



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Implicações do Estatuto do Deficiente na Legislação Penal Brasileira

RENATA VIANA DA CUNHA

Rio de Janeiro

2016

RENATA VIANA DA CUNHA

Implicações do Estatuto do Deficiente na Legislação penal brasileira

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Latu Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Monica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavres Junior

Rio de Janeiro

2016

IMPLICAÇÕES DO ESTATUTO DO DEFICIENTE NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Renata Viana da Cunha

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida.

Resumo: A forma como o deficiente mental é tratado no nosso ordenamento jurídico, principalmente no campo do direito penal é intrigante. Com o advento do Estatuto do Deficiente, Lei 13.146/15, que entrou em vigor em janeiro de 2016, houve algumas mudanças no tratamento dos deficientes quando eles são autores de crimes. Contudo há de se observar que existem dois tipos de impedimentos mentais, a deficiência mental e a doença mental. Quando um deficiente mental comete um crime, quais são as punições previstas na legislação penal brasileira, quando será determinada sua incapacidade. A essência do trabalho é abordar esses assuntos, a relevância de cada um e apontar a melhor forma de tratar o agente que comete crime e possui uma doença mental.

Palavras-Chave: Direito Penal. Medidas de Segurança. Doente Mental. Inimputabilidade.

Sumário: Introdução. 1. O Estatuto do Deficiente e como o deficiente é visto. 2. O deficiente na legislação penal brasileira. 3. Os impactos do Estatuto do Deficiente no conceito de imputabilidade trazido pelo Código Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a imputabilidade no momento da responsabilização penal pela prática de um fato delituoso quando se tratar de deficiente, pois é necessário que o agente possua capacidade de compreender a ilicitude da sua conduta no momento do fato. Desta forma busca-se analisar como ocorre o tratamento de doentes mentais quando cometem crimes e a aplicação das Medidas de Segurança, pois deve ser levada em consideração sua condição física e psíquica. A aplicação das Medidas de

Segurança se baseia na periculosidade do agente e não da sua culpabilidade, assim acabam se tornando mais uma prevenção do cometimento de novos crimes do que efetivamente uma punição pelo fato já praticado. Desta forma, o que se observa quando da análise do que a lei determina e o que é aplicado na prática, fica evidente a ineficácia de tratamento, cura nos “manicômios judiciais”, pois eles não recebem o tratamento adequado e acabam ficando esquecidos. Diante desse panorama será analisada a forma como as medidas de segurança são aplicadas, sua ineficácia em virtude do tratamento inadequado que acaba por se tornar uma prisão perpétua para esses pacientes criminosos, fato vedado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XLVII, “b”. Assim, busca-se uma forma de aplicação mais efetiva e eficaz de aplicação de medidas de segurança que consigam tratar e ressocializar, na medida do possível, os doentes mentais que cometem crimes.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a excepcionalidade da medida de segurança como é aplicada atualmente é realmente eficaz para que não ocorra perigo para a sociedade no caso de reincidência e se realmente o cumprimento dessas medidas de segurança realizam um tratamento que seja adequando ao agente do fato.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a questão de crimes cometidos por doentes mentais e a aplicação de medidas protetivas de forma que realmente sejam eficazes e temporárias, pois muitas vezes eles não têm noção da gravidade dos atos que praticam e em contrapartida a proteção constitucional que o Estado deve conferir a esses “pacientes criminais”.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o que são as medidas de segurança, em especial o sentimento de uma vingança punitiva com relação aos atos praticados pelos considerados doentes mentais, tendo em vista a gravidade desses atos.

Todavia, deve ser considerado que já há punição prevista em lei de forma a tentar diminuir esses atos de violência.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a situação do deficiente perante o Estatuto do Deficiente, Lei 13.146 de 6 de Julho de 2015, se ele é visto como incapaz, as medidas protetivas e seus objetivos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o tratamento do deficiente na legislação penal brasileira, no que se refere a aplicação de uma sanção quando do cometimento de um delito, no caso do inimputável será placada a medida de segurança, porém deve ser observado o momento em que será determinada essa incapacidade, pois comprovada a deficiência existe a previsão da redução da pena de 1/3 a 2/3. No caso de ser verificada a incapacidade, a culpabilidade servirá de base para determinar o grau de periculosidade real, em que se determinará entre a sanção comum, penitenciária ou a aplicação da medida de segurança, que deverá ser cumprida em estabelecimento próprio.

No terceiro capítulo traz-se para a discussão a questão dos impactos que o Estatuto do Deficiente trouxe para o conceito de imputabilidade previsto no Código Penal, pois nos dias atuais a legislação brasileira não prevê tempo máximo para a internação e sim somente o tempo mínimo, sendo apenas verificado o grau de periculosidade e o crime cometido. Menciona-se a questão da necessidade de mudança com relação a aplicação dessas medidas de segurança para se torem um meio adequado de regeneração, tratamento e de posterior oportunidade de reinserção desse doente mental na sociedade, como alguém apto a conviver em sociedade. E, por fim, aborda-se a questão dos direitos do deficiente mental, juntamente com os princípios da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à integridade física e moral.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva-qualitativa e exploratória.

1 – O ESTATUTO DO DEFICIENTE, A VISÃO SOBRE ELE E SUA INCAPACIDADE

A Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entrou em vigor, em janeiro de 2016, trouxe grande impacto. Traz a abordagem de um sistema de normas que se torna inclusivo por homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana¹. Pois, o Estatuto não mais trata a pessoa com deficiência como alguém incapaz². Assim, com a entrada em vigor do Estatuto, as pessoas com deficiência não deverão mais serem consideradas como civilmente incapazes, pois de acordo com os artigos 6º e 84 do referido Estatuto, a capacidade civil não é afetada pela deficiência.

Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

A visão do Estatuto de acordo com Pablo Stolze:

Em verdade, este importante estatuto, pela amplitude do alcance de suas normas, traduz uma verdadeira conquista social. Trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis³.

Assim, com a entrada em vigor do Estatuto, as pessoas que foram consideradas incapazes e por isso interditas, por consequência de enfermidade ou deficiência mental, irão tornar-se plenamente capazes. Como forma de exemplificar, no caso do deficiente, o enfermo ou excepcional ser considerado como tendo plena capacidade, haverá outra desvantagem em termos jurídicos, pois passará a responder com seus próprios bens pelos danos que causar a terceiros, afastando-se a responsabilidade subsidiária criada atualmente pelo artigo 928 do

¹ BRASIL. Artigo 1º, III. Constituição da República Federativa do Brasil. 19. ed. São Paulo: RT, 2014.

² Art. 2º da Lei 13.146: Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

³ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Acesso em 18 jan. 2016.

Código Civil⁴. A incapacidade está presente no artigo 3º do Código Civil, que considera como absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil, os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

O Estatuto refere-se a dois tipos de impedimento mental, quais sejam, deficiência mental e doença mental. A primeira trata do indivíduo que tenha total compreensão de tudo que o cerca, sendo sua limitação exclusiva do cérebro. A segunda, diz respeito a uma forma mais discreta de deficiência, como é o caso de uma pessoa que comete crimes inexplicáveis, até que psicólogos e psiquiatras forenses concluam que ele tem uma deficiência mental que o impossibilita de viver em sociedade, pois voltará a cometer os mesmos crimes⁵.

Contudo, nem todo deficiente está incapacitado civilmente, pois há atos que eles podem praticar normalmente, como trabalhar e constituir família. A limitação em a lei se refere é a de praticar atos jurídicos sozinho, pois a lei prevê que se estiverem acompanhados, ou melhor, representados os atos praticados serão válidos.

O Código Civil, antes do Estatuto, adotava quanto ao sistema de incapacidade um critério incoerente ao alocar a pessoa como incapaz, absolutamente ou relativamente, necessitando de terceiros como intermediários para o exercício de atos ligados, especificamente, a interesses econômicos, deixando, todavia, em aberto a tutela dos interesses existenciais do indivíduo⁶. Porém, caso seja constatada a deficiência, sempre deverá ser avaliada e identificada o nível da incapacidade de forma individual, devendo sempre se verificar o que diz a lei para cada caso.

Considera-se deficiente a pessoa que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas⁷.

O Código Civil de 2002, no artigo 4º, refere-se ao deficiente mental como relativamente incapaz, pois possui sua capacidade de discernimento diminuída, todavia com a

⁴ Disponível em: <http://www.Conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em 18 jan. 2016.

⁵ Disponível em: <http://www.mybrazilianculture.tk/2015/07/Estatuto-da-Pessoa-com-Deficiencia.html>. Acesso em 18 jan. 2016.

⁶ DUQUE, Bruna Lyra. *Estatuto da pessoa com deficiência: Novos rumos da autonomia existencial*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 13 Jul. 2015. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/331086. Acesso em: 16 Jan. 2016

⁷ Disponível em: <http://advocaciabral.jusbrasil.com.br/artigos/225725023/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-seu-impacto-no-codigo-civil>. Acesso em 22 fev. 2016.

entrada em vigor do Estatuto do Deficiente, este inciso foi revogado, tendo em vista a nova visão a ser aplicada a quem possui deficiência mental.

A partir do Estatuto, a avaliação da deficiência passa a ser realizada por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar, em vez da avaliação exclusivamente médica, tendo como base a Classificação Internacional de Funcionalidade (CIF)⁸.

Com a entrada em vigor do Estatuto do Deficiente, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ficou evidenciado, pois tratou com mais respeito os deficientes. Uma vez que, desvinculou-se a deficiência da incapacidade, ainda que continue se adotando os institutos de assistência, como a curatela, quando se tratar de atos de natureza patrimonial e negocial e também trouxe a previsão da tomada de decisão apoiada. De acordo com Pablo Stolze⁹:

A pessoa com deficiência passa a ser considerada legalmente capaz. Por consequência, dois artigos matriciais do Código Civil foram reconstruídos. O art. 3º do Código Civil, que dispõe sobre os absolutamente incapazes, teve todos os seus incisos revogados, mantendo-se, como única hipótese de incapacidade absoluta, a do menor impúbere (menor de 16 anos). O art. 4º, por sua vez, que cuida da incapacidade relativa, também sofreu modificação. No inciso I, permaneceu a previsão dos menores púberes (entre 16 anos completos e 18 anos incompletos); o inciso II, por sua vez, suprimiu a menção à deficiência mental, referindo, apenas, “os ébrios habituais e os viciados em tóxico”; o inciso III, que albergava “o excepcional sem desenvolvimento mental completo”, passou a tratar, apenas, das pessoas que, “por causa transitória ou permanente, não possam exprimir a sua vontade” (06); por fim, permaneceu a previsão da incapacidade do pródigo.

A incapacidade que sempre foi vinculada às pessoas que possuem deficiência mental, que foi modificada pelas inovações do Estatuto do Deficiente, que tentou preservar a nova visão mundial sobre a capacidade das pessoas que possuem alguma deficiência mental e a tentativa de privilegiar a dignidade da pessoa humana.

As pessoas com deficiência merecem e devem ser protegidas, mas não é alteração do regime das incapacidades de fato que vai fazê-lo. Na verdade, tais alterações correm o risco de gerar insegurança e, eventualmente, causar prejuízo às pessoas com deficiência. O afastamento das pessoas com deficiência do regime das incapacidades, na forma das alterações inseridas pelo Estatuto, sem considerar as peculiaridades do caso concreto, não é uma garantia de proteção às pessoas com deficiência. Institutos como a incapacidade sempre existiram para proteção e não para punição do sujeito¹⁰.

⁸ Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/noticias/aprovado-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-lei-brasileira-da-inclusao>. Acesso em 22 fev. 2016.

⁹ Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/pablostolze/posts/861379603942222>. Acesso em 09 abr. 2016.

¹⁰ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42271/critica-a-nova-sistematica-da-incapacidade-de-fato-segundo-a-lei-13-146-15/2>. Acesso em 09 abr. 2016

Assim, entende-se que as inovações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxe diversas inovações no campo do direito com relação ao tratamento dos deficientes. Devendo assim, haver cautela diante de atos praticados na esfera do direito privado e as consequências que trará também no campo do direito penal, pois no caso de cometimento de crimes como deverá ser tratada essa nova forma de ver o deficiente mental.

2 - O DEFICIENTE NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988, utiliza a expressão pessoa portadora de deficiência, sendo que onde primeiro pôde se verificar tal terminologia foi na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, publicada pela Organização das Nações Unidas, em 1975.

Com isso, uma nova perspectiva foi trazida para o tratamento aplicado para os deficientes que cometem crimes, pois é essencial para aplicação de uma punição que seja estabelecido o grau de discernimento e saúde mental do agente infrator para que seja estabelecida sua culpabilidade. Segundo Lima¹¹, a necessidade de um laudo que constate a culpabilidade do acusado serve para:

[...] Afinal, se constatado que o acusado era, ao tempo da conduta delituosa, incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento em virtude de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado (CP, art. 26, caput), deve ser reconhecida sua inimputabilidade, com a consequente aplicação de medida de segurança por meio de sentença absolutória imprópria (CPP, art. 386, parágrafo único, III). Por outro lado, se os problemas de saúde mental do acusado vierem à tona durante o curso da persecução penal, e não à época do crime, o processo penal deverá permanecer suspenso até que o acusado se restabeleça (CPP, art. 152).

Dessa forma, estabelecer a partir de quando a doença mental passou a existir, se desde o nascimento ou posteriormente em virtude de algum fato ou doença, destacando assim a importância de um exame de insanidade mental, que deverá ser realizado por perito. Pois, somente através de perícia, se poderá de forma segura avaliar se o autor do crime no momento do cometimento do ato tinha real capacidade da consequência dos seus atos. De acordo com Lima¹²:

Para que seja determinada a realização desse exame, que pode ser feito tanto na fase investigatória, quanto no curso do processo judicial, doutrina e jurisprudência entendem que é imprescindível que haja fundada dúvida a respeito da higidez mental do acusado, seja em razão da superveniência de enfermidade no curso do processo, seja pela presença de indícios plausíveis de que, ao tempo dos fatos, ele era incapaz de entender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Logo, se o juiz não detectar qualquer anormalidade no interrogatório

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 1124.

¹² *Ibid.*, p. 1125.

do acusado ou mesmo durante a instrução processual que justifique a instauração do incidente de sanidade mental, não há necessidade de realização do referido exame.

Nesse sentido, há o seguinte entendimento do STJ¹³, “a conclusão do laudo pericial, ora acostados aos autos, produzido no processo de interdição civil do acusado, é válido apenas em relação aos atos de sua vida civil, não sendo capaz de isentá-lo da culpabilidade penal [...]”.

Deve ser sempre levado em consideração o prejuízo que uma prisão pode causar a uma pessoa portadora de deficiência mental, pois deve ser sempre observada a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que normalmente nas prisões é muito precário o espaço, a forma de alimentação e as condições de higiene.

Refletindo sobre tal conceito, em um paralelo com o atual contexto do sistema penitenciário brasileiro, não seria ousado inferir que em tais instituições não existem condições sequer para a locomoção de tais pessoas, violando um direito fundamental de primeira dimensão, ao impossibilitar o exercício do direito de ir e vir. Não seria visionário, se afirmar, também, que não há condições para o livre exercício do trabalho, inclusive pelo deficiente, fator preponderante para a socialização do indivíduo, através da participação nas oficinas e cursos profissionalizantes que teriam, em tese, direito¹⁴.

Sempre estará presente a punição penal quando ocorrer a prática de um crime no caso do agente ser considerado imputável. Todavia, quando se tratar de um inimputável ou semi-imputável, conforme dispõem os artigos 96 a 99 do Código Penal.

De acordo com Almeida¹⁵, quanto ao momento de determinar a capacidade do acusado:

[...] se no momento da prática delitiva o agente era imputável, será aplicada pena, por sua vez, se o agente era inimputável ao momento da ação, será aplicada a medida de segurança. Se o sujeito for considerado semi-inimputável, situando-se numa zona fronteira entre a loucura e a lucidez, como estabelecido no artigo 26, parágrafo único do Código Penal, o juiz se utilizará do sistema vicariante, escolhendo entre a aplicação da pena ou da medida de segurança. Caso seja aplicada a pena, esta será reduzida de 1/3 a 2/3.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 49.767/PA, Relatora: Ministra Laurira Vaz, j. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7166294/habeas-corpus-hc-49767-pa-2005-0187270-0/relatorio-e-voto-12896590>>. Acesso em 27 jul. 2016.

¹⁴ PERES, M. F. T. e NERY FILHO, A.: *A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança*. História, Ciências, Saúde — Manguinhos, Rio de Janeiro, vol. 9(2):335-55, maio-ago. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702002000200006>. Acesso em 22 fev. 2016.

¹⁵ ALMEIDA, Francieli Batista. *Direito Penal da loucura: doença mental, inimputabilidade penal e medidas de segurança*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3205, 10 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21476>> . Acesso em: 22 fev. 2016.

Para a aplicação das medidas de segurança deverão concorrer dois pressupostos: a prática de um fato típico e antijurídico, ensejador do tipo de injusto, e a potencialidade para a prática de novas ações danosas¹⁶.

A pena e a medida de segurança representam sanções para aqueles que cometem atos proibidos previstos no Código Penal brasileiro. Independente da sanção aplicada, pena ou medida de segurança, além da culpabilidade, deve ser observada também a periculosidade do agente, ou seja, a possibilidade do agente cometer novamente outro delito.

Diferente do juízo de culpabilidade, que avalia o passado do acusado, no juízo de periculosidade ocorre avaliação sobre o futuro. No caso da periculosidade, será verificado pelo juiz a gravidade e a quantidade de crimes praticados no passado (avaliação da culpabilidade), pois assim será mais fácil avaliar a possibilidade reincidência pelo agente no futuro.

Com relação aos semi-inimputáveis, para determinar se será aplicada a medida de segurança, o requisito de culpabilidade servirá de base para verificar a periculosidade real. No caso dos inimputáveis, será aplicada a medida de segurança, que será estabelecida de acordo com o delito praticado pelo agente.

Insta dizer, que para aplicação e manutenção da medida de segurança, com pena de internação, deve ser constatado que aquele agente representa perigo real para a sociedade. Nessa situação, será determinada por sentença que o agente cumpra a medida de segurança, essa sentença é chamada de absolutória impropria, pois refere-se a uma absolvição com imposição de pena, essa sentença é chamada sentença mista ou híbrida. Assim, em que pese o juiz julgar o agente culpado, não irá determinar um apena, pois o agente é inimputável, não compreende a gravidade dos seus atos. Entretanto, confirmada sua periculosidade, será aplicada uma medida de segurança, como forma de sanção penal.

Quando for verificado que o agente não apresenta mais periculosidade, o juiz poderá autorizar a desinternação, que ocorre no caso de cumprimento de pena e hospitais de custódia ou a liberação, que ocorre nas penas que são cumpridas em tratamentos ambulatoriais. Com isso, nesses casos de cessação do cumprimento da medida de segurança, só ocorrerá o efeito da coisa julgada, somente no caso do agente não cometer novo crime, após um ano da

¹⁶ BRASIL. O artigo 96 estabelece duas modalidades de medidas de segurança: a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e a sujeição a tratamento ambulatorial. A primeira espécie é também conhecida por medida de segurança detentiva, onde o sujeito apenado com reclusão fica totalmente isolado em hospital psiquiátrico. Na falta de hospital de custódia, tal internação poderá ocorrer em outro estabelecimento adequado. A segunda espécie de medida de segurança guarda similitudes com a pena restritiva de direitos, tratando-se do denominado tratamento ambulatorial, e é estabelecida quando o crime for punido com detenção, ou, segundo alguns entendimentos, quando for apenado com reclusão, mas não for indicada a internação. Código Penal. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

revogação da medida, além ser verificado se o agente ainda demonstra sinais de periculosidade¹⁷.

O que se pode observar é que, independentemente da sanção, na legislação não há previsão de tempo estabelecido, ou seja, ela irá durar enquanto for verificado por perícia médica que a periculosidade não cessou. O prazo mínimo ao qual se refere o artigo (um a três anos) é aquele fixado para a realização do primeiro exame de cessação da periculosidade¹⁸.

Contudo, em que pese não haver prazo determinado para o cumprimento da medida de segurança aplicada aos deficientes mentais ou incapazes, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XLVII, “b”, prevê que não há pena de caráter perpétuo, devendo assim ser reavaliado o sistema de aplicação de sanção penal através de medida de segurança que não possui prazo determinado para sua duração.

Há que defenda a tese de que a medida de segurança seria uma forma de tratamento e por isso estabelecer um prazo de duração não seria razoável, pois vai depender de cada caso, cada pessoa. Existe ainda o entendimento e que essas medidas seria forma de prevenção até que fosse comprovada a extinção da periculosidade.

Com relação ao limite do tempo em que deveriam ser cumpridas a sanções penais quando da ocorrência de um crime, a existência de um tempo determinado seria uma questão de isonomia, justiça, pois todos são iguais perante a lei. Assim, não deveria haver tratamento diferenciado para quem sofre a medida de segurança, que deveria prever um tempo determinado para seu cumprimento.

Deveria ser oferecido àquele que faz jus à medida de segurança, uma forma de proteção, através de um tratamento adequando ao caso daquele incapaz, ainda que não houvesse tempo preestabelecido. Pois, não faz sentido que se determine a volta de uma pessoa que possui deficiência mental e que tem predisposição em cometer crimes, que ela seja colocada novamente em contato com a sociedade, pois geraria a ocorrência de novos crimes cometidos por ela.

Deve se ter em mente, que quando determinada a internação para tratamento em hospital de custódia, o que se busca é a recuperação daquele agente, ainda que tenha caráter de sanção penal e não somente uma punição.

¹⁷BRASIL. Artigo 97, § 3º: “A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade”. Código Penal. 53. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁸BRASIL. O artigo 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”. Código Penal. 53. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Como não há como estabelecer um prazo certo em que a medida de segurança como tratamento surtirá efeito, realmente não há como a lei determinar tal prazo, sendo assim, está justificada a falta de prazo pré-determinado na legislação penal brasileira.

A aplicação da medida de segurança é uma questão de justiça para aqueles que estão impossibilitados de entender o caráter ilícito do que fizeram, pois não adianta colocar um incapaz para cumprir pena em presídio comum, que trará muito mais problemas, pois ele está junto com criminosos que tem potencial conhecimento da ilicitude que praticaram. Sendo uma questão de justiça, o deficiente mental poder cumprir sua punição em um local onde receberá tratamento adequado.

Todavia, pode-se verificar que no Brasil, em virtude da escassez de profissionais especializados e da falta de estrutura para que sejam aplicados os tratamentos adequados aos portadores de deficiência que cometem crimes, verifica-se que cada vez menos as medidas de segurança são aplicadas.

O Brasil é extremamente pobre em quantidade e qualidade de hospitais de custódia e tratamento, segundo informações constantes no site [HTTP://psicoterapiabrasil.blogspot.com](http://psicoterapiabrasil.blogspot.com) estimativas do Conselho Nacional de Justiça indicam que cerca de 4,5 mil detentos – de uma população carcerária de aproximadamente 474 mil – estão internados em pelo menos 23 hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico em todo o país, mas o número que necessita deste tratamento específico é bem maior. Cumpre esclarecer, que segundo o próprio CNJ, tais informações não são precisas por falta de pesquisas e incentivos na área¹⁹.

3 - OS IMPACTOS DO ESTATUTO DO DEFICIENTE NO CONCEITO DE IMPUTABILIDADE TRAZIDO PELO CÓDIGO PENAL

O procedimento adotado no país, com os doentes mentais delinquentes, é uma causa que exclui a culpabilidade, por tratar-se de doença mental conforme o código de 1940 e é por esta razão que os doentes mentais criminosos são absolvidos. E ocorrendo a absolvição, por faltar ao elemento da culpabilidade, não devem ser punidos, mas tratados. Dessa forma, nesses casos o que se utiliza são as medidas de segurança com internação em manicômio judiciário, a qual tem como fundamento a periculosidade presumida por lei²⁰.

¹⁹ALMEIDA, Francieli Batista. *Direito Penal da loucura: doença mental, inimputabilidade penal e medidas de segurança*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3205, 10 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21476>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

²⁰BRASIL. Artigo 97, §1º. Código Penal. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Insta dizer, que a finalidade de se aplicar a medida de segurança é uma tentativa de fazer com que o incapaz, deficiente possa ser reinserido no contexto social novamente. Assim, quando juiz ao determinar a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança, deverá avaliar o grau de compreensão do fato delituoso, assim como o grau de compreensão do agente infrator, ainda que a aplicação da medida de segurança seja uma forma de privação de liberdade.

A deficiência mental, muitas vezes tratada como loucura, quando atrelada ao cometimento de um crime, deve ser freada com a aplicação da medida de segurança, que surgiu no direito penal como uma forma de punir e tratar ao mesmo tempo essas pessoas. Contudo, acaba por se tornar um tratamento eterno, tendo em vista que não há prazo máximo determinado para seu fim. Todavia, vale dizer que a aplicação da medida de segurança será escolhida quando for constatado que o agente é considerado perigoso para a sociedade e assim a duração da sua internação não poderá ser predeterminada e por isso muitas vezes acaba por se tornar uma prisão perpétua, pois só há limite com relação ao tempo mínimo.

Com relação ao tempo mínimo previsto para a aplicação das medidas de segurança, esta se mostra importante, pois não há como avaliar a real incapacidade do agente infrator, por isso a sua revogação em um pequeno espaço de tempo, acaba por se tornar sem sentido, além de não pode se constatar a real efetividade do tratamento, ou seja, se o tratamento está surtindo efeito ou não, seja caminhando para a cura ou para uma melhora no estado psíquico do agente.

A experiência tem demonstrado que, não obstante demorado tratamento e plausível indicação de cura, o liberado do manicômio não tarda, às vezes, em revelar a persistência de sua periculosidade, fazendo-se protagonista de crimes da maior gravidade. O prazo mínimo de internação é, aqui, um preservativo, até certo ponto eficaz, contra a precipitada antecipação de retorno do internado ao convívio social²¹.

O cometimento de um fato delituoso por um agente considerado deficiente mental, caso seja realmente comprovada seu alto grau de periculosidade, que deverá ser constatado por um laudo feito por um psicólogo e em seguida analisado por um juiz, que determinará a necessidade ou não da medida de segurança.

O Código Penal de 1940 traz a figura da periculosidade, que deve ser utilizado no caso dos deficientes mentais quando eles cometem crimes, para se avaliara a necessidade de

²¹ PERES, Maria Fernanda Tourinho. *A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702002000200006>. Acesso em 13 Mar.2016

determinar a aplicação de uma medida de segurança. Deve, no entanto ser observado, que a periculosidade não está relacionada diretamente a aplicação da pena, mais sim na determinação da aplicação da sanção penal. Assim, no momento de especificar a pena, deve ser levada em consideração a periculosidade, contudo para fazer o cálculo do tempo em que a pena deve ser cumprida, o que deverá ser levado em consideração deverá ser a capacidade de cometer crimes ou até mesmo a reincidência.

Todavia, não se deve confundir a periculosidade com a capacidade de delinquir, são coisas diferentes, uma vez que esta questão mostra-se fundamental para que se compreenda o procedimento adotado com os deficientes mentais que praticam condutas delituosas, que ainda que seja comprovado que ele cometeu tal fato sua sentença não será de condenação e sim de absolvição, chamada de absolutória impropria²².

A diferença entre a capacidade de delinquir e a periculosidade, é que a primeira diz respeito ao fato em si, ao delito praticado, que serve como forma de individualizar a pena que já traz estabelecido o prazo máximo e mínimo. Já a segunda, busca especificar se há possibilidade do agente voltar a cometer crimes.

A figura da periculosidade está associada a um estado psicológico, com relação às chances do agente vir a praticar novamente outros delitos. Com isso, quando apurado o grau de periculosidade surgirá para o juiz a possibilidade de defender a sociedade da prática de novos delitos pelo mesmo agente.

Culpabilidade, segundo Von Liszt, é quando não houve previsão do resultado previsível de uma ação prejudicial no momento em que se manifestou a vontade. Portanto, enquanto a imputabilidade diz respeito exclusivamente ao sujeito, sendo dele um atributo, a culpabilidade (com ou sem dolo) se refere às relações desse sujeito com a ação ou acontecimento em tais e quais circunstâncias. O tipo dessa relação sujeito-ação se vê através da intencionalidade do ato, como vimos acima²³.

O surgimento do Estatuto do Deficiente acarretou uma grande conquista social com o alcance mais justo das normas penais aplicadas aos deficientes, pois ao privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana, passou a integrar o deficiente em um sistema de normas mais inclusivo. Passou-se a tratar o deficiente não como alguém doente, mas sim que possui características diferentes, conferindo a eles uma forma mais igualitária de tratamento com aqueles que não são considerados deficientes.

²² BRASIL. *Vade Mecum*: Penal e Processo Penal. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. Artigo 386, VI do CPP.

²³Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=99>. Acesso em 22 fev. 2016.

No ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa que comete um crime deve sofrer uma punição e a ele se aplica uma pena, muitas vezes privativa de liberdade. Aos doentes mentais se aplicam as Medidas de Segurança. Se o agente do crime não possui sua maturidade intelectual em decorrência de doença mental, é considerado inimputável e não pode ser punido da mesma forma que as pessoas sãs. As chamadas medidas de segurança, que podem ser internação em hospital de custódia ou tratamento ambulatorial, são uma forma de amparar os doentes mentais e ajudá-los em seu tratamento psíquico, e ao mesmo tempo proteger a sociedade da potencialidade criminal que este possui²⁴.

Vale dizer, que a intenção da Lei de Execução Penal, é a de promover a harmônica conexão entre a sociedade, o condenado e o internado. Todavia, atualmente, o que se pode observar é que o cotidiano interno dos presídios desrespeita e muito os direitos humanos básicos. Por essa razão, não há como ocorrer a ressocialização com a aplicação de uma pena privativa de liberdade, gerando assim grande desrespeito à Constituição Federal.

Ao que tange a personalidade do agente, deve ser analisada a capacidade de cometer delitos e a sua periculosidade, em conjunto com os fatores que levaram a cometer o crime, seus antecedentes e a gravidade do fato.

Com isso, quando o deficiente mental comete um crime, e a sentença o absolve em razão de sua inimputabilidade, será aplicada a medida de segurança, com exceção dos crimes punidos com detenção, quando o réu pode ser submetido a tratamento ambulatorial, caso o agente seja semi-inimputável, a pena a ser aplicada sofrerá uma redução legal prevista ou então ocorrerá a substituição pela medida de segurança²⁵, que possui medida preventiva.

O que determinará aplicação da pena reduzida ou da medida de segurança será o fato delituoso cometido pelo infrator que possui deficiência mental, pois se for um crime que deva sofrer como punição a pena de reclusão, deverá ser aplicado ao deficiente a medida de segurança a ser cumprida em local próprio, como um hospital de custódia. Contudo se tratar-se de crime punido com reclusão, a pena a ser aplicada deverá ser a medida de segurança, porém como forma de tratamento ambulatorial.

A legislação pátria trata a terapia do apenado apenas em proposições teóricas, pois não possui sequer edificações e instalações prediais adequados para a execução, sendo certo que as práticas nos estados brasileiros sempre foram de encarcerar e vigiar, esquecendo-se de

²⁴GUARÁ, Larissa Navarro; AROUCHE, Leandro Pereira. *Tratamento Penal do Criminoso Doente Mental*. Disponível em [http://www.viajus.com.br/viajus.php? pagina=artigos&id=3644&idArea Sel = 4&seeArt=yes](http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3644&idArea Sel = 4&seeArt=yes). Acesso em 13 de mar. 2016

²⁵BRASIL. Artigos 97 e 98. Código Penal. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

tratar o preso com respeito e dignidade que merece todo cidadão, principalmente os presos portadores de necessidades especiais²⁶.

Sempre há a chance daquele que comete crime, sendo deficiente ou não, voltar a praticar delitos, que deverá ser afastado com o laudo que determinará a cessação da periculosidade. Assim, para que o juiz não cometa uma injustiça, para que seja determinada a pena, deverá ser observado o laudo pericial para os crimes punidos com reclusão ou detenção.

A periculosidade deve ser observada de forma específica de apenas alguns agentes criminosos, pois o Código Penal se baseia no sistema enumerativo, em que indivíduos que não possuem responsabilidade em virtude de uma doença ou grave déficit mental, são considerados de alta periculosidade.

A personalidade do sujeito representa probabilidades de conduta, havendo sempre espaço para a liberdade e autodeterminação, mediadas pela vontade. Quando se orienta no sentido da criminalidade, encontramos a chamada periculosidade como expressão da personalidade. Nesse sentido, como o código penal de 1940 presume em lei a periculosidade dos deficientes mentais, a personalidade deles não precisava ser avaliada no processo penal, o que objetivamente retira deles a liberdade de suas condutas, pois a princípio, entende-se que existe neles a periculosidade máxima, quase como um cálculo preciso e invariavelmente certo²⁷.

A periculosidade deve levar em consideração o cotidiano do agente, além do estado psíquico. Porém, ela pode ser prevista na lei de forma presumida, em que deverá ser levado em consideração o crime impossível e a tentativa, que apesar de não serem fatos que sofram punição, mas são fatos que demonstra a natureza de cometer crimes do agente.

Por fim, a diga-se que atualmente as medidas de segurança são cumpridas em hospital de custódia para os casos mais graves ou em tratamento ambulatorial para os casos menos graves. Todavia sempre deverá ser determinado pelo juiz um prazo mínimo para que haja reavaliação do agente infrator, para que não se torna uma pena perpétua e nem para que se coloque em convívio com a sociedade alguém que não teve a sua periculosidade cessada. Em que pese não haver prazo máximo determinado, pois não há como se estabelecer quando a periculosidade cessará, pois cada um responde de forma diferente ao tratamento aplicado.

²⁶ Disponível em: <http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos12.pdf>. Acesso em 22 fev 2016.

²⁷ Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702002000200006. Acesso em 22 fev. 2016.

CONCLUSÃO

Deve ser levado em consideração que existem diferentes formas de aplicar a sanção ao crime e a que comete o delito, ou seja, muitas vezes a punição se destina mais a evitar um comportamento criminoso reiterado do que punir o crime em si. Com isso, surgem as diferentes formas de aplicar a medida sancionatória a quem pratica crime, pois caso o agente seja considerado como deficiente mental irá responder por seus atos em um manicômio judiciário ou hospital de custódia e tratamento. Esse tipo de sanção será aplicado não como forma de privação da liberdade, mais sim como forma de medida de segurança, que não possui prazo determinado, pois é considerado como forma de prevenção, pois ao agente considerado como deficiente mental não se atribui a culpabilidade, a responsabilidade pelo seu ato.

Com relação à periculosidade, por se algo incerto, que pode vir ou não a se manifestar novamente, a aplicação da medida de segurança se torna muitas vezes abusiva. Apesar de não ser considerada como pena, a medida de segurança em várias oportunidades acaba por se tornar uma pena perpétua, pois se baseia em incertezas, suspeitas, suposições, que são impostas a favor da sociedade e não como princípio penal em favor do réu e que apesar de serem aplicada aos agentes reavaliações periódicas, por não conterem prazo determinado se tornam eternas.

Insta dizer, as medidas de segurança aplicadas aos deficientes mentais que cometem crimes, são cumpridas em locais em que não se respeita o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, os direitos humanos, tendo em vista as condições do local e o tratamento oferecido. Todavia, a falsa sensação de segurança prevalece sobre as reais condições de dignidade em que são tratados esses agentes criminosos que precisam de tratamento e não de punição, pois muitas vezes nem entendem a real gravidade de seus atos.

É extremamente importante, que o Brasil, participante de tratados de direitos humanos, implante no sistema penitenciário brasileiro, métodos de ajuda aos deficientes mentais criminosos, pois muitos possuem condições de com tratamento adequado e oportunidade de se profissionalizarem quando forem considerados aptos para viverem novamente em sociedade possam até mesmo arrumar um emprego, uma ocupação.

A intenção dessa pesquisa foi de demonstrar que na maior parte das vezes o que se busca com a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança é de segregar aquele que pratica um ato delituoso, não importando se ele possui potencial consciência da ilicitude do ato que está cometendo ou não. E as soluções encontradas no ordenamento jurídico do Brasil para que qualquer risco à sociedade seja minimizado, ainda que em virtude de uma penalidade que ao invés de ajudar ou recuperar o indivíduo piore ainda mais sua situação.

Buscou-se demonstrar com o doente mental é tratado em nossa sociedade a partir do momento em que ele comete algum fato delituoso, assim como ainda que seja extinta sua punibilidade em razão de sua incapacidade de entender o ato que está praticando, haverá sempre uma forma de separá-lo da sociedade.

Foram analisadas as formas de medida de segurança, como elas são aplicadas e a sua eficácia.

Portanto, não se faz necessária a criação de novas leis para regulamentar os casos de inimputabilidade por doença mental, mas é de extrema urgência a efetivação das normas já existentes, a fim de promover de fato a segurança e a paz social.

Assim, para finalizar, conclui-se que os doentes mentais que praticam crimes devem sim serem tratados, porém com dignidade, respeito, pois as medidas de segurança quando aplicadas devem ajudar a sociedade a posteriormente receber esse agente modificado, como mais um colaborador e não como um fator de despesa e que muitas vezes pode vir a reincidir

no ato delituoso. Pois, se houver um tratamento adequado, em locais especializados, estarão sendo respeitados a dignidade da pessoa humana e os fundamentos das medidas de segurança.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Francieli Batista. *Direito Penal da loucura: doença mental, inimputabilidade penal e medidas de segurança*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21476>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Código Penal. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Vade Mecum: Penal e Processo Penal*. 5ª. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 19. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. Lei 13.146, de 06 de julho de 2015. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 de jul. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 49.767/PA, Relatora: Ministra Laurira V. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7166294/habeas-corpus-hc-49-pa-2005-0187270-0/relatorio-e-voto-12896590>>. Acesso em 27 jul. 2016.

CABRAL, Ana Clara. *Estatuto da Pessoa com Deficiência e seu impacto no Código Civil*. Disponível em: <<http://advocaciacabral.jusbrasil.com.br/artigos/225725023/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-seu-impacto-no-codigo-civil>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

COMUNICAÇÃO, Carolina Cunha, da Novelo. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Marco na defesa dos direitos, ele abre outros debates*. Disponível em: <<http://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-marco-na-defesa-dos-direitos-ele-abre-outras-debates.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. Disponível em : <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/noticias/aprovado-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-lei-brasileira-da-inclusao>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. Disponível em: <<http://www.mybrazilianculture.tk/2015/07/Estatuto-da-Pessoa-com-Deficiencia.html>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

_____. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/pablostolze/posts/861379603942222>. Acesso em: 09 abr. 2016.

_____. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42271/critica-a-nova-sistematica-da-incapacidade-de-fato-segundo-a-lei-13-146-15-2>. Acesso em 09 abr.2016.

_____. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjIyMA==>. Acesso em 09 abr. 2016.

DUQUE, Bruna Lyra. *Estatuto da pessoa com deficiência: Novos rumos da autonomia existencial*. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/331086>>. Acesso em: 16 Jan. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MAURICIO, Célia Regina Nilander. *Execução Penal e os Portadores de Deficiência à Luz dos Mandados Constitucionais*. Disponível em: <<http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos12.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

PERES, M. F. T; FILHO, NERY, A. *A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702002000200006>. Acesso em 22 fev. 2016.

SIMÃO, José. Disponível em : <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

STOLZE, Pablo. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 22 fev. 2016.