

Medidas de Segurança

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador aposentado do TJ/RJ,
Presidente do Fórum Permanente de
Execução Penal e Professor da EMERJ.
Advogado.*

1. VISÃO CRÍTICA NORMATIVA

1.1. A Reforma brasileira da Parte Geral, de 1984, acabou com a distinção entre *periculosidade real* e *periculosidade presumida*, constante dos arts. 77 e 78 do Código Penal de 1940. A *periculosidade real* é verificada pelo juiz penal, ao passo que a *presumida* decorre de lei. A *periculosidade real* é constatada pelo juiz penal através do exame de insanidade mental para saber se o periciado é ou não doente mental ou portador de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Ao passo que a *periculosidade* é *presumida* por força de norma legal, determinando que o inimputável seja internado em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico¹. Assim, os reincidentes em injusto doloso não mais serão *presumidamente* perigosos, apenas os autores inimputáveis de injustos penais continuarão *presumidamente* perigosos, visto que o art. 97, 1ª parte do Código Penal, determina a imposição de medida de segurança ao autor de injusto penal inimputável. Outrossim, inexistente pela Reforma de 1984 qualquer vinculação do juízo penal à *declaração de periculosidade real*, como existia no art. 77, §1º, do Código Penal de 1940, pois como vimos, desapareceu o conceito de *periculosidade real*. Devo lembrar que foi adotado o sistema vicariante e substituído o *duplo binário*, daí só se pode presumir a *periculosidade*

¹ Arts. 26 e 27, do CP.

do inimputável, sendo os semi-imputáveis considerados perigosos por determinação judicial.

1.2. A Reforma deu um grande passo garantista em relação à duração das duas *espécies* de medidas de segurança, inexistindo marcos máximos, perdurando indeterminada, mas a qualquer tempo ser feita a verificação a cessação da periculosidade. Admitiu a *regressão do regime ambulatorial* para o de internação para *fins* curativos, mas olvidou a *progressão do regime de internação*, isto é, com as saídas terapêuticas para o regime ambulatorial, diante da melhoria e necessidade do tratamento do paciente. Aliás, questiona-se o critério jungido à quantidade da sanção penal para a escolha da medida de segurança, visto que estamos diante de um *doente* e o que importa é a *pessoa do paciente* para fins de tratamento e não, a natureza da pena cominada ao injusto penal. Já há reação pretoriana à vedação em relação aos inimputáveis que praticaram injustos penais a cujo tipo é cominada *pena de reclusão*². A questão mais ampla diz respeito aos *semi-imputáveis*, que segundo o legislador, necessitem de "*especial tratamento curativo*", e em caso afirmativo, admite que o juiz da cognição faça a substituição da pena privativa de liberdade, reduzida de um a dois terços, por internamento ou tratamento ambulatorial. Anote-se que a Lei de Execução Penal estatui que o cumprimento da medida de segurança, só poderá ocorrer com o trânsito em julgado, oportunidade em que é expedida carta de guia de execução, razão pela qual vedou a aplicação de medida de segurança provisória, diante de sua natureza penal³. A Lei de Execução Penal, diante do sistema reformista de 1984, pontua o *princípio da jurisdicionalidade*, reforçando os *prazos legais de duração* com o objetivo garantidor da não-perpetuação da medida de segurança e elencando prazos mínimos de duração, de um a três

² Penal. Medidas de segurança. Capacidade de culpabilidade relativa. Sistema manicomial. Nova política psiquiátrica brasileira. Hospital-dia. Excepcionalidade da internação. Fatores deletérios do confinamento manicomial. Releitura do texto normativo diante da nova realidade científica. Preferência da orientação da equipe médico-psiquiátrica na condução do tratamento do doente mental em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. (TJ-RJ, Ap. Crim. nº 3.795/2002, 3ª. Câm. Crim., Rel. Des. Álvaro Mayrink da Costa, julgada em 5.8.2003).

³ V. art. 171 da LEP. Revogados os arts. 378 a 380 do CPP.

anos, possibilitando a *avaliação contínua* para verificar a cessação da periculosidade, inclusive admitindo a antecipação da inserção social.

Não há que se cumprir medida de segurança se não há periculosidade do autor ⁴.

1.3. A *desinternação* e a *liberação* do doente mental ficam dependentes do cumprimento das obrigações impostas na liberdade condicional, que como bem diz Eduardo Reale Ferrari, são as mesmas dos imputáveis em relação ao livramento condicional⁵ ("*seria injustificada e inadequada*").

1.4. Outra questão relevante diz respeito à *conversão* ⁶ quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança. Na regra geral, se a pena privativa de liberdade era de *reclusão*, a conversão será para a *internação*, se era de *detenção*, fica facultado ser de *internação ou ambulatorial*.

1.5. A legitimação da medida de segurança decorre de sua finalidade global de defesa social, isto é, de presunção de injustos penais futuros por ato de autor perigoso, pois já cometera injusto penal de natureza grave, inaceitável nos limites da paz social, afastada qualquer hipótese da violação do *princípio da dignidade humana*. Sustenta-se que o *princípio da defesa social* deve ser congregado com o *princípio da ponderação de bens conflitantes*, que no dizer de Roxin, a liberdade do imputável ou do inimputável só pode ser suprimida "*quando o seu uso conduza, com alta probabilidade, a prejuízo de outras pessoas que, na sua globalidade, pesa mais do que as limita-*

⁴ Art. 176 da LEP.

⁵ Art. 178 da LEP com permissão aos arts. 132 e 133, do mesmo diploma, vedado ao doente mental a mudança de residência sem comunicação, o recolhimento à habitação e a frequência a locais públicos, além da hora fixada. Outrossim, ocupação lícita, dentro de prazo razoável se apto para o trabalho.

⁶ Arts. 183 e 184 da LEP.

ções que o causador do perigo deve sofrer com a medida de segurança⁷". De outro lado, Jescheck lembra os dois grandes objetivos a serem alcançados: as medidas de segurança devem proteger a macrossociedade frente aos futuros delitos e também alcançar essa meta através de efeitos ressocializadores sobre a pessoa do autor do injusto penal. Recorda que na Alemanha decaí sua importância em 1984 com a supressão da internação em centro de terapia social⁸.

2. CONCEITO. PRESSUPOSTOS. PRINCÍPIOS. EXECUÇÃO

2.1. Conceituam-se as medidas de segurança, de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e de tratamento ambulatorial, como conseqüências jurídicas de caráter penal e não administrativos, ditadas pela política de prevenção especial positiva, tendo como pressupostos a realização de injusto penal e a periculosidade criminal do autor, se inimputável, presumida, se semi-imputável, considerada por determinação judicial ao especial tratamento curativo, adotado o sistema vicariante, objetivando evitar que não voltem a praticar novos injustos penais.

2.2. Os pressupostos ou requisitos para a aplicação da medida de segurança, são: a) a prática do injusto penal; b) a periculosidade do autor. A prática do injusto penal é o primeiro pressuposto para a aplicação da medida de segurança afastando as medidas de segurança pré-delitivas por imposição de segurança jurídica⁹. A medida de segurança como sanção penal não tem o caráter retributivo-preventivo nem o patamar da culpabilidade, visto que a sua natureza é preventiva e o seu fundamento está na periculosidade do autor do injusto penal, que em razão de sua doença mental, constitui-se, na probabilidade de vir ou tornar a realizar novos injusto típicos relevantes colocando em risco a sua própria integridade pessoal e a segurança da macrossociedade.

⁷ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1994, §3º, n.m.59.

⁸ Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht*, A.T, Duncker e Humblot, Berlin, 1988, § 77, cap. 2, 624.

⁹ Art. 5º, *caput*, da CF/88.

A nosso sentir, a distinção entre a pena e a medida de segurança não se encontra em seus ângulos estruturais, mas na razão de sua justificação. O inimputável continua a ser uma pessoa humana em particular estado de autocensura, a quem importa dar auxílio e proteção. A defesa da macrosociedade realiza-se justamente com o tratamento e a cura por óbvio até onde for possível, desses especiais tipos comportamentais.

2.3. As causas justificantes ou as excludentes da culpabilidade afastam a sua aplicação. O conceito de antijuridicidade que constitui o pressuposto da imposição de medidas de segurança não pressupõe como requisito necessário, a ocorrência efetiva de elemento subjetivo algum (nem a voluntariedade da ação, nem o dolo nem outros elementos subjetivos), podendo configurar-se de modo estritamente objetivo. Tal objetivação, ao implicar que a imposição de medidas não requeira como pressuposto a antinormatividade do ato cometido, vem precisamente imposta pelos fins da medida de segurança. Por seu caráter cognitivo, vincula-se estritamente ao ato de lesão ao bem jurídico e à periculosidade manifesta. O autor do injusto penal deve apresentar periculosidade *presumida*, por força de sua imputabilidade¹⁰, ou *judicial*, reconhecida pelo juiz penal, quando se trata de semi-imputável que necessitar de *especial tratamento curativo*¹¹. A ausência de imputabilidade plena não mais admite o "dopo binário", afastando a possibilidade a ser aplicada medida de segurança ao imputável, pois só o semi-imputável estará sujeito à medida de segurança em caso de *especial tratamento curativo*¹², caso contrário será aplicada a pena privativa de liberdade em relação de dois terços, em razão da ausência de capacidade plena. Uma vez provada a prática do injusto penal poderá ser aplicada ao autor inimputável uma medida de segurança de internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico. Note-se, ainda que a anomalia psíquica seja comprovada pelo *laudo de sanidade mental* no

¹⁰ Art. 26, *caput*, do CP.

¹¹ Art. 26, parágrafo único, do CP.

¹² Art. 98 do CP.

início do procedimento penal, não deve ser interrompido, pois será necessário que se prove que o acusado foi o autor do injusto penal. O andamento do processo até a sentença é a garantia do imputado, para fazer a prova dos fatos referentes à comissão do injusto do tipo e, depois *para avaliar a periculosidade para a justa e proporcional* medida de segurança a ser aplicada. Caso não se prove que o imputado praticou o injusto ou se verifique a presença de causa de justificação, é defesa a aplicação de medida de segurança. A internação de portadores de anomalia psíquica compulsiva será objeto de medida de ordem médica ou judicial no caráter penal. O inimputável é insusceptível de um juízo de culpa, pois a medida de segurança não objetiva punir, mas submete a tratamento psiquiátrico para a sua proteção e da macrossociedade a fim de evitar a repetição de ato típico gerador de novos conflitos macrossociais¹³.

2.4. Sem a preocupação maior de traçarmos todas as diferenças entre as penas e as medidas de segurança, não podemos obliterar que as medidas de segurança são *pós-delitivas*, requerendo a realização do injusto penal, caracterizadas como *sanção penal*, exigindo o devido processo legal e o controle da aplicação por órgão judiciário (jurisdicionalidade). A aplicação da medida de segurança possui como fundamento a periculosidade social do autor do injusto penal e deverá obedecer aos princípios da legalidade, da tipicidade e da proporcionalidade. As medidas de segurança são regidas pelos princípios gerais de garantia. O *princípio da proporcionalidade* significa

¹³ Eduardo Reale Ferrari ao salientar que a periculosidade criminal consiste na *probabilidade* e não na mera *possibilidade* do autor do injusto penal vir a cometer novos ilícitos penais, ressaltando que em seu Estado Democrático de Direito não há medida de segurança em caráter de sanção penal sem periculosidade criminal; que exige no campo da legitimidade o ato típico relevante. A probabilidade de repetição diz que constitui a legitimidade à existência do perigo em razão do interesse público preponderante. Não se trata de atos bagatelares mas de condutas reais e efetivas, que reiterada coloquem em risco a segurança e a paz social, lembra a existência de duas correntes: **a)** probabilidade na repetição da *mesma natureza* do injusto penal anterior, aplicando-se as medidas de segurança em fundamento no meio da reiteração futura de injustos penais da *mesma espécie*; **b)** impossibilidade de configurar a periculosidade criminal com a probabilidade reiterativa específica delitiva diante da ausência da capacidade no inimputável. Eduardo Reale Ferrari posiciona-se no sentido de que assiste razão a segunda corrente, pois impossível compreender a periculosidade criminal do inimputável como uma provável reiteração do injusto típico da *mesma espécie*, inexistindo qualquer indicador de que o doente mental possua a probabilidade de reiteração de injusto penal da *mesma espécie* apresenta maior periculosidade do que de *espécies diferentes*. (Eduardo Reale Ferrari, **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, 153-160).

que a aplicação da medida de segurança não é endereçada para casos irrelevantes tendo correlação com a gravidade e a periculosidade social (*perigo futuro do cometimento de novos injustos penais*). Podemos ainda acrescentar o princípio da subsidiariedade, quando for possível a aplicação de medidas menos onerosas para garantir a proteção dos bens jurídicos¹⁴. Faria da Costa, ao se referir à aplicação da medida de segurança, mesmo para os sistemas que não sejam monistas éticos, com fundamento na idéia de *perigosidade social*, diz que deve ficar claro que, "*se as antinomias podem surgir entre valores supra-individuais impostos pelo Estado e os valores do homem concreto, ainda que delinqüente, elas sempre deverão desaparecer quando esteja em perigo a dignidade humana*", e desta forma, o Estado cumpre um escopo básico: a *humanização*. Repita-se que as penas e a medida de segurança globalisticamente possuem o caráter de sanções penais aplicadas aos autores dos injustos penais e, lamentavelmente na execução, são inumanas, pois os doentes mentais ficam trancados em celas com rigor prisional maior do que os condenados a penas privativas de liberdade sob o regime de punição. O Código Penal brasileiro de 1969, com as alterações introduzidas pela Lei 6.016, de 31 de dezembro de 1973, e a reformulação trazida ao Decreto-lei 2.848, de 7.12.40, pela Lei 6.416, de 24.5.77, afirmava que as penas deveriam ser executadas de modo que exercessem sobre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social. O projeto partiu do entendimento de que a pena se cumpre como medida de segurança detentiva, não existindo qualquer *presunção de periculosidade*. A medida de segurança, antes da Reforma de 1984 na legislação brasileira, era pessoal ou patrimonial (v.g.: **a**) internação em manicômio judiciário; **b**) internação em estabelecimento psiquiátrico; **c**) interdição do exercício da profissão; **d**) cassação de licença para a direção de veículos; **e**) exílio local; **f**) proibição de freqüentar determinados lugares; **g**) interdição de estabelecimento industrial ou comercial, sede de sociedade ou associação; **h**) confisco).

¹⁴ Faria da Costa, *Aspectos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objetiva no Direito Penal Português*, nota 10, 14.

Ressalte-se que não se confere à pena tão-somente efeito intimidativo, aflitivo e retributivo, sendo atribuídos fins de reinserção social. Continua (a) a pena a ter no injusto e na responsabilidade seus pressupostos, ao passo que (b) a medida de segurança se assenta na periculosidade do autor inimputável do injusto penal.

2.5. De outro lado, o *processo de execução* tem como escopo a realização do que está inscrito no título executivo, tradutor da certeza relativa à existência do objeto da execução diante da coisa julgada, submetendo o apenado ao cumprimento da resposta estatal. A execução penal é um processo que *pode* ser instaurado de ofício¹⁵. Estamos diante de normas penais e não administrativas, lembrando a lição carrariana, que a detenção está em que a pena é imposta pelo juiz criminal, diante do processo de judicialização da execução, observada a posição garantidora, todos os incidentes ocorridos na execução, proceder-se-ão através da formação do devido processo, com o contraditório e ampla defesa e serão julgados pelo juiz da execução, cabendo recurso de agravo ao Tribunal.

3. ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

3.1 Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico

3.1.1. A internação no hospital de custódia para tratamento psiquiátrico objetiva a proteção da macrossociedade para possíveis atos anti-sociais futuros de doentes mentais graves, autores de injustos penais, bem como submete o doente mental internado a tratamento psiquiátrico obrigatório. As medidas de segurança não são penas e por isso não são submetidas ao *princípio da culpabilidade*, mas sim ao *princípio da proporcionalidade*, diante do Estado de Direito, atendendo a importância dos injustos tópicos cometidos pelo autor, se possa esperar que venha no futuro, em razão do grau de perigo que representa (*probabilidade de novos injustos típicos*). Jescheck ressalta a "*importância dos delitos puníveis*", mesmo que sejam

¹⁵ Arts. 105 e 147 da LEP. Os incidentes de execução podem ser instaurados pelo juiz da execução *ex vi* do art. 195 da LEP.

bagatelares, porque as medidas de segurança ocupam o primeiro plano na necessidade de segurança e paz pública¹⁶. A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico é uma ferramenta de proteção macrossocial, diante de pessoas que, devido a sua grave doença mental, inimputáveis colocam um risco perante a segurança pessoal e pública.

A internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico e a submissão ao tratamento ambulatorial possuem por finalidades: **a)** submeter o doente mental que cometeu injusto penal, e como tal considerado presumidamente pelo Estado, observado sempre o princípio da dignidade humana, tratamento psiquiátrico específico objetivando a melhora da sua saúde mental; **b)** proteger a macrossociedade contra prática de novos injustos penais garantindo a segurança e a paz social.

Aponta os princípios da *dignidade humana* e do *tratamento psiquiátrico específico* submetendo os pacientes psiquiátricos internados em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ao confinamento a celas e horário para o "banho de sol", sob a custódia de guardas e não enfermeiros, em verdadeiro regime disciplinar diferenciado. Tal quadro, em diversos hospitais de custódia estaduais constitui flagrante violação aos direitos humanos (*fato denunciado por psiquiatras e psicólogos no Fórum Permanente de Execução Penal da EMERJ, veementemente, também criticado pelo prof. Talvane de Moraes e demais membros do Fórum*).

3.2 TRATAMENTO AMBULATORIAL

3.2.1. O tratamento ambulatorial, em que deverá ser observada a progressividade, poderá ser revertido em internação se um doente mental revelar incompatibilidade com a medida. Há que se fazer a distinção entre: **a)** conversão do apenado que cumpre pena privativa de liberdade e; **b)** o que cumpre pena pecuniária. Na primeira hipótese, **(a)** quando no curso da execução sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o apenado deixa de ter capacidade para submeter-se às imposições do cumprimento da pena pri-

¹⁶ Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Conases, §§ 77, I. 2, 733.

vativa de liberdade imposta, dando-se, pois a conversão em medida de segurança; já na segunda hipótese **(b)** ocorrerá a *suspensão da execução da pena de multa*, a qual será declarada extinta diante do decurso de prazo equivalente ao da prescrição da pretensão executória.

3.2.2. No que tange à conversão, aplicam-se as normas pertinentes às medidas de segurança *ex vi* dos arts. 96 do Código Penal e de sua execução *ex vi* dos arts. 171 a 179 da Lei de Execução Penal. Se o condenado praticou injusto penal a que se cominaria pena privativa de liberdade de *detenção*, a *conversão* deve ser para o *regime ambulatorial ex vi* do art. 97, *caput*, 2^a parte c/c 98, todos do Código Penal. Vale dizer que se for o *transtorno mental transitório*, dever-se-á proceder à transferência para hospital ou casa de saúde especializada. A *substituição* e a *conversão* da medida de segurança estão previstas no art. 41 do Código Penal (o condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado) e no art. 183 da Lei de Execuções Penais (quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança). Nesta hipótese, sustentamos, como já vimos, que o prazo é o do tempo restante da pena privativa de liberdade a ser cumprida. A substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança¹⁷ possui caráter provisório e tem como prazo de duração o restante do tempo da pena de ser cumprido. Se ainda revelar o quadro de doença mental deverá ser colocado à disposição do juiz cível. A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Há três tipos de internação psiquiátrica: **a)** *voluntária*, que se dá com o consentimento do usuário; **b)** *involuntária*, que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro, sendo comunicada ao Ministério Público Estadu-

¹⁷ Arts. 41 do CP e 183 da LEP.

al pelo responsável técnico do estabelecimento; c) *compulsória*, a determinada pela Justiça. A nosso aviso, a presunção de periculosidade consiste num juízo lógico de possibilidade pós-delitual da realização, por inimputáveis, de novos injustos penais, colocando em risco real e efetivo sua integridade pessoal e a segurança e a paz da macrosociedade.

3.2.3. Assim, a legislação pátria afastou a presunção legal da periculosidade e a aplicação de medida de segurança a imputáveis, reservando-a tão-só a inimputáveis e a semi-imputáveis, suprimindo o *dopo binário* adotando o sistema vicariante, observado o princípio da legalidade. Ao eleger as duas espécies de medida de segurança, uma restritiva, de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e outra de tratamento ambulatorial, deixando de fixar limites máximos de duração, perdurando indeterminada enquanto durar a periculosidade. Admitiu, diante do vicariato, a *substituição* da pena privativa de liberdade pela medida de segurança de internação ou de tratamento ambulatorial, diante da necessidade de tratamento psiquiátrico do semi-imputável. O prazo mínimo de um e máximo de três anos para proceder a perícia de cessação da periculosidade é relativo, pois o juiz pode determinar a qualquer tempo na execução.

Muito mais que um instrumento terapêutico, o velho manicômio se afirmou como *instrumento de exclusão*¹⁸. Exclusão física que duplica no plano do concreto a exclusão simbólica do universo da cidadania. Na modernidade, diante da nova legislação que dispõe sobre a *assistência ao doente mental*, a psiquiatria brasileira enfrenta o grande desafio da transformação radical diante de modelos diferenciados para garantir a manutenção de vínculos entre o paciente, a família e a comunidade¹⁹.

A periculosidade seria *jurídica*, sendo para Petrocelli um complexo de condições subjetivo-objetivas, sob a ação das quais é pro-

¹⁸ O Hospício Pedro II foi criado pelo decreto imperial de 17 de junho de 1841, tendo sido inaugurado em 5 de dezembro de 1852, na Praia Vermelha.

¹⁹ Neste sentido: Talvane de Moraes, "Medidas de Segurança e Tratamento Psiquiátrico", 122ª Reunião do Fórum Permanente de Execução Penal, realizada em 25.5.2006.

vável que um indivíduo cometa ato socialmente danoso ou perigoso, negando a *"qualidade pessoal"*. Porém, certa é a resposta de Gripigni ao revelar o equívoco de Petrocelli, ao confundir as causas ou fatores em virtude dos quais uma pessoa é ou não perigosa com as qualidades que deve possuir para ser como tal declarada²⁰.

A teoria da periculosidade abrange toda uma época na história da ciência penal²¹. O *problema da coexistência* não desapareceu, e nos dias atuais há a tendência da *unificação parcial*²². Tal sistema foi analisado no VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, em 1953²³, sendo que Liszt já os comparava a círculos secantes com zonas comuns, evitando-se a aplicação sucessiva sobre o mesmo sujeito, por um único ato²⁴, que diz textualmente que o *sistema dualístico* pode ser superado, devendo ser adotada uma *sanção única* que tenha o fim *"reeducação social"*, indeterminada no máximo, destinada a cessar somente com o desaparecimento da periculosidade, mas com um mínimo preestabelecido em relação à gravidade do injusto penal. Outrossim, sustenta a indeterminação no máximo limitada, a fim de se reduzir a periculosidade e prorrogar a duração da sanção, estabelecendo a base de um juízo sobre as condições psíquicas do autor do injusto. Há os que advogam que há casos em que só se impõe a pena, ou a medida, ou uma terceira opção, que seria a medida especial de segurança penal²⁵.

Para alguns países, partindo de que a reincidência reiterada demonstra a ineficácia da pena, aos multirreincidentes seria eficaz uma *medida especial*, quando as necessidades de reinserção ou de periculosidade superassem em sua importância a culpabilidade na

²⁰ Gripigni, *Diritto Penale Italiano*, I, 189-190.

²¹ Código da Noruega de 1902; Suíça, 1937; Itália e Dinamarca, 1930; Uruguai, 1933; Polônia, 1932; Colômbia e Romênia, 1936; Brasil, 1940, ou as leis especiais, como nos casos da lei belga de defesa social de 1930, a alemã de 24 de novembro de 1933, sobre delinquentes habituais, que inaugura o dualismo na legislação alemã, chegando Schönke a falar numa triplicidade de vias.

²² Bettiol, *Diritto Penale*, Palermo, 1958, 662.

²³ Erra, "Il Problema della Unificazione della Pena e delle Misure di Sicurezza", in *La Scuola Positiva*, 1954, 502.

²⁴ Antolisei, "Natura e Transformazioni della Pena", in *Problemi Penali Odierni*, Milão, 1940, 161.

²⁵ Oneca, *La Prevención Generale y la Prevención Especial em la Teoria de la Pena*, Salamanca, 1944, 144.

relação com o injusto cometido²⁶. O sistema de *via única* é adotado no Criminal Justice Act de 1948 (substitui o *dual track* pelo *single track*) e pelo Código grego de 1950, bem como pelo XII Congresso Internacional Penal e Penitenciário de Haia de 1950.

Os alemães não deram a mesma acolhida ao tema, sendo conhecida a frase de Exner: "*Der Begriff der Gefährlichkeit ein gefährlicher: Begriff*". A noção de periculosidade segundo a jurisprudência do Tribunal Supremo é a probabilidade de que se repita a realização de atos delitivos que ofendam gravemente a ordem jurídica²⁷. Note-se que o juiz penal alemão na investigação da personalidade não se encontra só, utiliza os serviços de assistência social (*Soziale Gerichtschilfe*) e o serviço biológico criminal (*Kriminalbiologische Dienst*). Anote-se que Maurach considerou a *Tatenerantwortung* como um estágio intermediário entre a antijuricidade e a culpabilidade, constituído por um juízo sobre o autor do injusto penal, que se satisfaz com os mais rudimentares critérios, representados pelas exigências que devem valer na ordem das circunstâncias concomitantes. Relacionadas com o problema do lugar da personalidade e o caráter do autor do injusto penal que deveriam ocupar no juízo da culpabilidade, surgiram muitas teorias (a) culpabilidade do caráter, (b) sintomática, (c) culpabilidade do autor, (d) culpabilidade de disposição, (e) criminalidade potencial, todas violando os princípios garantidores do Estado Democrático de Direito.

A nosso aviso, como proposta conceitual, *o juízo da periculosidade consiste em um juízo lógico de probabilidade pós-delitual, tornando-se necessário determinar o grau que esta ocupa no plano de dar condições favoráveis à produção de novo injusto penal.*

3.2.4. Na *guia de internação ou de tratamento ambulatorial* deverá constar a data em que terminará o prazo mínimo de internação, ou

²⁶ V. legislação da Inglaterra, EUA, Dinamarca e Suécia; consulte-se Geerds, "Die Bekämpfung der Berufs und Gewohnheitsverbrecher und Rehandlung des Rückfalls", in *Materializen zur Strafrechtsreform*, v. 2. I, 1954, 176.

²⁷ Blau, "Gefährlichkeitsbegriff und sichernde Massregeln" in *Ibero-amerikanischen Strafrecht*, Bonn, 1951, 24.

de tratamento ambulatorial, sendo retificada sempre que sobrevier modificação do prazo. A constatação do papel do Estado, diante da idéia de uma periculosidade do autor do injusto penal perante a macrossociedade, não pode ser eliminada pela aplicação da pena privativa de liberdade, ressaltando a *finalidade preventiva* e não retributiva da medida de segurança, sustentando determinada corrente a presença de um efeito *preventivo geral*, embora a pena e a medida de segurança não se diferenciem em essência, numa direção preventiva. A Reforma 1984 afastou a aplicação provisória da Medida de Segurança aos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, bem como aos ébrios e toxicômanos. O *princípio da anterioridade da lei*²⁸ fez dissipar as iniciais divergências pretorianas, visto que a Lei da Execução Penal não acolheu a possibilidade da aplicação provisória da Medida de segurança exigindo o trânsito em julgado da sentença²⁹.

A guia de internação ou tratamento ambulatorial não pode ser expedida antes do trânsito em julgado. Todavia, não pode ficar o doente mental recolhido à prisão comum, sem assistência especial e colocando em risco os demais encarcerados, aguardando o longo prazo do trânsito em julgado. Assim, deve ser expedida *guia de internação provisória* em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico³⁰. Na hipótese de foragido, deve ser expedido mandado de prisão para o recolhimento em hospital de custódia.

4. FINALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

4.1. No que tange à *finalidade* das medidas de segurança, quer de *internação*, quer de *tratamento ambulatorial*, não vislumbramos características de *prevenção geral positiva*, sob o fundamento de que no ataque aos bens jurídicos por inimputáveis e semi-imputáveis, em relação aos injustos de menor potencial ofensivo, a que se comina pena de *detenção*, seria aplicada a medida de segurança da espécie de *tratamento ambulatorial*, ao passo que nos de maior gravida-

²⁸ Art. 80 do CP.

²⁹ Art. 172 da LEP.

³⁰ Precedente do STJ (RT 664/330).

de, cominada a pena de *reclusão*, seria a de *internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico* ou *especial tratamento curativo*, e, sob o mesmo argumento, a imposição da *determinação do prazo mínimo* de cumprimento da medida, objetivando a paz social. O inimputável não possui capacidade elaborativa de um juízo valorativo sobre a antijuridicidade do ato, motivo pelo qual não é responsável. A questão gira em torno do *princípio da proporcionalidade* entre o injusto realizado e a espécie de medida de segurança aplicada, objetivando a proteção de destinatário de sanção excessiva. O legislador visa a proteger o inimputável, destinando-lhe tratamento específico diante de sua incapacidade e, ao mesmo tempo, *também* garantindo a paz social. O prazo mínimo de cumprimento está vinculado à *cessação da periculosidade*, possibilitando a realização do exame de cessação da periculosidade a qualquer tempo. A nosso aviso, a *finalidade* é de *prevenção especial positiva* e não de *prevenção especial negativa*, que lamentavelmente ocorre na realidade ainda *manicomial*³¹, pela *cronificação*, processo que impede a reinserção macrosocial diante da doença mental e da *manutenção* da periculosidade. Se *cessada*, não cabe mais a execução da medida de segurança, observado o caráter subsidiário do Direito Penal. Visa ao *princípio da humanidade das penas* e inexistindo o fundamento para a aplicação e execução da medida de segurança, o doente mental deverá ficar ao abrigo do campo de Direito Civil ou Administrativo, sendo objeto de interdição e tratamento em hospital psiquiátrico comum, sob a tutela médico-psiquiátrica, sem caráter sancionatório, buscando a sua integração social. A medida de segurança só perdurará enquanto o *paciente* apresentar quadro de doença mental ou retardo, apresentando risco à paz social diante da presença da *periculosidade*, observados sempre os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da humanidade das

³¹ A Lei nº. 10. 216/2001, de caráter civil e administrativo, coloca a *excepcionalidade* da internação, quando dispõe sobre a proteção das pessoas portadoras de transtornos mentais, só indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostram insuficientes, devendo o tratamento ter como finalidade permanente a reinserção social do paciente em seu meio. Enquanto que na *prevenção especial positiva* pretende-se legitimar o poder punitivo com uma função positiva de melhoramento do realizador do injusto penal, embora se saiba que a prisão como instituição penal é deletéria, não melhora ninguém, a *prevenção especial negativa* opera não para a melhoria da pessoa criminalizada, mas com efeito neutralizante para a inoculização dos incorrigíveis.

penas num Estado Democrático e Social de Direito. A ideologia do tratamento é figura originária do século passado e que, ao longo do século XX, conheceu por um lado, extraordinário desenvolvimento e, por outro, forte contestação, no que tange aos *imputáveis*. Ao Estado compete oferecer condições de recuperação aos *imputáveis* e, quiçá aos *semi-imputáveis*, mas não as impor, coercitivamente. Já em relação aos *inimputáveis plenos*, há o dever estatal de custódia e tratamento psiquiátrico. Aliás, Roxin indaga: "onde obtemos o direito de educar e submeter a tratamento pessoas adultas, contra a sua vontade?". Para diferenciar a pena da medida de segurança, há que se analisarem a natureza, efeito e fins. Vimos que a pena pretende primariamente a retribuição pelo injusto cometido, *malum proptionis propter malum actionis*, que não é o mesmo que expiação ou vingança³², a fim de satisfazer a consciência jurídica ofendida. Para Jyelenko, a retribuição é natureza e não fim, ao passo que a expiação é a mortificação, a necessidade de se impor um sofrimento no mais amplo sentido correccional³³.

4.2. Entre as maiores características distintivas diferenciais temos: a) a pena é consequência da culpabilidade do autor do injusto penal, ao passo que a medida de segurança é imposta unicamente pela periculosidade do autor inimputável; b) a pena é determinada e a medida é sempre indeterminada; c) a medida de segurança é sanção penal de natureza preventiva, ao passo que a pena privativa de liberdade tem o caráter preventivo repressivo.

Para Welzel a função do Direito "da pena" é revestida de natureza ético-social, ao passo que em relação às medidas de segurança se trata de uma proteção preventivo-assegurativa de bens jurídicos. Ainda, com outra linguagem poderíamos dizer que, no caso da pena, se trata da estabilização por via contrafática da norma vulnerada, ao passo que no caso das medidas de segurança se pre-

³²Von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1936, 265.

³³ Arenal, *Obras Completas*, tomo X, 1895, 24-25.

tende conseguir efeitos de prevenção especial (estabilização cognitiva da norma).

A pena e a medida de segurança não se diferenciam em seu *fim*, mas na sua limitação, pois a segunda não está vinculada em sua gravidade e duração à medida da culpabilidade, apenas ao princípio da proporcionalidade, admitindo-se uma maior amplitude em relação à pena³⁴. O fundamento das medidas de segurança, na esteira da doutrina alemã, é o *princípio do interesse preponderante*³⁵, que se liga aos princípios da *proporcionalidade* e da *ponderação de bens* na direção da proibição do excesso e reforçam a idéia do Estado de Direito, de que os danos e perigos que partem do autor do injusto penal devem ser suportados a despeito do interesse real preventivo em evitá-los. Roxin defende a tese de uma *via dupla* com os mesmos fins da pena e da medida de segurança, o que entende confirmado pela norma legal diante do "*sistema vicarial*", e aduz que pouca ajuda é dada através da construção de uma distinção efetiva entre pena e medida de segurança. Advoga como preferencial o modelo da antiga República Federal da Alemanha que mantinha a *dupla via* na *limitação da pena*, isto é, a pena se constituiria por um vínculo com a culpabilidade; já em comparação com a medida de segurança, teríamos na internação uma menor liberdade do cidadão (restrição), cabível por excepcionalidade em situações concretas de perigo à macrossociedade³⁶. A legitimação da medida de segurança decorre da *finalidade global de defesa social*, ou melhor, da prevenção de injustos penais futuros. Roxin, ao *defender o princípio da ponderação de bens conflitantes*, lembra que a liberdade de uma pessoa só pode ser suprimida ou limitada, quando o seu uso conduza, com alta possibilidade, a prejuízo de outras, que, na sua globalidade, pesa mais do que as limitações que o causador do peri-

³⁴ Roxin, *Derecho Penal*, Parte General, Civital, Tomo I, trad. Luzón Pena, García Conlledo e Javier Remesal, 1997, § 3º, 55-58, 104-105.

³⁵ Neste sentido: Roxin, Nowakowski, Stratenwerth, Schmidhäuser, sustentam a *dignidade da pessoa humana* diante da medida de segurança, que deve ter uso limitado num Estado Democrático de Direito ficando agrilhoadada ao *princípio do interesse preponderante* e da *medida da culpabilidade*. Roxin ao estudar finalidades e limites da medida de segurança em sua relação diante da dupla via de sanções ressalta o uso limitado pelo Estado.

³⁶ Roxin, *op., cit.*, §§ 3º, 61-62, 106-107.

go deve sofrer com a medida de segurança.³⁷ A nosso aviso, fica afastada a concepção, segundo a qual para delimitação de medida de segurança, tornar-se-ia necessário considerá-la dentro da categoria *das medidas puramente administrativas (medidas de prevenção)*, bem como descabe tornar ético o seu fundamento. *O juízo de periculosidade não é discricionário, possui limites legais que reduzem ao mínimo o poder do juiz.*

5. DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

5.1. Aliás, questão relevante diz respeito a duração das medidas de segurança, quer de internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico, quer para tratamento ambulatorial. Tanto a pena como as medidas de segurança visam a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado. Na inexistência de *limitação legal máxima*, sustenta-se que o *prazo máximo é o da pena privativa de liberdade*. No marco máximo cominada ao tipo de injusto penal realizado na imputabilidade plena, ao passo que na *semi-imputabilidade*, de caráter vicariante, o *marco seria da pena substituída*. Há argumentos contrários sob a alegação de que haveria um regime mais favorável a semi-imputável em relação ao imputável pleno, porém, diante do princípio da proporcionalidade em relação ao maior risco social prepondera viés preventivo. Não podemos olvidar a separação da aplicação das medidas de segurança aos imputáveis com fundamento na pura periculosidade e no sistema dualista (pena e medida de segurança). Como bem coloca Rodrigo Gomes Murinho em sua tese de mestrado "Medida de Segurança e aplicação dos princípios penais de garantia", que *"Se o sujeito possui uma enfermidade mental e precisa de tratamento, cabe ao Estado a proteção desse indivíduo com base em ações relacionadas à saúde, previstas na Constituição Federal a partir do art. 196, e não a aplicação de seu instrumento mais grave, o Direito Penal"*³⁸.

³⁷ Roxin, *op. cit.*, § 3º, m, 57.

³⁸ Rodrigo Gomes Murinho, "Medidas de Segurança e aplicação dos princípios penais de garantia", tese de mestrado, UCAM, 2006, 182.

5.2. O nosso Código Penal estabelece o prazo mínimo de um a três anos para a internação ou tratamento ambulatorial, todavia, sendo *indeterminado* o prazo de duração da medida de segurança, enquanto não for realizada a *perícia médica* para a verificação da periculosidade. A *perícia médica* realizar-se-á ao tempo do prazo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a *qualquer tempo*, se determinado pelo juiz da execução, *ex vi* do art. 97, §§1º e 2º, do Código Penal.

Como já sustentamos, é *inconstitucional* a indeterminação do prazo máximo de cumprimento, bem como *abusivo* deixar-se em aberto o prazo para a realização do *exame de verificação da cessação de periculosidade*. Repita-se que a orientação pretoriana é na direção de que o tempo máximo de duração fica *limitado* a não ser superior a 30 anos, *ex vi* do art. 75 do Código Penal. (Recorde-se do triste episódio do Manicômio Judiciário Heitor Carrilho, no Rio de Janeiro, em que o internado Febrônio Índio do Brasil lá permaneceu até a morte, durante 46 anos).

Assim, após tal prazo, se necessário, deverá ser procedida a interdição no juízo de órfãos e sucessões e transferido o curatelado para hospital psiquiátrico estadual, não mais custodiado por razão de medida de segurança.

6. CESSAÇÃO DE PERICULOSIDADE

6.1. Para a avaliação da periculosidade criminal, princípio essencial das medidas de segurança, que reclama providências especiais por parte do Estado Democrático de Direito, presentes os princípios constitucionais da *dignidade da pessoa humana*, resultado de *presunção legal*³⁹, ou por exceção, de *determinação judicial*⁴⁰, observados os *princípios de necessidade e de probabilidade*, diante do interesse público preponderante, pois não há fórmulas mágicas de certeza, não se podendo olvidar a exigibilidade de constatação, no caso concreto, da história do autor do injusto penal, com destaque à sua personalidade, antecedentes, motivos e circunstâncias geradoras e re-

³⁹ Arts. 26 e 97, do CP.

⁴⁰ Arts. 26, parágrafo único, e 98, do CP.

sultantes do grave desvio das normas de convivência macrosocial, produzindo real e efetivo *risco de repetição* da realização de novos injustos penais. É inegável que qualquer idéia de (re)cuperação ou (re)inserção parte da premissa de periculosidade do sujeito, porém, no Estado de Direito, não é possível falar mais em periculosidade de imputável.

6.2. *A cessação da periculosidade* deverá ser averiguada, por regra, no fim do prazo mínimo⁴¹ de duração da medida de segurança e, por exceção, a qualquer tempo no decorrer do prazo, através de provocação fundamentada do Ministério Público ou do internado, seu curador ou defensor, devendo a autoridade administrativa, até um mês antes de expirar o prazo mínimo de duração, remeter ao juiz da execução, minucioso relatório instruído pelo laudo psiquiátrico, que, depois de ouvir sucessivamente as partes e realizadas as perícias requeridas e deferidas, decidirá de forma fundamentada sobre a *revogação* ou *permanência* da medida de segurança, diante da cessação ou não da periculosidade⁴². A *desinternação hospitalar*, ou a *liberação ambulatorial*, deverá ser sempre *condicional*, podendo ser restabelecida a situação anterior se o desinternado ou liberado, antes do decurso de um ano, pratica ato indicativo de persistência de sua periculosidade⁴³.

A *cessação de periculosidade* é a avaliada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança imposta no julgado, observado: **a)** a *autoridade administrativa* terá o prazo até um mês antes de expirar o prazo mínimo de duração da medida para remeter ao *juiz da execução* minucioso relatório instituído com *laudo psiquiátrico* que o habilite a decidir sobre a *revogação* ou *permanência* da medida de segurança; **b)** a *autoridade judiciária* prolatará

⁴¹ Sustenta-se da inconstitucionalidade do §1º, do art. 97 do Código Penal (a internação e o tratamento ambulatorial serão por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for verificada, através de perícia médica, a cessação da periculosidade) diante da proibição constitucional das penas perpétuas. Submetidas as medidas de segurança ao *princípio da legalidade* a sua duração só poderá ser admitida pelo prazo máximo da pena abstratamente cominada ao injusto penal realizado pelo inimputável, e na hipótese de semi-imputável, ao *quantum* de pena privativa de liberdade que seria cumprida, caso não fosse substituída diante do *especial tratamento curativo*, diante da violação dos *princípios da dignidade humana* e da *proporcionalidade*.

⁴² Arts. 175 e 176, da LEP.

⁴³ Art. 178 da LEP.

a sua decisão no prazo de cinco dias da conclusão dos autos, após cumprido o devido processo legal, com a realização das diligências requeridas e da manifestação do órgão do Ministério Público e do curador ou defensor, nos prazos legais. Abre-se, por óbvio, a exceção de ser realizado o exame de periculosidade *durante o prazo mínimo*, mediante requerimento do Ministério Público ou do interessado. Para a *antecipação da perícia* exige-se a fundamentação do pedido, cujos limites imediativos serão avaliados pelos peritos. Da decisão, cabe agravo. Na hipótese de *prorrogação*, a qualquer tempo poderá o juiz da execução determinar que seja procedido novo exame de cessação de periculosidade, mesmo *antes* do prazo fixado, em sua *prorrogação*. A medida de segurança é relativamente indeterminada, perdurando enquanto o paciente, posto de insanidade mental, demonstrar *periculosidade*, devendo estar sempre sendo observado no hospital de custódia, a fim de que não seja *esquecido* e nele mantido quando inexistente quadro do *risco social* ⁴⁴.

6.3. A grande questão da nossa atualidade é a substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança por ter sobrevivido doença mental ao sentenciado durante a execução. Há duas correntes diante da interpretação do §1º, do art. 97 do Código Penal: **a)** o término da pena não pode ser utilizado como marco final da medida de segurança substituta, devendo durar até que cesse a periculosidade do autor do injusto penal; **b)** inadmissível prolongar-se por prazo indeterminado a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ficando a medida substitutiva restritiva ao tempo restante da pena imposta⁴⁵ com a decisão transitada em jul-

⁴⁴ Art. 97, §2º, do CP. (*A perícia médica realizar-se-á ao termo de prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano a ano ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução*). A periculosidade admitida como um *juízo de probabilidade* de restrição de injustos penais é marcada pela incerteza gerada pela própria problemática da *afirmação de previsibilidade e determinabilidade do comportamento humano*. O juiz da execução, que incumbe afirmá-la ou não, diante do *processo* e do *perfil do imputado*, ancorado no *princípio do livre convencimento* motivado não está, por óbvio, agrilhado ao laudo pericial. Diante do alto grau de incerteza, cogitando-se de *juízo de probabilidade* do cometimento futuros injustos penais *relevantes* devem os pacientes ser *periodicamente* reavaliados para diminuir o risco de violação da garantia do paciente e da macrossociedade.

⁴⁵ Neste sentido: STJ, HC 12 957-SP, 5ª. T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 8.8.2000, DJU 4.9.2000.

gado. A nosso aviso, observado o princípio constitucional, aplica-se por analogia o art. 682, §2º do Código de Processo Penal, no que se refere à hipótese prevista nos arts. 41 do Código Penal, e art. 183 da Lei da Execução Penal.

7. PRESCRIÇÃO

Finalmente, torna-se relevante a questão da prescrição no caso de semi-imputável. Duas correntes se posicionam: **a)** na medida de segurança imposta é de se considerar o máximo da pena cominada *in abstracto* ao injusto do tipo; **b)** deve ser levada em conta a pena-base mínima cominada abstratamente. A nosso aviso, observado o *princípio constitucional da individualização da pena*, o juiz da cognição ao aplicar a medida de segurança ao réu semi-imputável, deve proceder em observância ao art. 68 do Código Penal, reduzindo ou substituindo a pena privativa de liberdade pela medida de segurança, no caso de *especial tratamento curativo* (vicariante). Assim, o termo *a quo* é o *quantum* da pena privativa de liberdade aplicada. Se, por omissão não tiver sido aplicada, o prazo prescricional será norteadado pela *pena mínima* cominada *in abstracto* ao injusto do tipo. Decretada a medida de segurança, a cessação da periculosidade depende da juntada do laudo pericial, cuja demora constitui constrangimento ilegal. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que ... *se o paciente não iniciar o tratamento ambulatorial, além de não constar nos autos o laudo pericial que comprove se persiste ou não a periculosidade, torna-se inviável a prescrição* (STF, HC 13.687-SP, 6ª T., Rel. Min. Vicente Leal, j. 18.1.2001, DJU 15.10.2002, v. u., RT 802/533).

8. DIREITOS DO INTERNADO

8.1. A Reforma de 1984 introduziu disposição expressa relativa aos direitos do internado (submetido à medida de segurança), estatuidando que "*O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento*"⁴⁶, e a Lei de Execução Penal complementa que "*Ao condenado e ao interna-*

⁴⁶ Art. 95 do CP.

do serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei"⁴⁷, finalizando que se aplicam ao submetido à medida de segurança, no que couber, *todos os direitos do preso* ⁴⁸. A questão não se simplifica na internação em *estabelecimento dotado de características hospitalares*, pois quando a administração prisional só prioriza a *disciplina carcerária*, os doentes mentais ficam recolhidos às *celas em regime de tranca*, só com direito ao banho de sol, assistidos não por enfermeiros e médicos, mas por guardas penitenciários não qualificados para a tarefa. Ficou garantida a liberdade da família do internado de contratar médico de confiança pessoal para assistir e orientar o internado submetido à medida de segurança de internação ou a tratamento ambulatorial. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo juiz da execução⁴⁹. O legislador se preocupou com o recolhimento em *local adequado*, como garantia do inimputável diante do princípio da dignidade da pessoa humana. É dever constitucional, pois "*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e com acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação*" ⁵⁰.

8.2. O recolhimento do inimputável ou semi-imputável, autor de injusto penal submetido à medida de segurança colocado em *lugar inadequado* configura o injusto de constrangimento ilegal que pode ser reparado por mandamental de *habeas corpus*.

9. CONCLUSÃO

A legislação brasileira deu um grande avanço sobre a proteção e direitos das pessoas portadoras de transtorno mental redirecionando o modelo assistencial em saúde mental⁵¹. Assim, são

⁴⁷ Art. 3º. da LEP.

⁴⁸ Arts. 42 e 41, da LEP.

⁴⁹ Art. 43 e parágrafo único, da LEP.

⁵⁰ Art. 196 da CF/1988.

⁵¹ Lei nº. 10. 216, de 26 de abril de 2001.

assegurados os direitos e proteção contra qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos, grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra (o doente mental que cumpre medida de segurança, possuindo periculosidade presumida, é *duplamente discriminado*). Nos direitos da pessoa portadora de transtorno mental ressaltam o tratamento com humanidade e respeito e o interesse de beneficiar a sua saúde, objetivando a sua inserção na família, no trabalho e na comunidade, devendo ser protegida contra qualquer forma de abuso ou exploração, ter garantia do sigilo nas informações prestadas, o direito à presença médica, o acesso aos meios de comunicação disponível, receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento, realizado em ambiente terapêutico.

Talvane de Moraes sustenta que a aplicação das medidas de segurança, justificada como imperativo legal diante da presunção de periculosidade dos inimputáveis, em razão da existência de transtorno mental, não mais se apresenta consentânea com a existência do tratamento psiquiátrico moderno, em razão de novos recursos terapêuticos, especialmente medicamentosos, sendo perfeitamente *controlável* o paciente, não mais *necessitando* de longas internações hospitalares. Conclui o ilustre psiquiatra que a presença da doença mental os torna mais *vítimas* do que prováveis *autores* de novos injustos penais (Talvane M. Moraes, “Medidas de Segurança e Tratamento Psiquiátrico”, *in* Edição Comemorativa dos 100 Encontros do Fórum Permanente da Execução Penal, Rio de Janeiro, EMERJ, 120).

Lamentavelmente, nesta década do século XXI ainda não conseguimos tais conquistas na internação compulsória nos hospitais de custódia para tratamento psiquiátrico. 📄