§ 08 – MEDIDA DE SEGURANÇA

Leandro Ayres França[1]
Noyelle Neumann das Neves[2]

Sumário: *1. Referência Jurisprudencial. 2. O Caso. 3. Os Fundamentos da Decisão. 4. Problematização. 4.1. O Agente Sujeito às Medidas de Segurança. 4.2. As Sanções Penais. 4.2.1. Uma variação das medidas de segurança: as medidas de proteção aplicáveis aos adolescentes com problemas mentais. 4.3. Os Sistemas Relacionais entre Pena e Medida de Segurança. 4.4. A Integração das Medidas de Segurança às Garantias Penais. 4.5. Reticências Controversas. 5. Referências.*

1 REFERÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança 9001965-65.1997.8.26.0000. Relator Desembargador Hélio de Freitas. Data do julgamento: 24.03.1998.

2 O CASO

J.A.P.C. (1942-1998) foi inscrito no rol dos criminosos mais notáveis do Brasil, sob a folclórica alcunha de "Bandido da Luz Vermelha". Teve uma carreira criminosa curta, tendo sido preso aos 24 anos. Ainda assim, sua criminografia foi fecunda: no final da década de 60, J.A.P.C. aterrorizou as classes média e alta de São Paulo. Assumira um estilo próprio de assalto: nas últimas horas da madrugada, cortava o fornecimento de energia das residências e nelas ingressava, com um lenço

[1] Mestre do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Advogado e escritor.

[2] Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Paris X em cotutela com a Universidade de São Paulo; Mestra em Direitos Humanos pela Universidade de Paris X; Especialista em Sociologia Política pela Universidade Federal do Paraná. Professora assistente na Universidade de Paris X e Advogada.

no rosto e uma lanterna com o bocal vermelho, o que lhe garantiu o apodo. A associação com Caryl Chessman[3], o "Red Light Bandit", que usava um método semelhante para chamar a atenção de suas vítimas, foi primeiramente elaborada pelas reportagens que narravam os seus crimes[4]; J.A.P.C. gostou e assumiu o apelido. A assunção na nova personalidade foi significativa: o Bandido da Luz Vermelha foi mito criado; porém, o próprio J.A.P.C. alimentou-se dele num *crescendo* tão violento que passou a confessar crimes que jamais cometera (*v.g.*, os de natureza sexual)[5]. Preso em 7 de agosto de 1967, em Curitiba, foi acusado por 11 homicídios (4 consumados e 7 tentados) e 77 roubos e, considerado mentalmente são, foi condenado a 351 anos, 9 meses e 3 dias de reclusão. Passou 30 anos e 4 dias preso – 5 anos a mais do que vivera em liberdade.

Em 22 de agosto de 1997, quando faltava um dia para J.A.P.C. ser libertado da prisão pelo cumprimento do termo máximo de 30 anos (cf. art. 75, Código Penal), os Promotores de Justiça da Vara das Exe-

3 Caryl Whittier Chessman (1921-1960) confundia suas vítimas, simulando ser policial: seguia seus automóveis e lhes direcionava um facho de luz vermelha. Quando as motoristas ou passageiros paravam, abriam a janela do veículo ou dele saíam, eram roubados e, no caso de algumas mulheres, eram estupradas. Após um controverso processo – no qual, *v.g.*, Chessman se defendeu por conta própria, tendo conseguido evitar oito execuções, ou, mais polêmico, se discutiu se o fato de forçar uma de suas vítimas a se distanciar de seu carro por alguns metros configurava o crime de sequestro (o que foi confirmado e lhe garantiu uma *capital offense*) –, Chessman foi condenado por dezessete crimes e foi condenado à morte, em câmara de gás.

4 "*Mas este Acácio, que rendeu um belíssimo filme ao Rogério Sganzerla no final dos 60, não é o verdadeiro Bandido da Luz Vermelha. Este é cópia de um outro, o verdadeiro, um americano. Na época se dizia que o que era bom para os Estados Unidos era bom também para o Brasil. Tempos da ditadura militar americanizada. / Eu explico. / No final dos anos 50, surgiu nos Estados Unidos um sujeito chamado Caryl Chesmann, jovem, bonito, charmoso, que aprontava barbaridades, sempre usando uma lanterna vermelha em seus assaltos, estupros e assassinatos. Logo a imprensa americana, escandalizada, lhe deu a alcunha de O Bandido da Luz Vermelha. [...] Em 1961, depois de adiar estupendamente várias vezes sua morte, finalmente caminhou pelo corredor da morte em San Quentin e, apesar de milhões de cartas do mundo todo, foi executado. / Dizem que até João XXIII pediu clemência. / Morto aquele, surgiu o nosso Acácio. Mesmo jeitão, boa-pinta (loiro), 24 anos. Diz a lenda que as mulheres por ele estupradas pediam a sua volta. / O Brasil era uma efervescência cultural na época. O tropicalismo no auge, Zé Celso no seu auge, Glauber ditando regras, Flavio Cavalcanti quebrando discos. Com tanto louco na praça, o Acácio foi bem-vindo. Todo mundo torcia para que o Bandido da Luz Vermelha não fosse capturado. Mas foi*". (PRATA, Mário. O Bandido da Luz Vermelha. **Isto É**, São Paulo, 27 ago. 1997.)

5 MANSO, Bruno Paes. Prisioneiro do mito: fora da cadeia após trinta anos, Luz Vermelha segue uma fantasia. **Veja**, São Paulo, 03 set. 1997.

cuções Criminais da Comarca de São Paulo interpuseram agravo em execução com o requerimento de que a pena privativa de liberdade restante fosse convertida em medida de segurança. Na época, não se considerava que a limitação do art. 75 do CP não se comunicava à medida de segurança, *id est*, o período em que J.A.P.C. estivesse internado não poderia ser computado na soma da pena máxima. O Juízo da Vara indeferiu o pedido.

Foi impetrado o Mandado de Segurança 240.026-3/0 (número antigo) pretendendo a concessão do efeito suspensivo ao recurso de agravo – efeito que tal recurso não possui – e, substancialmente, a ordem para que J.A.P.C. fosse submetido a exame e transferido para a Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté. Em decisão liminar, o Desembargador Amador da Cunha Bueno Netto suspendeu a decisão atacada pelos representantes do Ministério Público; todavia, posteriormente, tendo acesso a novo laudo pericial que dava "*o sentenciado como absolutamente capaz de retornar ao convívio social*"[6], reconsiderou a liminar deferida e determinou o cumprimento do alvará de soltura. J.A.P.C. foi libertado em 27.08.1997.

Meses depois, a análise do mérito do mandado de segurança foi prejudicada, pela perda de seu objeto: em 05.01.1998, J.A.P.C. foi morto durante uma briga com um pescador que lhe oferecera abrigo, em sua cidade natal (Joinville, Santa Catarina). Na época, Daniel Azevedo Noronha, presidente do Conselho Estadual de Direitos da Pessoa Humana, declarou que fora a sociedade quem matara J.A.P.C. com o tiro: "*A vida dele foi ceifada em 30 anos. Ele ficou todo esse tempo morto e depois foi ressuscitado para ser assassinado*"[7].

3 OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO

J.A.P.C. faleceu antes do julgamento do mandado de segurança em questão; porém, em seu acórdão, o Desembargador Hélio de Freitas, ao apreciar os aspectos processuais, não deixou de fazer uma análise do mérito:

> *A decisão agravada não é teratológica. O Magistrado decidiu de acordo com o seu convencimento, mediante avaliação dos elementos probatórios, inclusive, subsídios técnicos, existentes nos autos da exe-*

6 Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança 9001965-65.1997.8.26.0000. j. em 24.03.1998. Relator Desembargador Hélio de Freitas.

7 MENDONÇA, Fernando. Corpo de Luz Vermelha é enterrado em SC. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 07 jan. 1998. Folha São Paulo, Polícia, p. 7.

cução, e a sua decisão, em tese, poderia estar correta, tanto que laudo pericial, posteriormente elaborado, deu o sentenciado como absolutamente capaz de retornar ao convívio social, inclusive, levando o eminente 2° Vice-Presidente desta Corte a revogar a liminar que anteriormente concedera. Poder-se-ia não se concordar com a decisão agravada (matéria própria de discussão no agravo em execução interposto), mas ela não é despropositada, absurda.

E continou:

[i]gualmente, não se vislumbrava, no caso, dano irreparável ou de difícil reparação. [...] Abstraído, é claro, o evento morte, que poderia se dar em qualquer lugar, a soltura do paciente não inviabilizava que, se provido o recurso, o restante da pena carcerária do sentenciado viesse a ser substituída pela medida de segurança detentiva, recolhendo-se-o em estabelecimento adequado ao cumprimento dessa medida, como pretendiam os impetrantes.

No entanto, mais importante que a própria decisão, foram os propósitos dos recursos penais. Os representantes do Ministério Público alegaram, em substância, que o sentenciado apresentava *insanidade mental e periculosidade* e, como o recurso impetrado por eles (o agravo em execução) não tem efeito suspensivo, sua soltura imediata se constituiria em precedente sério para outros casos semelhantes que poderiam ocorrer.

4 PROBLEMATIZAÇÃO

Algumas questões fundamentais se extraem desse episódio: a estratégia dos Promotores de Justiça de converter a pena de reclusão em medida de segurança tinha como finalidade um internamento duradouro, quiçá perpétuo; qual era a diferença de garantias entre o tratamento que J.A.P.C. tinha e o que passaria a ter? Tal estratégia poderia ser posta em prática hoje, apenas quinze anos após aquela tentativa? Para J.A.P.C., um laudo pericial que comprovava sua sanidade mental e a morte antecipada lhe pouparam o internamento. Além dos fatores desse caso particular, o que impede que um subterfúgio processual como aquele se materialize? Nesse curto espaço de duas décadas, a jurisprudência pátria tem reconsiderado a natureza de um instituto que nasceu, já obsoleto, há dois séculos: a medida de segurança.

4.1 O Agente Sujeito às Medidas de Segurança

Não se pode estudar o tema sem ter em mente que ele é um reflexo das problemáticas inerentes ao modo pelo qual cada sociedade, em

cada momento histórico, trata os seus membros indesejáveis; no caso das medidas de segurança, a dicotomia periculosidade/vulnerabilidade, que, associada à loucura, acompanha sua exclusão ao longo do tempo[8], torna-se mais evidente em suas justificações. O fato de os Promotores de Justiça terem alegado a insanidade mental e a periculosidade de J.A.P.C., características que justificariam seu confinamento por tempo indeterminado, coloca em evidência a vontade de reforçar sua imagem como um indesejado, incapaz de conviver em sociedade.

Para o direito penal brasileiro, o louco é um doente mental, um agente que, em decorrência de doença ou desenvolvimento mental incompleto, não consegue compreender a ilicitude do fato criminoso que comete, não sendo possível exigir dele uma conduta conforme o direito. "*A imputabilidade penal é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento*"[9]. O Código Penal, em seu art. 26, *caput*, dispõe sobre as hipóteses em que o agente não é considerado imputável[10]. Assim, toda a discussão da imputabilidade, e mais genericamente da culpabilidade, gira em torno da ideia de livre arbítrio, de autodeterminação. Segundo essa lógica, o doente mental é inimputável por não entender o caráter antijurídico do fato que pratica, não possuindo, desta forma, livre-arbítrio. Essa ausência de "razão" e de livre-arbítrio configura sua imprevisibilidade, fator que justificará a atuação do Estado, até mesmo de forma preventiva.

Se a imputabilidade for excluída por incapacidade total de entendimento da ilicitude do fato ou de autodeterminação, o autor é absolvido, porém lhe é aplicada a punição em forma de medida de segurança.

4.2 As Sanções Penais

Apesar de não se reconhecerem pela denominação de "medidas de segurança", as codificações brasileiras anteriores já previam tratamen-

8 Para uma análise mais aprofundada da abordagem e tratamento da loucura no Brasil, ver NEVES, Noyelle Neumann das. "A construção do louco como inimigo: entre periculosidade e vulnerabilidade". *In*: FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). **Tipo**: Inimigo. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011. p. 177-204.

9 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 242. v. 1.

10 Este artigo dispõe que "*é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*".

tos específicos para as pessoas com distúrbios mentais: o Código Criminal do Império (1830) dispunha que os loucos que cometessem crimes seriam recolhidos às casas para eles destinadas ou entregues às suas famílias, conforme a melhor conveniência ao juiz (art. 12); o primeiro Código Penal republicano (1890) substituiu a conveniência do magistrado pela condição de *periculosidade social*, estabelecendo que os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de afecção mental seriam entregues a suas famílias ou recolhidos em hospitais de alienados, se o seu estado mental assim exigisse para segurança do público (art. 29); a redação original do Código Penal de 1940, antes da reforma produzida pela Lei 7.209/84, excluiu a família da participação na sanção e previu exclusivamente o internamento em manicômio judiciário para o agente isento de pena (art. 91).

O Código Penal vigente (Decreto-Lei 2.848/40) estabelece dois gêneros de sanção penal: as penas, que podem ser privativas de liberdade (art. 33), restritivas de direito (art. 43) ou pecuniária (art. 49); e, as medidas de segurança, distinguidas em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 96, I) e tratamento ambulatorial (art. 96, II). Sem trazer qualquer definição, a lei limitou-se a esclarecer quais são as espécies e suas formas de aplicação: a definição foi deixada por conta da doutrina.

Conforme Luiz Régis Prado, as medidas de segurança são consequências jurídicas do delito, de caráter penal, orientadas por razões de prevenção especial. Para ele, "*o objetivo primeiro da medida de segurança imposta é impedir que a pessoa sobre a qual atue volte a delinquir, a fim de que possa levar uma vida sem conflitos com a sociedade*"[11]. As medidas de segurança são medidas de defesa social, com as quais se procura evitar a conduta delituosa, protegendo valores de relevância no ordenamento jurídico. Segundo Heleno Cláudio Fragoso, impõe-se aos inimputáveis a medida de segurança

> *para **proteger a sociedade e as próprias pessoas** que, sofrendo de anomalias mentais, praticaram fato que a lei define como crime. Impondo essas medidas, o legislador entende que **são perigosos à sociedade e a si próprios** os que a elas são submetidos. As medidas de segurança pressupõem a periculosidade do agente, que a lei **presume**, pois torna obrigatória a imposição da medida*[12].

[11] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 600. v. 1.

[12] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, *op. cit.*, p. 498. (grifou-se) Pode-se perceber nesta afirmação o peso das noções de periculosidade (perigo para a sociedade) e de vulnerabilidade (perigo para si próprio) para justificar a ação do Estado sobre esses indivíduos.

Tal como a pena, a medida de segurança é uma reação contra um ataque a um bem jurídico. Ambas são manifestações do *jus puniendi* do Estado, impondo que o indivíduo que delinquiu e se revelou perigoso não torne a delinquir, e ambas são aplicadas jurisdicionalmente. "*Na pena prevalece o cunho repressivo, ao passo que na medida de segurança predomina o fim preventivo; porém, como já se fez sentir, a prevenção não é estranha à pena*"[13]. Por não possuírem um conteúdo punitivo, Eugenio Raúl Zaffaroni considera que as medidas de segurança não são propriamente penais, mas o são formalmente – por isso, impostas e controladas por juízes penais. Para ele, a natureza da medida de segurança "*nada tem a ver com a pena, que desta diferencia por seus objetivos e meios. Mas as leis penais impõem um controle formalmente penal, e limitam as possibilidades de liberdade da pessoa, impondo o seu cumprimento, nas condições previamente fixadas que elas estabelecem, e cuja execução deve ser submetida aos juízes penais*"[14].

Independentemente da forma de aplicação da medida de segurança, há dois pressupostos para a sua imposição: a *prática de fato* que corresponda à definição de crime e a *periculosidade* do agente. Quanto ao primeiro pressuposto, esclarece-se que o Código Penal adota a imposição pós-delitual da medida de segurança (é raciocínio óbvio, porém necessário); dele também decorre a inaplicabilidade da medida de segurança se ao caso incidir uma excludente de ilicitude da conduta – como a hipótese de o inimputável agir em legítima defesa. Quanto ao segundo pressuposto, a periculosidade do agente é um juízo de probabilidade, um cálculo que se divide em dois momentos: o diagnóstico da periculosidade (comprovação da qualidade sintomática de perigoso) e a prognose criminal (comprovação da relação entre tal qualidade e o futuro criminal do sujeito)[15]. Assim, segundo esse sistema (i) a periculosidade é *presumida* (mas

[13] NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 38. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 313. v. 1.

[14] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 731. Além disso, como afirma Regis Prado, na discussão acerca da natureza jurídica das destas sanções, alguns doutrinadores insistem em negar às mesmas o caráter de sanção penal, sob o argumento de que tais medidas apresentam uma função administrativa de polícia, não pertencendo, pois, ao direito penal, mas, sim, ao direito administrativo (PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, *op. cit.*, p. 608).

[15] PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 334.

comprovada por laudo) e somente desaparece com a declaração médico-pericial de que ela cessou; (ii) a periculosidade pressupõe sempre uma ordem social determinada a que o sujeito deve se conformar e que não é questionada[16]. Nota-se que, apesar das tentativas de dar uma cientificidade à noção de periculosidade, pressuposto tão central para a imposição da medida de segurança, ela resta um conceito vago e indeterminado[17]; todo o poder de atestar sua existência, ou cessação, fica nas mãos dos peritos psiquiatras, o que Michel Foucault denominou "*soberania grotesca*"[18].

Com relação aos direitos do internado, o art. 99 do Código Penal prevê que este será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento. Conforme a doutrina, o legislador teria, através deste dispositivo, proscrito *"o tratamento desumano e cruel a que tantas vezes são submetidas as pessoas que sofrem de doenças mentais"*[19]. Também, "*procura-se evitar que o inimputável seja recolhido à cadeia ou ao presídio comum, deixando de receber o tratamento psiquiátrico necessário em hospital ou em local com dependência médica adequada*"[20]. Assim, as medidas de segurança teriam, de alguma forma, um certo caráter terapêutico, configurando-se um tratamento compulsório e involuntário que é imposto ao doente.

Quanto às modalidades de medidas de segurança, a internação aplica-se obrigatoriamente aos inimputáveis absolvidos com fundamento no art. 26 do CP e que tenham praticado fato que o ordenamento legal prevê como crime punido com pena de *reclusão*. Essa medida detentiva exige que o internado seja submetido aos exames psiquiátrico, criminológico e de personalidade[21]. O tratamento ambulatorial é destinado aos inimputáveis que tenham praticado fato previsto como crime, punido com pena de *detenção*, e aos semi-imputáveis (art. 26, parágrafo único[22]) que necessitem especial tratamento curativo. Trata-se de medida restritiva em que são dispensados cuidados médicos ao paciente sem que haja internação; o exame criminológico nesse caso é facultativo[23].

Ambas as medidas têm prazos mínimos de cumprimento: o juiz deve-o fixar entre 1 e 3 anos (art. 97, § 1°); a cessação das medidas, por sua vez, depende da constatação do fim da periculosidade e, de acordo com o Código Penal, "*será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade*". (art. 97, § 3°) A justificativa da indeterminação de tal medida é novamente a vaga noção de periculosidade. Sendo a periculosidade um estado do agente que perdurará por um tempo maior ou menor, sem que sua duração possa ser previamente fixada, também a duração da medida de segurança será, a princípio, indeterminada, ainda que submetida a controle periódico.

> *Não obstante, por razões de segurança jurídica, a lei deveria estabelecer um limite máximo, determinado em função da duração regular do tratamento cientificamente recomendado ao agente. [...] muito embora se transcorrido o lapso temporal ainda persistisse o estado de periculosidade, nada obstaria a liberação do condenado, pois o poder de punir não pode se estender infinitamente no tempo*[24].

Desta forma, o pressuposto da periculosidade funda uma sanção penal *preventiva* e *sem prazo máximo de duração*[25].

Isso esclarece o propósito do mandado de segurança impetrado horas antes da soltura de J.A.P.C.: objetivava-se o internamento do Ban-

16 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, *op. cit.*, p. 499.

17 Agressividade, violência e imprevisibilidade são atributos historicamente associados à loucura. A armadilha histórica que aprisionou os insensatos e posteriormente os impediu de participarem da vida social e, portanto, de exercer sua cidadania, vincula-se ao pressuposto da periculosidade a eles aplicado. A definição e as classificações de doença mental partem de pressupostos de irrecuperabilidade, incurabilidade e imprevisibilidade (historicamente anteriores à internação, à segregação e à institucionalização), jamais questionados nem explicitados pelo saber médico-psiquiátrico. Por isso, mesmo quando separado de outras formas de periculosidade social, o louco permanece confinado.

18 Ver artigo de CHAVAUD, Frédéric. "Leçons sur la 'souverainété grotesque': Michel Foucault et l'expertise psychiatrique". *In*: CHEVALLIER, Philippe; GREACEN, Tim (dir.). **Folie et justice**: relire Foucault. Toulouse: Érès, 2009. p. 49-66. Para uma resenha crítica da obra em português, ver NEVES, Noyelle Neumann das. "Resenha crítica de Folie et Justice: relire Foucault". **Revista de Direito Sanitário**. v. 12. 2011. p.325-338.

19 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, *op. cit.*, p. 502.

20 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, *op. cit.*, p. 611.

21 Em conformidade com os arts. 8°, 9°, 100 e 174, da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Percebe-se aqui, mais uma vez, a importância dada à perícia psiquiátrica.

22 "***Parágrafo único*** *– A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*".

23 Em conformidade com os arts. 8°, 9° e 174, da Lei 7.210/1984, e com o item 155, da sua Exposição de Motivos.

24 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, *op. cit.*, p. 608.

25 Tal dispositivo (art. 97, CP) contraria o que determina o artigo 5°, XLVII, *b*, da Constituição da República de 1988, que proíbe a imposição de penas perpétuas. Ademais, o direito de um condenado saber a duração da sanção que lhe será imposta é inerente ao princípio da legalidade.

dido da Luz Vermelha, oxalá por um período longo e, principalmente, indefinido.

4.2.1 Uma variação das medidas de segurança: as medidas de proteção aplicáveis aos adolescentes com problemas mentais

Ainda que tangente a esta questão, a perscrutação das medidas de segurança pode se prolongar à análise da medida socioeducativa, com a ressalva de tratar-se de instituto com problemática própria e distinta. De nominação muito comprometedora – porque deposita em uma espécie de sanção penal uma imprescindível carga pedagógica – a medida socioeducativa é atribuível ao adolescente que praticar um *ato infracional* (conduta descrita como crime ou contravenção penal, conforme arts. 103 e 112, Lei 8.069/90). Essa inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos está prevista na Constituição da República (art. 228) e se repete no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 104). No entanto, se este adolescente "*for portador de doença ou deficiência mental*" (art. 112, § 3°, ECA), ser-lhe-á imposta uma variação da medida de segurança, designada "medida de proteção" (art. 98); essa medida poderá assumir diversas formas, entre elas o "*tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial*"[26]. (art. 101, V)

4.3 Os Sistemas Relacionais entre Pena e Medida de Segurança

Em 15.05.1800, James Hadfield tentou assassinar o rei George III, do Reino Unido, no Teatro Real de Drury Lane. Hadfield errou seu alvo. Declarada sua insanidade no decorrer do processo judicial, Hadfield foi absolvido. Até então, o procedimento comum era a entrega do réu à sua família. No entanto, porque o atentado de Hadfield tinha colocado o rei como vítima potencial – o que configurava o crime de *treason* –, o Parlamento britânico não tardou em promulgar o *Criminal Lunatics Act*, o qual possibilitava a internação por tempo indeterminado, "*until His Majesty's pleasure shall be known*". Esse ato legislativo instaurou a possibilidade de aplicação da medida de segurança, a ser cumprida em manicômio judiciário, para o qual foi enviado Hadfield.

[26] A controvérsia dessa específica questão tem provocado diversas soluções, as quais foram bem evidenciadas em SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 95-97.

No entanto, a sistematização da medida de segurança somente ocorreu um século mais tarde, quando Carl Stooß a previu em seu nateprojeto de Código Penal suíço (1893). Stooß estabeleceu o critério *vicariante* (do latim, *vicarius*: o que faz as vezes de outro, substituto): aplica-se ou a pena ou a medida de segurança, de forma que um substitua o outro. A esse critério foi contraposto um outro, fruto da convicção de que a pena era insuficiente para os criminosos habituais e multirreincidentes, que foi designado de *duplo-binário*: aplicam-se pena e medida de segurança cumulativa e sucessivamente[27]. Entre um critério substitutivo e outro, cumulativo, o ordenamento jurídico concedeu espaço a um meio-termo, qual foi o critério *alternativo*, o qual impõe que algumas pessoas (inimputáveis) devem ser internadas, enquanto outras (imputáveis) devem ser submetidas à pena – aqui é impossível a substituição (*vicarius*).

Enquanto distintas, penas e medidas de segurança interrelacionam-se em composições que se substituem, se alternam ou correm paralelas. A essa autonomia das sanções penais e medidas de segurança deu-se o nome de *sistema dualista*. O criminólogo francês Jean Pinatel (1913-1999), em meados do século XX, escreveu que o dualismo entre pena e medida de segurança constituía, historicamente, uma transação entre posições clássicas e positivas[28]. De fato, enquanto os teóricos ilustrados excluíam o doente mental das penas, os positivistas defendiam a aplicação de uma sanção preventiva para os sujeitos delinquentes[29].

Esse sistema foi bem recebido pela doutrina brasileira. Aníbal Bruno escreveu: "*[o] dualismo de Liszt permitiu aos códigos modernos, que não queriam aventurar-se decididamente pelo campo do positivismo, iniciarem o tratamento da periculosidade criminal, adotando um princípio avançado e fecundo, sem comprometer os axiomas clássicos da impu-*

[27] O critério do duplo-binário foi adotado na redação original do Código Penal de 1940, mas restou em absoluto descrédito: "*A falência do sistema se deve ao fato de nunca ter sido possível distinguir, na execução, a pena privativa da liberdade, da custódia de segurança. Deve-se também à precariedade do juízo de periculosidade, bem como à inexistência de estabelecimentos e de pessoal técnico*". (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, *op. cit.*, p. 496.) Somente no Estado de São Paulo foi construído um único estabelecimento para execução de medidas de segurança detentivas para imputáveis. (*Ibidem*. p. 497.)

[28] PINATEL, Jean. Le problème de l'unification des peines et mesures de sûreté. *Apud* SOUZA, Moacyr Benedicto de. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**. São Paulo: José Bushatsky, 1979. p. 35.

[29] Sobre esse debate, ver DIGNEFFE, Françoise. "Généalogie du concept de dangerosité" *In*: CHEVALLIER, Philippe; GREACEN, Tim (dir.). **Folie et justice**: relire Foucault. Toulouse: Érès, 2009. p. 139-157.

tabilidade e da pena"[30]. Nelson Hungria firmou: "*numa só palavra: a pena é, conceitualmente, uma reação, um contra golpe em face do crime já praticado; a medida de segurança é um preventivo do crime que pode vir a ser praticado*"[31].

O Código Penal brasileiro vigente (e reformado) adotou formalmente o sistema dualista e, curiosamente, assumiu dois de seus critérios. Para os inimputáveis (art. 26) impôs as medidas de segurança, em contraponto aos imputáveis apenados – é o critério alternativo. Para os semi-imputáveis (art. 26, parágrafo único), aplica-se a pena prevista para o crime, com redução de 1/3 a 2/3, ou uma das medidas de segurança (art. 98) – é o critério vicariante.

Houve, porém, uma parcela de autores que não vislumbrou essa distinção entre pena e medida de segurança: se ocorresse a perda de autonomia de uma delas (por absorção) ou de ambas (pela unificação), estar-se-ia diante de um *sistema monista*. Algumas quimeras foram propostas, dentre as quais a pena de segurança (Franz von Liszt, Edmund Mezger) e a pena indeterminada (Luis Jiménez de Asúa)[32]. No Brasil, o monismo penal não reuniu muitos seguidores – talvez porque a própria Escola Positiva nunca conseguiu firmar suficientemente suas raízes em terras de produção científica tão eclética. Moacyr Benedicto de Souza defendeu a unificação das sanções com fulcro no argumento de que o "*essencial é que o delinquente seja submetido a um só tratamento, desde o início de seu processo de recuperação, e que seja o mais adequado, em face das condições biopsíquicas de cada um*"[33]. Roberto Lyra, que se declarava um *positivista em trânsito* e *indisciplinado*, era partidário da unidade substancial das sanções, mas desacreditava na sua execução prática por falta de estabelecimentos e pessoal para tanto aparelhados e vocacionados[34].

Uma questão, porém, é proposta: E se fosse possível provar uma relação de pertencimento, de adaptação entre pena e medida de segurança, que revelasse um novo monismo, um sistema monista por integração?

30 BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 36.

31 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. *Apud* SOUZA, Moacyr Benedicto de. *Op. cit.*, p. 42.

32 SOUZA, Moacyr Benedicto de. *Op. cit.*, p. 85-94.

33 SOUZA, Moacyr Benedicto de. *Op. cit.*, p. 109.

34 LYRA, Roberto. Novíssimas escolas penais. *Apud* SOUZA, Moacyr Benedicto de. *Op. cit.*, p. 66.

4.4 A Integração das Medidas de Segurança às Garantias Penais

A reforma do Código Penal de 1940 já havia oferecido às medidas de segurança um tratamento igual ao da pena; a nova redação do parágrafo único do art. 96 passou a dispor que "*[e]xtinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta*". Essa alteração emprestou às medidas institutos que eram exclusivamente penais, como a *abolitio criminis* (art. 107, III) e a prescrição (IV). No entanto, quanto à duração ilimitada da medida de segurança, o texto de lei não sofreu mudanças literais.

Quando um texto legal se mostra inadaptado, é possível adaptar o seu conteúdo através da interpretação. E é o que a jurisprudência brasileira tem feito no caso do prazo das medidas de segurança.

No julgamento do *Habeas Corpus* 84.219-SP, em 16.08.2005, o Ministro relator Marco Aurélio, contrariando precedentes do Superior Tribunal de Justiça que balizavam a medida de segurança exclusivamente pela duração da pena imposta ao réu, traçou interpretação sistemática e teleológica dos arts. 75 e 97 do Código Penal e 183 da Lei de Execução Penal, e emprestou a eficácia do art. 75, CP, às medidas de segurança: "*O que cumpre assinalar, na espécie, é que a paciente está sob a custódia do Estado, pouco importando o objetivo, há mais de trinta anos, valendo notar que o pano de fundo é a execução de título judiciário penal condenatório*"[35]. A decisão jungiu a medida de segurança com o período máximo de trinta anos. A doutrina pátria já vinha debatendo essa questão há duas décadas. Luiz Flávio Gomes, quem mais se aprofundou no tema, havia, no princípio da década de 1990, oferecido uma dupla proposta: aos semi-imputáveis, o *quantum* da pena fixada deveria ser o limite da intervenção estatal; aos inimputáveis, o limite máximo seria o "marco máximo da pena imponível" ao delito cometido[36].

Em distinto julgamento do Supremo Tribunal Federal, referente ao *Habeas Corpus* 97.621-RS (02.06.2009, Rel. Min. Cezar Peluso), firmou-se o precedente de que, diante de melhora no quadro psiquiátrico do internado, é autorizado ao Juízo de execução determinar procedimento

35 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 84.219-4 SP*. j. em: 16.08.2005. Min. Rel. Marco Aurélio. p. 290.

36 GOMES, Luiz Flávio. "Duração das medidas de segurança". *In*: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Coleção Doutrinas Essencias. p. 1077-1079. v. 3. Em sentido contrário: ANTUNES, Maria João. "Discussão em torno do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica". *In*: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.). *Op. cit.*, p. 1093.

de desinternação progressiva. Noutro *Habeas Corpus* daquele mesmo ano, o Ministro Cezar Peluso ressaltou que a "*[r]igidez do sistema jurídico-penal significa, em alguns casos, aplicação de medida de segurança totalmente incompatível com o seu propósito terapêutico*"[37]. Por essa razão, e diante do caso que se lhe apresentava de uma requisição médica com propósito terapêutico, o ministro concedeu a ordem para substituir a medida de segurança detentiva (internamento) pela restritiva (tratamento ambulatorial).

Recentes julgados têm reforçado o limite temporal máximo das medidas de segurança e têm autorizados desinternamentos progressivos: HC 98.360-RS (04.08.2009, Rel. Min. Ricardo Lewandowski), MCHC 107.157-RS (16.05.2011, Rel. Min. Ayres Britto), HC 107.432-RS (24.05.2011, Rel. Min. Ricardo Lewandowski), RHC 100.383-AP (18.10.2011, Rel. Min. Luiz Fux), HC 107.777-RS (07.02.2012, Rel. Min. Ayres Britto). Por esses poucos exemplos, percebe-se uma tendência à integração das medidas de segurança às garantias das penas. Um novo modelo monista, demandado por doutrinadores e advogados, e executado pelas reformas legais[38] e jurisprudenciais. A magistrada do Tribunal Constitucional de Portugal Maria João Antunes descreveu "*que a aceitação progressiva da natureza penal da medida de segurança se foi traduzindo, de facto, numa aproximação ao direito penal das penas*". "*Uma evolução*", escreveu ela, "*marcada pelo objectivo de submeter a imposição das medidas de segurança ao regime de garantias político-criminais formais e materiais que rodeiam a aplicação das penas*"[39]. Também outros doutrinadores já notaram um "processo de acercamento de conteúdos", ou um "acercamento prático ao monismo", ou um "monismo político criminal", "*monismo penitenciário*"[40].

Dessa forma, a estratégia dos membros do Ministério Público no caso do Bandido da Luz Vermelha, não encontraria fundamento no

[37] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 85.401-RS. j. em 04.12.2009. Rel. Min. Cezar Peluso, p. 57.

[38] Marco relevante para as medidas de segurança foi a promulgação da Lei 10.216/01, que determinou a revisão do tratamento dos portadores de transtornos psiquiátricos à luz dos questionamentos da efetividade da custódia dos doentes mentais. O redirecionamento do modelo assistencial em saúde mental impactou as medidas de segurança quando, dentre outras exigências, dispôs que a pessoa com transtorno mental deve "*ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade*". (art. 2º, II)

[39] ANTUNES, Maria João. *Op. cit.*, p. 1086-1087.

[40] Um breve levantamento dessa doutrina pode ser verificado em GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 1068-1069.

atual entendimento da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, mesmo sem alteração formal das disposições legais.

4.5 Reticências Controversas

Tendo em vista as questões levantadas ao longo do presente estudo, é importante colocar em evidência alguns pontos de questionamento inerentes ao tema proposto:

- Se resumirmos a exigência da prática de fato punível como pressuposto para a imposição de uma medida de segurança ao princípio *nulla periculositas sine crimen*, exigir o segundo pressuposto, referente à periculosidade do autor, não torna essas condições um contrassenso quando reunidas?

- O item 153, da Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal (Mensagem 242/1983), dispõe que a "*guia expedida pela autoridade judiciária constitui o documento indispensável para a execução de qualquer uma das medidas*". O art. 171, da Lei de Execução Penal, por sua vez, esclarece que a referida guia somente será ordenada e expedida após o trânsito em julgado da sentença que aplicar medida de segurança. É possível, então, a *aplicação provisória de medida de segurança* que, embora excluída do Código Penal, ainda resiste no Código de Processo (art. 596, parágrafo único)[41]?

- Com a revogação do art. 594 do CPP, o qual proibia que o réu apelasse sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, pela Lei 11.719/08, que conformou o Código ao art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica, é possível questionar a constitucionalidade e a convencionalidade do parágrafo único do art. 596, CPP, o qual dispõe que "*A apelação não suspenderá a execução da medida de segurança aplicada provisoriamente*"?

- É possível ainda sustentar que pena e medida de segurança são distintas porque aquela tem um cunho repressivo, enquanto esta se caracteriza pelo aspecto preventivo? Ou que a pena tem a função positiva de corrigir o condenado, diferentemente da medida de segurança que assume a função negativa de neutralizar o internado? A prática parece diminuir a opacidade desta distinção: enquanto o discurso médico que fundou a medida de segurança apoiava-se no tratamento (correção), a execução da pena é também prova de incapacitação do condenado. No fundo, penas e medidas de segurança não são formas de controle social que implicam a privação ou restrição de direitos fundamentais da pessoa?

[41] "***Parágrafo único.*** *A apelação não suspenderá a execução da medida de segurança aplicada provisoriamente*".

- O fenômeno da integração das medidas de segurança às garantias penais não é uma nova forma de *confinamento do exterior*[42], um retorno da própria história da loucura ao campo jurídico contemporâneo: tal como a *Stultifera Navis* de Hieronymus Bosch, a *Narrenschiff* de Sebastien Brant, aquela nau dos loucos, que os aprisionava no limiar do horizonte geográfico das preocupações, e um dia desembarcou seus hóspedes no *grande confinamento* em que se sequestraram confusamente loucos, miseráveis e criminosos[43]?

- A magistrada Maria João Antunes, questionou se, com relação à medida de segurança de internamento de agente inimputável, havia que se melhorar o direito penal ou, antes, substituir o direito penal por algo melhor. A integração de pena e medida de segurança pode ser explicada, historicamente, como uma forma de resolução de um conflito entre as escolas clássica e positiva e também como um receio secular que deposita na justiça penal a garantia dos direitos, liberdades e garantias do cidadão. É já o momento para a medida de segurança desvincular-se do direito penal, submetendo-se a outras esferas, tal como a médico-assistencial ou a administrativa? Estariam essas esferas preparadas para regular e atender tal problemática? Alguma esfera estará?

- O que separa o art. 1.777 do Código Civil, – que estabelece que pessoas com deficiência ou retardo mental, etilistas e drogaditos serão recolhidos em estabelecimentos adequados, quando não se adaptarem ao convívio doméstico – das medidas seguranças previstas no Código Penal? Não se trata de um outro modo de penalização da loucura, disfarçado sob o interdito civil daquilo que não é normal?

5 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Maria João. "Discussão em torno do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica". *In*: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.). **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Coleção Doutrinas Essencias. v. 3.

BLANCHOT, Maurice. **A conversa infinita 2**: a experiência limite. Tradução de João Moura Jr. São Paulo: Escuta, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

[42] BLANCHOT, Maurice. **A conversa infinita 2**: a experiência limite. Tradução de João Moura Jr. São Paulo: Escuta, 2007. p. 173-178.

[43] FOUCAULT, Michel. **História da loucura**: na Idade clássica. 9. ed. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2010.

CHAVAUD, Frédéric. "Leçons sur la 'souverainété grotesque': Michel Foucault et l'expertise psychiatrique". *In*: CHEVALLIER, Philippe; GREACEN, Tim (dir.). **Folie et justice**: relire Foucault. Toulouse: Érès, 2009.

DIGNEFFE, Françoise. "Généalogie du concept de dangerosité". *In*: CHEVALLIER, Philippe; GREACEN, Tim (dir.). **Folie et justice**: relire Foucault. Toulouse: Érès, 2009.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura**: na Idade clássica. 9. ed. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. rev. Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

GOMES, Luiz Flávio. "Duração das medidas de segurança". *In*: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.). **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Coleção Doutrinas Essencias. v. 3.

MANSO, Bruno Paes. Prisioneiro do mito: fora da cadeia após trinta anos, Luz Vermelha segue uma fantasia. **Veja**, São Paulo, 03 set. 1997.

MENDONÇA, Fernando. Corpo de Luz Vermelha é enterrado em SC. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 07 jan. 1998. Folha São Paulo, Polícia, p. 7.

NEVES, Noyelle Neumann das. "A construção do louco como inimigo: entre periculosidade e vulnerabilidade". *In*: FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). **Tipo**: Inimigo. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011.

_____. "Resenha crítica de Folie et Justice: relire Foucault" **Revista de Direito Sanitário**. v. 12. 2011.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 38. ed. atual. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

ORSOLINI, Fernanda Rodrigues. **A importância do exame ciminológico e a execução penal**. Monografia (Bacharel em Direito). Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente. 28 nov. 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito. 4. ed. rev. atual. A ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

PRATA, Mário. O Bandido da Luz Vermelha. **Isto É**, São Paulo, 27 ago. 1997.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOUZA, Moacyr Benedicto de. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**. São Paulo: José Bushatsky, 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.