

## Atualidades Sobre as Medidas de Segurança

Orlando **Faccini Neto**\*<sup>37</sup>

### 1 - Introdução

A observação lançada por Galdino Siqueira, a respeito do Código Criminal de 1890, no sentido de que: "Se a eficiência de um código penal se afere pelo sistema de repressão adotado, teríamos no que prescreve ao código vigente a respeito a demonstração de sua inaptidão para a consecução do fim primordial" (1921, 573), faz-se atual e, retificado o vernáculo a nosso tempo, enquadrar-se-ia como crítica bem posta ao atual arcabouço normativo.

As medidas de segurança, por certo, integram o referido sistema de repressão, se bem que com características e finalidades próprias, determinadas no nível legislativo, hábeis a marcar-lhes distintas das penas.

Dessa assertiva, desde logo, surge aspecto que se impõe ressaltar: as medidas de segurança *são espécie de sanção penal*. Fixar-se tal pressuposto - que não escapou à pena de Damásio de Jesus, para quem "as penas e medidas de segurança constituem as duas formas de sanção penal" (1995, 475) - é fundamental para a análise que se haverá de empreender.

Não é raro ouvir-se que, no sistema judiciário em geral, situa-se o direito penal em posição de desprestígio. Se a afirmação é correta, evidenciada pela precariedade da estrutura global do sistema - polícia (fase inicial), judiciário (fase intermediária) e presídios (fase final) -, que dizer, então, das condições impostas àqueles que se submeterão a medidas de segurança. Aqui, a calamidade parece total e em todas as perspectivas.

A aproximar as penas e medidas de segurança, todavia, não há apenas esses dois fatores. Além de se constituírem em nichos teóricos olvidados como regra e de exigirem, sempre, como pressuposto de incidência a prática de um injusto - fato típico e ilícito <sup>38</sup> -, não se pode negar que, em ambas, se busca prevenir o cometimento de novos delitos. Neste aspecto não há divergência relevante.

[RJ 337 - NOV/2005 - DOCTRINA PENAL 94](#)

Ocorre, entretanto, que reiteradamente se tem afirmado que às medidas de segurança incumbiria tão-somente o escopo preventivo, ao passo que as penas, além desse, buscariam a retribuição decorrente da prática da infração. Ademais, com as medidas de segurança pretender-se-ia afastar - *rectius*: extirpar - a situação de perigosidade que a ensejou, como que a afirmar-se que ela, a medida de segurança, vem ao encontro dos interesses daquele que delinqüiu. Nada mais irreal.

Muito antes da reforma penal de 1984, Basileu Garcia já revelava, ao tratar da atividade de distinguir pena e medida de segurança, que "há certa dose de artificialismo nesta tarefa, enquanto paira no campo doutrinário" (1956, 589). E mais adiante indagava: "Acaso a medida de segurança deixará de ser recebida por quem a cumpre, como castigo? Não importa proclamar-se que ela não pune, quando é certo que, ao impô-la, se obriga, por exemplo, um homem a privar-se da liberdade, por anos a fio" (1956, 591).

Disso tudo, inicialmente, tem-se que as medidas de segurança se constituem num mal - necessário, como as penas, mas um mal -, imposto pela via do processo. Consubstanciam, assim, espécie de sanção penal. Quer dizer, enquadram-se no campo do monopólio da violência estatal, porque ao Estado se permite, até mesmo, privar o indivíduo de sua liberdade, nos casos assentados pela Constituição Federal. Daí a conclusão primeira que se estabelece: as medidas de segurança não de ter incidência limitada no tempo, porquanto não se admite que o Estado imponha a violência - necessária às vezes - da privação da liberdade por período indeterminado.

## 2 - Evolução

A aplicação de medidas de segurança, em nossa quadra atual, reserva-se aos inimputáveis e semi-imputáveis. Nem sempre foi assim, como é cediço. Porém, como explicita Rui Carlos Machado Alvim: "Como linha mestra da preventividade pessoal para os imputáveis, o regime das medidas de segurança, pelo menos no Brasil, malogrou redondamente em seu escopo, servindo apenas para exercer sobre estes segurados uma intervenção ilimitada e para lá do limite necessário, duplicando-lhes a pena e tornando-lhes fugidia a liberdade" (1997, 120).

Ou seja, a partir de 1984, adotou-se em nosso Código Penal o sistema vicariante, pelo qual não mais se faz possível a aplicação conjunta de pena e medida de segurança. Essa, como já referido, destinar-se-ia aos casos de inimputabilidade e, em sendo necessário, aos semi-imputáveis.

Segundo o quadro traçado pelo legislador de 1984, partia-se de "um modelo médico paternalista, então reinante, (que) permitia que não se fosse muito exigente com um internamento, que seria sempre no interesse e para o bem do autor do comportamento definido como crime" (Antunes, Maria João. 2003, 349). Tanto assim que se estabeleceram como pressupostos de aplicação da

medida de segurança a prática de fato definido como crime e a periculosidade - essa, como regra, presumida, em face da prática do crime pelo inimputável.

Sequer obrou o legislador em demarcar a inequívoca teratologia que decorreria da imposição de medida de segurança a inimputável que, eventualmente, viesse a cometer crime culposo, hipótese em que de periculosidade não se há de cuidar. Segundo o artigo 222 do Código Penal italiano, por exemplo, não se há de impor tratamento em hospital psiquiátrico, quando a atuação do agente inimputável tenha sido negligente.

Prevê nosso Código Penal, em resumo, que a prática de crime a que se comine pena de reclusão, por inimputável, implicará decisão absolutória, com imposição de medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento. Sendo o delito punido com detenção, consistirá a medida de segurança em sujeição a tratamento ambulatorial.

Consoante nossa legislação, o prazo da internação ou do tratamento ambulatorial será indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade. Para a constatação dessa cessação, ademais, se fixam prazos mínimos de realização de exames.

Desgraçadamente, a mudança operada em 1984 já nasceu velha. A revolução psicofarmacológica ocorrida nos anos 60 do século passado, a nova abordagem no trato das doenças mentais e as contribuições da denominada "antipsiquiatria", tendentes a desinstitucionalizar o tratamento do doente mental, deveriam ter recebido atenção do legislador.

Nada de científico, ademais, está a revelar que entre os doentes mentais - *não se está a tratar aqui dos portadores dos transtornos anti-sociais de personalidade, que doentes mentais não são* - o índice de reincidência seja maior do que entre os imputáveis (Antunes, Maria João. 2003, 361).

Em tal perspectiva é que se prosseguirá, mormente tendo-se em conta o panorama instaurado com a edição da Lei 10.216/01, com a análise sobre se, atualmente, sustentam-se: a indeterminação de interregno de duração das medidas de segurança, a fixação de prazo mínimo para a aferição de cessação de periculosidade, se essa aferição mostra-se exequível e até que ponto estão adequadas ao novo paradigma as presunções estabelecidas em nosso Código Penal.

#### 2.1 Os Prazos para Aferição da Cessação de Periculosidade

Já se mencionou que, em nosso Código Penal, o sistema adotado no que concerne às medidas de segurança propende à sua indeterminação temporal, com previsão, entretanto, de prazo mínimo de duração. Com efeito, estabelece-se que a medida de segurança findará quando se atestar, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade e que perdurará por um a três anos, lapso mínimo esse a ser fixado na sentença.

Cumpra assentar, de logo, que o legislador não trouxe, como parâmetro tendente ao término da medida de segurança, a cura ou evolução do quadro relativo ao mal psíquico de que derivou a constatação de inimputabilidade ou semi-imputabilidade. Não é disso que se trata.

Previu-se, isto sim, que é a periculosidade - entendida como probabilidade de reincidir - o fator de que dependerá a manutenção ou o término da medida de segurança imposta.

De modo que não se faz descartável a hipótese de, não obstante perdurar a doença mental da qual derivou a constatação de inimputabilidade, ter-se finda a periculosidade, em razão de, por exemplo, remédios, tratamento no nível da psicanálise ou mesmo terapias comportamentais. Neste caso, controlados que estejam os impulsos violentos, razão não haveria para manter-se o cerceio à liberdade, decorrente da medida de segurança.

Em tal perspectiva, não se haverá de excluir, portanto, a possibilidade de o indivíduo inimputável vir a cometer um crime e, apesar disso, não revelar periculosidade no momento da prolação de sentença. O rompante violento, quiçá decorrente de um surto, bem poderia mostrar-se facilmente controlável por via medicamentosa, afastando a necessidade da segregação.

Neste caso, todavia, ainda assim, acaso o parâmetro legislativo fosse apenas o Código Penal, por pelo menos um ano dever-se-ia manter o sujeito em medida de segurança, prazo esse tido como mínimo para a feitura de exames tendentes a constatar a cessação da periculosidade.

O Código Penal cubano trata diversamente do tema. Dispõe em seu artigo 86:

*"Si el hecho de permanecer en libertad el enajenado mental declarado irresponsable de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 20, puede significar un peligro para la seguridad de las personas o para el orden social, el tribunal le impone una medida de seguridad consistente en su internamiento en un hospital psiquiátrico o en un centro de enseñanza especializada, por el término necesario para que obtenga su curación."*

Quer dizer, a privação de liberdade do declarado inimputável, com sua compulsória internação, dar-se-á apenas no caso em que mantê-lo em liberdade resulte em perigo para a segurança de outras pessoas ou para a ordem social. Nos casos em que isso não suceda, evita-se a segregação, por despicienda.

A fixação de prazo mínimo para a realização de exame de cessação de periculosidade confronta com o princípio da proporcionalidade<sup>39</sup>. É que a internação - ou mesmo o tratamento ambulatorial - implicam, inequivocamente,

limitação do direito de liberdade, limitação essa, por óbvio, justificada constitucionalmente, e efetivada pela via legislativa - Código Penal.

Sucedendo que, por se tratar de restrição ineliminável a direito fundamental, há de buscar impor a menor diminuição possível à órbita do direito que limita, ou seja, da liberdade individual, sob pena de caracterizar-se essa restrição como excessiva.

Ora, é o próprio Código Penal que aduz ser a periculosidade o fundamento para a manutenção das medidas de segurança, com o justo objetivo de preservar a ordem social - até aqui, por ora, nada de errado. Entretanto, se é esse o fundamento para admitir-se como razoável o cerceio da liberdade do inimputável, certo é que, quando esse não ostentar situação que propenda à recidiva, mesmo que no primeiro dia de internação, dever-se-á admitir que essa cesse.

Do contrário, o tempo adicional - e demasiado - da medida de segurança consistiria, deveras, em retribuição pelo fato cometido, mas, já aqui, a situação seria de ilegalidade, pois a retribuição é escopo da pena e não da medida de segurança<sup>40</sup>.

Além de insustentável sob o prisma constitucional, a fixação de prazo para aferição da cessação da periculosidade, já agora, ademais, afronta a lei.

É que a Lei 10.216/01, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental, preconiza, em seu artigo 4º, que a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

Em tal ordem de idéias, tem-se, inequívoca, a revogação do dispositivo que, no Código Penal, fixa prazo mínimo para o exame de cessação da periculosidade.

A Lei 10.216/01, com efeito, veio a encampar, ao menos em parte, temas que de há muito preocupavam os defensores da luta antimanicomial<sup>41</sup>.

Trata-se de legislação que, segundo Dyrceu Aguiar Dias, "abre caminho para a superação do modelo hospitalocêntrico, baseado na exclusão social do doente mental, modelo este que acarretou, desde sempre, grave violação aos direitos humanos" (2003, 151).

Busca-se, com a lei aludida, a adoção excepcional do sistema de internação, e, ainda, a integração do doente mental no convívio social, permitindo-lhe maior desenvolvimento e melhor recuperação.

No mesmo enfoque é o item 6 dos Princípios Para a Proteção de Pessoas Acometidas de Doença Mental, da Organização das Nações Unidas, que diz: "Se, a qualquer momento, o profissional de saúde mental responsável pelo caso estiver convencido de que aquelas condições para a retenção de uma pessoa como paciente involuntário não são mais aplicáveis, este deverá determinar a alta dessa pessoa da condição de paciente involuntário".

Destarte, aferida que seja a cessação de periculosidade, em qualquer momento do cumprimento da medida de segurança, razão não haverá para a sua subsistência. Como para essa aferição faz o Código Penal requisito o exame de cessação de periculosidade, tem-se que esse poderá suceder a qualquer tempo, revogado que está o preceito que estabelece prazos mínimos para a sua efetuação.

## 2.2 A Relação Entre a Pena Imposta ao Fato e a Medida de Segurança

Alvitra-se, outrossim, nesta mesma ordem de idéias, como revogado o dispositivo que, inexoravelmente, liga à prática de um crime punido com reclusão, pelo inimputável, a medida de segurança de internação.

Com efeito, essa, a internação, pode se afigurar desnecessária diante das conjunturas do caso concreto, isto é, os recursos extra-hospitalares poderão, em si, bastar à efetivação dos escopos colimados pelo Código Penal.

Neste caso, observado, vez outra, o artigo 4º da Lei 10.216/01, tem-se que *a internação dar-se-á apenas quando os demais recursos se mostrarem insuficientes*, dispositivo que, regulando de modo diverso a matéria, revoga a parte inicial do artigo 97 do Código Penal - ou, quando menos, impõe-lhe nova leitura: a internação será aplicada se por via dos recursos extra-hospitalares não se puder atingir o mesmo fim.

A jurisprudência, desde algum tempo, vem adotando esse alvitre, inclusive com precedente do Superior Tribunal de Justiça, que, nos autos do Recurso Especial 111.167, Relator o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, admitiu a imposição de tratamento ambulatorial a inimputável que praticara crime punido com reclusão, tendo em vista que exame levado a efeito no acusado revelou a desnecessidade de internação.

De maneira que, à luz do caso concreto, nada impede que, a depender das circunstâncias, se aplique o tratamento ambulatorial a indivíduo que tenha praticado infração punida com pena de reclusão.

## 2.3 O Tempo de Duração das Medidas de Segurança

No concernente ao período por que perdurará a medida de segurança, isto é, enfocado o tema agora sob a perspectiva do prazo máximo de cerceio da liberdade decorrente dessa sanção penal, se há de anotar, antes de tudo, que nossa legislação não alvitra como razão de cessação da medida a cura do mal psíquico que a ensejou. Quer dizer, como já foi dito, o que importa aqui é a ausência de periculosidade.

Não obstante, é certo que, nalguns casos, poder-se-á observar que a periculosidade do sujeito mantém-se, apesar de largo período de internação.

Basicamente três sistemas destinam-se à regulação dessa matéria, no campo do direito comparado.

Alguns países, a exemplo do que sucede na Espanha, fixaram, como dá conta José Cerezo Mir, que "el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto" (2001, 927).

Embora se mostre de acordo com tal sistema, não esconde José Cerezo Mir que persiste "sin resolver, sin embargo, el problema del tratamiento de los psicopatas, en caso de que se les aplique una eximente completa o incompleta de anomalia o alteración psíquica, pues su internamiento en un sanatório psiquiátrico no es necesario e incluso seria contraproducente y el tratamiento ambulatorio puede ser insuficiente" (2001, 931).

É que, como regra, não convém estabelecer-se medida de segurança aos portadores de transtornos anti-sociais de personalidade, os quais, ademais, não se qualificam como inimputáveis e, sim, semi-imputáveis<sup>42</sup>.

Em Portugal, se bem que se disponha, no artigo 92, nº 2, do Código Penal, sobre a impossibilidade de o internamento exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime praticado pelo inimputável, ressalva-se, no nº 3 deste mesmo artigo, que "se o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime punível com pena superior a 8 anos e o perigo de novos factos da mesma espécie for de tal modo grave que desaconselhe a libertação, o internamento pode ser prorrogado por períodos sucessivos de dois anos até cessar o estado de perigosidade".

Mesmo Maria João Antunes, autora portuguesa que de há muito criticava a indeterminação do interregno das medidas de segurança, aplaudiu essa disposição do Código Penal português. Em suas palavras: "Com a solução adoptada cremos que se dá satisfação efectiva ao princípio constitucional da natureza temporária, limitada e definida das medidas de segurança, o que, em nosso entender, não acontecia anteriormente, já que as regras então vigentes sobre a revisão da situação do internado não davam cumprimento cabal àquele princípio" (1998, 57).

Noutros países, há a fixação de um prazo, certo e determinado, como máxima duração da medida de segurança, de modo que, escoado esse lapso, a medida findará, independente da situação do internado - se bem que, nestes casos, se lhe imponham medidas civis atinentes à sua condição.

No Brasil - e noutros países, como, por exemplo, o Uruguai -, como cediço, a regra é a indeterminação do prazo de duração das medidas de segurança, ao menos até que cesse o estado de periculosidade<sup>43</sup>.

Facilmente se afere a inconstitucionalidade de nosso modelo.

É que, como já exposto, as medidas de segurança representam inequívoco ingresso na órbita de direito fundamental eminente, que é a liberdade individual, razão por que se há de exigir não seja ilimitada essa intervenção. Sendo-a, apresenta-se situação de excesso, confrontante com o princípio da proporcionalidade.

Analisando o tema sob outro enfoque, assim se manifestou Luis Flavio Gomes: "Do modo como o Código Penal brasileiro disciplina o assunto é muito fácil a violação do princípio da proporcionalidade na medida em que o autor de um furto ou de lesões corporais, por exemplo, pode ficar privado de sua liberdade por tempo superior ao autor de um homicídio, de um roubo, ou de um estupro. Em síntese: a proporcionalidade das medidas de segurança deve ter por fundamento a gravidade do fato punível, tal qual a proporcionalidade da pena" (1993, 68).

A premissa, adequada, não impediu o autor de equivocarse na conclusão. É que o parâmetro adequado em se tratando de medida de segurança há de ser a situação subjetiva do agente, ou seja, o mal psíquico de que padeça e a situação de periculosidade que ostente, não se podendo buscar quantificar o tempo de medida de segurança a ser cumprida com base no delito cometido.

Não existe, com efeito, proporcionalidade pela metade e, se adotada a conclusão buscada pelo ilustre autor, dever-se-ia, outrossim, traçar parâmetros mínimos da medida de segurança em razão do crime cometido e, mesmo, justificar-se-ia a diferenciação da medida de segurança nos casos de crimes punidos com detenção e com reclusão, o que já se mostrou insustentável.

É certo que, como leciona Miguel Reale Junior, "quanto à duração indeterminada, cabe razão aos críticos, uma vez que o princípio da legalidade impõe que se fixe o máximo de tempo de aplicação da medida de segurança" (2003, 177).

O ideal, todavia, parece ser a previsão legal expressa sobre o prazo máximo de duração, desgarrando-o do crime praticado, dado que o escopo aqui não é o retributivo.

Evidentemente que estamos longe do ideal e o escólio preconizado é *de lege ferenda*. Na quadra atual, sob pena de se converter o intérprete em legislador positivo, parece adequado o reconhecimento da inconstitucionalidade da indeterminação do prazo das medidas de segurança, as quais, na falta de

parâmetro, estarão limitadas ao período que seria ao do máximo da pena privativa de liberdade concernente ao fato praticado.

Ressalte-se que, como assentado, esse não parece ser o sistema ideal. Mas é o possível, na atual conjuntura legislativa brasileira.

O interesse social, consistente no impedimento de que indivíduos perigosos retornem à liberdade, se faz preservado, porquanto, como esclarece Luis Flavio Gomes, "terminado o prazo máximo de cumprimento da medida, caso ainda persista a enfermidade mental, nada impede que se dê por cessada a execução penal e se transfira imediatamente o enfermo para estabelecimento administrativo, continuando-se, assim, o tratamento, já agora sem falar em execução penal, sim, em providência puramente administrativa" <sup>44</sup> (1993, 70).

Aliás, neste tópico, uma constatação se impõe: não é maior o risco de liberação de inimputável comparado com o imputável.

Noutras palavras, nada de concreto, no campo da estatística, há, a revelar que inimputáveis cometam maior número de crimes do que os imputáveis. A experiência forense, bem se diga, parece demonstrar o contrário <sup>45</sup>.

### **3 - A Desinternação Progressiva**

A execução das medidas de segurança, em especial a de internação em hospital de custódia e tratamento, vem passando por brutal modificação ao longo do tempo. Isso se deve não somente ao desenvolvimento de medicamentos de inequívoca importância no trato dos problemas mentais, mas também ao novo paradigma psiquiátrico, segundo o qual se há de buscar a integração do indivíduo ao meio social.

Tal perspectiva, se bem que carecesse de substrato legal, já vinha sendo aplicada em alguns institutos psiquiátricos, dentre os quais se destacam o pioneirismo do Instituto Psiquiátrico Maurício Cardoso, de Porto Alegre, bem como a experiência levada a cabo em Franco da Rocha, no Estado de São Paulo.

A desinternação progressiva, com efeito, foi efetivada pela primeira vez na cidade de Porto Alegre, no ano de 1966; em Franco da Rocha, na década de 80, instalou-se o regime de hospital-noite, tudo com vistas a humanizar e tornar mais profícua a execução das medidas de segurança.

Quer dizer, ao internado, paulatinamente, facultava-se passar curtos períodos de tempo junto a seus familiares, retornando, nalguns casos, apenas durante a noite ao hospital de custódia e tratamento; ou então, nesta mesma instituição, buscava-se a criação de espaços de convívio entre o interno e seus parentes, com progressiva ampliação de tempo sem vigilância ao doente.

Na dicção de Eduardo Reale Ferrari: "Dentre os Estados que atualmente aplicam a progressividade da execução da medida de segurança criminal importante constitui a referência ao Instituto Psiquiátrico Forense de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, o Manicômio Judiciário de Recife/Pernambuco, seguindo os moldes de Porto Alegre, e do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico André Teixeira Lima, de Franco da Rocha. A progressividade em Porto Alegre denomina-se alta progressiva, enquanto em Franco da Rocha, desinternação progressiva. As diferenças essenciais entre a alta e a desinternação progressiva estão relacionadas às formas de tratamento aplicáveis aos delinquentes-doentes. Enquanto na desinternação há um acompanhamento contínuo dos funcionários, analisando a evolução dos pacientes, a alta restringe-se a meras visitas experimentais dos pacientes às casas dos familiares, ressaltando haver também na desinternação progressiva uma série de atividades dentro da própria unidade, facultando ao imputável ou ao semi-imputável o trabalho externo durante o dia, com o repouso noturno na instituição" (2001, 11).

Após a edição da Lei 10.216/01, o Conselho Nacional de Política Penitenciária editou resolução, na qual foram estabelecidas diretrizes para o cumprimento das medidas de segurança.

Dentre essas, no item 12, lê-se que: "A medida de segurança deve ser aplicada de forma progressiva, por meio de saídas terapêuticas, evoluindo para regime de hospital-dia ou hospital-noite e outros serviços de atenção diária, tão logo o quadro clínico do paciente assim o indique. A regressão para regime anterior só se justificará com base em avaliação clínica".

Afaz-se, portanto, aos escopos da Lei 10.216/01 a adoção do sistema progressivo na execução das medidas de segurança. Além de se adstringir aos modernos entendimentos surgidos no nível da psiquiatria, a progressividade das medidas de segurança lança luzes acerca da reintegração do doente ao convívio social, humanizando, quando menos, o tratamento lhe imposto.

De observar-se, apenas, que, cuidando-se de matéria jungida à execução penal - não obstante sejam preponderantes as avaliações clínicas realizadas por profissionais da área da medicina -, a autorização para a progressão, ou seja, para a flexibilização do regime de internação e, por evidente, para eventual regressão, há de ser realizada pelo Juiz da execução respectiva.

Não se há de afirmar, assim, haja legalidade na progressão ditada pelos médicos, que se limitem a meras comunicações do tratamento progressivo ao magistrado, porque, em assim procedendo, volve-se ao sistema de execução penal como atividade tão-somente administrativa, discrepando, a mais não poder, dos paradigmas traçados pela Lei 7.210/84.

Admitido que seja o sistema progressivo nas medidas de segurança, já agora sob o amparo dos objetivos traçados pela Lei 10.216/01, o deferimento das medidas a ele correlatas incumbirá ao magistrado atuante no processo, homenageando, destarte, a jurisdicionalidade da execução penal.

#### 4 - Aferição da Cessação de Periculosidade

Já foi mencionado que, em nosso sistema penal, a imposição de medida de segurança dispensa a aferição de existência de periculosidade - *tal aspecto foi criticado no texto* -, porquanto essa irrompe presumida, tendo em conta o cometimento de fato criminoso por agente inimputável.

Nem todos os países adotam esse alvitre, de modo que, por exemplo, em Cuba e na Espanha, faz-se exame tendente à aferição da periculosidade antes da imposição da medida de segurança, que, evidentemente, revelar-se-ia írrita acaso o inimputável não revelasse condições pessoais que o fizessem merecedor da pecha.

Admite-se, pois, que a avaliação do inimputável - por profissionais da área médico-psiquiátrica - desnude-lhe o interior, revelando a existência de maior ou menor probabilidade de que volte a praticar novo fato ilícito. Será isso mesmo possível?

De há muito se tem criticado o conteúdo de tais laudos, ao fundamento de que portadores de subjetividades indemonstráveis no nível da técnica.

Neste sentido, em texto lançado no Caderno Vasco de Criminologia, o médico forense Guillermo Portero Lazcano apontou que a psiquiatria é "ciência menos exacta que en el resto de especialidades medicas" (1996, 137), bem assim que "cuando se habla de la busqueda de la verdad como objetivo de la peritación, en psiquiatria la verdade es mucho más relativa que en el resto de especialidades médicas. No olvidemos que el cérebro, órgano rector de nuestro comportamiento, es todavia un gran desconocido".

E assim conclui: "La psiquiatria, pese a los importantes avances de los últimos tiempos, sigue siendo la disciplina medica que más carga subjetiva posee" (1996, 138).

Feita a objeção a respeito da subjetividade de seu formulador infirmar a importância do exame, uma indagação nasce. Haveria, quando se trata de emitir juízo sobre pessoa ou fato, como desgarrar-se da subjetividade?

Parece que não.

Como se sabe, no campo da filosofia, desde Demócrito se tem afirmado que o mundo, tal qual o apreendemos pelos sentidos, não é o mundo real. Todas as nossas impressões e percepções sensoriais são causadas pela ação das coisas sobre os nossos sentidos, de maneira que o real, nesta perspectiva, é o que permanece quando ninguém está lá.

Noutras palavras, como diz Eduardo Giannetti, o real é "tudo aquilo que continuaria existindo se não houvesse filósofos e seres dotados de sentidos para apreendê-los" (1998, 77).

A busca de objetividade pressupõe, portanto, na perspectiva cartesiana, que o observador atue isento das noções e juízos que o circundam, livre, pois, de suas particularidades, como memórias, desejos e sensações, algo que, de veras, se faz impossível, sobretudo depois da análise freudiana e da demonstração de que há

algo que igualmente nos move e que não conhecemos, porquanto permanece oculto: o inconsciente. O fato é que, como diz Eduardo Giannetti, "vivemos imersos em subjetividade" (1997, 87). Ou seja, pretender que o intérprete faça abstração de suas pré-compreensões de mundo, para chegar ao que deveras é - ao que seria real -, mostra-se tarefa impossível. Dela resultaria, por exemplo, a aferição de que uma obra de arte, uma pintura, corresponde apenas a tinta lançada sobre madeira ou tela, pois a beleza - a estética em si - não é de ordem objetiva.

Na forma como expõe Gadamer, tal busca da ontologia da imagem - ou do ser - resulta em que "torna-se duvidosa a primazia do quadro pintado sobre madeira, que faz parte de um acervo de pinturas e que corresponde à consciência estética. Ao contrário, o quadro guarda uma relação indissolúvel com o seu mundo" (2004, 205). E com o mundo de quem o vê.

De forma que as objeções postas à avaliação psiquiátrica não são diversas daquelas que, por exemplo, se poderia fazer à atividade do magistrado, o qual, na análise dos fatos que lhe são colocados a julgamento (ou dos fragmentos do fato todo) ou ainda, na interpretação do arcabouço jurídico aplicável, atua jungido às suas condicionantes, às suas circunstâncias e, se delas alhear-se, já aí não será mais Juiz, não será mais o que é, enfim, simplesmente deixará de ser.

Como diz Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ao analisar a busca da verdade real no processo penal: "Resta evidente, por óbvio, que estamos diante de uma impossibilidade, de uma insegurança enquanto pretende-se exatamente o oposto, isto é, aquilo que proporciona a segurança; assim, estamos diante de uma verdade aceita, corroborada, quando efetivamente o é porque, de seguro mesmo, só a certeza de que se pode manipular o axioma".

Se não admitirmos a margem de subjetividade existente na análise judicial - dos fatos e normas -; se não admitirmos que o julgamento - que depende da prova testemunhal, por exemplo - condiciona-se à subjetividade da testemunha, que traz do fato a sua leitura, que se prende inexoravelmente a seu modo de ver o mundo <sup>46</sup>, <sup>47</sup>; se não admitirmos, enfim, que também no laudo psiquiátrico se está diante dessa margem de subjetividade, o contrário disso é a crença de que a verdade real se faz possível. De que há verdade e não verdades, e, em nome dessa

verdade, praticar atos que, a história demonstra, muitas vezes campearam para o arbítrio.

As atividades do Juiz e do psiquiatra se aproximam, em certos aspectos, como bem explana Gimenez Garcia: "Tanto el juez como el psiquiatra son profesionales que clasifican a las personas en referencia a pautas de comportamiento normalizado, separando a aquellos que en su actuación no asumen - o no pueden asumir - un rol social legitimo (...) en caso de juicio desfavorable tanto uno como outro apartan a las personas desviadas - delinquentes e enfermos mentales - recluyéndoles en centros - cárceles o psiquiátricos - de manera coativa" (1993, 02).

E tanto um como outro atuam - juízes e psiquiatras -, inevitavelmente, diante dos objetos - fatos e pessoas -, que lhes são dados a conhecer, impregnados por suas contingências, envoltos em suas compreensões e pré-compreensões, enfim, atuam como pessoas e não como máquinas.

Isso, contudo, em nada retira a legitimidade de ambas as atividades, as quais, ao contrário, se legitimam e fundamentam no fato de que os homens ainda são mais confiáveis do que os computadores...

Ademais, especificamente no concernente aos laudos psiquiátricos, são elaborados por dois profissionais - cujo conhecimento técnico propende às pré-compreensões necessárias à análise profícua -, devem vir fundamentados, sujeitam-se ao contraditório e podem ou não ser acolhidos pelo Juiz da execução penal.

A carga de subjetividade, portanto, inerente aos laudos - e inerente a tudo que é humano -, não lhes retira a validade dentro do sistema.

## **5 - Conclusão**

À guisa de conclusão importa salientar que a execução das medidas de segurança sempre se mostrou a mais sombria das formas de se efetivar uma sanção penal. Se a exclusão produzida pela privação de liberdade no cárcere mostra-se inequívoca, há maior intensidade dessa mesma exclusão quando se está a falar de inimputáveis - esses, entre outros fatores, dispõem de menos mecanismos de pressão, pois muitas vezes são abandonados à sorte por suas famílias, não se rebelam, não chamam a atenção de políticos, etc.

Iniciativas isoladas de início, e, posteriormente, a edição da Lei 10.216/01, tiveram por escopo ajustar as medidas de segurança aos novos paradigmas da psiquiatria, de modo que, embora não isentas de crítica, na quadra atual se podem lançar as seguintes assertivas a respeito da execução das medidas de segurança:

Por serem espécie de sanção penal, as medidas de segurança devem ter duração limitada no tempo.

A fixação de prazo mínimo para a realização de exame de cessação de periculosidade confronta com o princípio da proporcionalidade e discrepa dos objetivos da Lei 10.216/01.

Aferida a cessação de periculosidade, em qualquer momento do cumprimento da medida de segurança, não haverá razão para a sua subsistência.

Foi revogado pela Lei 10.216/01 o dispositivo que liga, inexoravelmente, à prática de um crime punido com reclusão, pelo inimputável, a medida de segurança de internação.

De lege ferenda, *dever-se-ia buscar previsão legal expressa sobre o prazo máximo de duração das medidas de segurança, desgarrando-o de correspondência à pena do crime praticado, dado que o escopo, aqui, não é o retributivo.*

Na quadra atual, sob pena de se converter o intérprete em legislador positivo, parece adequado o reconhecimento da inconstitucionalidade da indeterminação do prazo das medidas de segurança, as quais, na falta de parâmetro, estarão limitadas ao período que seria ao do máximo da pena privativa de liberdade concernente ao fato praticado.

O sistema da alta progressiva ou da desinternação progressiva não encontra óbice de aplicação nas medidas de segurança, se afaz aos seus escopos e aos ditames da Lei 10.216/01. Cuidando-se de matéria jungida à execução penal, as autorizações respectivas hão de ser concedidas pelo Juiz da execução.

A carga de subjetividade inerente aos laudos psiquiátricos - ínsita a tudo que é humano - não lhes retira a legitimidade e a validade dentro do sistema penal.

Como afirma Gimenez Garcia: "Las cárceles y los psiquiátricos penitenciários son parte del mundo, no mundos aparte. La más grave vulneración que pueden sufrir los derechos de los enajenados delinquentes por parte de la justicia penal es precisamente la que se ha constatado: el olvido de que existen". Esperamos que não mais seja assim!

### **Referências**

Alonso, Juan Manoel Fernandez del Torço. Aspectos Médicos Legales del Delincuente Enfermo Mental. *Actualidad Penal*, Madrid, n.18, 1990.

Alvim, Rui Carlos Machado. *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

Antunes, Maria João. Discussão em Torno do Internamento de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.42. 2003.

\_\_\_\_\_. Alterações ao Sistema Sancionatório - As Medidas de Segurança. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra Editora, Ano 8, fascículo 1, 1998.

\_\_\_\_\_. O Passado, o Presente e o Futuro do Internamento de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra Editora, Ano 13, n.3, 2003.

Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Bueno, Austregésilo Carrano. *Cantos dos Malditos*. Rio de Janeiro: Rocco.

Cintra, Dirceu Aguiar Dias. *Direitos Humanos e Saúde Mental*. Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Brasileiro*. Texto apresentado no âmbito da Comissão de Estudos criada pelo Tribunal de

- Justiça do Estado do Paraná e Instituto Max Planck, de Freiburg, Alemanha, no Projeto "A Justiça como Garantia dos Direitos Humanos na América Latina", maio de 1998.
- Ferrari, Eduardo Reale. As Medidas de Segurança Criminais e Sua Progressão Executória. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 08, n.99, 2001.
- Gadamer, Hans Georg. *Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 6.ed. São Paulo: Vozes, 2004.
- Garcia, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1956, v.I, t.II.
- Garcia, Joaquin Gimenez. Los Internamientos Psiquiátricos em el Orden Penal. Medidas de Seguridad Acordadas em Sentencia. *Actualidad Penal*, Madrid, n.2/11, 1993.
- Giannetti, Eduardo. *Auto-Engano*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- Gomes, Luis Flavio. Medidas de Segurança e Seus Limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.02, 1993.
- Hegglin, Maria Florência. El Internamiento de los Enfermos Mentales Inimputables e la Protección Internacional de los Derechos Humanos. *Cuadernos de Doctrina e Jurisprudência Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v.IX.
- Jesus, Damásio E. *Direito Penal*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v.1.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v.4.
- Lazcano, Guillermo Portero. Valoración Medico Forense de La Enfermedad Mental. *Cuaderno Vasco de Criminologia*, San Sebastián, n.10, 1996.
- Leite, George Salomão (org). *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- Mir, Jose Cerezo. *Medidas de Seguridad Aplicables a las Personas Exentas de Responsabilidad Penal por Padecer una Anomalía o Alteración Psíquica*. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Cuenca: Ediciones Salamanca, 2001, v.1.
- Pancheri, Ivanira. Medidas de Segurança. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.20, 1997.
- Reale Junior, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.II.
- Santos, Marino Barbero. As Medidas de Segurança na Legislação Espanhola. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.09, 1995.
- Siqueira, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1921.
- Tourinho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v.3.

