

Copyright © 2016 por Diego Augusto Bayer

**Controvérsias Criminais:** Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia.  
Volume 2.

Organizador: Diego Augusto Bayer.

1ª Edição

1ª Tiragem – maio 2016.

Diagramação: Diego Augusto Bayer

Capa: Murilo de Almeida

**ISBN – 978-85-916599-1-3**

CIP – (Cataloguing-in-Publication) – Brasil – Catalogação na Publicação  
Ficha Catalográfica feita pelo organizador

Bayer, Diego Augusto (Org.). Controvérsias Criminais: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler. Diego Augusto Bayer – 1ª Ed. Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015. 800 p.; 15x23cm (broch.); Il. Mapa.

ISBN 978-85-916599-1-3

1. Direito. 2. Direito Penal. 3. Direito Processual Penal. 4. Criminologia. 5. Direitos Internacional. I Bayer, Diego Augusto. II. Título.

CDD 340 / 341.4 / 343 / 343.9

#### Índice para catálogo sistemático

1. Direito. 2. Direito Internacional Público. 3. Direito Penal. 4. Direito Processual Penal. 5. Criminologia. 6. Direitos Humanos.

**Nota Editorial:** Os artigos constantes neste livro foram escritos por doutrinadores renomados a nível nacional e internacional e alunos da Modalidade Intensiva do Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Cada um dos autores é integralmente responsável pelo conteúdo dos mesmos. Tanto a Editora como o coordenador não se responsabilizam por eventuais equívocos pelo conteúdo dos mesmos.

Editora Mundo Acadêmico.  
Jaraguá do Sul - SC  
Email: editoramundoacademico@gmail.com  
Telefone.: +55 47 9141 2789

Venda de exemplares exclusiva:  
Email: diego@bayer.adv.br

## SUMÁRIO

Apresentação <i>Diego Augusto Bayer</i> .....	ix
Prólogo <i>Ignácio F. Tedesco</i> .....	xi
O regime de nulidades no Processo Penal seria um privilégio? Leitura constitucional do jogo processual <i>Alexandre Morais da Rosa</i> .....	1
Crime de responsabilidade <i>Ana Flávia Messa</i> .....	7
Naturaleza jurisdiccional del control de la ejecución penal <i>Ana Ludmila Moura de Cerqueira</i> .....	21
Desacato e hierarquização das relações sociais: o cale-se das repartições públicas brasileiras <i>Ana Maria Santos Dias</i> .....	29
Cuál es el papel de las garantías constitucionales, procesales e penales en su relación con el concepto de seguridad pública <i>André Roberto Ruver e Edson Dinon Marques</i> .....	36
Segurança pública: o papel dos agentes e instituições Policiais em um Estado Democrático de Direito e para a defesa dos Direitos Humanos <i>André Roberto Ruver e Glenda Biotto</i> .....	50
A produção de provas em caso de homicídio sem cadáver <i>Armando Fernandes Barbosa Filho</i> .....	65
A radicalidade entre a criminologia e a filosofia <i>Augusto Jobim do Amaral</i> .....	72
Coculpabilidade e a aplicabilidade no direito penal brasileiro <i>Caio Mateus Caires Rangel e Diego Augusto Bayer</i> .....	78
Homicídio discriminatório por razões de gênero <i>Cezar Roberto Bitencourt e Vania Barbosa Adorno</i> .....	102
A Action libera in causa inversa: A possibilidade do consentimento prévio da vítima no crime sexual prescrito no Artigo 217-A §1 do Código Penal <i>Cristiano Lázaro Fiuza Figueiredo</i> .....	113
Los tribunales de justicia y el Nacionalsocialismo <i>Daniel E. Rafecas</i> .....	124
O controle das decisões do tribunal do júri no direito comparado e o princípio da soberania dos veredictos no Brasil <i>Diego Augusto Bayer</i> .....	144

A comparação do uso das prisões temporária e preventiva (*velocidade e surpresa*) como táticas de aniquilamento e seus mecanismos de pressão cooperativa (*medo*) no campo das delações brasileiras com a *Blitzkrieg* é inevitável.

Entendo modestamente que a forma (contrária ao processo penal democrático pós 1988), a justificativa (política e midiática) e o resultado (prisões cautelares conjugada com um suposto apoio popular) de inúmeras delações apresentadas por indiciados/acusados sem o devido *filtro das garantias* podem contaminar de forma irreversível não só o sistema acusatório que ainda não alcançamos na totalidade, mas desviar o eixo democrático que ainda vivemos.

Se a reprodução dos fatos no processo na forma tradicional como conhecemos já é problemática, o que diremos da 'verdade' apontada por aquele que é pressionado a delatar?

É bom lembrar que (ainda) existe revisão criminal.

Aprendemos na universidade que *juiz não é parte* e que a prova produzida de ofício o faz muito mais próximo do inquisidor - de triste memória -, do que do *juiz garante*, assim como qualquer quebra as regras do *jogo processual*, o torna nulo.

*Biltzkrieg, Delação Premiada e Juiz 'Batman' de um lado e eu(réu) do outro. Afinal, quem 'me salva da bondade dos bons'?*

## A CRISE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

**Leandro Gornicki Nunes**

Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (USAL). Professor de Direito Penal e Criminologia na Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise do PPGD-UFPR. Advogado.

**RESUMO:** O presente texto tem por objetivo demonstrar a total crise das medidas de segurança na legislação penal brasileira, a partir de um marco crítico-constitucional, apresentando as modificações legais necessárias para o devido tratamento da matéria relacionada aos indivíduos incapazes de culpabilidade ou inimputáveis, sem as influências da ideologia de defesa social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal – Capacidade de Culpabilidade – Medida de Segurança – Crise.

**ABSTRACT:** The present text has for objective to demonstrate the total crisis of the measures of security in the Brazilian criminal legislation, from a critical-constitutional landmark, presenting the necessary legal modifications for the adjusted treatment of the substance related to the individuals incapable of culpability or non-imputables persons, without the influences of the ideology of the social defense.

**KEY-WORDS:** Criminal Law – Capacity of Culpability – Measured of Security – Crisis.

**RIASSUNTO:** Questo lavoro ha per oggetto dimostrare la totale crisi delle misure di sicurezza nella legislazione penale brasiliana, da un marco critico-costituzionale, presentando le modificazioni legali necessarie per il giusto trattamento della materia relativa agli individui incapaci di colpevolezza o dei inimputabili, senza le influenze dell'ideologia di difesa sociale.

**PAROLE-CHIAVI:** Diritto Penale – Capacità di Culpabilità – Misura di Sicurezza – Crise.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A impossibilidade de tratamento das medidas de segurança no âmbito do Direito Penal. 3. "Futurologia" e a ideologia de Defesa Social: o charlatanismo e o curandeirismo estatal. 4. O novo modelo assistencial em saúde mental e os seus reflexos nas medidas de segurança estacionárias no Brasil. 5. A incoerência lógica na fixação do prazo de duração das medidas de segurança. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO

Desde a Escola Clássica (século XVIII), a pena vem sendo vista como uma reação ao crime. Porém, com a Escola Positiva (século XIX), surgem as *medidas de segurança*, apoiadas na *periculosidade*, não só dos agentes com problemas mentais, mas, também daqueles dissidentes religiosos<sup>1</sup>. Isso revela a importância do tema que, aparentemente, perdeu prestígio perante a mídia, mas que ganha relevância quando ouvimos discursos postulando a ampliação do espectro dessas medidas, representando uma grande ameaça às garantias individuais e à liberdade.

<sup>1</sup> BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 211.

Analiticamente, o *crime* ou *fato punível* é definido pela literatura penal ocidental como sendo a *conduta típica, antijurídica e culpável*. Portanto, a *culpabilidade* é um elemento constitutivo do conceito *analítico* de fato punível, de modo que a sua ausência implica, logicamente, inexistência deste. A conduta humana (ação ou omissão de ação) somente dará ensejo à aplicação de *penas criminais* quando, dentre outros requisitos, o agente que a praticar for *capaz de culpabilidade* (imputável). Em caso contrário, tal conduta não será reprovável e, portanto, não será passível de punição por meio de uma *pena criminal*. Nos casos em que o agente delituoso é *incapaz de culpabilidade*, a legislação penal brasileira determina – retoricamente – que sejam aplicadas *medidas de segurança*<sup>2</sup>, em face da sua *periculosidade criminal*. Em síntese, havendo *culpabilidade*, aplica-se *pena criminal*; ao contrário, havendo *periculosidade criminal*, aplica-se *medida de segurança*. Trata-se do sistema *dualista alternativo*<sup>3</sup>.

Costumeiramente, afirma-se que a *pena criminal* é uma sanção intimidatória e aflitiva para reprimir o crime cometido, e, a *medida de segurança* consiste numa sanção preventiva para impedir uma futura ação delituosa. Por isso, a *pena criminal* é aplicada em uma quantidade fixa (que não pode ser superada durante a execução), enquanto que a *medida de segurança* tem apenas uma duração mínima, podendo perdurar indefinidamente, desde que persista a *periculosidade* do sujeito<sup>4</sup>.

Partindo-se dessas premissas, o presente ensaio irá trabalhar a (im)possibilidade de se dar tratamento penal aos fatos puníveis praticados por agentes *inimputáveis*, em face de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que, ao tempo da ação ou omissão, eram *inteiramente* incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinarem-se de acordo com esse entendimento (CP, art. 26). Além disso, o trabalho irá explorar os fundamentos metodológicos das medidas de segurança, demonstrando a sua inconsistência e inconstitucionalidade: inconsistência pela simples razão de não existir qualquer método científico capaz de permitir a previsão do comportamento dos indivíduos (in)imputáveis, e, ainda, por não terem a capacidade de promover uma transformação nas condutas antisociais dos inimputáveis para os padrões da *normalização* (Foucault); inconstitucionalidade, porque ninguém poderá ser considerado culpado, senão após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Também serão objeto de apreciação as modificações no modelo assistencial em saúde mental e os seus reflexos na execução das medidas de segurança *estacionárias* no Brasil. A incoerência na fixação do *prazo mínimo* das medidas de segurança será o último aspecto de alta indagação a ser abordado no presente ensaio, onde se demonstrará a carência lógica no tratamento legal e na apreciação do tema por parte dos Tribunais do país.

<sup>2</sup> Algumas legislações no mundo fazem uma distinção entre medidas de segurança pessoais e patrimoniais. É o caso de Itália. Porém, neste ensaio, trabalharemos apenas as medidas de segurança pessoais.

<sup>3</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 637.

<sup>4</sup> PADOVANI, Tullio. *Diritto Penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2008. p. 342.

## 2. A (IM)POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

Analiticamente<sup>5</sup>, o fato punível ou crime, pode ser definido como uma conduta, típica, antijurídica e culpável<sup>6</sup>, ou seja, um comportamento humano, definido como criminoso na legislação penal, praticado sem qualquer justificação e, reprovável, merecendo o agente uma punição. Segundo a dogmática penal, o fato punível é composto por duas categorias básicas: o tipo de injusto e a culpabilidade. O tipo de injusto é composto por conduta humana, tipicidade e antijuridicidade. Por outro lado, a culpabilidade, dependeria da capacidade de culpabilidade/imputabilidade, do conhecimento da ilicitude e da exigibilidade de conduta conforme o direito. Assim, a culpabilidade é, sem dúvida, um elemento constitutivo do fato punível<sup>7</sup>. Ocorre que, no Brasil, provavelmente, fruto de uma errônea tradução de trabalhos estrangeiros, alguns autores entendem que a culpabilidade seria mero “pressuposto da pena”, evidenciando uma confusão entre culpabilidade e punibilidade<sup>8</sup>. De qualquer modo, a ausência de um dos elementos apontados como constitutivos do conceito analítico de fato punível, inclusive a culpabilidade, implica inexistência de punibilidade.

O art. 26, caput, Código Penal (com redação dada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984), isenta de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ou seja, há incapacidade de culpabilidade nesses casos.

Dessa forma, quando os autores de um tipo de injusto são inimputáveis, não haverá crime, não havendo qualquer razão para a manutenção das medidas de segurança no âmbito do Direito Penal. Cabe frisar que isso não implica eliminação do devido

<sup>5</sup> Segundo Juarez Cirino dos Santos, as definições de *fato punível* podem ser: a) *Real*: explica a sua gênese social, delimitando o objeto de estudo da criminologia; b) *Material*: indica a gravidade do dano social do fato punível; c) *Formal*: o fato punível é visto como mera violação da norma legal, acompanhado de uma pena; d) *Análítica*: identifica os elementos constitutivos do fato punível, necessários como método analítico para determinar a existência concreta de ações criminosas. In SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...* p. 71-72.

<sup>6</sup> Muitos penalistas ainda falam da *punibilidade* como um elemento integrante do conceito analítico de fato punível, uma vez que há *condições objetivas de punibilidade* (p. ex.: CP, art. 7º, §2º; art. 122) e *fundamentos excludentes da pena* (p. ex.: CP, art. 121§5º; art. 348, §2º; art. 181). Porém, somos filiados ao pensamento de Mir Puig, segundo o qual tais condições objetivas de punibilidade ou fundamentos excludentes da pena não impedem a antijuridicidade e a culpabilidade do fato punível, mas, tão-somente, impediriam, por razões de política criminal, a punição (In MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: parte general. 7. ed. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 150).

<sup>7</sup> Nesse sentido: WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956; MAURACH-ZIPF. *Derecho Penal*: parte general. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994; MARINUCCI-DOLCINI. *Manuale di Diritto Penal*: parte generale. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006; PADOVANI, Tullio. *Diritto Penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2008; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: parte general. 7. ed. Buenos Aires: B de F, 2007; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>8</sup> Ver: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 1. p. 113-114; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. V. 1. p. 84; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*: parte geral. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. V. 1. p. 149.

processo legal para a necessária apuração da (in)sanidade mental do acusado ou da presença de eventuais causas de exclusão da antijuridicidade (cf. infra conclusão).

Em relação aos semi-imputáveis (CP, art. 26, parágrafo único), por ser aplicável pena criminal – diminuída –, não haveria qualquer modificação no tratamento da matéria, permanecendo ela nos lindes das ciências criminais.

### 3. “FUTUROLOGIA” E A IDEOLOGIA DE DEFESA SOCIAL: O CHARLATANISMO E O CURANDEIRISMO ESTATAL

Carl Stoos, ao desenvolver o Anteprojeto de Código Penal suíço de 1893, formulou de modo completo um sistema de medidas de segurança anexo ao sistema de penas, sendo que, desde o início, os riscos e incertezas de uma reação penal associada, exclusivamente, à personalidade do delinqüente, eram manifestos em relação aos princípios básicos de um Estado de Direito<sup>9</sup>.

O mecanismo delineado para as medidas de segurança está fundado numa *presunção de periculosidade*, fato que representa uma violação da cláusula pétreia de *presunção de inocência* (CR, art. 5º, LVII), evidenciando a crise das medidas de segurança, por falta de instrumentos idôneos para a formulação em sede judicial de um prognóstico de *periculosidade*.

Welzel afirmava que a função de proteção jurídica da pena está limitada pela retribuição justa à violação do direito pelo autor que age de modo culpável, não contemplando a *periculosidade* de certos delinqüentes, que superam a *culpabilidade* individual. Em tais hipóteses, segundo o penalista alemão, a pena deve ser completada com medidas de segurança, cuja base não é a *culpabilidade*, senão a *periculosidade*, cabendo a elas a promoção de segurança à comunidade, em face das violações ulteriores do direito, já esperadas da parte desses indivíduos. Assim, o fato cometido assume um valor puramente de conhecimento e de sintoma da *periculosidade* comum ao autor, não servindo para classificar ou delimitar as medidas de segurança. Tais funções caberão à *periculosidade* do agente<sup>10</sup>. Trata-se de um discurso que se aproxima do *paradigma positivista lombrosiano*<sup>11</sup> e da *ideologia de defesa social*<sup>12</sup>.

Marinucci e Dolcini afirmam que a *periculosidade social* é a probabilidade (e não a mera possibilidade) de um sujeito cometer no futuro novos crimes, devendo ser articulada pela análise da *personalidade do sujeito* e de um *prognóstico criminal*,

<sup>9</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Comentarios al código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. V.1. p. 528-529.

<sup>10</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 240-241.

<sup>11</sup> Segundo Baratta, a *criminologia positivista*, inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista, é fruto da Escola Positiva italiana, cujos principais representantes são Lombroso, Ferri e Garofalo, criou teorias patológicas da criminalidade, fundadas em características biológicas e psicológicas que diferenciam os sujeitos “criminosos” dos indivíduos “normais”, negando o livre-arbítrio mediante um rígido determinismo. Assim, pretendia tal escola penal individualizar “sinais” antropológicos da criminalidade e observar os indivíduos assim “assinalados” em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social (as instituições totais, ou seja, o cárcere e o manicômio judiciário). In BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 29-40.

<sup>12</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica...*, p. 41-48.

formulado a partir daquela<sup>13</sup>. Tal construção doutrinária, embora criticável, está baseada na exegese dos arts. 133 e 203, ambos do Código Penal italiano<sup>14</sup>, que faz referência aos critérios para o estabelecimento da *periculosidade social*.

No Brasil, apesar de terem surgido no Projeto Sá Pereira com o nome de “medidas de defesa social”<sup>15</sup>, as medidas de segurança ingressaram no cenário legislativo somente no ano de 1940 e – embora os legisladores não tenham consciência da questão –, *acertadamente*, não há qualquer disposição legal definindo o que é *periculosidade social* ou *criminal*, sendo a expressão utilizada indiscriminadamente por nossos doutrinadores, a partir da *probabilidade* de comportamentos futuros perigosos<sup>16</sup>.

O acerto na ausência de um conceito ou de critérios definidores da *periculosidade social* e *criminal* em nossa legislação decorre, com todo respeito ao pensamento contrário, do fato de não haver como defini-la cientificamente, ainda mais se o seu ponto de partida for a *personalidade do sujeito*, algo indefinível para a psicologia e para a psicanálise, a partir de Freud e Lacan e da descoberta do *inconsciente*, essa categoria do psiquismo humano cujos limites e contornos são desconhecidos<sup>17</sup>. Pontualmente, é perfeita a crítica de Carlos Castilla Del Pino:

Un abuso extremo de esta hipervaloración del diagnóstico se lleva a cabo cuando, no habiendo lugar para un diagnóstico clínico – es decir, la detección de síntoma de una psicosis –, se recurre al diagnóstico de la personalidad. Aquí la ambigüedad es tal que conviene decir que el uso del sustantivo “diagnóstico” es completamente inapropiado para la definición de una “personalidad” (es sintagma diagnóstico de personalidad tiene otro sentido: se usa cuando, a través de pruebas proyectivas, se barajan distintos parámetros de la personalidad; y aun así, y con toda la laxitud de que se es consciente que adolece, cada vez se emplea menos). Pretender que se hace un diagnóstico cuando se habla de “personalidad esquizoide”, pongamos por caso, para traerlo a colación a propósito de

<sup>13</sup> MARINUCCI-DOLCINI. *Manuale di Diritto Penale...*, p. 576-577.

<sup>14</sup> ITÁLIA. *Regio Decreto* n. 1398, de 19 de Outubro de 1930: “133 *Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena*. Nell’esercizio del potere discrezionale indicato nell’articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi dall’oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell’azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale familiare e sociale del reo”; “203 *Pericolosità sociale*. Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell’articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati. La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell’art. 133”.

<sup>15</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. V. 1. p. 297.

<sup>16</sup> Ver: GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1959.

V. 1, T. 2. p. 594 e 603; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal...*, p. 300; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. 1. p. 626;

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 1. p. 746; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal...*, p. 535-536. Fernando Capez, afirma que

a “periculosidade é a potencialidade para praticar ações lesivas. Revela-se pelo fato de o agente ser portador de doença mental (In CAPAZ, Fernando. *Curso de Direito Penal...*, p. 429). Porém, todos os seres humanos, (in)imputáveis têm potencial para a prática de ações lesivas, não sendo característica específica dos doentes mentais. Pensar o contrário é concretizar um imperdoável preconceito.

<sup>17</sup> Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 562-563.

determinada actuación, es una falacia. Ningún psiquiatra serio daría validez a calificaciones de este tipo, como no se le dan a las de “temperamento sanguíneo”, “flemático” y afines, que la precedieron en el tiempo, ye que son tan absolutamente acientíficas como las de esquizoide, cicloide, epileptoide, etcétera”<sup>18</sup>.

Em outras palavras, não há uma base epistemológica que permita a definição de periculosidade e, conseqüentemente, para a sustentação das medidas de segurança.

Numa análise prática da questão, é facilmente demonstrável que os juízes não possuem conhecimentos de psicologia, antropologia ou psiquiatria para definirem a personalidade dos agentes, sendo as sentenças, via de regra, recheadas por recursos retóricos vagos e imprecisos, encobridores de idiosincrasias e preconceitos; nulas, por não permitirem a *refutação das hipóteses*, ferindo o princípio do *contraditório* (CR, art. 5º, LV), e, finalmente, por desprezarem a *secularização* do direito e o respeito à liberdade (CP, art. 5º, II)<sup>19</sup>. Cabe ressaltar, também, que a nossa legislação infraconstitucional, ao deixar de definir critérios para a realização do *diagnóstico da periculosidade* e da *prognose criminal*, impede que os juízes realizem essa tarefa, sob pena de violação ao princípio da *legalidade* ou *reserva legal* (CR, art. 5º, XXXIX).

Não se pode delimitar a periculosidade. Por isso, o Estado não pode difundir uma crença de cura que ilude os incautos. Não há legitimidade e, historicamente, sabe-se que tal ferramenta serve aos interesses daqueles que exercem poder<sup>20</sup>.

Com efeito, Thomas Szasz, explica que

O que denominamos Psiquiatria contemporânea e dinâmica não é um progresso notável com relação às superstições e práticas das caças às bruxa, segundo a interpretação dos propagandistas da Psiquiatria contemporânea, nem um retrocesso com relação ao humanismo do Renascimento e ao espírito científico do Iluminismo, tal como pensam os românticos tradicionalistas. Na realidade, a Psiquiatria Institucional é uma continuação da inquisição. O que mudou foi apenas o vocabulário e o estilo social. O vocabulário se ajusta às expectativas intelectuais de nossa época: é um jargão pseudocientífico que parodia os conceitos da ciência. O estilo social se ajusta às expectativas políticas de nossa época: é um movimento social pseudoliberal que parodia os ideais de liberdade e racionalidade”<sup>21</sup>.

Compete ao Estado, utilizando-se dos conhecimentos da psiquiatria, tão-somente, responder se, ao tempo da ação ou omissão delituosa, havia alguma doença mental ou oligofrenia responsável pela inteira incapacidade do agente em reconhecer o caráter ilícito da sua conduta ou de portar-se conforme esse entendimento (CP, art. 26).

A partir do reconhecimento da completa *ilegitimidade* do fundamento das medidas de segurança (leia-se: da periculosidade), e da completa *falibilidade* dos meios curativos

propostos, podemos afirmar que a aplicação dessa sanção penal decorre daquilo que chamaremos de “futurologia”, ou seja, apesar de não existirem meios capazes de apurar se um *inimputável* irá (ou não) praticar algum *tipo de injusto*, o Estado permanece trancafiando essas pessoas em masmorras muito mais insalubres que aquelas do medievo, propalando uma periculosidade, sob os auspícios da defesa social, cuja maneira de agir representa, literalmente, a prática de crimes contra a saúde pública: o charlatanismo<sup>22</sup> (CP, art. 283) e o curandeirismo (CP, art. 284).

Tratando desses crimes, Magalhães Noronha ensina que o *charlatanismo* tem como núcleo do tipo a ação de inculcar (indicar, propor, recomendar com elogio, aconselhar, apregoar) ou anunciar (divulgar ou difundir) uma cura por meio secreto ou infalível, tudo envolto em termos científicos, ludibriando os incautos. Em relação ao *curandeirismo*, esclarece que o curandeiro é “em regra o indivíduo boçal e místico, entregando-se a práticas grosseiras, cuja clientela, em sua maior parte – entenda-se – é composta de gente rude, ignorante e analfabeta que o respeita e teme, preferindo-o ao médico mais competente da localidade”<sup>23</sup>.

Ainda que possam ser considerados *charlatões inconscientes*<sup>24</sup>, o fato é que os agentes estatais que procuram definir os contornos da periculosidade de um *inimputável* ou que almejam estabelecer curas para determinadas doenças mentais estão agindo – *objetivamente* – de modo similar aos tipos penais previstos nos arts. 283 e 284, ambos do Código Penal, não configurando crime por simples ausência do tipo subjetivo: o dolo.

A situação fica pior quando a *incapacidade de culpabilidade* decorre de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, como, por exemplo, a tríade oligofrênica: idiotia, imbecilidade e debilidade mental. É que, nessas hipóteses, a medicina demonstra que não há qualquer tratamento curativo, de modo que os agentes que praticam um *tipo de injusto* e, em face do problema mental, são, ao tempo da ação ou omissão, *inteiramente*, incapazes de entender o caráter ilícito do fato, jamais terão uma sentença reconhecendo a cessação de periculosidade (CP, art. 97, §1º), em face da completa ausência de perspectiva de cura. Infelizmente, aqui, forçoso é reconhecer a procedência do vaticínio de Flaminio Fávero: “Sem dúvida, o cogumelo precisa do terreno. O charlatão não surge sem a imbecilidade do meio”<sup>25</sup>.

À guisa de arremate, como bem destacado por Paulo Queiroz, muito embora seja corrente tal posicionamento na doutrina, a *periculosidade* não serve como fundamento para a aplicação de medidas de segurança, pois, em atenção ao princípio da igualdade, em nenhuma hipótese será cabível tal providência se, na mesma situação, não couber a aplicação da pena por qualquer motivo (ausência de conduta, atipicidade da conduta, ausência de ilicitude ou culpabilidade). Em caso contrário, estar-se-á dando ao *inimputável* “um tratamento injusto, desigual e ofensivo aos princípios penais, os quais

<sup>18</sup> CASTILLA DEL PINO, Carlos. El Informe Psiquiátrico Penal. *Jueces para la Democracia*. Madrid, a. 13, n. 2, p. 55-61, maio 1991.

<sup>19</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de.; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 53-61.

<sup>20</sup> V. FOUCAULT, Michel. *A História da Loucura na Idade Clássica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2008.

<sup>21</sup> SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura: um estudo comparativo entre a inquisição e o movimento de saúde mental*. Trad. Dante Moreira Leite. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1976, p. 56.

<sup>22</sup> Segundo Magalhães Noronha, “a expressão vem do italiano *ciarlare*, que significa falar muito, tagarelar, palrar etc. É o crime do ‘conversa fiada’, do que, com lãbia, ilude os incautos, fazendo-os crer em curas milagrosas, em processos infalíveis etc”. In NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. V. 4. p. 62.

<sup>23</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal...*, p. 63-65.

<sup>24</sup> A expressão foi cunhada pelo Dr. Eugênio Cordeiro, na sua tese de doutoramento, defendida na Faculdade Nacional de Medicina, em 1917.

<sup>25</sup> FÁVERO, Flaminio. *Medicina Legal*. 3. ed. São Paulo: Martins, 1945. V. 1. p. 198.

devem ser aplicados com maior força de razões a tais pessoas, dado o maior grau de vulnerabilidade em que normalmente se encontram (a lei penal como a lei do mais débil)”<sup>26</sup>.

#### 4. O NOVO MODELO ASSISTENCIAL EM SAÚDE MENTAL E SEUS REFLEXOS NAS MEDIDAS DE SEGURANÇA ESTACIONÁRIAS NO BRASIL

A Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, trouxe significativas alterações no sistema de medidas de segurança, notadamente em relação às chamadas medidas de segurança *estacionárias* (internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico).

Teleologicamente, a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico deixa de ser um instrumento precípuo de *proteção social* (natureza *preventiva*) e passa a ser permanentemente um instrumento de *terapia individual* (natureza *assistencial*), representando um avanço legal e um enfraquecimento da ideologia de defesa social. É que o tratamento a partir da referida lei “visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio” (Lei n. 10.216/2001, art. 4, §1º).

Em face das alterações promovidas pela referida lei, a internação psiquiátrica *compulsória*, que é determinada judicialmente (medida de segurança estacionária), somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos (Lei n. 10.216/2001, art. 6º, III). Ocorre que a internação (voluntária, involuntária ou compulsória) só será realizada “quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (Lei n. 10.216/2001, art. 4, *caput*). Dessa forma, por ser uma disposição posterior e especial, pode-se afirmar que o art. 97, *caput*, do Código Penal, que determina a internação do agente inimputável, está *derrogado*. Afinal, independentemente do fato previsto como crime ser punível com pena de reclusão ou detenção, a internação somente poderá ocorrer de forma excepcional. Porém, quando o fato previsto como crime for punível com pena de detenção, jamais haverá internação, ou seja, preserva-se o disposto na segunda parte do art. 97, *caput*, do Código Penal.

Os direitos do internado não serão mais aqueles (não) previstos no art. 99, do Código Penal, mas, todos aqueles entabulados no art. 2º, da Lei n. 10.216/2001: a) acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde; b) tratamento humanitário e respeitoso, no interesse exclusivo de beneficiar a sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; c) proteção contra qualquer abuso e exploração; d) garantia de sigilo nas informações prestadas; e) atendimento médico a qualquer tempo para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; f) livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; g) recebimento do maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; h) tratamento em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; i) tratamento, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Para finalizar, cumpre lembrar que a nova lei proíbe a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características *asilares*, ou seja, aquelas desprovidas de serviços médicos, de assistência social, de recursos psicológicos,

ocupacionais, de lazer e outros indispensáveis à integral assistência dessas pessoas (Lei n. 10.216/2001, art. 4º, §3º). Assim sendo, considerando a caótica situação dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico existentes no Brasil, que, apesar de não serem mais chamados de manicômios judiciais, continuam com a mesma estrutura física do século XX, violadora da dignidade humana (CR, art. 1º, III), inclusive, com superlotação, não deverão ser aplicadas e executadas tais formas de tratamento previstas na legislação penal. É preciso acabar com esse duplo espaço de *exclusão e violência*.

#### 5. A INCOERÊNCIA LÓGICA NA FIXAÇÃO DO PRAZO DE DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Se acolhidas as considerações apresentadas acima, indubitavelmente, seria despicienda a discussão em torno do *prazo de duração* das medidas de segurança. Entrementes, enquanto essas considerações não são incorporadas na legislação e na jurisprudência, ainda devemos tecer fundadas críticas às disposições do Código Penal.

Segundo o art. 97, §1º, do Código Penal, “a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade”. Referido dispositivo legal também determina que “o prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos”. Extrai-se desta disposição legal que o agente capaz de culpabilidade (reprovável) terá uma pena cuja duração é estabelecida na sentença condenatória, enquanto que, o agente incapaz de culpabilidade (não-reprovável) não terá qualquer certeza a respeito do prazo máximo da medida de segurança que venha a lhe ser imposta. Tudo dependerá, nos termos da lei, da cessação de periculosidade.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal sustenta que deve existir uma interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75 e 97, ambos do Código Penal, e, artigo 183, da Lei de Execuções Penais, considerando-se a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. Dessa forma, a medida de segurança fica jungida ao período máximo de *trinta anos*<sup>27</sup>. Nota-se que o Excelso Pretório faz incidir o disposto no art. 5º, inciso XLVII, da Constituição, às medidas de segurança. O Superior Tribunal de Justiça, também contrário ao possível caráter perpétuo das medidas de segurança, fundamenta-se na inconstitucionalidade da indeterminação do respectivo prazo, em face da violação ao princípio da isonomia, determinando que o prazo máximo de duração destas medidas seja *igual ao máximo da pena cominada* para o fato previsto como crime praticado pelo inimputável<sup>28</sup>. Portanto, segundo as Cortes Superiores do país, o art. 97, §1º, do Código Penal, não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.219/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u., j. 16 ago. 2005. DJ 23/09/2005.

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITE DE DURAÇÃO. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal veda, em seu art. 5º, inciso XLII, alínea b, penas de caráter perpétuo e, sendo a medida de segurança espécie do gênero sanção penal, deve-se fixar um limite para a sua duração. 2. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, à luz dos princípios da isonomia e da proporcionalidade. 3. Ordem concedida para declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor do paciente, em razão do seu integral cumprimento. Habeas Corpus n. 126.738/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, j. 19 nov. 2009, DJe 07/12/2009.

<sup>26</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: parte geral. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 437.

Finalmente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem decidindo que o prazo máximo das medidas de segurança aplicada deve coincidir com a *pena criminal aplicável* no caso concreto, se o autor fosse capaz de culpabilidade<sup>29</sup>.

Para se apurar a (in)coerência lógica do art. 97, §1º, do Código Penal, e do conteúdo das decisões dos Tribunais do país é preciso, inicialmente, responder a seguinte indagação: medidas de segurança e penas criminais são a mesma coisa? Mesmo ontologicamente, apesar de opiniões respeitáveis em sentido contrário<sup>30</sup>, a resposta é negativa.

Em sua origem, fruto do trabalho da Escola Positiva, as medidas de segurança eram aplicáveis aos imputáveis, de modo cumulativo com as penas criminais, e sua natureza era idêntica a destas últimas, em que pese o artifício retórico dos seus defensores, denunciado por Basileu Garcia<sup>31</sup>. Afirmavam tais penalistas que a pena criminal visava retribuir o crime (caráter repressor), enquanto que a medida de segurança buscava proteger a sociedade de ações futuras dos inimputáveis (caráter preventivo). Porém, sabe-se que, desde a Escola Clássica (Beccaria, Bentham, Feuerbach), a pena vem assumindo um caráter preventivo, como ocorre com as medidas de segurança. Dessa forma, a diferenciação ontológica entre penas criminais e medidas de segurança acabou sendo alvo de críticas.

Ocorre que, no Brasil, com a nova parte geral do Código Penal (Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984), foi extinto o sistema *dualista cumulativo* ou *duplo binário*, de modo que as medidas de segurança não mais são aplicáveis aos imputáveis; somente aos *inimputáveis*. Quis o legislador trazer “autenticidade ao sistema”, passando as medidas de segurança a terem um “caráter meramente preventivo e assistencial”<sup>32</sup>. Além disso, o art. 4º, da Lei n. 10.216/2001, traz como fins teleológicos do tratamento das pessoas portadoras de transtornos mentais a *terapia individual* e a *excepcionalidade da internação*, ou seja, a finalidade preventiva – se admitida – somente existirá mediatamente.

Em relação ao entendimento jurisprudencial a respeito do prazo das medidas de segurança, é possível afirmar que representam um avanço constitucional. Mas, seus fundamentos são uma abordagem *sintática* da linguagem jurídica, vinculada à teoria do

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. “- É inconstitucional a indeterminação de limite máximo, bem como, abusivo, prolongado e excessivo o prazo mínimo para a verificação da cessação da periculosidade do agente, previstos no art. 97, do Código Penal, à imposição de Medidas de Segurança. - A Constituição Federal veda expressamente a imposição de sanção penal que possa assumir caráter perpétuo ou que possa ser, de qualquer forma, abusiva (art. 5, XLVII e alíneas) – assim, ancorada nos princípios fundamentais (freios libertários ao poder punitivo estatal) impõe a maior aproximação isonômica possível entre a punição de imputáveis e inimputáveis que cometem delitos. - A dignidade da pessoa humana, isonomia e mitigação da dupla violência punitiva – dos delitos e das penas arbitrárias (no dizer de Ferrajoli) – restam, então, aqui contempladas da seguinte forma: fixação do limite máximo pelo total da pena estabelecida em cada caso concreto (igualmente ao que se dá com imputáveis), bem como, a fixação do prazo mínimo para a verificação da cessação da periculosidade em 01 ano (como não há dogma sobre a cura de um distúrbio mental, melhor que se a comece a investigar no menor tempo possível), devendo, cessada a enfermidade mental, ser o apenado posto em liberdade a qualquer tempo”. Apelação Criminal n. 7001898988, 5ª Câmara Criminal. rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 18 abr. 2007, *RJTJRS* 264/105.

<sup>30</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*... p. 446; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*... p. 298.

<sup>31</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*... p. 591-593.

<sup>32</sup> BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. §87.

direito, que, no final, acaba *pragmaticamente* equiparando as medidas de segurança às penas, o que é incorreto, embora os resultados sejam vantajosos.

A melhor solução é a abolição das medidas de segurança, em conformidade com a política antimanicomial do Ministério da Saúde, malgrado a resistência do legislador pátrio<sup>33</sup>.

Apresentados os argumentos que justificam o afastamento da indeterminação do prazo *máximo* das medidas de segurança, ainda resta tratar da questão vinculada ao prazo *mínimo* delas. Conforme esclarecido, o Código Penal determina que o prazo mínimo das medidas de segurança será de um a três anos (CP, art. 97, §1º). Certamente, não sendo a medida de segurança uma pena, não há como se estabelecer um prazo mínimo. Afinal, o próprio Código Penal sustenta que a duração das medidas de segurança está condicionada à persistência da periculosidade do inimputável. Assim, tão logo seja verificada a cessação da periculosidade, deve o agente ser desinternado do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou liberado do tratamento ambulatorial, conforme o caso.

Importante frisar que o art. 176, da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984) autoriza – *a qualquer tempo* – ser apurada a cessação de periculosidade, evidenciando que as medidas de segurança não são penas e, principalmente, não deve haver um prazo mínimo para elas. Ainda que antes do término do prazo mínimo definido na sentença absolutória imprópria, uma vez verificada a cessação de periculosidade, devem ser rescindidos os efeitos da decisão judicial, sem que isso represente qualquer ofensa à *coisa julgada* (CR, art. 5º, XXXVI), que, no processo penal, sempre pode ser mitigada *em favor do acusado*<sup>34</sup>. E, finalmente, deve a sentença *sempre* fixar o mínimo indicado em lei: *um ano*. Dessa forma é possível apurar o quanto antes a cessação de periculosidade, diminuindo o risco de se manter uma pessoa curada num ambiente que, conforme já indicado, não contribui para a manutenção ou recuperação da higidez mental de ninguém.

Por tudo isso, está configurada a incoerência lógica da nossa legislação ao fixar prazo mínimo e deixar de fixar prazo máximo para a execução das medidas de segurança (estacionárias ou ambulantes).

## 6. CONCLUSÃO

*“Há sempre alguma loucura no amor.*

*Mas há sempre um pouco de razão na loucura”.*

*Friedrich Nietzsche*

É lógico concluir que, sendo a culpabilidade um elemento constitutivo do conceito analítico de crime, os casos penais relacionados com agentes incapazes de culpabilidade não devem ser tratados no âmbito penal. Sem dúvida, o *devido processo legal* (*democrático e acusatório*) deve ser instaurado para a verificação da (in)capacidade de

<sup>33</sup> BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. §91.

<sup>34</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 401-411.

Finalmente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem decidindo que o prazo máximo das medidas de segurança aplicada deve coincidir com a *pena criminal aplicável* no caso concreto, se o autor fosse capaz de culpabilidade<sup>29</sup>.

Para se apurar a (in)coerência lógica do art. 97, §1º, do Código Penal, e do conteúdo das decisões dos Tribunais do país é preciso, inicialmente, responder a seguinte indagação: medidas de segurança e penas criminais são a mesma coisa? Mesmo ontologicamente, apesar de opiniões respeitáveis em sentido contrário<sup>30</sup>, a resposta é negativa.

Em sua origem, fruto do trabalho da Escola Positiva, as medidas de segurança eram aplicáveis aos imputáveis, de modo cumulativo com as penas criminais, e sua natureza era idêntica a destas últimas, em que pese o artifício retórico dos seus defensores, denunciado por Basileu Garcia<sup>31</sup>. Afirmavam tais penalistas que a pena criminal visava retribuir o crime (caráter repressor), enquanto que a medida de segurança buscava proteger a sociedade de ações futuras dos inimputáveis (caráter preventivo). Porém, sabe-se que, desde a Escola Clássica (Beccaria, Bentham, Feuerbach), a pena vem assumindo um caráter preventivo, como ocorre com as medidas de segurança. Dessa forma, a diferenciação ontológica entre penas criminais e medidas de segurança acabou sendo alvo de críticas.

Ocorre que, no Brasil, com a nova parte geral do Código Penal (Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984), foi extinto o sistema *dualista cumulativo* ou *duplo binário*, de modo que as medidas de segurança não mais são aplicáveis aos imputáveis; somente aos *inimputáveis*. Quis o legislador trazer “autenticidade ao sistema”, passando as medidas de segurança a terem um “caráter meramente preventivo e assistencial”<sup>32</sup>. Além disso, o art. 4º, da Lei n. 10.216/2001, traz como fins teleológicos do tratamento das pessoas portadoras de transtornos mentais a *terapia individual* e a *excepcionalidade da internação*, ou seja, a finalidade preventiva – se admitida – somente existirá mediatemente.

Em relação ao entendimento jurisprudencial a respeito do prazo das medidas de segurança, é possível afirmar que representam um avanço constitucional. Mas, seus fundamentos são uma abordagem *sintática* da linguagem jurídica, vinculada à teoria do

direito, que, no final, acaba *pragmaticamente* equiparando as medidas de segurança às penas, o que é incorreto, embora os resultados sejam vantajosos.

A melhor solução é a abolição das medidas de segurança, em conformidade com a política antimanicomial do Ministério da Saúde, malgrado a resistência do legislador pátrio<sup>33</sup>.

Apresentados os argumentos que justificam o afastamento da indeterminação do prazo *máximo* das medidas de segurança, ainda resta tratar da questão vinculada ao prazo *mínimo* delas. Conforme esclarecido, o Código Penal determina que o prazo mínimo das medidas de segurança será de um a três anos (CP, art. 97, §1º). Certamente, não sendo a medida de segurança uma pena, não há como se estabelecer um prazo mínimo. Afinal, o próprio Código Penal sustenta que a duração das medidas de segurança está condicionada à persistência da periculosidade do inimputável. Assim, tão logo seja verificada a cessação da periculosidade, deve o agente ser desinternado do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou liberado do tratamento ambulatorial, conforme o caso.

Importante frisar que o art. 176, da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984) autoriza – *a qualquer tempo* – ser apurada a cessação de periculosidade, evidenciando que as medidas de segurança não são penas e, principalmente, não deve haver um prazo mínimo para elas. Ainda que antes do término do prazo mínimo definido na sentença absolutória imprópria, uma vez verificada a cessação de periculosidade, devem ser rescindidos os efeitos da decisão judicial, sem que isso represente qualquer ofensa à *coisa julgada* (CR, art. 5º, XXXVI), que, no processo penal, sempre pode ser mitigada *em favor do acusado*<sup>34</sup>. E, finalmente, deve a sentença *sempre* fixar o mínimo indicado em lei: *um ano*. Dessa forma é possível apurar o quanto antes a cessação de periculosidade, diminuindo o risco de se manter uma pessoa curada num ambiente que, conforme já indicado, não contribui para a manutenção ou recuperação da higidez mental de ninguém.

Por tudo isso, está configurada a incoerência lógica da nossa legislação ao fixar prazo mínimo e deixar de fixar prazo máximo para a execução das medidas de segurança (estacionárias ou ambulantes).

## 6. CONCLUSÃO

*“Há sempre alguma loucura no amor.*

*Mas há sempre um pouco de razão na loucura”.*

*Friedrich Nietzsche*

É lógico concluir que, sendo a culpabilidade um elemento constitutivo do conceito analítico de crime, os casos penais relacionados com agentes incapazes de culpabilidade não devem ser tratados no âmbito penal. Sem dúvida, o *devido processo legal* (*democrático e acusatório*) deve ser instaurado para a verificação da (in)capacidade de

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. “É inconstitucional a indeterminação de limite máximo, bem como, abusivo, prolongado e excessivo o prazo mínimo para a verificação da cessação da periculosidade do agente, previstos no art. 97, do Código Penal, à imposição de Medidas de Segurança. - A Constituição Federal veda expressamente a imposição de sanção penal que possa assumir caráter perpétuo ou que possa ser, de qualquer forma, abusiva (art. 5, XLVII e alíneas) – assim, ancorada nos princípios fundamentais (freios libertários ao poder punitivo estatal) impõe a maior aproximação isonômica possível entre a punição de imputáveis e inimputáveis que cometem delitos. - A dignidade da pessoa humana, isonomia e mitigação da dupla violência punitiva – dos delitos e das penas arbitrárias (no dizer de Ferrajoli) – restam, então, aqui contempladas da seguinte forma: fixação do limite máximo pelo total da pena estabelecida em cada caso concreto (igualmente ao que se dá com imputáveis), bem como, a fixação do prazo mínimo para a verificação da cessação da periculosidade em 01 ano (como não há dogma sobre a cura de um distúrbio mental, melhor que se a comece a investigar no menor tempo possível), devendo, cessada a enfermidade mental, ser o apenado posto em liberdade a qualquer tempo”. Apelação Criminal n. 70018989988, 5ª Câmara Criminal. rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 18 abr. 2007, *RJTJRS* 264/105.

<sup>30</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*.... p. 446; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*...., p. 298.

<sup>31</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*...., p. 591-593.

<sup>32</sup> BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. §87.

<sup>33</sup> BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. §91.

<sup>34</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 401-411.

culpabilidade do agente apontado como autor ou partícipe de um *fato punível*. Entretanto, resolvida essa questão na fase de investigação criminal, por intermédio de perícia técnica (incidente de insanidade mental), requerida pelas partes e autorizada somente pelo *juiz das garantias*<sup>35</sup> (cláusula de reserva de jurisdição), ficando demonstrada a ausência de crime por *incapacidade de culpabilidade*, deve o caso ser remetido a outras instâncias do Poder Judiciário, mediante uma legislação especialmente desenvolvida para o tratamento da questão, afastando a matéria da seara penal e, deixando-a apenas no âmbito do processo penal, por questões de *garantia* do acusado. Nesta hipótese, o processo penal somente deverá ser mantido para a apuração da presença de alguma causa de *justificação* ou *exculpação*.

Por outro lado, o fundamento da periculosidade dos inimputáveis não se sustenta cientificamente e, por isso, não encontra qualquer respaldo na Constituição, que, expressamente, determina que todas as pessoas sejam presumidas inocentes, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Importante frisar que ainda vigora o princípio segundo o qual uma pessoa pode se defender legitimamente de uma injusta agressão, de modo que a qualquer um é dado o direito de adotar, nos moldes do art. 25, do Código Penal, medidas para se defender de um eventual ataque injusto de uma pessoa inimputável. O que jamais deve ser autorizado é a presunção de periculosidade, cuja base epistemológica não existe, sendo utilizada arbitrariamente para legitimar um sistema de total descaso com os inimputáveis.

Deve-se buscar a *abolição* das medidas de segurança, ainda que para se adotar uma *medida tutelar*. As estatísticas do Ministério da Justiça demonstram que o número de agentes submetidos às medidas de segurança é muito baixo, se comparado ao número de criminosos imputáveis<sup>36</sup>, comprovando que não há justificativas materiais ou concretas para a colocação de pessoas com doenças mentais ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado em hospícios, manicômios ou qualquer outra designação terminológica eufemística que se pretenda dar a esses estabelecimentos infernais, cuja semelhança com a descrição poética exposta pela pena de Dante Alighieri é incontrovertida.

Apesar de autores como Paulo Queiroz sustentarem que as medidas de segurança teriam funções preventivas ao pretenderem evitar que o inimputável volte a praticar um tipo de injusto, ou, que reações públicas ou privadas arbitrárias contra ele sejam

<sup>35</sup> Segundo a Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado (Novo Código de Processo Penal): "Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz *das garantias*, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz *de inquéritos*, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

<sup>36</sup> Segundo os dados consolidados do Sistema Nacional de Informação Penitenciária, produzidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, em dezembro de 2010, havia – em todo o Brasil – um total de 3.370 homens (3.120) e mulheres (250) submetidos à medida de segurança de *internação*, ou seja, muito menos de 1% (um por cento) da população carcerária nacional (496.251).

adotadas como forma de vingança, o fato é que isso não se sustenta. Em primeiro lugar, não há como prever o futuro – salvo para os "futurólogos", "charlatães" e "curandeiros". Em segundo lugar, reações violentas (v.g., linchamentos), contra o inimputável seriam praticadas logo após o fato, enquanto que a medida de segurança somente será executada após o devido processo legal, ou seja, muito tempo após a realização do tipo de injusto e do eventual clamor social. Por fim, o referido autor sustenta que as medidas de segurança impedem que o Estado adote intervenções puramente "administrativo-curativas", por tempo indeterminado, em situações nas quais o inimputável não tivesse praticado qualquer tipo de injusto, e, sem o devido processo legal. É totalmente procedente a preocupação do penalista. Porém, a eventual abolição das medidas de segurança jamais implicará abolição do devido processo legal para apurar a incapacidade de culpabilidade do inimputável.

Com isso, retira-se um "tijolo" dessa nefasta construção estatal denominada Direito Penal, utilizada vorazmente pelo poder hegemônico para controlar toda a sociedade, sem qualquer preocupação humanística, reforçando-se a luta antimanicomial.

Não basta iniciativas legislativas como a Lei n. 10.216/2001. É necessário dar efetividade aos seus comandos. Iniciando-se por uma correta interpretação das disposições do Código Penal e da Lei de Execução Penal vinculadas às medidas de segurança. Assim, conclui-se que a imposição de um prazo mínimo não tem mais amparo legal.

Destacamos que todas essas considerações estão em conformidade com as linhas políticas desenvolvidas pelo Ministério da Saúde para o tratamento da questão, não sendo, portanto, um discurso revolucionário<sup>37</sup>.

Para finalizar, não se pode deixar de mencionar que há um grave problema atrás dessa discussão: a desestruturação dos sentimentos que dão unidade à família e, na maioria dos casos, por preconceito ou outras razões, os inimputáveis se encontram em situação de completo abandono, fato que contribui para a manutenção dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (instituições totais), além de revelar a face hipócrita de setores da sociedade que, cinicamente atacam o Estado, mas, em suas relações cotidianas são – conscientemente – omissos no tratamento das pessoas portadoras de transtornos mentais.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 1.
- BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal*: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>37</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, novembro de 2005.

- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 1.
- CARVALHO, Amilton Bueno de.; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CASTILLA DEL PINO, Carlos. El Informe Psiquiátrico Penal. *Jueces para la Democracia*. Madrid, a. 13, n. 2, p. 55-61, maio 1991.
- FÁVERO, Flaminio. *Medicina Legal*. 3. ed. São Paulo: Martins, 1945. V. 1.
- FOUCAULT, Michel. *A História da Loucura na Idade Clássica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1959. V. 1, T. 2.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*: parte geral. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. V. 1.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MARINUCCI-DOLCINI. *Manuale di Diritto Penal*: parte generale. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- MAURACH-ZIPF. *Derecho Penal*: parte general. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. V. 1.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: parte general. 7. ed. Buenos Aires: B de F, 2007.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. V. 1.
- PADOVANI, Tullio. *Diritto Penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2008.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. 1.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: parte geral. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SZASZ, Thomas. *A fabricação da loucura*: um estudo comparativo entre a inquisição e o movimento de saúde mental. Trad. Dante Moreira Leite. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1976.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Comentarios al código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. V.1.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 195

## DOS ROLEZINHOS NA CIDADE PARTIDA: A RALÉ BRASILEIRA E OS SUJEITOS DE DIREITOS VIRTUAIS VISTOS PELAS AGÊNCIAS DE PERSECUÇÃO PENAL

Leonardo Costa de Paula

Doutorando em Direito Público pela UFPR. Mestre em Direito Público pela UNESA-RJ. Coordenador executivo da pós-graduação Processo Penal e Garantias Fundamentais da ABDConst-Rio. Coordenador regional no Rio de Janeiro do IBRASPP.

**RESUMO:** As premissas para a estrutura do presente artigo se dão a partir da identificação do sujeito de direitos virtuais trabalhado por Michel Mialle, e a partir da identificação da Ralé Brasileira, de Jessé Souza, que formam, de certa forma, o mesmo grupo de indivíduos apesar de marcos teóricos distintos. Com isso, a partir do conto de Zuenir Ventura que demonstra a divisão da cidade do Rio de Janeiro em uma cidade partida entre Zona Sul e o resto, pode-se perceber a adequação dos dois conceitos anteriores neste verdadeiro apartheid que se destacam em eventos que ficaram conhecidos como 'rolezinhos', nos quais pessoas de baixa renda se reuniram em shopping centers, espaço originalmente destinado para os sujeitos de direito efetivos, ou os que não são ralé brasileira. Todas essas identidades podem se perceber na adequação dos dominadores em uma sociedade capitalista e na sua forma clássica de enfrentar os supostos problemas que julga existir, ou seja, através da criminalização de qualquer movimento social que possa vir a atrapalhar a divisão espelhada no Rio de Janeiro, esta forma, está clara, é a utilização das agências de criminalização, com amparo aqui na criminologia crítica, de etiquetar os rolezinhos como algo em essência criminoso, o que permite que tais agências atuem de forma a negar melhores níveis da vida àqueles que se encontrem na situação de ralé brasileira, sujeitos de direitos virtuais.

**Palavras Chaves:** Sujeito Virtual De Direito; Ralé Brasileira; Rolezinhos; Agências De Criminalização

Rio 40 graus  
Cidade maravilha  
Purgatório da beleza  
e do caos.  
Fernanda Abreu

### INTRODUÇÃO

O problema do presente artigo se volta para a maneira como a instância jurídica enfrenta eventos, marcados através da *web*, auto denominados 'rolezinhos'. Pode-se perceber que para os incluídos da sociedade, a classe média e alta, que são os destinatários mais interessantes para os serviços e produtos comercializados nos *shopping centers*, os encontros de pessoas de baixa renda nesses espaços públicos devem ser tolhidos ou controlados.

Certo que para perceber como a cidade do Rio de Janeiro pretende responder aos 'rolezinhos' deve-se fazer uma digressão por sua história e demarcação social. É possível notar que a cidade é dividida em dois hemisférios: o do asfalto e o da favela,