

A LEI DE REFORMA PSIQUIÁTRICA E OS SEUS REFLEXOS NAS MEDIDAS DE SEGURANÇAS

Cláudio Brandão²⁸⁰

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Introdução: a Escola Positiva e a afirmação do conceito de perigosidade na teoria do crime.

O desenvolvimento do conceito de perigosidade criminal, desde o positivismo criminológico do Século XIX, deu o suporte para a origem das medidas de segurança e foi uma das maiores heranças daquela escola na história das ideias penais.

Note-se que o positivismo criminológico, chamado que se via como uma escola do pensamento e se auto denominava de Escola Positiva, encarava a ciência criminal sob duas perspectivas: de um lado havia o homem perigoso que viola bens jurídicos, de outro lado existe a sociedade que se defende daquele sujeito²⁸¹.

A pena criminal, para essa escola, de essência retributiva, tinha se demonstrado falha – segundo o que se dizia desde aquela época – na luta contra o delito. Os positivistas defendiam que as necessidades reais da defesa social não poderiam ser satisfeitas com a pena, em que pese ela dever continuar a ser aplicada como consequência do crime, mas o Direito Penal deveria se servir também de um elemento defensivo, que realizasse a

²⁸⁰Professor titular concursado de Direito Penal. Professor dos Programas de Pós-graduação em Direito da PUC Minas e da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor da UFPE.

²⁸¹Interessante trazer à colação a antiga exposição do tema, de Aníbal Bruno: “As duas realidades centraes da sciencia criminal moderna são o homem perigoso que ameaça ou fere e a sociedade que se defende”. Bruno, Aníbal. *Theoria da Perigosidade Criminal*. Recife:Tese de Cátedra (Ed. do autor). 1937. P.7.

prevenção especial em face do homem perigoso. Nesta toada, sugeriu-se à época que as medidas de segurança distinguir-se-iam da pena por não terem função expiatória²⁸².

Com efeito, a Escola Positiva, que se desenvolveu nos Séculos XIX e XX, caracterizou-se por investigar metodologicamente o delito a partir de dados colhidos da realidade, assim, dita Escola Positiva não pôs ênfase na norma, mas nos dados colhidos pela observação controlada dos fatos, que são traduzidos em forças interiores e exteriores que determinam a realização do crime²⁸³.

A criminologia positivista é auto definida como a ciência do delito, que investiga suas causas e os meios para combatê-lo. Garofalo explicitou que não iria dedicar-se ao estudo do criminoso, mas sim ao estudo do delito natural. Com efeito, o estudo do criminoso já tinha se iniciado com Lombroso e, por isso, foi consignado que, no afã de se estudar o criminoso, deixou-se de lado o estudo do crime²⁸⁴, que era o objeto daquele livro. Nele não se tratava da definição legal do delito, que o autor diz não ser um conceito jurídico²⁸⁵, mas sim do delito natural, que seria presente em todas as sociedades, visto que violaria os sentimentos altruístas de piedade e de probidade²⁸⁶.

1. As vicissitudes do positivismo e a sua herança

²⁸²Segundo Bruno: “A pena clássica retributiva havia sobejamente demonstrado a sua fallencia na lucta contra a criminalidade. E si o ponto de vista moral da justiça absoluta poderia continuar satisfazendo-se com estas medidas primitivas, as necessidades reaes de defeza social impunham a sua transformação em elemento defensivo, ao mesmo tempo intimidante, emendativo e innocuizador. Mas, trasformar a pena era atacar a face do velho reducto do classicismo. Liszt contornou o problema e suggeriu as chamadas medidas de segurança.” Bruno, Aníbal. *Theoria da Perigosidade Criminal*. Recife: Tese de Cátedra (Ed. do autor). 1937. P.45.

²⁸³ Gianpaolo Smanio e Humberto Fabretti destacam a influência nesta Escola do positivismo de Comte e do evolucionismo de Darwin e Spencer, concluindo que “a Escola Positiva tem como núcleo de renovação a consideração do homem, na sua realidade naturalística, ou seja, como um ser vivente inserido no seu meio e susceptível de todas as condições antropológicas, biológicas e sociais. Como consequência, o crime já não é mais um ente jurídico e abstrato, dependente única e exclusivamente do livre arbítrio do homem, mas sim um episódio de desajustamento social ou psicológico, dependente das forças exteriores e interiores que atuam no sujeito e determinam a prática da conduta criminosa. *É daí que surge uma das principais características dos positivistas em relação à compreensão do crime: o determinismo.*” Smanio, Gianpaolo Poggio; Fabretti, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal*. São Paulo:Atlas. 2012. P.43-44. (grifo nosso)

²⁸⁴ Garofalo, Raffaele. *Criminology*. Boston: Little, Brown and company. 1914. P.3.

²⁸⁵ Garofalo, Raffaele. *Criminology*. Boston: Little, Brown and company. 1914. P.4.

²⁸⁶ Garofalo, Raffaele. *Criminology*. Boston: Little, Brown and company. 1914. P. 6 e ss.

Note-se que o período positivista, negou o caráter de ciência ao Direito Penal, que era um saber normativo. As relações entre a criminologia e o direito penal eram tão harmoniosas que se construiu o conceito de ciência integrada do direito penal, assim denominada porque a criminologia era mesmo subordinada ao direito penal. O método das ciências naturais utilizado para explicar os comportamentos delitivos esgotava o saber criminológico, que não era pertinente com a realização de juízos de valor.

O escopo da criminologia seria investigar as causas do crime e as respostas para combatê-lo, porquanto o crime é visto como um ente causalmente determinado. Nesse panorama,

“o pressuposto, pois, de que parte a Criminologia positivista é que a criminalidade é um meio natural de comportamentos e indivíduos que os distinguem de todos os outros comportamentos e de todos os outros indivíduos. Sendo a criminalidade esta realidade ontológica, pré-constituída ao Direito Penal (crimes “naturais”) que, com exceção dos chamados crimes “artificiais”, não faz mais do que reconhecê-la e positivá-la, seria possível descobrir as suas causas e colocar a ciência destas ao serviço do seu combate em defesa da sociedade”²⁸⁷

A ciência do crime era posta à época em três pilares: (1) a etiologia criminal, referente às causas do delito; (2) a clínica criminológica, referente às formas de manifestação do delito; e, (3) a terapêutica criminal, referente às medidas aplicadas ao delinquente²⁸⁸. Nesse contexto, o paradigma do delito era etiológico, emergindo dele o conceito de perigosidade. O criminoso era por definição um ser defeituoso, por isso perigoso, cabendo à ciência inocuízá-lo e um dos instrumentos penais utilizados foi a medida de segurança

Desde esta época, as medidas de segurança são vistas como efeitos penais aplicados que implicam uma restrição de direitos de natureza coativa²⁸⁹, vinculadas à perigosidade, não a prática de um crime. Na sua origem, estas medidas poderiam ser impostas tanto aos

²⁸⁷Andrade, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequencia*. V.16.N.30. Florianópolis: UFSC. 1995. P. 25.

²⁸⁸Ingenieros, José. *Criminología*. Madrid: Daniel Jorro. 1913. P.46 e ss.

²⁸⁹Righi, Esteban. *Teoria da Pena*. Buenos Aires: Hammurabi. 2001. P.190.

agentes imputáveis quanto aos inimputáveis, desde que fosse manifestada a multi-referida perigosidade.

Com relação a esse período da história das ideias penais, já se disse que

“a criminologia positivista foi posta em xeque por uma série de argumentos, que se relacionavam com o rechaço da busca das causas do delito. Eles podem ser sintetizados em três dimensões: (1) não é possível estudar as causas de um objeto determinado por uma definição legal, já que isso significaria assimilar como verdade um conceito criado pela vontade do legislador, que, por não ter natureza ontológica, não poderia ser tratado como tal; (2) o caráter de delinquente é produto de um status atribuído a uma pessoa, portanto não se podem buscar as causas que levaram alguém a delinquir, apenas se podendo buscar as causas que levaram alguém a ser processado; (3) o estudo de “causas da delinquência” pressupõe a crença no determinismo, o qual era defendido pelo positivismo.”²⁹⁰

2. A regulação das medidas de segurança na legislação penal

No Direito Penal brasileiro, a medida de segurança é uma consequência excepcional, só sendo aplicada em uma hipótese: a verificação da perigosidade criminal²⁹¹ em face de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Ao longo da história da dogmática penal, as relações entre a pena e a medida de segurança originaram diferentes corrente doutrinárias. De um lado, há o sistema chamado duplo binário, que nasce para fazer com que a medida de segurança supra a insuficiência da

²⁹⁰Brandão, Claudio. Criminologia no contexto da modernidade periférica *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 26. Vol. 149. 2018. P.511.

²⁹¹Na definição penal a **perigosidade é a probabilidade cometimento de novo delito**. Cf. Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale*. Padova:CEDAM. 1988. P.820

pena²⁹². A primeira defesa pública deste sistema se deu com o anteprojeto de Código Penal suíço de 1893, de autoria de Carl Stoops²⁹³. Tal sistema permite a aplicação não excludente da pena e da medida de segurança e ganha bastante eco embasado nos ensinamentos da *Terza Scuola* italiana²⁹⁴. Esta última escola rechaça a posição dos positivistas italianos que defendiam a unificação da pena e da medida de segurança, vistas como iguais medidas de defesa social. Dita defesa social gerou na Itália o projeto Ferri, o qual eliminava todas as diferenças entre a pena e a medida de segurança. O duplo binário parte da finalidade da sanção: enquanto a pena tem escopo a retribuição da culpabilidade, a medida de segurança tem por fim a prevenção especial²⁹⁵. A aplicação da pena, neste sistema, não exclui a aplicação de medida de segurança, cumprida normalmente após a referida pena, tendo em vista a prevenção especial. O Brasil adotou este sistema até a reforma penal da Parte Geral, de 1984, ocasião na qual ele foi plenamente afastado.

Outro sistema criado pela dogmática penal é o vicariante. Nele, a aplicação de uma pena exclui a aplicação da medida de segurança, e vice-versa. Não é possível, pois, a aplicação simultânea das duas formas de efeitos penais. Estando presente um injusto culpável, àquela culpabilidade corresponderá a pena, somente; estando presente a perigosidade – não a culpabilidade – aplicar-se-á exclusivamente a medida de segurança. Atualmente, o sistema vicariante vige no Brasil, introduzido pela Lei nº 7.209/84.

No ordenamento brasileiro, somente é possível a aplicação de medida de segurança aos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Assim, à luz do sistema vicariante, ao imputável que comete um crime somente se pode aplicar uma pena como sanção penal. Mas, quando houver a violação de bens jurídicos **por ações não criminosas**, praticadas por inimputáveis com transtornos mentais, a consequência aplicada não poderá ser uma pena, mas a medida de segurança.

A medida de segurança não é retributiva, isto é, não é aplicada como reprovação à culpabilidade do agente, por isso, não se vincula ao passado (culpabilidade por um fato

²⁹² Mantovani, Ferrando. *Dirrito Penale*. Padova: CEDAM. 1988. P.820.

²⁹³ Morillas Cueva, Lorenzo. *Teoria de las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid: Tecnos. 1991. P.230. Stratenwert, Günter. *Derecho Penal*. Madrid: Edersa. 1982. P.21.

²⁹⁴ Mantovani, Ferrando. *Dirrito Penale*. Padova: CEDAM. 1988. P.820.

²⁹⁵ Stratenwert, Günter. *Derecho Penal*. Madrid: Edersa. 1982. P.21

cometido), mas sim ao futuro, isto é, a perigosidade do sujeito²⁹⁶. Ela pode ser definida como a “privação de bens jurídicos, que tem por fim evitar a realização de delitos e que se aplicam em função do sujeito perigoso e se orientam à prevenção especial”²⁹⁷.

No Direito brasileiro existem duas modalidades de medidas de segurança: (a) internação em hospital de custódia e tratamento e (b) tratamento ambulatorial. A primeira medida, a mais gravosa, é atribuída pelo Código Penal aos crimes punidos com reclusão, a segunda modalidade, é indicada pelo Código Penal quando o delito for punido com detenção. E sobre esse tema escreveu Reale Ferrari que

“O critério para a escolha de uma ou outra espécie de medida de segurança, ainda que questionável, constitui a gravidade do ilícito-típico e não a periculosidade do agente”²⁹⁸.

Ressalte-se que mesmo no caso do tratamento ambulatorial, em qualquer fase dele poderia ser determinada a internação do agente, desde que exista uma justificação vinculada à finalidade curativa da medida (art. 97 §4º).

Se o juiz da execução determinar a desinternação ou liberação condicional da pessoa submetida à medida de segurança, a lei determina a possibilidade de restabelecimento daquele efeito penal, se no prazo de menos de um ano, a contar da desinternação, houver a prática de novo fato que indique a persistência da periculosidade. Tal fato, por óbvio, somente pode ser uma nova conduta que se encaixe na tipicidade de uma infração penal, já que a periculosidade – ou perigosidade – somente se verifica em face da probabilidade de violação de bens jurídicos, que são o objeto de tutela dos tipos penais.

Uma questão diretamente vinculada à imputabilidade deve ser enfrentada: a medida de segurança aplicada aos semi-imputáveis. Como sabido, a lei penal prevê como elemento da culpabilidade a imputabilidade, que é a capacidade para ser culpável. Para haver a imputabilidade é necessária a existência da sanidade mental, mas a lei penal também cuida das situações fronteiriças da sanidade, que é o caso da semi-imputabilidade (art. 26,

²⁹⁶ Landrove Díaz, Gerardo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid: Tecnos. 1991. P.166.

²⁹⁷ Landrove Díaz, Gerardo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid: Tecnos. 1991. P.1667

²⁹⁸ Ferrari, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: RT. 2001. P.41.

parágrafo único). Nele, não há propriamente uma doença mental, mas uma perturbação da saúde mental, que faz com que o agente não seja inteiramente capaz de compreender o caráter ilícito do fato, ou determinar-se conforme este entendimento. Nestas hipóteses, a pena – que é reduzida de um a dois terços – pode ser substituída por uma medida de segurança, conforme dispõe o Código:

“Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.”

Por fim, resta uma questão a ser enfrentada: se no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade sobrevém ao agente doença mental, qual a solução jurídica a regular a hipótese? Nesta hipótese, a pena será convertida em medida de segurança aplicada por tempo limitado: o tempo restante de cumprimento de pena. Clara, sobre o assunto é a síntese de Reale Ferrari acerca das disposições da Lei de Execução Penal: “o imputável que, no curso do cumprimento de sua pena, adquirir doença mental, submeter-se-á a medida de segurança, pelo tempo fixado na pena; a pena será convertida em medida de internamento ou de tratamento ambulatorial, em conformidade com a condenação que sofrera o imputável bem como a necessidade de tratamento curativo. (...) A conversão constitui-se num incidente de execução, diante das circunstâncias mentais e supervenientes do imputável, decide por converter a pena em medida de segurança criminal”.²⁹⁹

Com efeito, aquele que no curso do cumprimento de pena, tem a superveniência de doença mental, não poderá perceber o caráter repressivo da medida, advindo da função de retribuição da pena, tampouco poderá reintegrar-se, segundo a função de prevenção da referida pena. Destarte, não há justificção para que o doente mental supervenientemente acometido de transtorno psíquico continue cumprindo pena. Em boa hora, a Lei de Execução Penal (art. 183) fixa a conversão explicada anteriormente, pelo período restante da pena a ser cumprida.

²⁹⁹Ferrari, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo:RT. 2001. P.45.

3. Conclusão: a Lei 10.216/01 e a posterior interpretação das medidas de segurança

A Lei 10.216/01 ao tratar da reforma psiquiátrica no direito pátrio, trouxe novel impacto jurídico às medidas de segurança.

Como dito, o Código Penal estabeleceu que aos crimes punidos com reclusão, a medida de segurança deverá ser a internação em hospital de custódia e tratamento, somente se admitindo o tratamento ambulatorial nos delitos punidos com detenção. Porém a Lei de reforma psiquiátrica, que é lei posterior à Parte Geral do Código, trata do tema de forma diversa, derogando essa indicação.

Com efeito, a Lei 10.216/01 traz três modalidades de internação, a saber: a voluntária, a involuntária e a compulsória. *Verbis*

“Art. 6º. A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.”

A medida de segurança, porquanto determinada por sentença penal absolutória em face da inimputabilidade do autor de um injusto penal, é forma de internação por determinação judicial, portanto, é forma de internação compulsória, consoante dispõe o inciso terceiro da norma em análise.

Porém há uma norma da citada lei posterior que impacta diretamente o sistema adotado pelo Código: somente se recorrerá a qualquer modalidade de internação – incluindo a compulsória – se não for possível o tratamento ambulatorial, sem a segregação da liberdade. É o que expressamente dispõe o artigo quarto da Lei 10.216/01:

“Art. 4º. A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.”

Assim, conclui-se que está derogada a norma do Código Penal que não indica a aplicação do tratamento ambulatorial aos crimes punidos com reclusão, visto que há comando de lei posterior derogando a proibição.

Referências

Andrade, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequencia*. V.16.N.30. Florianópolis:UFSC. 1995.

Brandão, Claudio. Criminologia no contexto da modernidade periférica *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 26. Vol. 149. 2018

Bruno, Aníbal. *Theoria da Perigosidade Criminal*. Recife:Tese de Cátedra (Ed. do autor). 1937.

Ferrari, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo:RT. 2001.

Garofalo, Raffaele. *Criminology*. Boston: Little, Brown and company. 1914.

Ingenieros, José. *Criminología*. Madrid:Daniel Jorro. 1913.

Landrove Díaz, Gerardo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid:Tecnos. 1991.

Mantovani, Ferrando. *Dirrito Penale*. Padova:CEDAM. 1988.

Morillas Cueva, Lorenzo. *Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid:Tecnos. 1991

Righi, Esteban. *Teoría da Pena*. Buenos Aires:Hammurabi. 2001

Smanio, Gianpaolo Poggio; Fabretti, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal*. São Paulo:Atlas. 2012.

Stratenwert, Günter. *Derecho Penal*. Madrid:Edersa. 1982.