no que diz respeito à medida de internação hospitalar, como já analisamos anteriormente, essa é cumprida em estabelecimento que a despeito de suas características hospitalares, faz parte do sistema carcerário. Aquele submetido à medida de segurança tem sua alta não baseada em sua recuperação, o que era de se esperar para quem está *doente*, mas sim com base na cessação de sua periculosidade, que será aferida

pelo magistrado. Paulo Jacobina tece fortes críticas à medida de segurança e sua aplicação:

Da forma como que está prevista no nosso direito atualmente, ela [a medida de segurança] seria um tratamento cuja alta não se daria em razão pura e simples da recuperação do paciente, mas pela sua submissão à perícia de cessação de periculosidade periódica, submetida ao juiz, que passaria, sem ser médico, a ter o poder clínico de considerar o paciente curado, mesmo quando a própria ciência discute se é possível falar em cura da loucura.¹⁰⁹

O autor critica a eficácia da aplicação da medida de segurança, vez que, em tese, ela teria como fim maior promover a cura ou pelo menos a melhora da saúde do doente. Entretanto, o que ocorre é uma sobreposição de funções, vez que o juiz acaba por exercer as funções de médico, que passa a decidir quando o paciente está curado.

Adiante, Jacobina continua a análise da eficácia da medida de segurança:

No atual estágio do direito brasileiro, não se pode defender que internar alguém coativamente (ou mesmo submetê-lo a um tratamento ambulatorial coativo), por ordem judicial de um juiz criminal, com base em uma presunção de periculosidade (decorrente da prática de um delito criminal por alguém que foi reconhecido pelo direito como portador de transtorno mental incapacitante das faculdades cognitivas ou volitivas), seja considerado cientificamente como medida terapêutica. Tampouco se pode admitir que, no âmbito do direito sanitário, possa reconhecer-se a validade desse procedimento como clinicamente eficaz.¹¹⁰

Mais uma vez, o autor tem entendimento diverso ao modelo brasileiro no trato da doença mental por parte daqueles que incorreram em crimes. Certamente, a imposição de internação hospitalar ou tratamento ambulatorial por parte do juiz criminal ao autor do delito está longe de ser o tratamento mais adequado. Na verdade, tal imposição tem por escopo a proteção da sociedade, que se vê ameaçada pelo doente mental que cometeu crime, e não a sua recuperação, motivo pelo qual não há que se falar em “tratamento”.

Questão controversa é a que diz respeito ao prazo de cumprimento da medida de segurança.

¹⁰⁹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 133

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 134

Inicialmente, cabe salientar que conforme dispõem os artigos 97, § 1º e 98, ambos do Código Penal, a medida de segurança tem um prazo mínimo de cumprimento que vai de um a três anos. Diferentemente da pena, na medida de segurança o legislador não dosou o prazo máximo de seu cumprimento em decorrência do delito cometido, mas sim em relação ao maior ou menor grau de periculosidade do agente.

Conforme se extrai do art. 97, § 2º do Código Penal, ao término do prazo mínimo fixado, o agente passará por perícia médica a fim de verificar a cessação ou não de sua periculosidade, devendo tal perícia ser realizada anualmente ou sempre que entender necessário o juiz da execução. Exceção à regra pode ser encontrada no art. 176 da Lei de Execuções Penais. Nesse caso, o exame somente pode ser feito antes do prazo mínimo, se for mediante provocação do Ministério Público, do interessado ou de seu procurador ou defensor, nunca *ex officio*.

Em relação à possibilidade de médico particular acompanhar a perícia médica para aferir-se a cessão de periculosidade, Luiz Régis Prado entende que “apesar da omissão da lei a respeito, a doutrina tem se manifestado favorável a que ele possa participar como assistente técnico, com base no princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV).”¹¹¹

Não era de se imaginar que o médico particular do réu fosse impedido de atuar na condição de assistente dos peritos médicos, acompanhando seus trabalhos, pois, dessa forma, estar-se-ia a, como mencionou o autor, tolher o réu dos meios de prova necessários para sustentar sua defesa.

Constatada a cessação da periculosidade do agente, o juiz da execução suspenderá condicionalmente a medida de segurança seja ela internação ou tratamento ambulatorial. Conforme prevê o § 3º, do art. 97, do Código Penal, caso o agente volte a cometer, antes do decurso de 1 (um) ano, fato que indique a persistência de sua periculosidade, o mesmo voltará a ser submetido a medida de segurança.

¹¹¹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 752

Até agora, tratamos, no presente tópico, acerca do limite temporal mínimo das medidas de segurança, assunto que não oferece maiores dificuldades, ante a inexistência de divergências ideológicas a seu respeito.

Todavia, ao tratarmos do limite de tempo máximo ao qual o agente pode ser submetido à medida de segurança, constatamos a divergência havida ao redor do tema. Há os que defendam que a medida segurança seja aplicada pelo tempo que for necessário à cessação de sua periculosidade, não importando se isso demande 20, 30 ou 50 anos. Outra corrente de juristas e doutrinadores sustenta que o prazo máximo para o cumprimento da medida de segurança deve se restringir àquele cominado para o tipo criminal cometido, não podendo ultrapassar 30 anos, conforme o disposto pelo art. 75 do Código Penal.

Em relação à internação hospitalar, a Lei 10.216/2001, que foi editada com o fito de mudar o atual modelo assistencial em saúde mental, assevera que a finalidade permanente da internação é a reinserção social do internado em seu meio social. De acordo com esse entendimento, não se permite que tal medida se perpetue no tempo, sem perspectiva alguma de alta. Em casos mais críticos de pacientes internados há muito tempo a mencionada lei assegura sua alta planejada, nos seguintes termos:

Art. 5º 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 a responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.¹¹²

Note-se que o foco do nosso legislador passa a ser o bem-estar do doente mental, uma vez que é incentivada sua alta planejada quando este estiver hospitalizado há muito tempo. Por esse entendimento, concluímos que as internações que se perpetuam no tempo afrontam o aludido dispositivo legal.

Outro argumento contrário a perpetuidade da medida de segurança é a impossibilidade, consignada em nossa Carta Magna, de penas de caráter perpétuo.

¹¹² Lei 10.216/2001, art. 5º.

Apesar da medida de segurança não estar contemplada no rol de penas previsto pelo Código Penal, entendemos, com a adoção de uma visão *lato sensu*, que a medida de segurança assemelha-se à pena, pois se trata de uma “retribuição” ao crime cometido por agente inimputável ou semi-imputável.

Basileu Garcia também entende pela proximidade existente entre as penas e as medidas de segurança. O autor, ao tratar da semelhança existente entre aquelas e estas, faz a seguinte análise:

Advirta-se, a esse respeito, que existe harmonia entre a externalização prática das penas e a das medidas de segurança. Tanto aquelas como estas se endereçam às mesmas espécies de bens jurídicos. Quando se impõe uma pena, atinge-se o delinquente na sua liberdade ou no seu patrimônio. O mesmo acontece com a medida de segurança.¹¹³

O autor reconhece a proximidade existente entre as penas e as medidas de segurança, entendendo que ambas se propõem a punir o indivíduo por um delito cometido ao tirar-lhe a liberdade. Todavia, também é certo que nenhum castigo, e as penas e medidas de segurança podem assim ser consideradas, pode ser aplicado eternamente, ante ao dispositivo constitucional que veda a perpetuidade das penas.

Mirabete também segue a mesma esteira de pensamento, afirmando que

Hoje, porém, com fundamento nos princípios da legalidade da proporcionalidade, da igualdade, da intervenção mínima e da humanidade, tem-se pregado a limitação máxima de duração da medida de segurança. Porque a indeterminação do prazo da medida de segurança pode ensejar violação à garantia constitucional que proíbe penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, da CF), a ela deve ser estendido o limite fixado no art. 75 do CP, que fixa em 30 anos o tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade.¹¹⁴

Os mencionados autores sustentam a limitação do período máximo de cumprimento da medida de segurança calcada em diversos dispositivos constitucionais. Entendem os doutrinadores que as medidas de segurança encontram seu limite temporal máximo no art. 75 do Código Penal, ou seja, o lapso temporal de 30 anos.

¹¹³ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240

¹¹⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 351

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido contrário à internação *ad aeternum*, por entender que o limite temporal máximo aceitável para a medida de segurança deve ser calculado com base no máximo da pena atribuída ao delito cometido, como se nota da ementa seguinte:

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MEDIDA DE SEGURANÇA. CUMPRIMENTO DA MEDIDA EM PRAZO SUPERIOR AO DA PENA MÁXIMA COMINADA AO DELITO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INÍCIO DO CUMPRIMENTO. MARCO INTERRUPTIVO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. CONTINUIDADE. PRAZO MÁXIMO DA MEDIDA. 30 (TRINTA) ANOS. PRECEDENTES DO STF. DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA. ART. 5º DA LEI 10.216/2001. APLICABILIDADE. ALTA PROGRESSIVA DA MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO DE 6 (SEIS) MESES. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. A prescrição da medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o marco interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos, conforme a jurisprudência pacificada do STF. (...) 3. A desinternação progressiva é medida que se impõe, provendo-se em parte o recurso para o restabelecimento da decisão de primeiro grau, que aplicou o art. 5º da Lei 10.216/2001, determinando-se ao Instituto Psiquiátrico Forense que apresente plano de desligamento, em 60 (sessenta) dias, para que as autoridades competentes procedam à “política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida” fora do âmbito do IPF.¹¹⁵

Observamos que o conflito de normas entre o Código Penal e a Lei. 10.216/2001 foi, facilmente, resolvido pelo STF pela escolha desta última, na medida em que determinou ao Instituto Psiquiátrico Forense a apresentação de plano de desligamento, bem como que seja procedida a política de alta planejada e de reabilitação psicossocial fora do âmbito do instituto. Dessa forma, levando em consideração presente julgado, entendemos que a medida de segurança a aplicação do disposto no art. 75 do Código Penal Brasileiro, que restringe ao lapso temporal de 30 (trinta) anos o cumprimento de pena.

¹¹⁵ STF, 1ª Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 100.383/RS, rel. Ministro Luiz Fux, julg. em 18/10/2011.

O Superior Tribunal de Justiça também tem entendido que o prazo máximo de cumprimento da medida de segurança não deve ultrapassar a pena cominada ao ilícito.

HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITE DE DURAÇÃO. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal veda, em seu art. 5º, inciso XLII, alínea b, penas de caráter perpétuo e, sendo a medida de segurança espécie do gênero sanção penal, deve-se fixar um limite para sua duração. 2. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, à luz dos princípios da isonomia e da proporcionalidade. 3. Ordem concedida para declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor do paciente, em razão do seu integral cumprimento.¹¹⁶

Trata a questão sobre a duração máxima da medida de segurança, a fim de fixar restrição à intervenção estatal em relação ao inimputável na esfera penal. A Turma entendeu que em razão da incerteza da duração máxima de medida de segurança, está-se tratando de forma mais gravosa o infrator inimputável quando comparado ao imputável, para o qual a lei limita o poder de atuação do Estado. Assim, o tempo de duração máximo da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo de pena cominada abstratamente ao delito praticado, em respeito aos princípios da isonomia e da proporcionalidade.

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça ratificou seu posicionamento que o prazo máximo para cumprimento da medida de segurança, independente de sua modalidade, é aquele cominado para o delito em tela, limitado a 30 (trinta) anos, conforme o disposto no artigo 75 do Código Penal Brasileiro.

HABEAS CORPUS. PENAL. INIMPUTÁVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. PERSISTÊNCIA DA PERICULOSIDADE. IMPROPRIEDADE DO WRIT. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. DECRETO Nº 7.648/2011. VERIFICAÇÃO DE INCIDÊNCIA. NECESSIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO AO MÁXIMO DA

¹¹⁶ STJ, 6ª Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 126.738/RS, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura; julg. em 19/11/2009.

PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. 1. Na hipótese, o Tribunal de origem, após o exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluiu pela necessidade de prorrogação da internação do Paciente em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, por não restar evidenciada a cessação de sua periculosidade, embora tenham os peritos opinado pela desinternação condicional do Paciente. Assim, para se entender de modo diverso, de modo a determinar que o Paciente seja submetido a tratamento em Hospital Psiquiátrico Comum da Rede Pública, e não em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, seria inevitável a reapreciação da matéria fático-probatória, sendo imprópria sua análise via habeas corpus. 2. Por outro lado, nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 97, § 1º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade. Assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, **na modalidade de internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado e não pode ser superior a 30 anos.** (...) ¹¹⁷ (Grifo nosso).

Observamos do julgamento em tela que a medida de segurança, seja ela de internação hospitalar ou tratamento ambulatorial, visa à cessação de periculosidade do agente, todavia seu tempo máximo de cumprimento deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao crime praticado, não podendo ser superior a 30 anos. Tomemos como exemplo o crime de injúria, que, na sua forma simples, tem pena de detenção de um a seis meses ou multa, podendo a pena chegar à reclusão de até 3 anos e multa, nos termos do § 3º do art. 140 do Código Penal. Nesse caso, se o agente for declarado inimputável, recebendo, portanto, medida de segurança, essa não poderá exceder a 3 anos, pena máxima cominada ao crime em tela.

Entendimento diverso possui Guilherme de Souza Nucci, para quem a medida de segurança não é pena. Para o autor, a medida de segurança tem um propósito curativo e terapêutico, motivo pelo qual, enquanto não estiver curado, o agente deverá permanecer em tratamento sob a custódia do Estado. ¹¹⁸

Compartilhando o entendimento de Nucci, Fernando Capez, ao tratar das características das medidas de segurança de internação hospitalar e tratamento

¹¹⁷ STJ, 5ª Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 208.336/SP, rel. Ministra Laurita Vaz, julg. em 20/03/2012.

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 564

ambulatorial, entende que seu prazo será por tempo indeterminado, enquanto não averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade do agente.¹¹⁹

Não partilhamos os entendimentos de Nucci e Capez, por acreditarmos não ser esse o intento do moderno legislador brasileiro. Como já abordado anteriormente, com o advento da Lei 10.216/2001, nossa legislação aderiu à reforma psiquiátrica, que defende a progressiva desinternação, impedindo que os doentes mentais fiquem durante uma vida toda trancafiados em instituições hospitalares.

Segue a mesma linha de pensamento Basileu Garcia para quem a indeterminação do término da medida de segurança se justifica pelo alcance de sua finalidade: anular a periculosidade do agente. Segundo o autor,

Sem o caráter indeterminado de sua vigência, as medidas de segurança seriam inaptas para sua função essencial: anular a periculosidade. Limitá-las irremediavelmente ao tempo equivaleria a tolhê-las, em inúmeros casos, de atingir sua finalidade. Representaria isso uma incongruência. E então seria melhor que ficássemos só com o instituto das penas, sem a inovação.¹²⁰

Em parte, concordamos com o posicionamento defendido pelo autor. Considerando a finalidade terapêutica da medida de segurança, é certo que o agente não poderia deixar de recebê-la enquanto não curado completamente da sua enfermidade mental. Todavia, com o advento da Lei 10.216/2001, é necessário observar-se a medida da desinternação progressiva, permitindo, inicialmente, a visita dos pacientes aos seus familiares nos finais de semana, o trabalho durante o dia e a transferência progressiva para o tratamento ambulatorial.

¹¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 445-446

¹²⁰ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 249

CONCLUSÃO

A doença mental passou por vários estágios ao longo dos tempos até chegar aos dias atuais. Várias foram as tentativas de explicar a loucura, sendo a mais comum delas a de que ela decorre de ações de forças sobrenaturais, sendo o louco considerado um possuído pelo demônio. Esse tratamento empírico dispensado à temática fez com que por vários anos a doença mental nunca tivesse recebido a devida importância. Dessa forma, o tratamento aceito como o mais adequado para os doentes mentais era baseado no uso da força física, combinado com um *menu* bem variado de maus-tratos.

O presente trabalho teve por escopo examinar a doença mental, a inimputabilidade e aplicação das medidas de segurança à luz da doutrina, legislação e jurisprudência.

A razão para o interesse na temática surgiu pela amplitude e importância do assunto, além do crescente número de criminosos que se declaram inimputáveis para se livrarem da condenação criminal e de todas as suas consequências sociais e jurídicas.

Inicialmente, abordamos a evolução histórica da doença mental, desde os seus primórdios até os dias atuais, quando já se sabe que tal enfermidade, como qualquer outra, tem origem orgânica e que seu tratamento reclama maior humanização, com a participação da família, já que isso proporciona ao doente melhor evolução do seu tratamento e a possibilidade real de convívio no seio familiar.

Estudamos conceitos de crime, culpabilidade e inimputabilidade, que consistem na base para o estudo da medida de segurança. Aqui, buscamos, de forma elucidativa, estudar as causas de inimputabilidade: doença mental, desenvolvimento mental incompleto e retardado e embriaguez ou intoxicação completa e involuntária, que fazem com que o autor do delito não responda por crime. Analisamos ainda os três sistemas de inimputabilidade: biológico, psicológico e biopsicológico, sendo esse último o adotado por nosso Código Penal.

Em seguida, tratamos das medidas de segurança, analisando seus conceitos básicos, suas espécies e execução. Apresentamos ainda o sistema vicariante adotado por nosso legislador, que consiste na vedação do agente cumprir pena e medida de segurança, em contrapartida ao sistema do duplo binário onde tais sanções eram cumulativas.

Discorremos, ainda, acerca da limitação temporal do cumprimento da medida de segurança, temática pacificada perante nossos tribunais superiores, contudo com algumas vozes dissonantes em nossa doutrina. Para tais autores, segundo o Código Penal, o inimputável deve ficar internado enquanto não obtida a cura para sua enfermidade.

Não restam dúvidas que a pensar dessa forma, condenamos vários doentes mentais a passar todas as suas vidas trancafiados em locais insalubres, privados do convívio familiar, alegando que a sua cura não foi alcançada. Tais medidas, ao nosso ver, além de ofender princípios humanitários, ferem os princípios constitucionais que vedam a adoção de penas de caráter perpétuo (CF, art. 5º, XLII, alínea “b”) e que colocam a família como base da sociedade, gozando de proteção estatal (CF, art. 226, *caput*).

Assim, entendemos que a internação que se prolonga no tempo vai de encontro aos ditames da Lei 10.216/2001, que tem por objetivo o tratamento e a reinserção social do paciente, mediante sua desinternação progressiva. Referido dispositivo prevê a internação como a última das medidas a serem adotadas no tratamento do doente, sendo aplicada somente quando os recursos extra hospitalares se mostrarem insuficientes.

Dessa forma, defendemos que a aplicação da medida de segurança deve ajustar-se à natureza do tratamento de que necessita o agente inimputável ou semi-imputável, observando o cálculo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente. Ressalte-se, todavia, que os tribunais superiores têm decidido pela impossibilidade do cumprimento da medida de segurança ultrapassar o limite de 30 (trinta) anos previsto pelo *caput* do art. 75 do Código Penal, sendo, nesses casos, o

paciente objeto de política específica de alta planejada, que vise a sua reabilitação social e profissional, nos termos do *caput* do art. 5º da Lei 10.216/2001.

Conclui-se que o modelo assistencial brasileiro deve pautar-se pela humanização no tratamento dos portadores de transtornos mentais, oferecendo-lhes terapia digna, que lhes assegure a manutenção do vínculo social e familiar. Urge que sejam promovidas acentuadas mudanças no trato da doença mental, de forma que as atuais práticas segregadoras, baseadas na perpetuação do tratamento, sejam substituídas por outras que priorizem a participação familiar e que contribuam para a reinserção do paciente na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 8 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Código Penal (1940). Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 11 de janeiro de 2012.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 13 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Decreto Federal nº 24.559, de 3 de julho de 1934. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=24559&tipo_norma=DEC&data=19340703&link=s> Acesso em: 21 de dezembro de 2011.

BRASIL. Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro (1941). Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm> Acesso em: 17 de janeiro de 2012.

BRASIL. Lei nº 10.216, de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm> Acesso em 3 de março de 2012.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 10 de março de 2012.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Crimes de tortura. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm> Acesso em: 29 de janeiro de 2012.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execuções Penais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 19 de março de 2012.

BRASIL. STF, 1ª Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 100.383/RS, rel. Ministro Luiz Fux, julg. em 18/10/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629266>> Acesso em 27 de março de 2012.

BRASIL. STJ, Resp. 324091-SP, 6ª T., rel. Hamilton Carvalhido, 16.12.2003, v.u., DJ 09.02.2004. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1064287&sReg=200100606646&sData=20040209&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em 27 de março de 2012.

BRASIL. STJ, Resp. 208.336-SP, 5ª T., rel. Laurita Vaz, 20.03.2012, v.u., DJ 29.03.2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=20704100&sReg=201101250545&sData=20120329&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em 14 de março de 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Disponível <<http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/alcoolismo/alcoolismo/>> Acesso em: 23 de fevereiro de 2012.

Disponível<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/visualizar_texto.cfm?idtxt=24355&janela> Acesso em 16/05/2012, às 10h23min

Disponível<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/visualizar_texto.cfm?idtxt=24355&janela>, Acesso em 16/05/2012, às 10h29min

Disponível<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=29797&janela=>>, Acesso em 16/05/2012, às 10h11min

Disponível<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=29797&janela=>>, Acesso em 16/05/2012, às 10h18min

Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=925> Acesso em 10/09/2011, às 15h43min

Disponível em: <<http://www.apaesp.org.br>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2012.

Disponível em <<http://www.unicef.org/pon97/p56a.htm>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2012.

Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=925>, Acesso em 10/09/2011, às 15h43min

Disponível em <<http://www.candido.org.br/content/view/571/1/>>, Acesso em 16/05/2012, às 12h11min

FOCAULT, Michel. *Doença Mental e Psicologia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREEMAN, Melvyn e PATHARE, Soumitra. *Livro de Recursos sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação*. Genebra, Suíça: Organização Mundial da Saúde, 2001.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

INNES, Brian. *Perfil de uma mente criminosa: a Psicologia solucionando crimes da vida real* / Brian Innes; [tradução Exacta]. São Paulo: Editora Escala, 2009.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal – Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Saraiva.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PENTEADO, Conceição. *Psicopatologia Forense: breve estudo sobre o alienado e a lei*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. *Saúde Mental: dimensão histórica e campos de atuação*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1996.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

TUNDIS, Silvério de Almeida e COSTA, Nilson do Rosário (orgs.). *Cidadania e Loucura: Políticas de Saúde Mental no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1994.