

MEDIDA DE SEGURANÇA E GARANTISMO PENAL

SECURITY MEASURE AND CRIMINAL GARANTISM

*Rafhael Lima Ribeiro*¹

PUC Minas

Resumo

O presente artigo trata da relação da medida de segurança com o garantismo penal. O tema deve ser discutido em razão de suas implicações aos direitos humanos das pessoas portadoras de sofrimento mental, as quais tem contra si resposta estatal específica por realização de um injusto penal. Assim, objetiva-se analisar as possibilidades de aplicação da medida de segurança, tendo em vista a teoria do garantismo penal. Especificamente, discorre-se sobre a relação da medida de segurança com a legalidade, a jurisdicionalidade e a determinação do prazo de cumprimento da medida. Realiza-se revisão bibliográfica, a partir do método dedutivo, o que permite deduzir que a flexibilização do princípios jurídico-penais em face da aplicação da medida de segurança, produz alto déficit aos direitos dos portadores de sofrimento mental.

Palavras-chave

Direito Penal. Medida de Segurança. Garantismo penal. Princípio da Legalidade. Jurisdicionalidade.

Abstract

This paper deals with the relation between the security measure and the criminal garantism. This subject shall be discussed due to its implications to the human rights of people with mental suffering, who have against them a specific state reply for had performed a wrongdoing. Thus, it aims to analyze the possibilities of applying the security measure, bearing in mind the criminal garantism theory. Specifically, it expatiates about the relation between the security measure and the legality, the jurisdicionality and the determination of the time of execution of the measure. It executes bibliographic review, from the deductive method, which enables to deduce that the flexibilization of the penal principles in face of the application of the

¹ Doutorando em Direito Penal e Mestre em Direito pela PUC Minas. Especialista em Ciências Penais. Bolsista CAPES. Professor Universitário.

security measure generates high deficit to the rights of the people with mental suffering.

Keywords

Criminal law. Security measure. Criminal garantism. Principle of legality. Jurisdictionality.

1 INTRODUÇÃO

A temática da responsabilização é uma das mais caras discussões do direito e do direito penal. Quem deve ser punido, porque e como deve ser punido são perguntas-guia. Na seara penal, a responsabilização está atrelada ao cometimento de um fato típico e antijurídico, de modo que, para se responsabilizar alguém penalmente, deve-se ter parâmetros fixados em lei.

A responsabilidade penal se dá de diversos modos, a depender se a pessoa possui ou não capacidade de culpabilidade, a chamada imputabilidade. No caso das pessoas com sofrimento mental e das crianças e adolescentes a consequência jurídica da realização do injusto - fato típico e antijurídico - é diversa daqueles que não possuem tal condições, isto é, os maiores de 18 anos e portadores de sanidade mental.

O fato de possuir um sistema de responsabilização diverso não pode, contudo, possibilitar a flexibilização de princípios penais protetivos de todas as pessoas independentes de sua especificidade. Aos que possuem imputabilidade a consequência jurídica para a realização do crime é a pena criminal, das crianças e adolescentes são as medidas socioeducativas, por fim, das pessoas com sofrimento mental são as medidas de segurança. Todas essas consequências jurídicas da realização do injusto penal devem ser permeadas pelos princípios

penais e processuais penais, tais quais, legalidade, jurisdicionalidade, prazo determinado para o seu cumprimento.

Assim, trata o presente artigo da relação da medida de segurança com o garantismo penal, marcação teórica que permeia o trabalho, o qual discute as implicações aos direitos humanos das pessoas portadoras de sofrimento mental, as quais tem contra si resposta estatal específica por realização de um injusto penal. Para tanto, objetiva-se especificamente, discorrer sobre a relação da medida de segurança com a legalidade, a jurisdicionalidade e a determinação do prazo de cumprimento da medida, com o objetivo de questionar a flexibilização do princípios jurídico-penais em face da aplicação da medida de segurança, uma vez que produz alto déficit aos direitos dos portadores de sofrimento mental.

2 IMAGENS DO DIREITO PENAL EM MOLDURAS E MEDIDA DE SEGURANÇA

Winfried Hassemer diz que há imagens do direito penal em molduras: a) Direito Penal mal; b) Direito Penal puro; c) Direito Penal curativo, e; d) Direito Penal protetor. Para o autor “quem se apresentava à crítica do Direito Penal como fonte do mal poderia encontrar uma âncora de salvação na modernização do Direito Penal: ele não seria o carcereiro, o Direito Penal deveria ser ou tornar-se médico”.²

Nesse sentido, os que moldam o direito penal como um ente de cura, profilático e bondoso voltam-se seu olhar contra o mal, a doença e o crime, que estariam na figura do criminoso. O que se tem é o

² HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.74.

positivismo criminológico, mas mais do que isto, tem-se a instrumentalização do indivíduo, que ao contrário do direito penal, não pode ser moldado, mudado, curado; sem a sua anuência, sem o seu modo de ser e ver-se.

Conforme Hassemer, nesse cenário de cura “a ‘ajuda’ possui menos necessidade de justificação do que a ‘pena’, ela é, em face dos envolvidos, já quase como um presente”.³

Para Maurach⁴, ao discorrer sobre a duração, a execução e a polêmica em torno da aplicação da medida de segurança "de lege ferenda", na prática, em geral, o internado fica submetido ao regime de execução de pena, de modo que o virulento termo cunhado por Kohlrausch, de “fraude de etiquetas” encontra sua justificação.

Seria a medida de segurança, um presente, portanto, instrumento sem necessidade de justificação?

Como advertem Munõz Conde e García Arán:

[...] as medidas de segurança [...] podem ser representadas assepticamente [...] como medidas “benfeitoras” dirigidas a “curar” o perigoso, porque este é um discurso legitimador de intervenções desmensuradas e carentes de limites, com o que se chega à denominada “fraude de etiquetas”, ou seja, a tolerar maiores limitações de Direitos de que não são penas, sanções ou castigos.⁵

Bastaria a resposta do eminente professor Espanhol, mas nos alongando um pouco mais na pergunta nos parece necessário socorrer-

³ *Idem.* p.75.

⁴ MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**, v. II. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.p. 582-583.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanc, 2015. p. 636.

nos da teoria garantista⁶, conforme formulação de Luigi Ferrajoli⁷. A partir do garantismo penal, pode-se pensar do que se trata este presente, bem como interrogar a legitimidade dos que presenteiam, pois o Garantismo, a par de suas várias acepções⁸, possui atualmente,

⁶ Segundo Dario Ippolito, um dos mais destacados discípulos de Ferrajoli, “a palavra “garantismo” – hoje de uso corrente nas principais línguas neolatinas – é um neologismo do século XIX (época prolífica de ismos políticos: liberalismo, constitucionalismo, comunismo...)” Cf. IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 3(1): 34-41 janeiro-junho 2011. p. 35.

⁷ A difusão internacional da doutrina jurídico-política desenhada com o termo “garantismo” se liga – como é sabido – à atividade científica, cultural e civil de Luigi Ferrajoli, que, com *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale* (1989), suscitou um vasto e durável debate, influenciando profundamente a cultura juspenalista ibérica e sul-americana. Cf. IPPOLITO, *opus cit*, p. 36.

⁸ RIBEIRO, Rafael Lima; LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. As acepções da Teoria do Garantismo. **Revista Pensar Acadêmico**. Ano 6, Número 2, 1º Semestre 2014.

mormente no Brasil, uma conotação de proteção ao indivíduo no âmbito penal⁹, conforme Ferrajoli é “la ley del mas débil”¹⁰.

Nesse sentido, o direito dos mais fracos, aqueles que estão diante do poder punitivo deve ser articulado a partir de um sistema que os proteja da arbitrariedade dos entes estatais, inclusive, que os proteja dos bons, para Ferrajoli, tal é o sistema garantista.

O sistema Garantista é a interface de princípios que definem o modelo garantista de direito e de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo, fundamentais do direito penal, não uma interconexão qualquer, mas a conexão dos seguintes princípios:

- 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de

⁹ Dario Ippolito ao historicizar a obra de seu mestre diz o seguinte em relação ao seu livro ‘Direito e Razão’. “Nesta obra – que já pode ser incluída entre os clássicos da história do pensamento jurídico – o garantismo se apresenta como uma teoria do direito penal compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais tanto dos delitos quanto das penas arbitrárias, ou seja, como sistema de garantias idôneo a minimizar a violência na sociedade: a criminal, dos indivíduos singulares, e a institucional, dos aparatos repressivos.” IPPOLITO, *opus cit.* p. 36. De outro lado, Alexandre Araújo de Souza, ao prefaciar a obra Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia de Ferrajoli, aponta que tal obra objetiva reparar o errôneo estereótipo de ‘penalista’ (ou o ainda mais equivocadamente ‘aboliconista’) por intermédio do qual vez por outra se identifica Luigi Ferrajoli no Brasil e em parte da América Latina. O autor, em seguida faz uma ressalva para a nosso sentir mostrar-se concorde ao primeiro citado autor: “O epíteto de penalista, embora errôneo, se deve ao merecido sucesso da obra ‘*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*’, o qual a mais de duas décadas encanta juristas europeus e latino-americanos... Cf. SOUZA, Alexandre Araújo de. Prefácio do Tradutor. In: FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. xi-xii.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.¹¹

Para a nossa análise, fazendo uso apenas de alguns desses princípios, podemos dizer em suma que o sistema garantista baseia-se nas premissas da convencionalidade e da cognoscibilidade. A primeira, liga-se ao princípio da estrita legalidade¹², entre outros, com a prescrição taxativa, prévia, estrita e certa da lei, já o segundo, liga-se à jurisdiccionalidade, que implica a adstrição do julgador aos critérios decisórios, bem como à própria legalidade¹³.

A medida de segurança é tida como uma sanção de cunho preventivo, profilático e por sua natureza indeterminada, baseia-se em juízo meramente subjetivo de periculosidade configurador de sua fundamentação.

O Estado e o direito penal não podem pretender por meio de uma medida de natureza indeterminada prevenir situações problemas, de modo que o juízo subjetivo de periculosidade contraria o princípio da legalidade.

O que se deve ter em mente é que a sanha de controle, ainda mais de uma abstração, a periculosidade, jamais pode emprestar

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 93.

¹² Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹³ *Idem*.

legitimidade ao *jus puniendi* do Estado, que o fazendo alarga a sua *longa manus* e a direciona na contramão dos direitos positivos e negativos assegurados aos indivíduos na sua Carta Constitucional.

As Razões de Estado, típicas do estado de exceção em que há a indeterminação da coerção pelos poderes públicos é incoerente, pois com o que preleciona o Estado de Direito, cujo alicerce é a estrita legalidade, um Estado Constitucional que, no campo penal, cada vez mais limita os seus entes de realizarem uma aferição subjetiva de crime e sanção penal.

Conforme postula Juarez Cirino dos Santos “a legalidade das medidas de segurança, como consequência jurídica da prognose de periculosidade criminal de autor inimputável, é tão importante quanto a legalidade das penas, como consequência jurídica da realização de tipo de injusto por autor imputável”^{14_15}

Sintetizando a questão, conforme Claus Roxin:

Medidas de segurança não são incondicionalmente mais vantajosas que a pena do ponto de vista garantístico-social. Afinal, elas permitem intervenções mais duras na liberdade do indivíduo que a pena, a qual é limitada pelo princípio da culpabilidade. Se também a execução da pena tiver – como é de se exigir – a estrutura de uma execução de tratamento, para muitos infratores a pena será mais adequada do que uma medida de segurança

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. p. 657.

¹⁵ E o autor continua: “por outro lado, a legalidade do pressuposto de tipo de injusto para a aplicação da medida de segurança a autores inimputáveis, é idêntica à legalidade do pressuposto do tipo de injusto para a aplicação de penas a autores imputáveis, ou seja, a realização de ação típica e antijurídica concreta.”. Cf. SANTOS, *opus cit.* p. 657.

privativa de liberdade, pois a primeira atende melhor a exigências garantísticas e sociais.¹⁶

Apesar do fato das medidas não serem mais vantajosas do que a pena do ponto de vista garantista, algumas garantias revestem a medida de segurança, do mesmo modo que as penas¹⁷.

Tal qual Ferrajoli, aponta-se como centro irradiador das garantias a legalidade e a jurisdicionalidade, ademais Busato considera ainda como inerentes à medida de segurança a garantia de execução, a periculosidade criminal como fundamento e o princípio da proporcionalidade.

2.1 Garantismo Penal, Medida de Segurança e Princípio da Legalidade

A primeira imposição do princípio da legalidade à medida de segurança, no ordenamento jurídico brasileiro é a vedação da medida a agente imputável penalmente. O que pode parecer óbvio atualmente, não era anteriormente à modificação da parte geral do Código Penal brasileiro, que além de possibilitar a imposição de medida de segurança a imputável admitia o sistema do duplo trilho¹⁸, em que se podia aplicar simultaneamente pena e medida de segurança.

¹⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11.

¹⁷ BUSATO, *opus cit.* p. 858; CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Pena Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 239 e seguintes; PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO. **Curso de Penologia e Execução Penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018. P. 169-175.

¹⁸ RIBEIRO, Raffhael Lima et ali. Duplo trilho, nenhum destino: quando a pena privativa de liberdade converte-se em medida de segurança. Anais do I SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE MANICÔMIOS JUDICIÁRIOS E SAÚDE MENTAL – USP. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**. 2009; 19(2).

Após a modificação do Código Penal brasileiro feita pela lei 7.209 de 1984, acolhe-se o sistema vicariante¹⁹, em que se pode aplicar apenas uma das sanções penais: pena ou medida de segurança. Segundo a Exposição de motivos do Código Penal brasileiro de 1984

Extingue o projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteiriços. Não se retomam, com tal método, soluções clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema. A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade-pena; periculosidade-medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada medida de segurança.

Ressalta-se, que apesar do largo passo dado, não há empecilho quanto à substituição de pena por medida de segurança²⁰, o que na prática pode evidenciar um oculto sistema de duplo trilho, ainda remanescente no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme Cirino dos Santos “a disciplina legal das medidas de segurança na lei penal brasileira é deficiente”, entre outros, pois segundo o autor “não existe nenhuma norma que vincule as medidas

¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. **Studi in Memoria di Giacomo Delitala**. vol.III. Giuffrè, 1984. p. 1907-1930. Em:<www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo19.pdf>faccess. Acesso em: 24 de janeiro de 2015. Conferir também: FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

²⁰ Segundo o artigo 98 do Código Penal brasileiro: “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.”

de segurança ao princípio da legalidade na lei penal brasileira, como existe em relação a crimes e penas, por exemplo.”²¹

Assim, o fato de não haver disposição legal, ressalte-se infraconstitucional, atrelando a medida de segurança ao princípio da legalidade causa arbitrariedades na imposição de tais medidas, por exemplo, quando da aplicação em que o juiz liga-a somente ao autor e não verificar a natureza do injusto por ele realizado.

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes e Alexandre Victor de Carvalho defendem que “deve prevalecer a definição médica como guia para a escolha da definição da Medida de Segurança a ser aplicada em detrimento da natureza da pena”.²²

Em suma, para diminuir os problemas na aplicação da medida de segurança deve o julgador fazer uma leitura constitucional da medida a fim de verificar que apesar de não haver vinculação infraconstitucional da medida ao princípio da legalidade, a Constituição não admite sua imposição desmensurada, vez que, sendo pena ou não, restringe sem a autorização do agente a sua liberdade.

Menelick de Carvalho Netto e Virgílio de Mattos²³, em parecer ao Conselho Federal de Psicologia, dão um passo além, mais do que pedirem a análise constitucional, via controle difuso, exigem de forma definitiva a declaração de não recepção da medida de segurança em face da Constituição da República Brasileira de 1988.

²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. p. 657.

²² CARVALHO, Alexandre Victor de; BERNARDO GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa. Escutemos também a lição dos loucos. **Revista do ICP- Instituto de Ciências Penais**. Vol.1, Belo Horizonte, 2006. p. 133.

²³ CARVALHO NETTO, Menelick; MATTOS, Virgílio de. **O novo direito dos portadores de transtorno mental**: o alcance da lei nº. 10.216/ 2001- Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2005.

Concordamos com a posição dos autores, mas o certo é que, enquanto não for sepultada, ao revés de possibilitar poderes selvagens, a medida de segurança deve estar cada vez mais atrelada ao princípio da legalidade, mas não só à legalidade estrita, como a todas as ramificações do princípio da legalidade.²⁴ Assim, é o entendimento majoritário da doutrina brasileira.²⁵

Conforme Busato para este mister, deve se considerar:

a) [a] existência de uma lei que estabeleça as medidas de segurança mediante um procedimento regular preestabelecido; b) a existência de lei (*lex praevia*) do que deriva a proibição de aplicação retroativa das leis penais em geral; c) as medidas de segurança, em sua formulação, devem-se expressar-se da maneira mais clara, inequívoca e exaustiva possível (*lex certa*); d) aplicação da medida de segurança pelo juiz não deve ultrapassar os marcos estabelecidos pela lei (*lex stricta*), proibindo a aplicação por analogia das medidas de segurança.²⁶

Assim, ao exigir que a construção do tipo penal seja certa, isto é, clara (*lex certa*), o princípio da legalidade exclui a possibilidade de criação de normas penais baseadas não em fatos praticados pelo indivíduo, mas em características da personalidade desse.

Isso porque as prescrições penais de um estado democrático de direito devem evitar o seu direcionamento a determinadas pessoas, como o fez e o faz as autoritárias prescrições da escola positiva, que identifica determinadas pessoas como autores de crimes, portanto merecedores da prescrição de normas de defesa social.

²⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 859.

²⁵ Por todos: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...** *opus cit.*, p. 690; e MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 310.

²⁶ BUSATO, *opus cit.* p. 859.

E ademais, de modo arbitrário deixa ao alvedrio do julgador um decisionismo schmittiano na imposição de pena (medida de segurança) que a desatrela substancialmente do princípio da legalidade. Em relação à prescrição das penas Garofalo negava a legalidade quando dizia que

La teoría positivista no puede tampoco aquí aceptar una regla absoluta, sino que exige que cada caso particular sea resuelto en vista de lo que la defensa social requiera, y conforme al principio según el cual cuando el tiempo haya producido una transformación moral que haya hecho del delincuente un ser sociable y útil, la pena no tiene objeto, así como que debe excluirse la prescripción en favor de todos aquellos criminales que, con su posterior conducta, han confirmado el diagnóstico de su incorregibilidad.²⁷

A medida de segurança, ainda que, sendo uma “sanção penal”, afronta o princípio da legalidade, pois: a) não possui prazo de determinado; b) não possui critérios objetivos para a configuração de seu pressuposto (a periculosidade); c) impõe o decisionismo arbitrário ao julgador. Desse modo, verifica-se a inconsistência da medida de segurança com os postulados garantistas.

A contrario sensu, verifica-se que a partir do momento em que a medida de segurança, como pena que é, esteja atrelada ao princípio da legalidade poderá ser controlada pelo poder judiciário, única função do Estado legítima para exercer jurisdição sobre tais pessoas. Assim, um dos princípios fundamentais para aplicação da medida de segurança, tal qual a legalidade, é o da jurisdicionalidade.

²⁷ GAROFALO, R. **La criminología**. Madrid: La España moderna, [s.d.]. Disponível em: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2012/laCriminologia.pdf>. Acesso: 24 de janeiro de 2015. p. 335.

2.2 Garantismo Penal e Jurisdicionalidade na aplicação da Medida de Segurança

Em face da postulação garantista do direito e do direito penal, deve-se questionar o papel do Estado na aplicação da medida de segurança. Ainda que não concordemos, para Paulo César Busato “se o fundamento da medida de segurança é a periculosidade e o sistema de organização social deverá conviver, obrigatoriamente, com esse conceito, é preciso verificar para onde será remetido.”²⁸

Desse modo, para o citado autor, uma pergunta se faz pertinente: “a situação da periculosidade que se expressou pela via de um tipo de ação com pretensão de ilicitude deve ser tratada pelo sistema penal, ou deve ser excluída deste?”²⁹

Para Busato, ambas são opções político-criminais válidas, para nós não, uma vez que não pode ser válida, no Estado de Direito, uma política criminal que exclua do âmbito penal, uma condição que implique uma coerção penal ao indivíduo, pois estaríamos reduzindo garantias.

Segundo o princípio da jurisdicionalidade a ninguém pode ser determinada uma coerção penal, sem que haja devido processo legal. De modo que, a imposição da medida de segurança, mais do que adstrita ao *due process of law* é também vinculado à função judicante.

Assim, não se pode determinar medida de segurança pela via administrativa, uma vez que a imposição de tal medida só é possível em face de uma determinação judicial, emanada por um juiz ou Tribunal competente, isto é, respeitado os princípios atinentes à jurisdição.

²⁸ BUSATO, *opus cit.* p. 860.

²⁹ *Idem.*

Contudo, a função judicante não pode ser exercida de modo discricionário. Como mostra Mariana de Assis Brasil e Weigert o discurso psiquiátrico na imposição de medida de segurança se dá em quatro momentos: *1º Determinação da medida e ausência de participação do imputado; 2º Influência determinante dos autos no diagnóstico; 3º Método decisionista de atuação judicial*³⁰; *4ª. O caráter curativo nos discursos sobre as medidas de segurança e sua incompatibilidade com a falta de voluntariedade/participação do sujeito.*³¹

Em se tratando do princípio da jurisdicionalidade, quando da imposição da medida de segurança, pode-se verificar afronta aos postulados garantistas. Para a autora, em relação à motivação do magistrado, esta é baseada no discurso psiquiátrico e “alicerçada em probabilidades e presunções completamente inverificáveis”.³² Neste ponto, a partir de Ferrajoli, e com a autora, podemos dizer que

es claro que este modelo de juicio penal potestativo en vez de cognoscitivo tiene una intrínseca naturaleza autoritaria. Su fundamento es exactamente el inverso al propio del modelo garantista: sin una predeterminación normativa precisa de los hechos que se han de comprobar, el juicio se remite en realidad mucho más a la autoridad del juez que a la verificación empírica de los supuestos típicos acusatórios.³³

Assim, em relação à imposição de uma medida de segurança, para se minimizar os efeitos drásticos de sua imposição, deve-se

³⁰ Neste sentido, verificar FERRAJOLI, *Derecho...*, pp. 33-90.

³¹ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. O discurso psiquiátrico na Imposição e Execução das Medidas de Segurança. **Revista de Estudos Criminais**. Vol. 6, nº 21, 2006. p. 131-146.

³² *Idem*.

³³ FERRAJOLI, *opus cit.* p. 43.

respeitar a legalidade e a jurisdicionalidade, ademais como ramificação de ambos, o primeiro na prescrição/determinação e o segundo na aplicação, deve-se também verificar, como conceito garantista, o prazo de duração da medida.

2.3 Garantismo Penal e determinação de prazo de duração da medida de segurança

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 97, §1º³⁴ estabelece prazo mínimo de internação que pode/deveria variar de um a três anos. No entanto, não estabelece prazo máximo, na verdade este é estabelecido pela realidade, que mostra invariavelmente a superação dos limites impostos pelo tipo penal do injusto cometido, contrariando o princípio da humanidade que proíbe penas de caráter perpétuo (artigo 5º, XLVII da Constituição da República).

Isso decorre da suposta necessidade de cessação de periculosidade para que o indivíduo possa ver cumprida sua coerção penal. No entanto, como cessar, algo que não se pode comprovar seriamente ter-se?

Mais do que a não comprovação empírica da periculosidade, o que causa espécie, é o fato de não somente os laudos (negativos ou positivos) manterem indivíduos enclausurados, mas o fato de que não havendo amparo familiar - geralmente, rompidos pela voracidade do tempo - o portador de sofrimento mental padecerá também de uma prisão perpétua.

³⁴ *Ipsis literis*: art. 97, § 1º do CP: A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Ao tempo de sua pesquisa, Virgílio de Mattos demonstrou que persistiam vários casos de pacientes internados em hospitais psiquiátricos por anos, até mesmo sem processo. Segundo o autor alguns aguardando perícia, “outros, incontáveis, também aguardam há anos o laudo de cessação de periculosidade, e há os que, mesmo com o laudo positivo para a cessação da periculosidade, aguardam *ad vitam* o único alvará de soltura para eles possível: a morte.”³⁵

As duas ingratas opções (pena perpétua e pena de morte) não coadunam com regimes verdadeiramente democráticos. Excluída a pena de morte o internamento por período ilimitado efetivamente contém uma condenação perpétua disfarçada, própria de regimes ditatoriais³⁶.

Tal condenação é fruto da preocupação de Zaffaroni e Pierangeli quando escrevem a respeito da medida de segurança. Segundo os autores:

A forma penal desta coerção compromete grandemente a liberdade das pessoas a ela submetidas. Preocupa, sobremaneira, a circunstância de não terem as “medidas” um limite fixado na lei e ser a sua duração indeterminada, podendo o arbítrio dos peritos e juízes decidir acerca da liberdade de pessoas que, doentes mentais ou estigmatizadas como tais, sofrem privações de direitos, ainda maiores do que aquelas que são submetidas às penas. O problema não é simples, e a pouca atenção que geralmente se dá às medidas de segurança, do ponto de

³⁵ MATTOS, Virgílio de. Da inimputabilidade – um estudo sobre o estigma da periculosidade do louco infrator e sua inconstitucionalidade. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 18. In: MATTOS, Virgílio de. **Crime e Psiquiatria**: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 78-79.

³⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

vista dogmático, torna-a bastante perigosa para as garantias individuais.³⁷

Segundo Claus Roxin “um direito penal da culpa perde toda a sua credibilidade quando, através do simples fato de rotular de ‘medidas’, impõe a seu bel-prazer enclausuramento de longa duração sem qualquer respeito pelos limites do Estado de Direito, em relação aos quais e só por eles é digno conservar-se o princípio da culpabilidade.”³⁸

Desse modo, para Zaffaroni e Pierangeli “não é constitucionalmente aceitável, que a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpetua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o interprete que tem a obrigação de fazê-lo.”³⁹

Assim, conforme Cirino dos Santos⁴⁰, atualmente no Brasil, fundados nos princípios constitucionais da dignidade humana e da proporcionalidade a doutrina especializada e a jurisprudência, respectivamente buscam solucionar a questão: a) vinculando a duração máxima das medidas de segurança aplicadas ao máximo da pena privativa de liberdade culminada ao fato punível prático⁴¹; b)

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2008.p. 731.

³⁸ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1998, p. 42. *Apud* BUSATO, *opus cit.* p. 865.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2008.p. 733.

⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 666.

⁴¹ GOMES, Flávio. Duração das medidas de segurança. **Revista dos Tribunais**, n.663, p. 257-267, jan. 1991.

vinculando o limite máximo da medida de segurança aplicada à pena criminal aplicada fosse o autor imputável⁴².

De fato, aqui e ali, com avanços e retrocessos a doutrina caminha. Não podemos dizer que há evolução, nos parece que persiste muito do positivismo criminológico⁴³. Aliás, os construtos sociais não estão vinculados a uma linha histórica reta, mas à materialidade das relações sociais. Desse modo, percebe-se que ainda hoje e cada vez mais o *autoritarismo cool* discursa sobre a defesa da sociedade.

Assim, antes das considerações finais, conclusivas são as palavras de Virgílio de Mattos, a qual nos filiamos:

É preciso realizar a substituição do atual sistema punitivo paralelo e inconstitucional, que é a medida de segurança para o portador de sofrimento mental. É preciso que se construa uma responsabilização para o portador de sofrimento ou transtorno mental que comete crime, fora da hipótese de existência do manicômio judiciário, ou qualquer que seja o sinônimo que se lhe empreste, como 'hospital de custódia e tratamento psiquiátrico'. Instituições anacrônicas e mais repressivas e destrutivas do que o próprio cárcere.

O portador de sofrimento ou transtorno mental merece ser tratado de acordo com sua patologia, vedada a internação compulsória por período superior à pena

⁴² Conferir o seguinte julgado: TJRS. 5ª Câmara criminal, Apelação-Crime 70010817724/2005, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho. Ressalta-se também que no HC nº 84. 219-4/SP, decisão liminar, rel. min. Marco Aurélio, j.24.04.04, DJU de 03.05.04, p. 11, nº88 o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de atribuir às medidas de segurança o prazo máximo de duração previsto no art. 75 do Código Penal, qual seja, 30 anos.

⁴³ Conferir nosso: RIBEIRO, Raphael Lima. Medida de segurança: um dogma penal. In: VENTURINI, Ernesto; DE MATTOS, Virgílio; OLIVEIRA, Rodrigo Tôres (org.) **Louco Infrator e o Estigma da Periculosidade**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016.

concretizada para aquele que é considerado 'normal', ou imputável. Pensar menos do que isso é afrontar a Carta Cidadã. É uma conclusão óbvia que exige tão pouco e proporciona tremendo avanço.⁴⁴

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A liberdade é terapêutica

É preciso dar condições para a construção de um delírio que seja benéfico. Não são todos que trazem problemas. Não queria parar de ver as luzes que me aparecem. Elas são muito bonitas. A loucura é uma condição humana que deve ser respeitada. (Sílvia Maria Soares Ferreira).⁴⁵

Não são todos os delírios que trazem problemas, mas os delírios de segurança, verdade e pureza certamente são problemáticos. De fato, o direito penal, em muitos casos, causa mais dores do que curas; como disse Ferrajoli a história das penas é mais cruel e horrenda do que a história dos crimes.

Em se tratando de sujeito carente de entendimento ou determinação diante dos fatos delituosos que provoca, há na resposta estatal mais problemas do que solução. A imposição eufêmica de medida de segurança, ao revés de pena, oculta a discussão, exclui o tratamento/cuidado, dificultado pela obrigatoriedade e impõe de fato uma pena sem pena.

Questionando o seu caráter eufêmico e retórico identificamos a Medida de Segurança como uma pena, “uma pena que nos dá pena”, pois, desprovida ao mínimo das promessas de garantias (processuais),

⁴⁴ MATTOS, Virgílio de. Trem de doido: o controle especial do controle total. p. 67-75. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina [org]. **Criminologia e Subjetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴⁵ In: CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.147.

ainda que em um mundo sem garantias. Portanto, há que se concluir: Medida de Segurança, não, obrigado. Tempos sombrios, preferimos a pena, com o controle garantista.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Alexandre Victor de; BERNARDO GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa. Escutemos também a lição dos loucos. **Revista do ICP- Instituto de Ciências Penais**. Vol.1, 1ª ed. Belo Horizonte: 2006.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick; MATTOS, Virgílio de. **O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da lei nº. 10.216/2001**- Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2005.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e Razón**. Teoria del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. **Studi in Memoria di Giacomo Delitala**. vol.III. Giuffrè, 1984. p. 1907-1930. Disponível em: <www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo19.pdf>faceess. Acesso: 24 de janeiro de 2015.

GAROFALO, R. **La criminología**. Madrid: La España moderna, [s.d]. Disponível em: <<http://fama2.us.es/fde/ocr/2012/laCriminologia.pdf>>. Acesso: 24 de janeiro de 2015.

GOMES, Flávio. Duração das medidas de segurança. **Revista dos Tribunais**, n.663, p. 257-267, jan. 1991.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 3(1): 34-41 janeiro-junho 2011.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**, v. II. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MATTOS, Virgílio de. **Crime e Psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MATTOS, Virgílio de. Trem de doido: o controle especial do controle total. p. 67-75. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina [org]. **Criminologia e Subjetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MESTIERI, João. **Teoria Elementar do Direito Criminal**. Rio de Janeiro: Edição do autor, 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: parte general**. Valencia: Tirant lo Blanc, 2015.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO. **Curso de Penologia e Execução Penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018.

RIBEIRO, Rafael Lima *et alii*. Duplo trilho, nenhum destino: quando a pena privativa de liberdade converte-se em medida de segurança. Anais do I Simpósio Internacional sobre Manicômios Judiciários e Saúde Mental – USP. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**. 2009; 19(2).

RIBEIRO, Rafael Lima; LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. As acepções da Teoria do Garantismo. **Revista Pensar Acadêmico**. Ano 6, Número 2, 1º Semestre 2014.

RIBEIRO, Rafael Lima. Medida de segurança: um dogma penal. In: VENTURINI, Ernesto; DE MATTOS, Virgílio; OLIVEIRA, Rodrigo Tôrres (org.) **Louco Infrator e o Estigma da Periculosidade**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Alexandre Araújo de. Prefácio do Tradutor. In: FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. O discurso psiquiátrico na Imposição e Execução das Medidas de Segurança. **Revista de Estudos Criminais**. Vol. 6, nº 21, 2006. p. 131-146.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2008.