

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FELIPE CARVALHO CAMPOS

**A MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO
INSTITUTO PENAL DIRIGIDO AO INIMPUTÁVEL PORTADOR
DE DOENÇA MENTAL**

VITÓRIA
2019

FELIPE CARVALHO CAMPOS

**A MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO
INSTITUTO PENAL DIRIGIDO AO INIMPUTÁVEL PORTADOR
DE DOENÇA MENTAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Dr. Raphael Boldt de Carvalho

VITÓRIA

2019

FELIPE CARVALHO CAMPOS

**A MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO
INSTITUTO PENAL DIRIGIDO AO INIMPUTÁVEL PORTADOR
DE DOENÇA MENTAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV,
como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de 2019.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº Dr. Raphael Boldt de Carvalho
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Profº
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o instituto da medida de segurança, elencado no art 97 do Código Penal Brasileiro, dirigido aos inimputáveis portadores de doença mental, discutindo seus pontos inconstitucionais a partir de princípios como: legalidade estrita, igualdade, humanidade, contraditório, ampla defesa. Com isso, poderemos notar que a medida de segurança utiliza um disfarce de “sanção-tratamento”, sendo uma sanção penal mais cruel que a própria pena privativa de liberdade, violando direitos fundamentais. Para tanto, é necessário analisar a medida de segurança a partir de uma lente garantista, utilizando a teoria do garantismo penal, proposta por Luigi Ferrajoli. Ao propor o embate entre a medida de segurança e a teoria do garantismo penal podemos notar que o instituto se adequa ao sistema autoritário, proposto por Luigi Ferrajoli. O principal ponto antigarantista é o pressuposto da periculosidade criminal do sujeito, pois não é um conceito objetivo e muito menos determinável, assim, verifica-se que o subjetivismo presente na periculosidade abre margem para violações dos direitos dos indivíduos portadores de doença mental. Entendendo os problemas existentes na conjuntura atual da medida de segurança, devemos buscar alternativas, como a igualdade de tratamento entre imputáveis e inimputáveis, garantindo que todos os direitos existentes do imputável (réu) sejam aplicados para o inimputável. Assim, busca-se acabar com a invisibilidade existente para com os inimputáveis, dando um tratamento digno e não a imposição de uma falsa “sanção-tratamento”.

Palavras-chave: Medida de segurança. Inconstitucionalidade. Garantismo penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 A MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	09
1.1 O FUNDAMENTO E O PRESSUPOSTO DE IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	13
1.2 AS DISTINÇÕES ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA	17
2 GARANTISMO PENAL <i>VERSUS</i> MEDIDA DE SEGURANÇA	24
2.1 A TEORIA DO GARANTISMO PENAL, DIREITO PENAL MÍNIMO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	25
2.2 UMA ANÁLISE DO REQUISITO DE APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA: A PERICULOSIDADE DO AGENTE A PARTIR DE UMA VISÃO GARANTISTA	35
3 A MEDIDA DE SEGURANÇA E SEUS ASPECTOS NA CONTRAMAÇÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL	40
3.1 A REGRA DA INTERNAÇÃO E A SUPRESSÃO DA PERICULOSIDADE COMO MARCO FINAL	45
3.2 INEXISTÊNCIA DE UM DIPLOMA LEGAL QUE TRATE SOBRE A DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA, A VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	47
3.3 MEDIDA DE SEGURANÇA E SEU DISFARCE DE “SANÇÃO- TRATAMENTO”	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende apresentar as (in)constitucionalidades presentes no instituto da medida de segurança e as violações de direitos fundamentais que decorrem da aplicação do instituto aos portadores de doença mental.

Para tanto, busca-se no primeiro capítulo, trazer um panorama geral sobre como está posta a medida de segurança no direito penal brasileiro, realizando uma abordagem mais dogmática. Isto posto, seguimos apresentando os pressupostos e os requisitos de aplicação das medidas de segurança, dando destaque especial ao pressuposto da periculosidade do agente, verificando-se que é muito questionável a utilização da periculosidade para aplicar a medida de segurança com o objetivo de segregar aquele sujeito, pois, trata-se de um controle de um ato futuro e incerto. Encerrando o primeiro capítulo, mostra-se as distinções/semelhanças existentes entre a pena e a medida de segurança.

Nesse passo, o marco teórico utilizado para tentar demonstrar o que se pretende com o presente trabalho é a teoria do garantismo penal, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, tal teoria vai servir de alicerce para o Estado Democrático de Direito e para os questionamentos sobre a inconstitucionalidade da medida de segurança. Assim, no segundo capítulo, realiza-se uma abordagem geral da teoria do garantismo penal, colocando-a em oposição contrária ao instituto da medida de segurança. Ainda no segundo capítulo, são apresentados os dez axiomas da teoria garantista, seus princípios basilares e uma síntese dos sistemas autoritários.

Com a explanação da teoria do garantismo penal e dos sistemas antigarantistas (autoritários), verifica-se que há uma grande ligação entre o sistema autoritário e o instituto da medida de segurança, por isso, coloca-se no presente trabalho a medida de segurança *versus* o garantismo penal, buscando demonstrar se a medida de segurança cumpre com o seu discurso de “sanção-tratamento” ou impõe um caráter punitivo somado a uma aplicação de uma resposta jurídica inconstitucional?

Assim, o terceiro capítulo busca mostrar os aspectos inconstitucionais da medida de segurança, voltando novamente a questão da periculosidade, pois demonstra ser um termo abstrato, não determinado e muito menos objetivo, o que provoca uma violação do princípio da estrita legalidade. Outro ponto discutido é o prazo indeterminado das medidas de segurança, tendo como marco final a cessação da periculosidade, mostra-se, que há uma flagrante inconstitucionalidade, pois, como é sabido, a nossa CF/88 veda penas de caráter perpétuo. Assim, é apresentado os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática.

Ainda no terceiro capítulo, o presente trabalho discorre sobre a ausência de tratamento em relação à desinternação progressiva na lei brasileira e que tal silêncio promove uma violação ao princípio da igualdade, uma vez que, o imputável que recebe uma pena criminal tem seu direito de progressão de regime resguardado, todavia, o inimputável fica desamparado, sendo segregado por muito mais tempo do convívio social.

O trabalho se utilizará do método dialético, que pode ser conceituado como um conjunto de processo “[...] Onde o mundo não deve ser considerado como um complexo de coisas acabadas, mas como um complexo de processos em que as coisas passam por mudanças ininterruptas de devir e decadência”¹.

Assim, podemos entender o método dialético, basicamente aquele que não realiza análise das coisas como objetos fixos, mais sim em constante movimento, os quais podem se modificar com o passar do tempo, como diz Marina Marconi e Eva Maria Lakatos; Onde o término de um processo é sempre o começo de outro².

¹ MARCONI, Marina; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas 2010. p. 83

² *Ibidem*. p.83

O trabalho adequa-se ao método proposto, visto que, tem o objetivo de demonstrar que aplicação da sanção penal medida de segurança pode ser mais cruel do que uma própria pena privativa de liberdade, e também, utilizando a teoria do garantismo penal com a pretensão de demonstrar os aspectos inconstitucionais da medida de segurança.

Para refletir sobre a aplicação da sanção medida de segurança e analisar seus aspectos inconstitucionais, será feito um confronto entre Medida de segurança e a teoria do garantismo penal, analisando o Código Penal Brasileiro e a Constituição Federal, junto com uma análise de doutrinas que trazem uma visão mais crítica na aplicação da medida de segurança do direito penal brasileiro, com o escopo de mostrar as contradições existentes nos diferentes diplomas legais

1 A MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Visando firmar uma compreensão da sanção penal conhecida como medida de segurança e, conseqüentemente, discutir seus aspectos (in)constitucionais, é necessário estabelecer, antes, um conhecimento do instituto no campo da doutrina e da nossa legislação penal. Vale destacar as palavras de Paulo Cesar Busato sobre a introdução da medida de segurança historicamente:

A pena, que havia caracterizado a Escola Clássica como única reação frente ao delito, teve companhia da medida de segurança durante o positivismo. Não se quer dizer com isso que a escola clássica desconhecia a existência dos inimputáveis, pelo menos nas hipóteses de doenças mentais, ou que desconhecia a condição de periculosidade dos sujeitos. Na verdade, todas as culturas e todos os povos, desde a antiguidade, sempre apresentaram reações penais derivadas de um afã por garantir algum nível de segurança, ou ao menos, apresentaram essa pretensão como justificativa para várias formas de segregação e banimento³.

A medida de segurança, como é tratada na lei penal brasileira, representa uma intervenção do Estado na liberdade do indivíduo inimputável acometido por doença mental, que tenha praticado um injusto penal, revelando-se a presença da periculosidade. Tal medida, tem o escopo de evitar que esse indivíduo volte a delinquir.

Neste diapasão, Juarez Cirino dos Santos⁴ traz o seguinte apontamento:

O Estado pretende cumprir a tarefa de proteger a comunidade e o cidadão contra fatos puníveis utilizando instrumentos legais alternativos: a) penas criminais, fundadas na culpabilidade do autor; b) medidas de segurança, fundadas na periculosidade do autor. A utilização alternativa de penas criminais ou de medidas de segurança para controle social de fatos definidos como crime constitui o sistema dualista alternativo do Direito Penal.

Concernente a isso, como não pode ocorrer a acumulação de pena e medida de segurança, o sistema vai ser alternativo. Tal possibilidade violaria o princípio do *ne bis in idem*, porque mesmo que a pena e a medida de segurança

³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.p. 809

⁴ CIRINO, Juarez dos. **Direito Penal parte geral**. 7º ed. Florianópolis: ICPC, 2017. p. 609

apresentem fundamentos distintos, a realidade fática não muda, ou seja, o indivíduo vai receber duas sanções pelo mesmo fato que cometeu.

Nesse passo, Cezar Roberto Bitencourt⁵ traz as seguintes palavras:

Atualmente, o imputável que praticar uma conduta punível sujeitar-se-á somente à pena correspondente; o inimputável, à medida de segurança, e o semi-imputável, o chamado “fronteiriço”, sofrerá pena ou medida de segurança, isto é, ou uma ou outra, nunca as duas, como ocorre no sistema duplo binário.

Insta salientar, que a adoção do sistema vicariante no Brasil ocorreu por intermédio da Lei nº 7.209/84, que ainda encontra-se em vigor, ao reformar a Parte Geral do Código Penal Brasileiro e estabelecer uma nova forma para a aplicação das medidas de segurança.

Assim, fica demonstrado que o Brasil utiliza o sistema de pena dualista alternativo que tem sua base no binômio pena-culpabilidade e medida de segurança-periculosidade. Então, quando ficar verificado no caso a inimputabilidade do agente que cometeu algum crime, ele será absolvido porque não apresenta culpabilidade, todavia, será aplicado a este agente a sanção medida de segurança como uma resposta estatal para o ato praticado pelo agente acometido por doença mental.

Sobre a adoção do sistema vicariante Salo de Carvalho⁶ traz os seguintes apontamentos:

Superado o duplo binário (em vigor até 1984), a Reforma da Parte Geral de 1984 instituiu o **sistema vicariante**, cindindo a resposta punitiva entre penas (imputáveis) ou medidas de segurança (inimputáveis). Mesmo nos casos de semi-imputabilidade, nos quais há possibilidade de aplicação de ambas respostas punitivas, o magistrado deve optar prioritariamente pela pena (reduzida pela minorante do art. 26, parágrafo único, do Código Penal) e, em casos excepcionais, substituir pela medida de segurança, nos termos do art.98 do Código Penal.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Geral**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 892

⁶ CARVALHO, Salo de. **Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 506, grifo do autor.

Neste contexto, o Código Penal Brasileiro em seu art. 96⁷ trata sobre as espécies de medida de segurança presentes no Direito Penal Brasileiro, quais sejam:

Art. 96. As medidas de segurança são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - sujeição a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Imposição da medida de segurança para inimputável

Podemos extrair, do artigo acima, as duas espécies de medidas de segurança, quais sejam: a internação psiquiátrica prevista no inciso I, do art. 96 e o tratamento ambulatorial, disposto no inciso seguinte.

Ademais, a internação psiquiátrica estabelece que a medida de segurança deve ser cumprida em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (HTCPs), sendo que, na ausência dos HTCPs, poderá ser utilizado outro estabelecimento tido como adequado. Quanto a isso, cabe a crítica feita por Cezar Roberto Bitencourt⁸:

Essa espécie também é chamada de medida detentiva [...] A nova terminologia adotada pela reforma não alterou em nada as condições dos deficientes manicômios judiciários, já que nenhum Estado brasileiro construiu os novos estabelecimentos.

Tal espécie de medida de segurança é destinada aos inimputáveis e também aos semi-imputáveis, como disciplinam os artigos 97, *caput* e 98 do Código Penal, se o condenado necessitar de especial tratamento curativo.

Deve-se destacar que a internação psiquiátrica apresenta-se como a regra, mas em determinadas situações poderá ser substituída pela segunda espécie

⁷ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em : 13 de março de 2019.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Geral**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 894

de medida de segurança, o tratamento ambulatorial. Ocorre que, o art. 97⁹, *caput*, estabelece que será aplicado o tratamento ambulatorial quando o fato previsto como crime for punido com detenção. Sobre o tratamento ambulatorial e o crime punido por detenção vale destacar as palavras de Cezar Roberto Bitencourt¹⁰:

O tratamento ambulatorial é apenas uma possibilidade que as circunstâncias pessoais e fáticas indicarem ou não a sua conveniência. A punibilidade com pena de detenção, por si só, não é suficiente para determinar a conversão da internação em tratamento ambulatorial. É necessário examinar as condições pessoais do agente para constatar sua *compatibilidade* ou *incompatibilidade* com a medida mais liberal. Claro, se tais condições forem favoráveis, a substituição se impõe.

Na seara do critério utilizado para a aplicação do tratamento ambulatorial, vale destacar o posicionamento contrário de Juarez Cirino dos Santos¹¹:

Aqui, é preciso enfatizar: a cominação legal de *pena de detenção* no tipo de injusto realizado é fundamento *suficiente* para aplicar medida de segurança *ambulante* ao portador de doença mental, por todas as razões indicadas. Afinal, a cominação de pena de detenção indica precisamente aquela *criminalidade de bagatela*, cuja prognose não autoriza a aplicação de medida de segurança estacionária, conforma a doutrina mais autorizada. Além disso, nenhuma disposição legal impõe critérios *subjetivos* adicionais para aplicar a medida de segurança de tratamento ambulatorial, como “condições especiais” ou prévia “compatibilidade” do agente, etc., sugerido por prestigiados penalistas.

Assim, pode-se observar que o critério de escolha para aplicação das espécies de medida de segurança pode ser objeto de críticas, se o crime for punido com reclusão, cabe a medida de segurança estacionária de internação e, caso seja punido com detenção, caberá tratamento ambulatorial, logo, percebe-se, que foi baseado em um critério de gravidade do crime cometido pelo agente.

O Código Penal Brasileiro destaca no seu artigo 97, parágrafo 4º¹² a possibilidade de regressão na medida, ou seja, o indivíduo que estava

⁹ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em : 13 de março de 2019

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Geral**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 895

¹¹ CIRINO, Juarez dos. **Direito Penal parte geral**. 7º ed. Florianópolis: ICPC, 2017. p 620

recebendo um tratamento ambulatorial, poderá, futuramente, ser transferido para a medida de internamento, todavia, isso depende de uma análise do juiz da execução penal.

Nesse passo, após fixar qual espécie de medida de segurança será aplicada ao agente o próximo estágio da resposta sancionatória estatal no âmbito da absolvição imprópria é determinar a quantidade de tempo da medida de segurança. Por oportuno, não trataremos sobre a quantidade de tempo da medida de segurança por agora, visto que, no último capítulo, o tema terá um tratamento especial.

1.1 FUNDAMENTO E O PRESSUPOSTO DE IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Exposto um panorama geral das medidas de segurança, agora importa analisar seu pressuposto, fundamento e a consequência jurídica da aplicação dessa sanção penal.

A primeira condição para a aplicação da medida de segurança é a prática de injusto penal, ou seja, a realização de um fato que é previsto como crime no nosso ordenamento. Nessa seara, vale os apontamentos de Juarez Cirino dos Santos:

Parece necessário identificar o significado de fato previsto como crime com o conceito de tipo de injusto, porque o inimputável pode realizar ações típicas justificadas por legítima defesa, estado de necessidade ou outra causa de exclusão da antijuridicidade, cuja a presença descaracteriza o tipo de injusto e, assim, exclui o pressuposto das medidas de segurança.¹³

Assim, compreende-se que a observância da prática de injusto busca-se respeitar um importante fundamento do Direito Penal, o princípio da lesividade.

¹² BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em : 13 de março de 2019

¹³ CIRINO, Juarez dos. **Direito Penal parte geral**. 7º ed. Florianópolis: ICPC, 2017. p. 614

Este princípio se pauta na ideia de que o Estado só pode intervir mediante a uma lesão relevante ao bem jurídico tutelado, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos¹⁴: “O princípio da lesividade proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e medidas de segurança em casos de lesões irrelevantes contra bens jurídicos protegidos na lei penal”.

A análise do pressuposto da prática de um injusto penal é muito importante, pois, no dia a dia podemos nos deparar com situações que violam os princípios basilares do direito penal (lesividade e outros), como uma situação em que um agente portador de doença mental comete um fato típico, todavia, está amparado por uma causa excludente de ilicitude e, mesmo assim, é submetido a medida de segurança.

Essa condição foi provada por Marcelo Lebre Cruz em pesquisa de campo realizada para sua Dissertação, na qual ele concluiu:

Ocorre que, na prática, nem mesmo esta garantia é observada em sua totalidade. Não são raros os casos em que o infrator patológico é submetido à medida mesmo estando protegido por uma causa excludente da ilicitude (como a legítima defesa ou o estado de necessidade do art. 23 do Código Penal), ou mesmo diante de uma hipótese de insignificância – como ocorre no caso trazido junto ao Anexo I do presente trabalho, em que o agente foi submetido à medida de segurança mesmo diante da subtração, para si, de res avaliada em pouco menos de oitenta reais (ou seja, sem mesmo haver desvalor em sua ação ou no resultado produzido¹⁵

A segunda condição/pressuposto para a imposição da medida de segurança é a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente por doença mental. O Código Penal Brasileiro¹⁶, no seu art. 26, busca definir a inimputabilidade como sendo:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da

¹⁴ CIRINO, Juarez dos. **Direito Penal parte geral**. 7º ed. Florianópolis: ICPC, 2017. p.27

¹⁵ CRUZ, Marcelo Lebre. **A inconstitucionalidade da medida de segurança face a periculosidade criminal**. 2009. Dissertação – Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil), 2009. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/02/mestrado_unibrasil_-Marcelo-Lebre.pdf. Acesso em: 19 mar.2019.

¹⁶ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em : 19 mar. 2019.

ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O artigo supracitado, trata no seu parágrafo único, que é considerada a semi-imputabilidade àqueles que no momento da conduta criminosa não eram totalmente capazes de entender a antijuridicidade do ato cometido. Salo de Carvalho aponta que a semi-imputabilidade é uma categoria intermediária entre a capacidade e a incapacidade plena¹⁷.

Desta forma, se for realizada uma perícia e for verificada a presença de uma doença mental ou um desenvolvimento mental incompleto e que esses fatores interferiram na possibilidade de compreensão do injusto, fica possibilitada a configuração da inimputabilidade do agente.

No âmbito processual, em relação ao sujeito portador de doença mental, embora o processo tramite em uma vara criminal, o CPP estabelece que o réu seja absolvido quando ficar reconhecida sua inimputabilidade. Sobre essa absolvição Salo de Carvalho¹⁸ diz:

Trata-se, na linguagem técnica da dogmática processual penal, de uma absolvição *sui generis* (**absolvição imprópria**), pois, apesar de afirmada a inexistência do crime, o autor do fato é submetido coercitivamente à medida de segurança, situação que demarca sua sujeição às agências estatais responsáveis pela execução da decisão judicial (agência manicomial).

Por fim, o último requisito que o legislador estabeleceu para aplicação da medida de segurança é a periculosidade criminal do agente. Tal requisito foi instaurado pela Reforma do Código Penal em 1984.

O requisito da periculosidade criminal tem seu sustento na ideia de defesa social, com a finalidade de retirar pessoas que são consideradas perigosas do ambiente social. Assim, quando o agente portador de doença mental pratica um ilícito penal, ele se revela um ser perigoso e, portanto, merece um tratamento com o escopo de prevenir que esse agente volte a delinquir.

¹⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro**. 2° ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 499

¹⁸ *Ibidem*.p. 500, grifo do autor

Neste diapasão, Salo de Carvalho traz uma importante contribuição sobre o sujeito perigoso:

O sujeito perigoso, ou dotado de periculosidade, seria aquele que, diferentemente do culpável, não possui condições mínimas de discernir a situação em que está envolvido, sendo impossível avaliar a ilicitude do seu ato e, conseqüentemente, atuar conforme as expectativas do direito (agir de acordo com a lei). Em razão da ausência de condições cognitivas para direcionar sua vontade, a aplicação de uma pena com caráter marcadamente retributivo passa a ser inadequada, notadamente no esquema da culpabilidade pela reprovabilidade, em que se postula uma adequação da pena ao grau de reprovação do ato voluntário praticado pelo sujeito ¹⁹.

Destarte, a lei não traz uma definição da periculosidade. Desta forma, o sistema normativo somente presume a tal periculosidade do agente portador de doença mental, nos seus artigos 26 e 97 do Código Penal, e é um incidente de insanidade (perícia psiquiátrica) que vai definir se aquele sujeito é ou não perigoso para o convívio social.

O instrumento que analisa a periculosidade do sujeito que cometeu o fato é o chamado de “incidente de insanidade mental”, que é realizado por psiquiatras e utilizado pelo juiz para determinar a inimputabilidade do sujeito para, posteriormente, impor a medida de segurança. “A averiguação da periculosidade deve ser feita mediante perícia médica, ou seja, pode o juiz ser influenciado pela opinião técnica dos médicos, o que acontece quase sempre”²⁰.

Vale destacar que o incidente pode ser suscitado em qualquer momento do processo penal e a consequência de sua instauração é a suspensão do processo, como é previsto no artigo 149, parágrafos 1º e 2º, do Código de Processo Penal ²¹.

¹⁹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 502

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. 10ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2013.p. 762

²¹ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em : 20 mar. de 2019.

Sobre o reconhecimento do requisito da periculosidade pelo incidente de insanidade mental, Salo de Carvalho faz os seguintes apontamentos:

O reconhecimento do estado de periculosidade produz significativos efeitos sancionatórios. Em razão de a periculosidade ser entendida como um estado ou atributo natural do sujeito – o indivíduo carrega consigo uma potência delitiva que a qualquer momento pode se concretizar em um ato lesivo contra si ou contra terceiros - , a resposta estatal não pode ser determinada *ex ante*²².

Com o exposto, podemos entender a periculosidade como uma espécie de um juízo futuro e incerto sobre as condutas dessas pessoas tidas como criminosas e perigosas.

1.2 AS DISTINÇÕES E SEMELHANÇAS ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA

De forma inaugural, antes de entrar nas distinções entre pena e medida de segurança, devemos tratar brevemente sobre as teorias das penas que vai nos mostrar as finalidades de aplicação de uma pena. Tal discussão faz-se necessária para nos causar reflexões sobre as perguntas “por que” e “para que” punir.

Assim, é oportuno trazer os apontamentos de Salo de Carvalho sobre a introdução à penologia:

A principal característica das normas jurídicas é a coercitividade. Não há direito sem sanção. Isto significa que, na estrutura do direito penal, a previsão de uma conduta como crime estará sempre vinculada à possibilidade concreta de os Poderes constituídos habilitarem um ato de coerção²³

Podemos observar isso na estrutura da norma penal que vai ser sempre formada por um preceito primário que se encarrega de descrever a conduta

²² CARVALHO, Salo de. **Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 502.

²³ *Ibidem*.p 43.

vedada como, por exemplo, “matar alguém”, e o seu preceito secundário que vai estabelecer a pena, que no caso do homicídio será de 6 a 20 anos. Sobre a temática, Salo de Carvalho afirma que o direito se distingue das instâncias informais de controle social pela sanção, não existindo ordem jurídica de coerção²⁴

Neste diapasão, foram desenvolvidas as teorias das penas, que Salo de Carvalho chama de narrativas sobre a punição, que basicamente são três: a teoria da retribuição, teoria da prevenção geral e teoria da prevenção especial.

Sobre a teoria da retribuição, Salo de Carvalho afirma:

As teorias absolutas da pena (ou teorias retributivas) sustentam-se, fundamentalmente, no modelo iluminista do contrato social, no qual o delito é percebido como uma ruptura com a obrigação contratual, configurando a pena uma indenização pelo mal praticado. A relação entre crime e pena se estabelece a partir de uma noção de dívida, e a lógica obrigacional fixa a necessidade da reparação do dano em razão do inadimplemento (descumprimento das regras sociais)²⁵

Assim, a finalidade da teoria da retribuição é estabelecer uma pena justa diante do crime que foi praticado. Sobre essa teoria, destaca-se o retributivismo kantiano e o retributivismo hegeliano. Para o modelo de Kant a pena não poderia se basear em uma designação utilitária. Como destaca Salo de Carvalho sobre o modelo kantiano²⁶ : Os objetivos de melhorar ou corrigir o homem delincente (prevenção especial positiva) ou de intimidar ou de persuadir os não delinquentes a não praticar crimes (prevenção geral negativa) seriam ilegítimos.

Assim, Kant entende que, primeiramente, deveriam ser observadas as regras morais, sendo o pressuposto primária do agir do homem, pois, se a pena fosse utilizada como uma forma de dissuasão, aconteceria o que o autor supracitado

²⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.43

²⁵ *Ibidem*.p. 57.

²⁶ *Ibidem*.p.59

afirma: “o homem seria transformado em um meio para o alcance de fim e isso implicaria em uma sanção imoral”²⁷.

Por sua vez, a ideia do retributivismo hegeliano, nas palavras de Salo de Carvalho :

Para Hegel, a pena será justificada pela necessidade de recomposição do direito violado. A violência da pena corresponderia àquela violência perpetrada contra o ordenamento jurídico. O delito, portanto, por configurar lesão ao direito, deveria ser neutralizado por meio de uma força correspondente²⁸

Para este modelo, o crime era tido como uma forma de violação da ordem jurídica e não uma produção do mal por violação de normas morais/éticas, e isso seria o fato que justificaria uma sanção de caráter retributivo.

Por sua vez, a teoria da prevenção geral, pauta-se na ideia da coletividade, no meio social. O modelo de prevenção geral se preocupa também com a ideia de prevenir futuros crimes, retirando a ideia do modelo do retributivismo que era de estabelecer uma justa medida entre o crime cometido e a pena a ser aplicada, e dando ênfase em uma forma geral da coletividade.

Sobre o modelo de prevenção geral, Salo de Carvalho traz os seguintes apontamentos:

O mérito das teorias de prevenção geral é inegavelmente o de evitar a tendência sempre presente no âmbito punitivo de fusão das esferas de direito e da moral. Assim, é possível afirmar que a teoria da coação psicológica é praticamente a única entre todos os sistemas clássicos de fundamentação das penas que respeita o pressuposto ilustrado da secularização do direito.²⁹

Por fim, é o modelo de prevenção especial que vai marcar a chamada segunda fase da modernidade penal, período que surge no início do século XX e termina no final da década de 70.

²⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro**. 2° ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 59

²⁸ *Ibidem*. 59

²⁹ *Ibidem*. p. 69

A teoria da prevenção especial, em síntese, é direcionada para um autor (individual) e tem o escopo de prevenir futuros delitos. Nas palavras de Salo de Carvalho:

Diferentemente das teorias retributivistas e dos modelos negativos de prevenção geral, direcionados respectivamente ao crime e à coação psicológica da comunidade, os discursos de prevenção especial inauguram perspectiva punitiva centra no indivíduo (*homo criminalis*). Se o novo objeto de investigação e de intervenção das ciências criminais é o homem delinquente, a resposta ao desvio punível deve tê-lo no centro do palco punitivo, vê-lo como o principal destinatário da sanção e como protagonista em sua execução.³⁰

Delineada de forma geral a concepção da medida de segurança e uma breve introdução sobre as modernas teorias das penas, passamos agora analisar as diferenças e os pontos em comum entre a pena e a medida de segurança.

De forma preambular devemos entender que tanto a pena quanto a medida de segurança são espécies que derivam do gênero sanção penal. Assim, podemos constatar que ambos são uma resposta jurídica do Estado que tem por escopo tutelar determinados bens jurídicos.

A primeira diferença básica que existe entra a pena e a medida de segurança é quem são os destinatários dos referidos institutos. Paulo Queiroz traz a seguinte diferenciação, dizendo:

O Código pune as infrações penais (crimes e contravenções) com penas e medidas de segurança. As penas, que constituem a sanção penal por excelência, estão destinadas aos imputáveis, isto é, indivíduos com capacidade de discernimento e autodeterminação (capacidade de culpabilidade). Já as medidas de segurança destinam-se aos inimputáveis, quer dizer, autores de infração penal considerados incapazes de compreenderem o caráter ilícito do fato em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (CP, art.26).³¹

Podemos de forma inicial estabelecer uma semelhança entre a pena e medida de segurança, pois, não será cabível medida de segurança se a conduta praticada pelo agente for atípica o que também ocorre nas penas. Vale destacar as palavras de Paulo Queiroz:

³⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro**. 2° ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.79

³¹ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.p. 527

Justamente por isso, em hipótese alguma a medida de segurança será cabível se, nas mesmas circunstâncias não couber a aplicação de pena. Assim, por exemplo, se o fato for atípico (v.g., ausência de dolo ou culpa), lícito (v.g., praticado em legítima defesa), inculpável (v.g., cometido sob embriaguez involuntária completa) ou, ainda, se houver extinção da punibilidade (prescrição etc.).³²

Nesse passo, tanto a pena quanto a medida de segurança necessitam da realização de um injusto penal por parte do sujeito para serem aplicadas. A pena será aplicada por uma sentença penal condenatória, e uma sentença absolutória imprópria se estivermos tratando de medida de segurança. Sobre a necessidade de ambos os institutos exigirem a prática de um injusto penal, Juarez Cirino dos Santos discorre:

Não há dúvida, a legalidade das medidas de segurança, como consequência jurídica da prognose de periculosidade criminal de autor inimputável é tão importante quanto a legalidade das penas, como consequência jurídica da realização de tipo de injusto por autor imputável; por outro lado, a legalidade do pressuposto de tipo de injusto para aplicação de medida de segurança a autores inimputáveis é idêntica à legalidade do pressuposto do tipo de injusto para aplicação de penas a autores imputáveis, ou seja, a realização de ação típica e antijurídica concreta.³³

O Código Penal Brasileiro dispõe sobre as diferenças existentes entre a pena e a medida de segurança. A pena tem caráter repressivo e seu fundamento é a culpabilidade do agente, isso pressupõe a capacidade para o direito penal do sujeito que praticou o injusto. A medida de segurança, apresenta em sua essência o caráter preventivo, visando o tratamento do agente acometido por doença mental. Além disso, para alcançar tal tratamento é promovida a segregação do sujeito para o ambiente hospitalar, sendo seu principal fundamento a periculosidade do agente, assim, este é submetido à medida de segurança, visto que é tido como perigoso aos olhos da sociedade.

Vale destacar a crítica realizada por Paulo Queiroz sobre a natureza retributivo-preventiva das penas e das medidas de segurança:

Tampouco cabe dizer que as penas têm natureza retributivo-preventiva e as medidas de segurança têm natureza só preventiva.

³² QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.p. 526

³³ CIRINO, Juarez dos. **Direito Penal parte geral**. 7º ed. Florianópolis: ICPC, 2017. p. 613

Primeiro, porque, conforme vimos, tanto as penas quanto as medidas de segurança pressupõem a prática de crime punível, de modo que desse ponto de vista também as medidas de segurança constituem uma retribuição. Segundo, porque no essencial as medidas de segurança perseguem os mesmos fins assinalados à pena: prevenir reações públicas ou privadas arbitrárias contra o inimputável (prevenção geral negativa) e evitar a reiteração de crimes³⁴

Outro importante ponto que estabelece uma distinção entre penas e medidas de segurança é lembrado por Marcelo Lebre Cruz em que ele destaca que:

A pena encontra seu fundamento no valor de justiça, atentando-se apenas para fatos pretéritos, já a medida de segurança está pautada na premissa da utilidade, vislumbrando sempre o futuro: As penas possuem sentido ético e só se impõem se reconhecidas a responsabilidade do agente. Já as medidas orientam-se pelo princípio da defesa social, e podem ser impostas ainda que o agente não seja responsável (legitima-se pelo estado perigoso)³⁵

Todavia, podemos pensar em uma semelhança entre os dois institutos, pois ambas, seja a imposição de uma pena ou a internação do sujeito decorrente da medida de segurança, levam a uma mesma consequência, qual seja: a limitação da liberdade do sujeito.

Desta feita, pode-se até dizer que o escopo da medida de segurança é o tratamento do sujeito acometido por doença mental que pratica um injusto visando cessar sua periculosidade, enquanto que, com a pena, também há o seu caráter retributivo, todavia, é inegável que ambos institutos promovem a segregação do indivíduo do meio social.

Sobre essa identidade dos institutos que promovem a privação de liberdade vale destacar as palavras de Zaffaroni:

A forma penal desta coerção compromete grandemente a liberdade das pessoas a ela submetidas. Preocupa, sobremaneira, a circunstância de não terem as “medidas” um limite fixado na lei e ser a sua duração indeterminada, podendo o arbítrio do perito e dos juízes decidir acerca da liberdade de pessoas que, doentes mentais

³⁴ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.p. 535

³⁵ CRUZ, Marcelo Lebre. **A inconstitucionalidade da medida de segurança face a periculosidade criminal**. 2009. Dissertação – Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil), 2009. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/02/mestrado_unibrasil_-Marcelo-Lebre.pdf. Acesso em: 10 abril .2019

ou estigmatizadas como tais, sofrem privações de direitos, ainda maiores do que aquelas que são submetidas às penas. O problema não é simples, e a pouca atenção que geralmente se dá às medidas de segurança, do ponto de vista dogmático, torna-se bastante perigosa para as garantias individuais.³⁶

Na prática, podemos entender que a ideia da medida de segurança de ser voltada ao tratamento/reeducação do sujeito é falsa. Na verdade, o referido instituto penal se cuida de promover uma segregação daquele sujeito tido como “louco” para a sociedade e para o Estado, ou seja, busca restringir sua liberdade, que em nada se difere da aplicação de uma pena privativa de liberdade.

Neste contexto, vale destacar a crítica elaborada por Paulo Queiroz que traz o seguinte questionamento: Penas e medidas de segurança se distinguem realmente?

Assim, diferença ontológica nenhuma há entre penas e medidas de segurança, pois ambas perseguem os mesmos fins e reclamam o concurso de idênticos pressupostos de punibilidade: fato típico, ilícito, culpável e punível. A distinção reside, portanto, unicamente nas consequências: os imputáveis estão sujeitos à pen; os inimputáveis, à medida de segurança, atendendo-se a critério de pura conveniência político-criminal ou de adequação. Desnecessário dizer que todas as garantias processuais (contraditório etc.) militam em favor do inimputável.³⁷

Com o exposto, podemos refletir se de fato pena e medida de segurança se distinguem. Ora, o Código Penal Brasileiro e a doutrina penal trazem alguns pontos que mostram as distinções entre pena e medida de segurança que já foram explanados anteriormente, todavia, na realidade fática nos parece que a pena e a medida de segurança cumprem uma mesma finalidade.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. 10ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2013.p. 761

³⁷ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.p. 536

2 GARANTISMO PENAL *VERSUS* MEDIDA DE SEGURANÇA

Com o exposto, podemos notar que o instituto da medida de segurança, em uma perspectiva histórica, sofreu uma progressão legislativa, porém, a história também nos mostra que durante todo o período de formação do referido instituto, ocorreram violações de direitos. Podemos citar o livro *Holocausto Brasileiro* da autora Daniela Arbex³⁸, que conta a história do Hospital Psiquiátrico de Barbacena, conhecido apenas como Colônia. Tal livro relata um genocídio de mais de 60 mil pacientes e não se refere diretamente a pacientes que estavam recebendo a sanção de medida de segurança, mas sim de diversas pessoas como portadores de doença mental, homossexuais, mendigos, alcoólatras.

Logo, a chance de pessoas portadoras de doença mental e que cometeram algum ilícito estarem mais suscetíveis a terem seus direitos violados era muito maior. Nota-se, que a finalidade da Colônia era promover uma limpeza social o que se adequa no contexto atual da medida de segurança.

A possibilidade de fazer essa adequação com o instituto atual da medida de segurança está presente em um dos seus pressupostos: a periculosidade. Devemos lembrar do seu conceito, em que o sujeito acometido por doença mental tem a probabilidade de vir a praticar um ilícito ou a voltar a delinquir. Assim, constata-se a possibilidade de o Estado aplicar o Direito Penal a um ato futuro, promovendo a segregação daquele indivíduo do meio social.

Nesse passo, vale destacar os apontamentos de Salo de Carvalho que traz uma crítica garantista ao modelo periculosista e à subjetivação processual:

A popularização de tal categoria no senso comum teórico dos juristas e do homem da rua, pela assunção ideológica da terminologia defensivista, não permite clara definição de sua essência, ou seja, trata-se de categoria extremamente aberta, sem qualquer sentido objetivo. Não obstante, é parâmetro de justificação da incidência do sistema penal sobre os indivíduos classificados como perigosos.

³⁸ ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**: Vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil. 1ªed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.p. 13

Representa, em classificação ideal típica, o mais espetacular resíduo etiológico nos sistemas penais contemporâneos.³⁹

Frisa-se, que o pressuposto da periculosidade será discutido mais adiante a partir de uma visão garantista. O que nos importa por agora é mostrar que a medida de segurança, em seu processo de formação, violou direitos e ainda viola, surgindo diversas dúvidas sobre a sua constitucionalidade. Primeiro, iremos analisar por meio de uma lente garantista, com a finalidade de mostrar se esse instituto que segrega o sujeito portador de doença mental se enquadra no sistema garantista, depois passaremos a analisar a constitucionalidade do instituto.

2.1 A TEORIA DO GARANTISMO PENAL, DIREITO PENAL MINÍMO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Direito Penal é regido por princípios em que muitos são extraídos da própria Constituição Federal, representando um limite ao poder punitivo Estatal. Assim, quando o exercício deste poder punitivo passa dos limites que são impostos pelas garantias previstas, tal poder se torna ilegítimo, e essa violação dos limites constitucionais é manifestada na medida de segurança.

Neste contexto, apresenta-se como um instituto que se pauta em um perigo abstrato (periculosidade do agente), possibilitando ao Estado lançar mão do seu poder punitivo com a finalidade de tentar prevenir um ato futuro que o sujeito tenha a probabilidade de praticar. Ora, tal instituto penal se apresenta totalmente antigarantista, pois abre a possibilidade de uma atuação estatal que viola direitos fundamentais. Assim, vale os apontamentos de Salo de Carvalho sobre a construção da teoria garantista

Na tentativa de estabelecer novos vínculos capacitadores de um sistema de proteção dos direitos fundamentais e da democracia, a teoria garantista propõe a alteração de três dimensões da esfera jurídico-política que subordinam a prática penal: (1a) a revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico (plano da teoria do direito); (2a) a redefinição da legitimidade

³⁹ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 135

democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do Estado); e (3a) a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política). A partir desta tríplice (re)avaliação nasce a possibilidade de construção de uma teoria geral do garantismo como parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva.⁴⁰

Por isso, colocamos a medida de segurança *versus* o garantismo penal defendido por Luigi Ferrajoli, pois trata-se de uma leitura que se encaixa ao problema perpetrado pelo instituto estudado, buscando demonstrar a inutilidade do instituto frente a violações de direitos.

Neste tocante, as duas premissas que compõe o sistema garantista formulado por Luigi Ferrajoli, são: convencionalismo e cognitivismo, que revelam de maneira direta os princípios da legalidade estrita e da jurisdicionalidade estrita. Nas palavras de Luigi Ferrajoli, sobre o convencionalismo:

Primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas⁴¹.

Neste contexto, o autor supracitado vai trabalhar a ideia do desvio punível fazendo uma distinção, mostrando que o desvio punível é aquilo que está contido na lei e não o que é imoral ou como socialmente lesivo.

Assim, o autor vai trabalhar em duas condições no âmbito do convencionalismo/legalidade. A primeira condição o autor se refere ao princípio da reserva legal:

A primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da conseqüente submissão do juiz à lei: o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena⁴².

⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 96

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.30

⁴² *Ibidem*.p.31

Portanto, o autor busca demonstrar a ideia que a lei deve prescrever de forma taxativa os fatos que ensejam a aplicação de uma pena. O juiz não pode usar sua valoração para qualificar um determinado fato como um injusto penal e atribuir uma sanção, ou seja, o juiz deve manter obediência à lei.

Nesse passo, Luigi Ferrajoli trata da segunda condição, destacando:

A segunda condição comporta, além disso, o caráter absoluto da reserva da lei penal, em virtude da qual a submissão do juiz é somente à lei. Apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva.

O autor vai trabalhar a ideia da reserva de lei absoluta, referindo-se ao princípio da estrita legalidade em que ele traz alguns apontamentos:

O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter "constitutivo" e não "regulamentar" daquilo que é punível [...] ⁴³

Nessa passagem, o autor estabelece a mesma ideia que ocorre no Direito Penal do Inimigo proposto por Jakobs, podemos, também, fazer uma comparação a com o modelo de Cesare Lombroso que estabelece o crime como um fenômeno biológico.

Por sua vez, o cognitivismo processual e a estrita jurisdicionalidade são apresentados como o segundo elemento/premissa que serve de pilar para o sistema garantista. O cognitivismo está ligado com a ideia das motivações que cada pronunciamento jurisdicional contém, trabalhando na sua construção com a análise dos fatos e do direito para que no final seja emitido o pronunciamento estatal. Vale destacar os ensinamentos de Luigi Ferrajoli sobre o cognitivismo:

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p. 31

Tal requisito vem assegurado pelo que chamarei de princípio de estrita jurisdicionariedade, que, por sua vez, exige duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação. “[...] Em consequência, como quer a primeira de tais concepções, o pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei mas também pela hipótese da acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial, segundo a fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Ao mesmo tempo, para que o juízo não seja apodítico, mas se baseie no controle empírico, é preciso também que as hipóteses acusatórias, como exige a segunda condição, sejam concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação, de modo que resultem apenas convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas, segundo a máxima *nullum iudicium sine probatione*”⁴⁴

As ideias extraídas dos elementos do convencionalismo e cognitivismo acabam assegurando duas garantias ao sujeito: A primeira refere-se à esfera da liberdade, pois assegura que o sujeito só vai poder ser punido pelo o que está proibido em lei, buscando evitar sanções do Estado de forma indiscriminada; a segunda garantia, por sua vez, pauta-se na igualdade existente entre os cidadãos perante a lei, visto que não pode haver discriminações por conta de questões pessoais, sociais, entre outras.

Assim, para que se forme um modelo de direito penal pautado no ideal garantista, devemos tomar nota dos axiomas presentes na teoria do garantismo penal, que podem ser traduzidos como: “não há pena sem crime”, “não há crime sem lei”, “não há lei penal sem necessidade”, “não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico”, “não há ofensa ao bem jurídico sem ação”, “não há ação sem culpa”, “não há culpa sem processo”, “não há processo sem acusação”, “não há acusação sem provas” e “não há provas sem defesa”.

Os axiomas citados se adequam aos seguintes princípios, quais sejam: princípio da retributividade, princípio da legalidade, princípio da materialidade, princípio da lesividade, princípio da culpabilidade, princípio acusatório e princípio do contraditório ⁴⁵.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p. 32.

⁴⁵ *Ibidem*.p. 75

Vale destacar os ensinamentos de Luigi Ferrajoli sobre os axiomas garantistas em que ele diz:

Os axiomas garantistas - formulados pelas implicações entre cada termo da série aqui convencionada e os termos posteriores - não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa⁴⁶

Seguir os axiomas apresentados pela teoria do garantismo penal é buscar a prestação de um Direito Penal legítimo sem uma atuação arbitrária, respeitando direitos fundamentais. “A função específica das garantias no direito penal, como mostrarei na terceira parte, na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva”.⁴⁷

Neste contexto, Ferrajoli trabalha modelos processuais-penais que vão de encontro ao seu modelo garantista e que serão classificados como autoritários ou modelos punitivos irracionais.

Trazendo o instituto da medida de segurança para a discussão, entendemos que ele se enquadra no modelo autoritário proposto por Ferrajoli, sustentado por dois elementos que o autor vai tratar, que são: o substancialismo e o decisionismo penal.

Substancialismo e subjetivismo, além disso, alcançam as formas mais perversas no esquema penal do chamado tipo de autor, onde a hipótese normativa de desvio é simultaneamente "sem ação" e "sem fato ofensivo". A lei, neste caso, não proíbe nem regula comportamentos, senão configura status subjetivos diretamente incrimináveis: não tem função reguladora, mas constitutiva dos pressupostos da pena; não é observável ou violável pela omissão ou comissão de fatos contrários a ela, senão constitutivamente observada e violada por condições pessoais, conformes ou contrárias [...].Em nosso ordenamento são reconduzidas a ele, por exemplo, as normas que dispõem acerca de medidas punitivas contra os "ociosos", os "vagabundos", os "propensos a delinquir" e similares⁴⁸

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.74.

⁴⁷ *Ibidem*.p.74.

⁴⁸ *Ibidem*.p. 81

O elemento do substancialismo seria um acontecimento/conduita que pode ser entendido como imoral ou antissocial, assim, o escopo do tratamento dado pelo Direito penal não se volta mais para a violação de um fato previsto em lei, dando mais atenção para características pessoais e sociais. O segundo elemento (subjetivismo) se dá no aspecto subjetivo presente no juiz e no processo. Podemos entender que tal premissa se manifesta quando ocorre uma ausência de ocorrências, detalhes, informações sobre um fato, assim, o juiz aplicaria uma punição baseada em suposições, probabilidades.

Expostas as duas premissas que compõe o modelo autoritário, vale destacar que Ferrajoli traz exemplos de sistemas autoritários como o sistema em que há ausência de prova e de defesa que o autor também chama de sistema de mera legalidade. O outro exemplo de modelo autoritário seria o sistema sem acusação separada. "O sistema "sem acusação separada" S2, que configura o método inquisitivo, deriva, por sua vez, da subtração do axioma A8 sobre a imparcialidade do juiz e sobre sua separação da acusação".⁴⁹ Há também o modelo de direito penal autoritário e o modelo punitivo irracional.

Destaca-se, que os modelos autoritários apresentam uma ausência de garantia(s) que formam o sistema garantista e quanto mais ausente as garantias, o sistema se apresenta mais autoritário.

Feita uma breve explanação sobre os modelos punitivos presentes na teoria do garantismo penal, devemos lembrar que os princípios garantistas como a legalidade, lesividade, jurisdicionalidade, contraditório e outros, foram influenciados pelo iluminismo penal, como destaca Salo de Carvalho: "Como se procurou demonstrar, a formação do paradigma garantista ocorre sob ampla assunção da filosofia iluminista, elevando a razão como instrumento de resistência à barbárie e ao irracionalismo inquisitorial".⁵⁰

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p 79

⁵⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 55

Estes ideais foram incorporados nas constituições modernas, formando um modelo constitucional que promove uma limitação ao poder punitivo estatal e também fomenta uma proteção aos direitos fundamentais. Sobre a vinculação dos princípios garantistas nas constituições, Salo de Carvalho afirma:

Tais princípios corresponderiam às 'regras do jogo' do direito penal nos Estados democráticos de direito e, em decorrência de sua gradual incorporação nos textos constitucionais, conformariam vínculos formais e materiais de validade das normas e decisões⁵¹

Assim, a teoria do garantismo penal, no âmbito constitucional, se enquadra perfeitamente como um modelo ideal para o Estado Democrático de Direito, pois como destaca Ferrajoli “O modelo garantista descrito em SG apresenta as dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal”⁵².

É justamente por isso que o sistema garantista se enquadra perfeitamente no Estado Democrático de Direito, pois apresenta limitações ao poder punitivo estatal, devendo seguir as dez condições apresentadas para que não haja uma fuga do garantismo e conseqüentemente se torne um sistema antigarantista ou autoritário.

No âmbito do nosso país, a luta pela busca de um Estado Democrático de Direito surge ainda na ocorrência de um período de ditadura que violava constantemente os direitos fundamentais dos cidadãos. Vale ressaltar as palavras de José Afonso da Silva:

A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se instalou o Golpe de 1964, e especialmente após o AI-5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos governadores em 1982. Intensificara-se quando, no início de 1984, as multidões acorreram, entusiásticas e ordeiras, aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da

⁵¹ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p 83

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p 83.

vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.⁵³

Neste contexto, surge a Constituição de 1988, uma Constituição social e, além de tudo, garantista, instaurando o Estado Democrático de Direito na realidade brasileira e buscando uma justiça social. Logicamente, haverá uma incompatibilidade entre o Estado Democrático de Direito e o modelo de Estado autoritário apresentado por Ferrajoli e é justamente isso que ele irá demonstrar, como destaca Salo de Carvalho:

Ferrajoli opõe o Estado democrático de direito ao Estado autoritário e, como consequência, o modelo jurídico garantista ao modelo inquisitorial. O autor cria, a partir da terminologia weberiana, tipos ideais de Estado e de direito, ou seja, recursos heurísticos tendenciais e irrealizáveis, que servem de parâmetros à (des)legitimação e/ou (des)construção de sistemas de saber/poder⁵⁴

Assim, o modelo contrário ao Estado Democrático de Direito é um modelo antigarantista, como já citado, e um dos fatores é a falta de limites ao poder punitivo estatal, propagando violações de direitos dos cidadãos, e compartilhando de um direito penal máximo. São nas diferenças (extremos) existentes entre o modelo garantista e o modelo autoritário que podemos identificar de forma bem delineada as duas formas de modelo punitivo: Direito penal mínimo e máximo.

Verifica-se que a depender do modelo punitivo adotado os vínculos garantistas estabelecidos serão diferentes, influenciando na punição estatal. Segundo Ferrajoli:

Os sistemas de direito e de responsabilidade penal, distinguidos nos parágrafos precedentes, oscilam entre dois extremos opostos, identificáveis não apenas com dicotomias saber/poder, fato/valor ou cognição/decisão, mas também com o caráter condicionado ou incondicionado, ou bem limitado ou ilimitado do poder punitivo⁵⁵

⁵³ SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**: 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p . 519.

⁵⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.3

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p 83

Assim, o modelo garantista chamado por Ferrajoli de SG estabelece dez limitações/condições, identificadas pelo autor como garantias dos cidadãos. Nas palavras de Ferrajoli:

Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos⁵⁶

Nesse passo, o modelo autoritário como já relatado, apresenta a ausência dos limites citados por Ferrajoli, todavia, vale frisar que o modelo para ser autoritário não precisa desrespeitar toda as dez condições propostas no sistema SG, pode ser considerado autoritário se desrespeitar apenas uma das condições, por exemplo.

Estes últimos, ao contrário, servem para configurar sistemas de controle penal próprios do Estado absoluto ou totalitário, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibus soluti* ou "totais", quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições⁵⁷

Neste contexto, vale destacar os apontamentos de Ferrajoli sobre o direito penal mínimo.

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos⁵⁸

Ora, o Direito Penal mínimo vai buscar uma ampla limitação do poder punitivo estatal com o escopo já demonstrado: evitar o poder arbitrário do Estado. Assim, antes de punir, o Estado deve respeitar os limites impostos a ele.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p 83

⁵⁷ *Ibidem*.p.83

⁵⁸ *Ibidem*.p. 83

Devemos destacar o nexa que Ferrajoli vai estabelecer entre o garantismo e o racionalismo.

Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis; apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a "verdade formal", inclusive nos limites acima expostos. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do favor rei, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena⁵⁹

O autor supracitado deixa claro que por trás do critério da racionalidade do direito penal (favor rei) surgem garantias penais e processuais para o acusado, que vão desde a presunção de inocência até a sentença definitiva, como: princípio *in dubio pro reo*, o ônus da prova recaindo sobre a acusação, absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática, interpretação restritiva dos tipos penais, entre outros.

No outro extremo da resposta penal temos o modelo de direito penal máximo, apresentado por Ferrajoli ⁶⁰ como:

Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.

Expostos os dois modelos punitivos, atesta-se que o elemento que merece destaque é a (in)certeza do sujeito sobre as punições estatais cometidas de forma arbitrária. Como podemos ver, no direito penal mínimo isto é caracterizado pela certeza, o mesmo não ocorre no direito penal máximo em que existe a presença da imprevisibilidade e da incerteza.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.84

⁶⁰ *Ibidem* p. 84

2.2 UMA ANÁLISE DO REQUISITO DE APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA: A PERICULOSIDADE DO AGENTE A PARTIR DE UMA VISÃO GARANTISTA

O panorama geral do fundamento da periculosidade já foi abordado no primeiro capítulo deste trabalho, busca-se trazer a ideia da periculosidade criminal e analisar a partir de uma lente garantista

A periculosidade criminal como já demonstrado anteriormente é um dos pressupostos para aplicação da medida de segurança que deve ficar constatada. Assim, a ideia da periculosidade apresenta um juízo futuro e incerto sobre condutas que poderão ou não acontecer, ou seja, o pressuposto tem em seu alicerce a probabilidade que um sujeito tido como perigoso pratique ou volte a praticar uma conduta contrária ao ordenamento jurídico.

Assim, devemos nos questionar: o que de fato representa o fundamento da periculosidade dirigida ao inimputável? Parece-nos, que a periculosidade prevista na Lei Penal é voltada para mensurar a ideia do risco representado por aquele sujeito portador de doença mental, fazendo surgir uma ameaça para a sociedade.

A periculosidade criminal parte de uma premissa que aquele sujeito que é portador de doença mental, atuando de forma impulsiva, provavelmente praticará um novo injusto penal. Todavia, não se pode firmar uma absoluta certeza que ninguém irá cometer crime. Ora, o ponto em que queremos chegar é justamente o fato de o crime não ser um privilégio de pessoas portadoras de doenças mentais, portanto, qualquer pessoa em sociedade está propensa a cometer crimes.

Neste contexto, podemos realizar uma analogia com a prisão cautelar e isso vai, de certa forma, ao encontro do que foi dito no parágrafo anterior. Nas palavras de Rogério Schietti:

Volvendo a análise mais propriamente para a prisão cautelar, cumpre salientar que, ao longo da história, serviu ela a finalidade diversas das que hoje justificam sua existência nos principais ordenamentos processuais penais, nos quais visa a proteção dos meios e fins do processo penal ou, excepcionalmente, como medida de proteção ou de defesa social⁶¹

A prisão cautelar deve ter sua utilização somente em casos excepcionais, todavia, nota-se no dia-a-dia um aumento na utilização do instituto, como afirma Rogério Schietti Cruz: “[...] Verifica-se, ao menos no Brasil, um uso crescente das medidas cautelares pessoais previstas em nosso ordenamento positivo”.⁶²

Nesse passo, podemos entender que a prisão cautelar busca uma segregação preventiva voltada àquele sujeito que é considerado perigoso aos olhos da sociedade, mas trata-se aqui de um sujeito que pode representar um perigo para a ordem pública e econômica, instrução do processo, entre outros. O fato é: A prisão cautelar aparenta cumprir a mesma função da medida de segurança, partindo da concepção de um sujeito perigoso socialmente e que deve ser punido, mesmo que seja inocente.

Outra reflexão que podemos fazer ao tratar sobre a periculosidade do sujeito é no âmbito da dosimetria da pena, quando realizada a análise das circunstâncias judiciais (art. 59, *caput* do Código Penal) para fixar a pena-base e depois proferir a sentença condenatória. Destarte, sabemos que há uma taxatividade nas circunstâncias judiciais, isso implica dizer que o juiz não pode inovar. Nesta discussão vale as palavras de Salo de Carvalho:

Desta forma, não poderá o juiz, no procedimento de determinação da pena-base, inovar no sentido de analisar e, posteriormente, quantificar uma categoria não prevista em lei, como, p. ex., o clamor social ou a periculosidade do réu - inclusive porque a periculosidade, conforme será trabalhado, é fundamento de aplicação das medidas de segurança, situando-se fora do âmbito de responsabilização penal.⁶³

⁶¹ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ªed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p.26

⁶² *Ibidem*. p.21

⁶³ CARVALHO, Salo de. **Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 348

Assim, pena e periculosidade não se confundem, visto que há uma distinção entre eles. Porém, no momento de aplicação da pena-base e da análise do liame existente entre pena e culpabilidade, parece que a periculosidade surge à tona, com o objetivo de agravar a situação do réu. Nas palavras de Salo de Carvalho:

A análise crítica das práticas dos atores do sistema penal, sobretudo a jurisprudência dos Tribunais, permite perceber como a ideia de periculosidade emerge nos discursos dogmáticos, ampliando o encarceramento por meio de metarregras e de deslocamento discursivos. As metarregras se instrumentalizam, p. ex., por meio de *standards* decisoriais nos decretos de prisão preventiva; *estereótipos persuasivos* na aplicação da pena, – os exemplos são inúmeros, como a periculosidade do réu, probabilidade de reiteração, inclinação ao delito, personalidade voltada à prática de delito, personalidade perigosa, entre outras expressões vagas.⁶⁴

Essa discussão chega a uma circunstância judicial, a saber: personalidade do réu. “Os problemas centrais oferecidos pela circunstância personalidade do réu são os da ausência de precisão conceitual e da carência de uma metodologia de análise”.⁶⁵ Destaca-se que o conceito de personalidade não é, e nunca foi do ramo jurídico, cabe as outras áreas/profissões como psicologia, psiquiatria, delinearem um conceito para tal.

Mesmo assim, percebe-se que o juiz pode valorar a personalidade do réu e isso vai influenciar no seu tempo de cumprimento de pena.

A conclusão possível de se chegar, portanto, é a de que a análise da personalidade é um ato de competência exclusiva das ciências *psi* (psiquiatria, psicologia e psicanálise), embora mesmo neste campo do saber inexista consenso mínimo sobre o seu conceito, ou seus elementos e a metodologia de investigação.⁶⁶

Nesse passo, quando o magistrado busca valorar a personalidade do agente o mesmo comete um grande equívoco, por uma simples razão: O juiz não é psicólogo/psiquiatra, portanto, não deveria valorar a personalidade do agente. Todavia, o grande absurdo está quando o magistrado profere uma sentença

⁶⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.357

⁶⁵ *Ibidem*.p. 370

⁶⁶ *Ibidem*. p. 373

condenatória e na parte da dosimetria da pena utiliza expressões como: “personalidade voltada para o crime”, “personalidade perigosa”, entre outras. Desta forma, parece que o magistrado passa de um Direito Penal do fato para um Direito Penal do autor.

Nesse contexto, estabelecemos uma semelhança com a periculosidade do sujeito portador de doença mental. Pois, quando o juiz valora a personalidade do réu, parece ser o mesmo que a ideia por trás da medida de segurança, isto é, definir que aquele sujeito apresenta um risco para a sociedade pelo fato que cometeu. Com outras palavras: é perigoso e assim deve ter sua personalidade valorada de forma negativa para ficar mais tempo segregado da sociedade.

Constata-se, que o fundamento da periculosidade do sujeito adequa-se ao sistema autoritário proposto por Ferrajoli, sendo um elemento antigarantista no âmbito das medidas de segurança, pois adapta-se ao elemento do subjetivismo previsto nos sistemas autoritários e isso proporciona uma violação de direitos. Segundo Salo de Carvalho:

No que tange ao direito processual penal, a categoria periculosidade rompe com qualquer possibilidade de construção de um modelo processual de garantias, visto ser o extremo oposto do princípio da presunção de inocência. Não esporádico, porém, justifica inúmeros juízos de reprovação encontrados em precedentes judiciais decorrentes de suas noções abertas e anoréxicas. Quanto à pena, os juízos de periculosidade sustentam a discricionariedade e o arbítrio judicial na fixação quantitativa; estruturam o saber criminológico psiquatrizado dos órgãos da execução penal subordinados à administração carcerária; e determinam as regras e as possibilidades de alcance das garantias por parte do condenado.⁶⁷

Percebe-se, que a amplitude do termo possibilita uma abstração da periculosidade, e no Direito quando nos deparamos com algum conceito/elemento abstrato há um risco de ocorrerem arbitrariedades e conseqüentemente violações de direitos decorrentes desta abstração.

Segundo Ferrajoli, a subjetivação do delito e da pena conforma estruturas penais de autor que comprometem não apenas a estrita legalidade, mas também a estrita jurisdicionalidade, pois confiado a critérios arbitrários de avaliação da anormalidade ou da

⁶⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.136

periculosidade do réu, o que inevitavelmente frustra o conjunto das garantias processuais⁶⁸.

Com isso, verificamos que o fundamento da periculosidade criminal (pressuposto de aplicação da medida de segurança) viola o princípio da estrita legalidade, previsto no sistema garantista e em nossa Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXIV, pois não proporciona uma segurança jurídica sobre o que venha a ser periculosidade. Deve-se destacar que é justamente o princípio da legalidade que vai tutelar o cidadão frente ao poder arbitrário do Estado, porém, a abstração presente na medida de segurança afasta essa proteção, possibilitando uma atuação arbitrária por parte do Estado.

⁶⁸ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137

3 A MEDIDA DE SEGURANÇA E SEUS ASPECTOS NA CONTRAMÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Anteriormente, buscamos, de forma geral, contrapor o instituto da medida de segurança com a teoria do garantista. O escopo buscado foi tentar visualizar aspectos/elementos delineados da medida de segurança a partir de uma lente garantista e, assim, entendemos que a teoria do garantismo penal não comporta a atual ideia da medida de segurança. Vimos que há um grande liame entre a ordem constitucional e o garantismo, podemos ir até mais além e falar que o garantismo precisa da ordem constitucional para efetivar sua finalidade.

Neste contexto, vale destacar os apontamentos de Eduardo Reale Ferrari, que diz:

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, estabelece ser o Brasil um Estado Democrático de Direito. A medida de segurança criminal, por constituir uma das espécies de sanção penal impostas pelo Estado, deve observar todas as garantias e princípios constitucionais inerentes à pena.⁶⁹

Assim, entendemos que para a medida de segurança se adequar ao garantismo ela também tem que estar em consonância com o constitucionalismo, visto que, a teoria garantista se pauta em princípios constitucionais que compõem o Estado Democrático de Direito. Todavia, foi demonstrado anteriormente que principalmente em decorrência da periculosidade criminal do agente (requisito de aplicação) a medida de segurança mostra-se antigarantista e conseqüentemente inconstitucional. O principal ponto que leva a periculosidade criminal revelar o caráter antigarantista da medida de segurança é justamente o seu aspecto abstrato, pois é um conceito que não foi determinado de forma objetiva, violando o princípio da legalidade estrita.

Neste contexto, tratando da violação ao princípio da legalidade estrita, vale destacar as palavras de Marcelo Lebre Cruz:

⁶⁹ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito penal no Estado Democrático de Direito**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001. p. 91

Por mais que se tente atenuar a subjetividade na definição do perigoso – atrelando-a, por exemplo, à probabilidade de reiterar condutas criminosas em face do histórico do agente (como faz o legislador brasileiro), certo é que tal missão ainda assim será praticamente irrealizável, haja vista que o próprio conceito sempre estará fundado num duvidoso juízo de prognose. É exatamente nesta perspectiva que se pode aventar a primeira das inúmeras inconstitucionalidades do instituto. Afinal, não há como se pode falar em respeito ao princípio da legalidade estrita – assegurado no artigo 5º da CR/88 – diante desta abstração.⁷⁰

O autor supracitado vai tocar no ponto essencial, visando demonstrar que o requisito da periculosidade criminal viola o princípio da legalidade estrita, destacando:

“Diante do que foi esboçado até aqui, a resposta parece indicar que o instituto atende apenas a uma legalidade meramente formal, identificada tão só como “reserva relativa de lei. Ou seja, exigindo exclusivamente a previsão da medida em ato legislativo competente e anterior ao fato”.

Para melhor demonstrar a violação do princípio da legalidade pelo requisito da periculosidade criminal, busca-se uma definição para o princípio, sendo entendido como uma forma de limitar o poder punitivo estatal, apresentando-se como uma exigência da lei formal e uma garantia tida como indispensável para preservação dos valores de um Estado Democrático de Direito. O Autor Eduardo Ferrari ⁷¹ complementa seu conceito de legalidade dizendo: “Espécie de sanção, a medida de segurança criminal priva ou restringe bens jurídicos individuais, constituindo imperiosa obediência ao princípio da legalidade, evitando que o juiz por seu arbítrio imponha medidas não expressamente previstas em lei”.

Neste contexto, vale destacar novamente os apontamentos de Marcelo Lebre Cruz:

Ocorre que a simples legalidade da forma e da fonte é, no máximo, condição da vigência ou da existência da norma que prevê a sanções (seja no caso da pena ou na medida), pouco se importando com seu conteúdo - o que dá margem a uma série de máculas à validade

⁷⁰ CRUZ, Marcelo Lebre. **A inconstitucionalidade da medida de segurança face a periculosidade criminal**. 2009. Dissertação – Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil), 2009. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/02/mestrado_unibrasil_-Marcelo-Lebre.pdf. Acesso em: 3 maio 2019.

⁷¹ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito penal no Estado Democrático de Direito**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001. p. 93

desta norma, exatamente por possibilitar o afronte a dispositivos constitucionais de garantia. Neste passo, a simples exigência da *lege* - num âmbito estritamente formal - não seria suficiente para dizer que a medida de segurança atende ao princípio da legalidade. Para demonstrar a exata perspectiva em que a medida arrosta a legalidade constitucional, cabe lembrar que a conformação deste princípio conclama a análise minuciosa de variadas facetas (formais e materiais) e sub-princípios dele decorrentes: é aqui que se fala das idéias de *lex praevia*, *lex scripta*, *lex scripta*, *lex certa* e *lex necessária*.

Percebe-se que há desdobramentos/subprincípios que integram o princípio da legalidade, dando destaque especial para o desdobramento material do princípio da legalidade que determina que as normas penais devem ser elaboradas de maneira mais clara possível e com alto grau de objetividade. Tal desdobramento é extraído da ideia *lex certa*, determinando que a norma seja elaborada de forma clara e autoexplicativa.

Nesse momento vale as palavras de Cesare Beccaria sobre a obscuridade da lei:

Se a arbitrária interpretação das leis constituí um mal, a sua obscuridade o é igualmente, pois precisam ser interpretadas. Tal inconveniente ainda é maior quando as leis não são escritas em língua comum. Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, como um catecismo, enquanto elas forem redigidas em língua morta e não conhecida do povo, e enquanto forem, de maneira solene, mantidas como oráculos misteriosos, o cidadão que não puder aquilatar por si próprio as consequências que devem ter os atos que prática sobre a sua liberdade e sobre seus bens estará dependendo de um pequeno número de homens que são depositários e intérpretes das leis⁷²

Assim, a violação do princípio da legalidade no âmbito da *lex certa*, com a utilização de termos abstratos, permite que o Estado lance mão de um poder punitivo arbitrário que viola direitos constitucionais dos cidadãos. O respeito da *lex certa* implica em uma imposição ao legislador de utilizar de uma linguagem objetiva e rigorosa, não dando margem a possibilidade de ocorrências de arbitrariedades por causa de termos abstratos/vagos.

O Princípio também tem um aspecto que visa a evitar que aconteça um burlamento ao significado do termo que o legislador pretendia e como já falado

⁷² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6º ed. São Paulo: Martin Claret, 2014. p.22

a probabilidade de ocorrer tais burlas é muito grande, pois estaríamos diante de normas penais consideradas indeterminadas/abstratas, indo de encontro com o princípio da legalidade.

Formular tipos penais "genéricos ou vazios", valendo-se de "cláusulas gerais" ou "conceitos indeterminados" ou "ambíguos", equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso. Não por acaso, em épocas e países diversos, legislações penais votadas à repressão e controle de dissidentes políticos escolheram precisamente esse caminho para a perseguição judicial de opositores do governo. Soler registrou que se recorre com frequência a esse expediente em caso de delitos criados deliberadamente com intenção política⁷³

Portanto, a precisão dos termos utilizados pelo legislador é um modo de resistência contra eventual abuso de poder praticado em decorrência da utilização de uma norma penal indeterminada que, como exemplo temos o pressuposto de aplicabilidade da medida de segurança: periculosidade criminal do agente, ao promover uma não-delimitação da área de atuação penal. “A lex certa figura, portanto, como um grande mecanismo de limitação dos abusos não só legislativos, como também dos abusos judiciais e do administrador⁷⁴”

Neste tocante, destaca-se que olhar o direito penal por um viés garantista, como estabelece nossa ordem constitucional, é buscar dispositivos legais claros e objetivos. Indo mais além, vale destacar os apontamentos de Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya, citado por Marcelo Lebre Cruz:

Negar a aplicação de qualquer das vertentes do princípio da legalidade traduz-se em convivência para a criação de duas classes de cidadão: os que respondem e os que não respondem criminalmente (ou seja, que podem estar fora do alcance da norma penal). Assim, é possível dizer que uma ‘brecha’ desta natureza fere a própria ideia de Democracia e de igualdade, o que não pode ser aceito⁷⁵

⁷³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 78

⁷⁴ CRUZ, Marcelo Lebre. **A inconstitucionalidade da medida de segurança face a periculosidade criminal**. 2009. Dissertação – Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil), 2009. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/02/mestrado_unibrasil_-Marcelo-Lebre.pdf. Acesso em: 3 maio 2019

⁷⁵ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes apud Marcelo Lebre Cruz. **Introdução ao Direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 138-139

Com isso, percebemos que a violação de uma vertente do princípio da legalidade reflete também em uma violação do princípio da igualdade. A ideia central do princípio da isonomia é aquela contida no art. 5º, *caput* em que diz:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes⁷⁶.

Com isso, percebemos que a ideia por trás do princípio da isonomia é ter um único Direito para todos, sendo proibida qualquer tipo de discriminação, isso seria ser igual perante a lei.

Pois bem, visualizar a violação que a medida de segurança proporciona ao princípio da igualdade, previsto em nossa Constituição, não é uma tarefa difícil. Os sujeitos portadores de doenças mentais não podem ter um tratamento diferente (mais severo) do que os imputáveis, ambos devem possuir os mesmos direitos e garantias elencados na Constituição de 1988, ou seja, a doença mental não pode ser utilizada para que se cometa discriminações.

Vale destacar as palavras de Eduardo Reale Ferrari sobre a desigualdade existente entre inimputáveis e imputáveis, na seara penal.

A desigualdade de tratamento existente entre os imputáveis e inimputáveis ou semi-imputáveis torna-se patente se os compararmos quando sob tratamento em análise prática da mesma infração delituosa. Realizado o mesmo delito, possível ao imputável será cientificar-se quanto ao limite máximo da punição, restando incerta sua duração em relação ao inimputável, vez que possível será a perpetuidade do tratamento até eventual cessação de periculosidade. Fatos idênticos são, assim, tratados discriminatoriamente⁷⁷

Verificamos que falar em igualdade na medida de segurança é uma tarefa difícil, pois, como o autor mencionado anteriormente destacou, vários direitos são negados aos inimputáveis que cometem um injusto penal, provocando uma distinção entre os imputáveis que receberam uma pena criminal.

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988. 52ª ed. São Paulo: Saraiva, 201, p. 3-4.

⁷⁷ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito penal no Estado Democrático de Direito**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 125

Portanto, verificamos de uma forma geral que o instituto da medida de segurança viola alguns princípios constitucionais como o da legalidade e o da igualdade. Buscaremos agora analisar a constitucionalidade de pontos específicos da medida de segurança.

3.1 A REGRA DA INTERNAÇÃO E A SUPRESSÃO DA PERICULOSIDADE COMO MARCO FINAL

Como já foi explicado anteriormente, pela leitura do art. 97 do Código Penal, que disciplina o seguinte: “Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”⁷⁸, podemos extrair que a regra a ser aplicada é a internação do sujeito portador de doença mental, assim, o tratamento ambulatorial é exceção, pois será aplicado somente nos casos em que o crime cometido for punido com detenção.

Todavia, sabe-se que a extinção da internação vai ocorrer com a cessação do estado de periculosidade do agente, assim, conclui-se, que enquanto a periculosidade do agente não cessar, a execução da medida de segurança se perpetua e o sujeito pode ter sua liberdade restringida por décadas.

É justamente o caráter perpétuo da medida de segurança que vai ser discutido, pois temos um prazo indeterminado, até que fique constatada a cessação da periculosidade do agente. Como disposto no art. 97, § 1º: “A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos”.

⁷⁸ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em : 9 maio. de 2019

Como se vê, é flagrante a inconstitucionalidade da medida de segurança nesse ponto, por um simples motivo: A Constituição Federal de 1988 veda a aplicação de sanções penais de caráter perpétuo e conseqüentemente com essa privação de liberdade por tem indeterminado ocorrem violações a outros direitos do sujeito, tal vedação é prevista no art. 5º, inciso XLVII. Neste sentido, vale destacar a fala de Juarez Cirino dos Santos:

A duração indeterminada das medidas de segurança estacionárias significa, frequentemente, privação de liberdade perpétua de seres humanos, o que representa violação da dignidade humana e lesão do princípio da proporcionalidade, pois não existe correlação possível entre a perpetuidade da internação e a confiabilidade do prognóstico de periculosidade criminal do exame psiquiátrico⁷⁹

Ainda nesta discussão, Pierangeli e Zaffaroni, destacam: “Não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece limite máximo, é o intérprete que tem a obrigação de fazê-lo”.⁸⁰

Diante do exposto, constata-se, que a medida de segurança se apresenta como inconstitucional por existir uma indeterminação no seu prazo final. Assim, o Poder judiciário buscou saídas para o caso e o Supremo Tribunal Federal manifestou-se, entendendo que deve ser aplicado o limite de 30 anos para a medida de segurança, de acordo com o art. 75 do Código Penal⁸¹, utilizando como argumento de que é vedada no Brasil a pena de caráter perpétuo, devendo ser aplicado o limite previsto no art. 75 do Código Penal Brasileiro.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, manifestou no sentido de que o limite é o máximo da pena prevista em abstrato para o crime cometido. Por exemplo, se o agente cometeu o crime de furto (art.155, CP), o limite máximo

⁷⁹ CIRINO, Juarez dos. **Direito Penal parte geral**. 7º ed. Florianópolis: ICPC, 2017. p. 621

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. 10ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2013, p. 763

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida de segurança – projeção no tempo- limite. HC 84219. Maria de Lourde Figueiredo e Superior Tribunal de Justiça** (Coator): Marco Aurélio. 16 ago. 2005. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2216717>>. Acesso em: 9 maio. 2019.

de sua internação será de 4 anos. Por isso, o STJ editou a súmula 527⁸² que traz o seguinte conteúdo: “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

O argumento utilizado pelo STJ pautou-se no respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, sendo assim, o fato de a lei fixar o período máximo de cumprimento de pena para o imputável, pela prática de um crime, e determinar que o inimputável cumprirá medida de segurança por prazo indeterminado, condicionando o seu término à cessação da periculosidade, isso fere os princípios citados anteriormente. Vale destacar que grande parte da doutrina acompanha o entendimento sumulado pelo STJ.

3.2 INEXISTÊNCIA DE UM DIPLOMA LEGAL QUE TRATE SOBRE A DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA, A VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Realizando uma busca nas leis brasileiras percebe-se que há uma omissão no que tange a desinternação progressiva. Não há nada sobre o assunto no Código Penal Brasileiro e nem no Código de Processo Penal/Lei de execução penal, isso é totalmente diverso do tratamento dado as penas privativas de liberdade, que apresentam uma base progressiva de cumprimento de pena.

O juiz, ao proferir a condenação do sujeito, vai fixar o regime inicial de cumprimento de pena, que pode ser: fechado, semiaberto ou aberto. Assim, se o indivíduo cumpre pena no regime fechado e preencher os requisitos

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial. Medida de Segurança. Limitação do tempo de cumprimento ao máximo da pena abstratamente cominada. AgRg no AREsp 357508/DF.** Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e E.A.M.M.: Nefi Cordeiro (Relator). 3 fev. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42777891&num_registro=201302193885&data=20150203&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 9 maio. 2019

estabelecidos na lei, poderá progredir para o regime semiaberto e, posteriormente, ao aberto. Como destaca Paulo Queiroz ⁸³:

A progressão para o regime mais brando de execução, consequência natural da determinação da pena e admitida como forma de possibilitar a reinserção gradual do preso à comunidade do preso à comunidade, exige o cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior e comportamento prisional satisfatório (LEP, art.112).

Podemos constatar que o sujeito acometido por sofrimento psíquico, ao cometer um crime e ser punido com a internação no HCTP (Hospital de Custódia e Tratamento), além de ser excluído da interação social não tem direito a progressão de regime, o que não ocorre com o sujeito que recebe uma pena privativa de liberdade, ficando evidente a discriminação no tratamento. Vale destacar a finalidade da desinternação progressiva, explicada por Michele Cia ⁸⁴:

A desinternação progressiva consiste em uma forma diferenciada de executar-se a medida de segurança em sua espécie internação visando à efetiva reintegração social do interno. Sua estratégia principal reside no aumento progressivo do contato e da vivência do custodiado com o meio social e na diminuição, também progressiva, de sua dependência com relação ao hospital. No intuito de capacitar o interno para a vivência comunitária, são estimuladas atividades relacionadas à educação, ao trabalho e ao lazer.

Vale destacar que a desinternação progressiva não é retirar o sujeito portador de doença mental do “tratamento” e colocá-lo direto na sociedade, o objetivo é paulatinamente capacitar o sujeito internado para o convívio social, promovendo atividades relativas à educação, lazer e trabalho, possibilitando uma reinserção psicossocial do paciente.

Assim, seria possível o juiz, depois de analisar o relatório dos médicos/psicólogos e outros profissionais que atuam nessa área, proporcionar a progressão de um paciente que se encontra internado para o tratamento ambulatorial. Nesse sentido:

⁸³ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.p. 488

⁸⁴ CIA, Michele. **Medidas de segurança no Direito Penal brasileiro: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal**. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011. p. 126

Permitida a progressão em relação a inimputáveis e semi-imputáveis, possíveis serão as transferências de um regime de tratamento mais rigoroso a um menos rigoroso, resgatando sua autodeterminação e dignidade, auxiliando na efetiva, gradativa e futura convivência s⁸⁵ocio-familiar

O autor Eduardo Reale Ferrari⁸⁶, traz em seu livro um experimento com a desinternação progressiva que ocorreu no Hospital de Custódia e tratamento Psiquiátrico de Fraco da Rocha.

No período de 1981 a 1984, o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Franco da Rocha iniciou visitar experimentais, admitindo que os pacientes-delinquentes passassem os fins de semana junto a seus familiares, resultando em concretos ganhos terapêuticos. Tal ensaio, todavia, foi suspenso judicialmente sob alegação de ausência de amparo legal. O direito de execução penal, em lugar de evoluir com as novidades psíquico-terapêuticas - que indicavam, inclusive, constituir o meio aberto grande rumo para a recuperação do inimputável -, transformou-se em um muro a Custódia.

Devemos lembrar da existência do Projeto de Lei 3.473-A de 2000⁸⁷, que ainda não foi apreciado e está pronto para ser pauta no plenário. O referido Projeto de Lei busca acabar com a lacuna existente na lei brasileira sobre a desinternação progressiva. Sobre o referido Projeto, Michele Cia tece alguns comentários em sua obra específica sobre o tema de desinternação progressiva nas medidas de segurança.

Como se vê, o projeto sob análise consagra o termo desinternação progressiva e tem sobre ela uma concepção um pouco restrita, pelo menos tendo em vista a experiência paulista. Como se verá mais adiante, as saídas dos internos não têm por único objetivo visitas aos familiares, mas também a satisfação das necessidades básicas desses internos, tais como a aquisição de víveres ou vestimentas. De qualquer forma, é inevitável a constatação de que, caso aprovado o citado parágrafo, a sistemática da desinternação progressiva não seria absolutamente idêntica em todos os HCTPs que passariam a aplicá-la. Ademais, o referido parágrafo apresenta outra imprecisão

⁸⁵ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito penal no Estado Democrático de Direito**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p 168

⁸⁶ *Ibidem*.p. 169

⁸⁷ Uma das mudanças do referido projeto de Lei é alterar o parágrafo 3º do art.97 do Código Penal, passando a dispor: O juiz, após perícia médica, poderá conceder ao paciente que apresentar melhora em seu tratamento, a desinternação progressiva, facultando-lhe saída temporária para visita à família ou participação em atividades que concorram para o seu retorno ao convívio social, com a indispensável supervisão da instituição em que estiver internado

ao estabelecer como pressuposto da aplicação da desinternação progressiva apenas questões terapêuticas.⁸⁸

Com todas as ressalvas o projeto de lei em questão é um grande avanço no âmbito das medidas de segurança, pois a possibilidade da desinternação progressiva proporciona um tratamento mais digno ao paciente, facilitando na sua recuperação e no retorno ao convívio social.

Diante do exposto, voltamos a um ponto debatido anteriormente, todavia, aqui não busca apontar um aspecto inconstitucional da medida de segurança, e sim mostrar que ausência legal regulamentando a desinternação progressiva acarreta violações de direitos do sujeito portador de doença mental que está internado. Isto posto, é sabido que a nossa Constituição Federal estabelece no *caput* do art.5º o princípio da igualdade, porém, a ausência da desinternação progressiva viola tal princípio, pois, proporciona uma discriminação de tratamentos entre imputável e inimputável, violando também o princípio da dignidade da pessoa humana. Consequentemente teremos a violação do princípio da humanidade, valendo a reflexão de Nilo Batista sobre o assunto:

A pena nem "visa fazer sofrer o condenado", como observou Fragoso, nem pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana, como assinala Zaffaroni', e esse é o fundamento do princípio da humanidade. Não por acaso, os documentos internacionais consideram desumanas as penas como aquela executada em Damiens. O princípio pertence a política criminal", porém é proclamado por vários ordenamentos jurídicos positivos. Entre nós, está o princípio da humanidade reconhecido explicitamente pela Constituição, nos incisos III (proibição de tortura e de tratamento cruel ou degradante), XLVI (individualização - ou seja, "proporcionalização" - da pena) e XLVII (proibição de penas de morte, cruéis ou perpétuas) do artigo 5ºCR/88.⁸⁹

Assim, a ausência da desinternação progressiva fere o princípio da humanidade porque dificulta a reinserção social do paciente ao submetê-lo em um tratamento degradante, pois a lei não estabelece uma forma de promover

⁸⁸ CIA, Michele. **Medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011. p. 125

⁸⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 99

um tratamento mais humano para esse indivíduo, o que poderia ser feito com a oportunidade da progressão na medida de segurança.

Além disso, constata-se que o instituto da medida de segurança viola também os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Neste ponto, Salo de Carvalho⁹⁰ toca na questão central para elucidar a inconstitucionalidade, pois o autor traz que o principal ponto que fixa uma distinção entre o sistema inquisitivo e o acusatório-garantista é a existência de possibilidade de concreta refutação das hipóteses acusatórias e, como é sabido, isso não é possível de ocorrer nas medidas de segurança. Nesse passo, fica claro que a medida de segurança viola os princípios esculpido no art. 5º, incisos, LV e LVI da Constituição Federal.

3.3 MEDIDA DE SEGURANÇA E SEU DISFARCE DE “SANÇÃO-TRATAMENTO”

Por tudo que vimos até agora podemos extrair uma conclusão inicial que, com efeito, a medida de segurança não cumpre com sua função de “tratamento”, pois, como um instituto que viola o sistema de garantias e conseqüentemente viola direitos fundamentais pode servir para tratamento de alguém?

Se para aplicar a medida de segurança o Estado viola à legalidade, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, de fato não estamos tratando de uma “sanção-terapêutica”, e sim, de uma pena que pode se tornar mais severa do que a própria pena privativa de liberdade.

Para mostrar o disfarce de “sanção tratamento”, vale trazer um censo que apontou diversas violações de direitos humanos nos manicômios do nosso país. Esse estudo foi realizado no ano de 2011 e elaborado e coordenado pela professora Débora Diniz, que integra o Departamento de Serviço Social da Universidade de Brasília (UnB), transformando o censo em um livro:

⁹⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 199

O censo encontrou algo muito mais atroz: pelo menos um em cada quatro indivíduos não deveria estar internado; e para um terço deles não sabemos se a internação é justificada. Ou seja, para 1.866 pessoas (47%), a internação não se fundamenta por critérios legais e psiquiátricos. São indivíduos cujo direito a estar no mundo vem sendo cotidianamente violado. Minha expectativa é que os dados sejam capazes de mobilizar os leitores deste livro para a grave infração de direitos humanos em curso na sociedade brasileira.⁹¹

Assim, verifica-se na realidade fática, que a medida de segurança nunca cumpriu uma função terapêutica, tornando ainda mais imperceptível aquele que já é invisível na nossa sociedade.

Neste diapasão, a fala de Salo de Carvalho é importante, pois confirma todos os dados que foram obtidos no Censo realizado por Débora Diniz:

Conforme trabalhado, a partir dos estudos de Goffman e de Foucault, percebe-se que prisão e manicômio são fenômenos institucionais idênticos, cujas funções declaradas não correspondem às efetivamente exercidas. Se o discurso oficial legitimou as prisões e os manicômios a partir das premissas correccionalistas do tratamento ressocializador e curativo – inclusive sob argumentos humanitários conforme os postulados do movimento da Nova Defesa Social - , a crítica criminológica desnuda os vários níveis da violência institucional que recai sobre os internos⁹²

Diante de tudo que foi exposto, o alicerce garantista, o Estado Democrático de Direito, as violações de direitos que o referido instituto apresenta, podemos chegar a uma ideia: não há como coexistir uma Constituição garantista e um instituto que viola os mais basilares direitos dos seres humanos, pois se há violação a um dos direitos mais importantes das pessoas, que é a dignidade prevista no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, não há que se falar em constitucionalidade da medida de segurança.

⁹¹ DINIZ, Débora. **A custódia e o tratamento no Brasil: Censo 2011**. 1ªed. Brasília: Editora UnB, 2013, p. 17

⁹² CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 291

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto, é possível afirmar que a medida de segurança viola direitos fundamentais. Partindo de um alicerce garantista mostrou-se que a incompatibilidade da medida de segurança com modelo garantista é gritante, esse mesmo sistema garantista que serve de base para o Estado Democrático de Direito.

O grande problema que percebemos é que a medida de segurança tem em seu núcleo a periculosidade do agente, e é essa periculosidade que sustenta o instituto para alcançar seu objetivo que é promover um controle social. Para promover tal objetivo, utiliza-se o Direito Penal para punir um ato futuro e incerto, pois, aquele indivíduo é visto como “perigoso” pela sociedade, assim, há um risco/probabilidade dele cometer novos crimes e isso legitimaria sua segregação social.

No Brasil foi promulgada a Lei nº 10.216/2001, que ficou conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, que disciplina sobre os direitos das pessoas que são portadoras de doenças mentais, visando demonstrar que aquele ser humano muitas das vezes invisível na sociedade, é um sujeito de direitos. “A reforma psiquiátrica foi explícita em proibir qualquer forma de tratamento manicomial. Mesmo nos casos excepcionais – a internação psiquiátrica é subsidiária e indicada apenas quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”⁹³.

Assim, percebemos, que mesmo com a Lei de Reforma Psiquiátrica, o instituto da medida de segurança não tem sua aplicação adequada à referida lei, tal adequação deve ser realizada para promover um real tratamento para aqueles que possuem doenças mentais e para que a Lei da Reforma Psiquiátrica não seja uma mera falsa proteção daqueles esquecidos pela sociedade.

Em um Estado Democrático de Direito, firmado em princípios garantistas como: legalidade e jurisdicionalidade que promove a proteção de direitos

⁹³ CARVALHO, Salo de. **Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 529

fundamentais, essencialmente o direito a dignidade humana, não deve ter espaço para a medida de segurança, configurando uma afronta a ordem constitucional brasileira.

Com isso, chegamos a seguinte indagação: Quem são os “loucos”? Eles que praticam o fato sem ter consciência da ilicitude e precisam de tratamento ou nós que possibilitamos a aplicação de um instituto que viola o núcleo essencial do direito de um ser humano que é a sua dignidade?

De fato, a aplicação da medida de segurança deve ser repensada, como vimos mesmo com a Lei da Reforma Psiquiátrica, as violações de direitos dessas pessoas portadoras de doenças mentais são inúmeras. Diante do que foi pesquisado para elaboração do trabalho, tenho uma visão bastante pessimista em relação a medida de segurança, e entendo, que o instituto deve ser excluído do direito penal brasileiro.

Todavia, entendo ser de grande valia a alternativa proposta por alguns doutrinadores como Paulo Queiroz e Salo de Carvalho. A proposta busca igualar os imputáveis e imputáveis, ou seja, todos deveriam ser considerados imputáveis para fins do julgamento penal, assegurando todas garantias que o réu possui, para, depois fazer a substituição da pena aplicada pela medida de segurança, sendo regulada, no máximo, pela quantidade de pena que foi imposta ⁹⁴.

Salo de Carvalho ⁹⁵ também propõe a extinção do limite mínimo, tendo por base uma avaliação das condições psíquicas do usuário que está internado do HTCPs ou em tratamento ambulatorial, e se ficar constatado que o indivíduo apresenta condições de convívio social, deve ser extinguida automaticamente a medida de recaí sobre o paciente.

Por fim, analisando o atual cenário da medida de segurança no direito penal brasileiro, devemos lutar por alternativas, destacando toda a luta do movimento

⁹⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro**. 2° ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 527

⁹⁵ *Ibidem*.p. 527

antimanicomial que busca acabar com esse sistema periculosista, buscando entender o portador de doença mental como um sujeito de direito. Sabemos que nossa sociedade carrega um sentimento de querer punir a qualquer custo, todavia, devemos ter empatia e entender a pessoa portadora de doença mental como um sujeito de direito. Busca-se, então, alternativas para a medida de segurança, visando evitar de qualquer forma uma pena cruel para aquele que necessita de tratamento.

REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro: Vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil.** 1ªed. São Paulo: Geração Editorial, 2013

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 6º ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Geral.** 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** Promulgada em 5 de outubro de 1988. 52ª ed. São Paulo: Saraiva

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em : 13 de março de 2019

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em : 20 mar. de 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida de segurança – projeção no tempo- limite. **HC 84219. Maria de Lourde Figueiredo e Superior Tribunal de Justiça** (Coator): Marco Aurélio. 16 ago. 2005. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2216717>>. Acesso em: 9 maio. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial. Medida de Segurança. Limitação do tempo de cumprimento ao máximo da pena abstratamente cominada.** AgRg no AREsp 357508/DF. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e E.A.M.M.: Nefi Cordeiro (Relator). 3 fev. 2015. Disponível em: <. https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42777891&num_registro=201302193885&data=20150203&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 9 maio. 2019

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medida de segurança no direito penal brasileiro**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2015

CIA, Michele. **Medidas de segurança no Direito Penal brasileiro: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal**. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011

CIRINO, Juarez dos. **Direito Penal parte geral**. 7º ed. Florianópolis: ICPC, 2017

CRUZ, Marcelo Lebre. **A inconstitucionalidade da medida de segurança face a periculosidade criminal**. 2009. Dissertação – Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil), 2009. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/02/mestrado_unibrasil_-Marcelo-Lebre.pdf. Acesso em: 3 maio 2019

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ªed. Salvador: JusPODIVM, 2018

DINIZ, Débora. **A custódia e o tratamento no Brasil: Censo 2011**. 1ªed. Brasília: Editora UnB, 2013

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito penal no Estado Democrático de Direito**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001

MARCONI, Marina; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas 2010

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**: 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. 10ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2013