

- MEDIDAS DE SEGURANÇA E PERICULOSIDADE E OS DIREITOS HUMANOS

DOENÇA MENTAL E JUSTIÇA PENAL DEMOCRÁTICA

Sub título I - MEDIDAS DE SEGURANÇA E PERICULOSIDADE

Bases para um direito penal-penitenciário humanitário

Sub título II - Sistema Vicariante versus Teoria Finalista da Ação

Atentado ao princípio "nullum crimen, nulla poena, sine culpa". Propostas para a correta aplicação de formas legais e à efetiva proteção dos enfermos mentais e dos Direitos Humanos.

Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto (*)

candidomaia@uol.com.br

Os Códigos Penais latino-americanos, em geral, possuem um forte e arraigado traço positivista lombrosiano, onde podemos perceber tal fato sem nenhuma dificuldade, através de rápida e superficial análise de seus dispositivos.

O prof. Eugênio Raúl Zaffaroni, em sua investigação intitulada "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina" (1), é claro ao afirmar que ainda neste século se observa perfeitamente que existem adeptos das teorias criminológicas de C. Lombroso e E. Ferri; porém, a disfarçam com outros nomes.

A ideologia peligrósista latino-americana vem do colonialismo e das conseqüentes Ordenanças Reais Filipinas de Carlos III de 1775.

São inúmeros - ou quase todos - os códigos penais e processuais de nosso continente com ideologia (burguesa) peligrósista que afrontam as regras de Direitos Humanos (2), onde se admite tratamento terapêutico ao arbítrio de profissionais médicos, inclusive através da aplicação de eletro-choques e a ministração de medicamentos psicofármacos fortíssimos.

A restrição da liberdade via Medidas de Segurança não pode ser conceituada como curativa, pois se trata de tratamento médico forçado, e a institucionalização manicomial prolongada provoca deterioro psíquico irreversível. E em muitos casos a execução da pena privativa de liberdade (para imputáveis) ocasiona a superveniência de doença mental, em face dos efeitos negativos do encarceramento, entre elas a "psicose carcerária"; o que nestes casos, deveria o réu enfermo ser colocado em liberdade para o devido tratamento médico especializado. "Mutatis mutandis", se no momento do delito o autor era alienado mental (inimputável para o direito penal), e depois se cura. O que fazer, como deverá proceder o Poder Judiciário, em base ao princípio de justiça ?

Advoga Zaffaroni que a Medida de Segurança - originárias da escola da Defesa Social da década de 50 a 70, de Marc Ancel e Fellipo Gramatica, que desenvolveram o conceito do "socialmente perigoso" relacionado com a miséria e a condição do "status social" -, é uma verdadeira pena corporal retributiva, privativa de liberdade por tempo indeterminado, ainda que a Constituição proíba taxativamente a prisão perpétua (3), o princípio da reserva legal é violado.

O tempo da Medida de Segurança não pode ultrapassar, em hipótese alguma, aquele tempo correspondente ao cominado ao delito praticado por um autor imputável (4), em face do princípio da

racionalidade da reação penal. Somente a legislação mexicana, assinala o limite máximo da pena correspondente aos inimputáveis.

Imputabilidade para os alemães é a capacidade de culpabilidade, compreende o conjunto de faculdades psíquicas mínimas para alguém ser declarado culpado. A escola clássica buscou distinto tratamento entre o imputável e inimputável, comenta Muñoz Conde (5), através da tese do "livre arbítrio", esboçada por Aristóteles, segundo a qual o ser humano é livre para escolher seus atos.

A Medida de Segurança burla o princípio da culpabilidade ("nula pena, nula culpa"), não só para os adultos (imputáveis) como também para os menores de 18 anos, que são passíveis de recebê-las com o nome de "internação em estabelecimento educacional", "ex vi" do disposto no art. 112, inc. vi c.c. art. 121/125 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Se um ato definido como crime no código penal for praticado por portador de doença mental (6), incapaz de entender o caráter ilícito da ação ou omissão, este agente está isento de pena, isto é, da aplicação da sanção privativa de liberdade na espécie prisão simples - para contravenção -, detenção ou reclusão - para delitos -; assim sendo, questionamos, porque a administração da justiça penal cuida do caso. Ao nosso ver, mais correto, lógico e racional, seria enviar o assunto para a área das ciências médicas, à medicina, à psicologia, e à psiquiatria, para o efetivo tratamento, em troca da repressão penal pura e simplesmente, como forma de contenção da criminalidade.

"Se uma pessoa não é culpável, nada tem que fazer a seu respeito a lei penal. Sem embargo, não está próximo o momento em que a consciência jurídica latino-americana permita plasmar verdadeiros códigos psiquiátricos com garantias jurisdicionais" (7). O diagnóstico da periculosidade é um ato exclusivo e constitutivo da psiquiatria, de seu saber e poder, onde a responsabilidade penal fica excluída, por força do imperativo da própria lei. O incapaz para o direito penal se encontra em piores situações - sem garantias - do que o capaz para delinquir. "A impossibilidade de aplicar uma pena não supõe uma ausência de controle social" (Conde, ob cit).

Na atualidade, diante do sistema vicariante (8) adotado pelo Código penal pátrio, falar em "periculosidade" do sujeito ativo, somente é correto quando cometido por agente portador de enfermidade mental. E se o ato for considerado bárbaro, hediondo ou atroz, mais uma forte razão para o envio e a assistência na área da saúde, em base a tratamento médico-curativo, a fim de se conseguir a desmitificação (mito ou ficção do direito penal) do rótulo de "perigoso", que "em geral se atende ao perigo ou a características do autor, sem se ter em conta se o fato teve ou não certa gravidade" (9).

Pode-se afirmar, que quanto mais grave o fato, menor é a capacidade de entendimento do agente, portanto, menos repressão e mais prevenção.

Como exigir das personalidades psicopáticas (10) (que se opõe à imagem do ideal), ou em conflito (que se desenvolvem segundo as predominâncias do meio) com funções anormais do sentido nervoso (chamados: oligofrênicos, idiotas, esquisofrênicos e maníacos, classificações puramente subjetivas), que pensem ou atuem desta ou daquela maneira.

Os presos, por exemplo, vivem em um mundo "sem lei", suas condutas são regidas pelo "código dos reclusos", pela "lei do silêncio" ou "a lei do mais forte", evidentemente, que seus usos e costumes são diferenciados e impostos pela sociedade "extra murus". No dia a dia recebem humilhações, são violados sexualmente, sujeitos à pressões morais, entre inúmeras outras situações inimagináveis; portanto, o critério de adaptação não pode ser o mesmo da comunidade em liberdade, pois a personalidade é delineada pelo mundo circundante, é claro que ultrapassa a teoria da hereditariedade, como pregava Cesar Lombroso e outros adeptos da corrente positivista.

Para a psicanálise de Freud, Ferenczi e Rank, as forças autênticas impulsionadoras da conduta são os complexos da vida anímica, que se mantêm em constante tensão entre o ego, superego e o id. O perfil de personalidade criminológica não existe, o que ocorre são alterações comportamentais que podem desembocar em episódios delitivos, momento do "paso al acto", segundo diz Lola Aniyar de Castro.

O conceito de "estado perigoso" é de uso comum da psiquiatria desde o começo do século XIX, tendo por base a criação legislativa do homem pertencente a classe dominante.

A loucura, ou melhor o seu término, usa-se para designar o que é incomum, e carece de conceitualização precisa, assim os portadores de "doença mental" foram e são segregados do resto da comunidade, e são internados, na sua maioria, juntamente com condenados pela justiça criminal. Historicamente, podemos citar a chamada "Nau dos Insensatos", ou barco carregado de loucos que vagava nos rios europeus na Idade Média, a "Grande Internação", nas palavras de Foucault (11).

Inegavelmente por razões utilitaristas de defesa social - na época -, de acordo com as concepções biologistas - ainda hoje mantidas -, a conduta considerada anti-social ou amoral, é o mascaramento do utilitário - afirma Foucault -, restando justificada pela dogmática jurídico-penal ultra-conservadora, via as repugnantes e ultrapassadas classificações de delinquentes e de presos (12), no inequívoco intento científico - não científico -, através do mecanismo de seletividade do controle social baseado na relação poder e propriedade, ensina a Dra. Gladys Tinedo F. (13), os membros da população etiquetada tem maior probabilidade de ser definido como "criminosos perigosos", onde a doutrina penal positivista enfoca sua atenção no "homem delincente", reduzindo-o dentro de um esquema categorial de fisionomia "homem-tipo" ou "autor-tipo", já previamente estabelecido, subjetivamente, nas leis penais (14). Figuras que informam sobre a conduta, até com prognósticos de futuros cometimentos de crimes (15).

Não só o direito, mas a psiquiatria também tem se convertido em instrumento de controle social, vem se prestando como guarda da ordem social, onde muitos internamentos manicomiais demonstram a incapacidade do sistema - curativo e prisional -, por seus comprovados resultados negativos, aos fins a que se pretendem, curar e ressocializar, fazendo com que os conceitos de enfermidade mental integre o conceito de marginalidade-criminalidade, via expressões dissimuladas.

Sabe-se, hoje, que a melhor das soluções aos problemas da institucionalização é a desinstitucionalização, conforme se conhece as propostas de medidas alternativas e substitutivas à custódia de seres humanos (16). A Constituição federal, em seu inciso XIV do art. 24, determina que compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar para a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (leia-se, mental), cabendo aos Poderes Públicos assegurar os direitos relativos à saúde, como dever do Estado.

A crise das ciências psiquiátricas e jurídicas é mantida pelo discurso ou linguagem tendenciosa que esconde a verdade, construída em um mundo de ficções teóricas, importando em um maior perigo social a toda comunidade em geral.

Tanto os dogmas da medicina mental como do direito penal são arcaicos, com predominância de formas absolutistas sobre o homem, é preciso humanizar a infra-estrutura dos hospitais para doentes mentais e a psiquiatria clássica, bem como os presídios, modificando, principalmente a prática psiquiátrica e forense, via política de "portas abertas" (17) e da capacitação pessoal para a melhor relação entre médico-enfermo, objetivando uma nova política de saúde mental, que hoje se ensina muito pouco; porém, "o poder político não está ausente do saber, pelo contrário está tramado com ele" (Michel Foucault).

Um fato delituoso quando qualificado, como tal, implica na atuação de poder, sempre determinada

por pautas de conduta hierarquizada, conforme a imposição de valores usados no sistema (18).

Segundo Marino Barbero Santos (in "Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad"); a "periculosidade" deve ser questionada nos seguintes termos:

- a) é perigo do delito ou perigo de reincidência ?
- b) é um estado ou uma ação ?
- c) é uma qualidade pessoal do sujeito ou um conjunto de condições subjetivas e objetivas ?

A realização da justiça não é a realização da ordem justa, se não um acordo da ideologia dominante, pois o direito penal é um instrumento de proteção do sistema político, por isso a pena não possui função racional, e muito menos se baseia no princípio da eficiência.

As classificações psiquiátricas dominantes colocam os enfermos mentais como inferiores e perigosos, etiquetando-os e despersonalizando-os; por isso, Basaglia diz, "enfermo adequado aos parâmetros inventados para curá-lo", e Goffman, conclui: "a psiquiatria poderia descobrir um crime que seja adaptado ao castigo, e reconstruir a natureza do recluso para adaptar-la ao castigo" (in "Los Internados"; ed. Anorrortu).

Não fazemos e não pretendemos fazer a apologia da loucura, mas somos opositores a implantação de conceitos de que a inadaptação social é sinônimo de crime e este, por sua vez, de doença mental. A enfermidade mental é um produto do determinismo do direito.

Necessário se faz, combater a proliferação das instituições totalitárias, através de um esforço que promova a democracia terapêutica e repressiva do tipo de relacionamento pedagógico; humanizar os manicômios, reinterpretando a vigilância versus terapia, dentro do sistema de poder.

"A vigilância sobre o indivíduo não se exerce ao nível do que se faz, se não do que se é ou de que se pode fazer", comenta M. Foucault (19).

Note-se. No Brasil, há pouco tempo - 1988 - penalizava-se o "quase delito" (20), violação absurda ao princípio da legalidade, onde o Estado etiquetou algumas classes sociais, como indivíduos "perigosos", todos aqueles que incomodam a vida social, aparentemente normal e tranqüila; como por exemplo: prostitutas, velhos, enfermos mentais, propriamente ditos, homossexuais, viciados, bêbados e marginais, devem ser retirados de "circulação", cassa-se, desta forma, arbitrariamente o direito de "ir e vir", em nome da segurança pública, proposta originária da moderna escola da segurança nacional (21), onde sua doutrina tem por pretexto neutralizar indivíduos molestos à sociedade.

Goffman (22), já em 1961 qualificava o processo de prisionalização de "desculturalização" correspondente a perda de auto-determinação; por sua vez, Michel Foucault (23), define as prisões e os manicômios como instituições totais destinadas, única e exclusivamente, para segregar os indivíduos molestos à sociedade.

A psiquiatria e o direito cumprem na contemporaneidade um mandato social tradicional que tenta justificar os enfermos mentais e os indigentes como improdutivos; por isso, devem ser tratados como criminosos ou homens prisioneiros. "A prisão é a imagem da sociedade, invertida, e transformada em ameaças" (Michel Foucault).

Em verdade não é o fato "ilícito", em si, que caracteriza a periculosidade do agente, mas o seu "status social", a condição financeira da vítima - tráfico de influência - e o sensacionalismo produzido pela imprensa.

"Aberratio iuris" são os "exames criminológicos", por sua interpretação standartizada, e, apesar da lei penal expressar que o juiz não está obrigado a acatá-lo, são todos aceitos como "modelos de verdade". Perigosidade social é o que o juiz considera no caso em concreto, assim, nasce o dogma arbitrário do juízo de valor unipessoal.

Somente o Direito Penal de Ato pode oferecer garantias à pessoa humana; em contra-partida, o Direito Penal de Autor é por natureza ditatorial e trabalha sob critérios subjetivos, trata-se, este último de terrível instrumento aniquilador do Estado de Direito.

Precisa-se refletir, ainda, quanto ao que se entende como crime. Para a Teoria Finalista da ação somente é delito aquele ato praticado com dolo ou culpa.

Ressalte-se. O inimputável não possui caráter de entender a ilicitude de sua ação ou omissão; assim, não se pode sujeitar uma pessoa à responsabilidade penal, sem comprovar o dolo e a culpa.

Finalizando, se faz mister, advertir, também, que a Medida de Segurança, como, indubitável espécie de pena privativa de liberdade é, por sua própria natureza, inconstitucional, vez que na prática configura-se em prisão perpétua, com a agravante de ser cruel e infamante, sanções proibidas taxativamente, pelo Texto constitucional e Documentos internacionais de Direito Humanos, ainda, pela discriminação que proíbe impor sanção desigual a fatos semelhantes (24).

CONCLUSÃO:

Questões de ordem prática:

1) O representante do MINISTÉRIO PÚBLICO está impedido de oferecer denúncia, deve, portanto delibera pelo arquivamento dos Autos, em fulcro ao contido no art. 28 do Código de Processo Penal, c.c. art. 129, inc. i da Constituição federal, c.c. art.25, inc. iii da Lei nº 8.625/93, Orgânica Nacional do Ministério Público, na qualidade de "dominus litis" da Ação penal e titular exclusivo do "ius persecuendi" estatal, por carência de configuração de elemento constitutivo do tipo penal (dolo e/ou culpa), e em razão da incompatibilidade prática dos fundamentos da Teoria Finalista da Ação com o sistema vicariante de Medidas de Segurança.

O fato "sub iudice" deve ser tratado perante o juízo cível, competente com a medida judicial para a curatela, por ser mais correta para a aplicação do Estado Democrático de Direito, instituído pela República Federativa do Brasil, "ex vi" do art. 1º "caput" da Constituição federal.

Extração de cópias dos Autos para remessa ao juízo cível competente a fim de proceder de acordo com as regras estatuídas no Código Civil art. 1767 e sgts. c.c. art. 1777 e sgts. do Código de Processo Civil, mediante intervenção do representante do Ministério Público (art. 82, inc. ii CPP) com atribuições legais e institucionais, devendo o enfermo ficar a disposição do juízo cível para serem tomadas as medidas cabíveis à espécie, em conformidade com o artigo 1767 e segts do Código Civil (2002).

Cabe a autuação postulatória-interveniente do Ministério Público na área especializada (Promotoria de Justiça dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, e/ou da Saúde), para o efetivo respeito ao contido na "lex fundamentalis" pátria, na Declaração dos Direitos do Retardado Mental (proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20.12.1971, em base a Resolução 2856 [XXVI]), sob estrito controle de observância às pautas do Código de Ética Médica-Psiquiátrica vigente.

Para o exame de insanidade mental, este não deve ser realizado em estabelecimento restritivo da liberdade (manicômio judiciário) gerenciado pelo sistema prisional do Estado, mas em hospitais

especializados administrados pela Secretaria de Saúde Pública; porque sujeita o Estado a indenizar o paciente quando da detenção provisória para fins de exame, na hipótese de ser declarada a insanidade mental do paciente (prisão sem os requisitos legais), nos termos do inciso lxxv do art. 5.º da CF. Os 45 dias ou o prazo determinado pelo parágrafo 1.º do art. 150 do Código de Processo Penal é violatório às garantias fundamentais individuais da cidadania. A aplicação correta para a solução do caso, seria o estabelecido no art. 92 do código de processo penal (questão prejudicial), onde o sobrestamento do processo crime é indispensável e obrigatório para a perícia médica-psiQUIÁTRICA que deve ser promovida pelo juízo cível competente.

NOTAS

(1) Zaffaroni, E. Raúl: "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina" (informe final), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

(2) Código de Ética Médica (Organização Mundial da Saúde - Resolução 31-85 de 13.12.1976, aplicável as funções do pessoal de saúde na proteção das pessoas submetidas a qualquer forma de detenção).

Resolução 37/194 de 18.12.82, adotada pela Assembléia-Geral da ONU, sobre: Princípios de ética médica aplicável à função do pessoal de saúde, especialmente os médicos, na proteção de pessoas presas e detidas, contra a tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes". Dever de proteção à saúde física e mental (princípio 1); configura violação da ética médica a cumplicidade nos tratos cruéis (princípio 2), o emprego de condições desfavoráveis ao tratamento mental (princípio 4); e a coerção para o tratamento (princípio 5).

Declaração dos Direitos do Retardado Mental (Adotada pela Assembléia Geral da ONU, em 20.12.71), art. 1. O retardado mental deve gozar, até o máximo grau de viabilidade, dos mesmos direitos que os demais seres humanos; art. 3 o retardado mental tem direito a uma ocupação útil; art. 4 o retardado mental deve residir com sua família... e a participar nas distintas formas de vida da comunidade...em caso de que seja necessário interná-lo em um estabelecimento especializado, o ambiente e as condições de vida dentro de tal instituição deverão assemelhar-se na maior medida possível aos da vida normal; art. 6 o retardado mental deve ser protegido contra toda exploração e

todo abuso ou trato degradante.

"A assistência social será prestada a quem dela necessitar..., e tem por objetivo a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária" (art. 203, inc. iv CF).

(3) Sobre Medidas de Segurança ver arts. 96 a 99 CP, e arts. 171 a 179 LEP, onde se expressa que a internação será por tempo indeterminado.

A Constituição federal proíbe sanções de caráter perpétuo, penas cruéis e desumanas art. 5º inc. xlvii "b" e "e".

Por outro lado, existem propostas que até a própria pena privativa de liberdade não deve ultrapassar a 10 anos. Ver Proclamação de Princípios da CAMARA ALTA LATINO-AMERICANA DE JURISTAS E EXPERTOS EM CIENCIAS PENITENCIARIAS. Na legislação brasileira o limite máximo de execução da p.p.l. é de 30 anos, art. 75 do CP, outras legislações penais/penitenciárias estabelecem um limite muito mais reduzido; porém, é de se ressaltar que na prática estes prazos máximos não são cumpridos, e/ou são distorcidos via interpretações autoritárias (extensivas) de uma doutrina altamente reacionária.

(4) ob. cit. Zaffaroni, pg. 50

(5) Conde, Muñoz Francisco: "La imputabilidad desde el punto de vista medico y jurídico penal" Rev. Derecho Penal y Criminologia, vol. x, n. 35, mayo/agosto 1988, órgano del Inst. de Ciencias Penales y Criminologicas de la Univ. Externado de Colômbia.

(6) ver art. 26 (inimputabilidade) do CP, lei n. 7.209/84.

(7) ob. cit. Zaffaroni, pg. 50

O Código de ética médica dispõem sobre responsabilidade administrativa-profissional; assim sendo, acreditamos que seria suficiente este tipo de sanção para que os inimputáveis estivessem em tratamento não institucional, sob controle de autoridades vinculadas às ciências médicas e não jurídicas.

(8) Sobre Medidas de Segurança devemos estudar os sistemas de aplicação: vicariante ou duplo binário; o primeiro diz respeito a sua aplicação diferenciada, para imputáveis pena privativa de liberdade, e, para inimputáveis medidas de segurança; o outro se refere a uma espécie conjugada de execução, o condenado declarado inimputável cumpre no início pena de prisão e ao final medida de segurança em manicômio judiciário.

(9) ob. cit. Zaffaroni, pg. 47

(10) K Schneider: "Las Personalidades Psicopaticas" fotocópia Biblioteca do Instituto de Criminologia Univ. del Zulia Maracaibo/Venezuela.

(11) Camarotti Costa, Henriqueta: "Manicômios: Um Caso de Direitos Humanos", in Subsídios, maio/1994, ano II, n. 16 do INESC-DF.

(12) Historicamente poderíamos dizer que quanto aos critérios de periculosidade, já no ano de 1536, B. Della Porte publica seu livro "A Fisionomia Humana" onde fazia observações e estudos de cadáveres de vários criminosos, concluindo pela existência de conexões entre as formas do rosto e o crime, abrindo as portas para as teorias "craneoscópias ou frenológicas (ver Figueiredo Dias,

Jorge; e Costa Andrade, Manuel, in "Criminologia", pg. 7, ed. Coimbra, Coimbra 1984. Por sua vez, C. Lombroso, em 1876, lançava a classificação de "criminoso nato" como um ser atávico, acreditando nas causas vinculadas à hereditáriedade; foi criador da antropologia criminal, médico italiano que exercia sua profissão na prisão de Turim; E. Ferri (1.856 - 1.929), discípulo de Lombroso divide em 5 categorias os delinquentes: criminoso nato ou instintivo; louco; habitual; ocasional; e, pacional. Outras inumeráveis classificações poderiam ser citadas, porém, a título de ilustração a de André Teixeira Lima, "criminosos com anomalias de personalidade e de inteligência"; e a de Hilário Veiga de Carvalho o "bio-criminal", etc.

(13) Tinedo F. Gladys: "La Peligrosidad Social - Perfiles Penales y Criminológicos", ed. Universidad del Zulia, Maracaibo 1992.

(14) Os artigos 59 e 60 da Lei n. 3.688/41 (contravenções penais) tipificam a vadiagem e a mendicância, respectivamente.

Vergara Peña, Jesus Antonio: "Regimen Legal de los Vagos y Maleantes en Venezuela"; ed. Libreria Roberto Borreo, Maracaibo, 1985. Lei de 1956.

Os delitos convencionais ou aqueles denominados de "crime de sangue", que em regra sujeita, ou torna vulneráveis os membros da classe financeira menos privilegiada, também, relacionam-se ao direito penal de Autor.

(15) Em geral o sistema fechado é aplicado segundo o "quantum" da imposição da pena privativa de liberdade, e em especial refere-se primordialmente a conduta social do agente, outra forma de manutenção do direito penal de Autor.

(16) Ver Maria Angelica Jiménez A. in: "Medidas Alternativas en el Sistema Penal y Perspectiva Criminologica"; ed. Inst. Criminologia Univ. del Zulia, Maracaibo/Venezuela, 1991; e Lola Aniyar de Castro: "Notas para un Sistema Penitenciário Alternativo", in Criminologia Crítica, Forum Internacional de Criminologia Crítica, ed. Cejup, Belém-Pará, 1990.

(17) A legislação penal/penitenciária brasileira estabelece o regime aberto para cumprimento de pena privativa de liberdade quanto aplicada prisão até 4 anos (art. 33, parágrafo 1º "c", c.c. art. 36 CP). Ressalto. Se é permitida a liberdade, porque falar-se em pena de prisão.

(18) Juan Terradillos: "Peligrosidad Social y Estado de Derecho", ed. Ekal Universitária, Madrid, 1981.

(19) Foucault Michel, "La verdad y las forma jurídicas", ed. Gedisa, 1984, México.

(20) Código de Processo Penal da década de 40, expressa sobre Medida de Segurança para "quase-delito"; sistema ditatorial regido no chamado Estado Novo, 1940 .

(21) A doutrina da segurança nacional tem por base a teoria que encontra fundamento em uma visão universal e totalizadora do homem, aparece no continente norte-americano depois de finalizada a II Grande Guerra Mundial, em 1946, onde os E.U.A. pretendia internacionalizar os propósitos de reforçar a própria defesa de seu território e do hemisfério, via, Tratado de Assistência Recíproca (TIAR), na América Latina, com múltiplos convênios militares. Funda-se o National War College com o fim de estudar a doutrina, o Conselho de Segurança Nacional com atribuições de assessoramento militar aos países latino-americanos, e a Agência Central de Inteligência (CIA) com funções de segurança interna.

(22) Goffman, Erving: "Estigma"; ed. Guanabara/RJ, 4a. ed., 1988.

(23) Michel Foucault: "Vigiar e Punir"; ed. Vozes, Petrópolis/RJ, 1983.

(24) Ver comentários da sentença da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça de Costa Rica, por Castellón, René A.; in "Foro Judicial", ano 1, n. 1. San Salvador, janeiro/95, órgão divulgação periódica do CEPES - Centro de Estudios Penales de El Salvador; e, Maia Neto, Cândido Furtado: "A inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade - flagrante violação aos Direitos Humanos dos presos"; in Revista dos Tribunais, ano 83, setembro de 1994, vol. 707, ed. Rev. Tribunais, São Paulo.

Legislação positiva sobre Medida de Segurança

Normas pátrias

- Constituição federal Arts. 7 inc. xxx, 37 inc. viii, 203 inc. iv, e 208 inc. iii
- Código Penal-Parte Geral (Lei n. 7.209/84): artigos 26, 41, 83, 96 à 99
- Código de Processo Penal (Dec-lei n. 3.689/41): artigos 149 a 154 e 751 à 779
- Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84): artigos 11 inc. ii, 14, 99 à 101, 12o, inc. ii artigos 171 à 179

- Código Civil (2002) artigos 1767 e segts
- Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/73) artigos 1.177 à 1.198
- Lei n. 10.216/2001 (Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental)
- Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil (Ministério da Justiça/ Res. 14 do CNPCP, de 14.11.94)

Instrumentos internacionais das Nações Unidas/ ONU

- Declaração dos Direitos do Retardado Mental (ONU/ Res. 2856 xxvi, de 20.12.1971)
- Princípios para a Proteção dos Enfermos Mentais e o Melhoramento da Atenção da Saúde Mental (ONU/ Res. 46/119, de 17.12.1991)
- Princípios de ética médica aplicáveis à função do pessoa de saúde, especialmente os médicos, na proteção de pessoas presas e detida (ONU/ Res. 37/194 de 18.12.1982)
- Código Internacional de Ética Médica (OMS / Res. 31-85, de 13.12.1976)
- Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU/Aprovadas 1955, Res. 663C [XXIV]) 31.7.57 e 2076 [LXII] 13.5.77)
- Normas para a aplicação efetiva das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (Aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas - Resolução 1984/47, de 25.5.84 - Anexo das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos)
- Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos (ONU/Res. 45/111, 14.12.90)
- Regras Mínimas das Nações Unidas sobre Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tokio. Adotada pela Assembléia Geral/ONU Res. 45/110, de 14.12.1990)
- Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (ONU/Res. 43/173, 9.12.88)

Organograma jurídico-penal

Espécies de Medidas de Segurança, com vistas ao destinatário e limites de tratamento:

1. Inimputável (art. 26 CP)

- 1.1 - Internação (fato punido com reclusão) DIRETA (art. 97 CP)
- 1.2 - Tratamento ambulatorial (fato punido com detenção)

2. Semi-imputável (art 26 parágraf. único CP)

- 2.1 - Internação (fato punido com reclusão)
- 2.2 - Tratamento ambulatorial (fato punido com detenção)
- 2.3 – Ambas hipóteses são substitutivas (art. 96 CP)

3. Limite das medidas de segurança (arts. 97, parágrafo 1º, e 98 CP)

- 3.1 – mínimo: 1 a 3 anos
- 3.2 – máximo: indeterminado, enquanto não cessar a perigosidade do agente
- 3.2.1 – observar regra do art. 75 CP

Jurisprudência:

Alguns julgados de acordo com a teoria causalista do crime, revogada pela Lei n. 7.209/84 – Código Penal Parte Geral, e ainda sendo interpretada incorretamente e aplicada, s.m.j.

“A Medida de segurança pressupõe a pratica de fato previsto como crime e a periculosidade do agente. Não basta, pois, somente este último requisito para impô-la. Necessário e imprescindível que o inimputável, na condição de agente ativo, cometa um crime, ou seja, um fato punível definido

em Lei” (TJSP- HC- Rel. Weis de Andrade- RT 507/375)

“ Se os crimes não resultarem provados, impossível se torna a aplicação da medida de segurança” (TJSP- AC- Rel. Evaristo dos Santos - RJTJSP- 104/455)

“Absolvido o réu, pelo mérito, por insuficiência probatória, não há que se cogitar em aplicação de medida de segurança, ainda que declaradamente semi-imputável” (TJSP- AC- Rel. Silva Leme- RJTJSP110/466).

“ A medida de segurança tem natureza essencialmente preventiva e funda-se na periculosidade do sujeito inimputável , pois a reforma penal de 1984 extinguiu a imposição da medida de segurança para absolutamente imputáveis” (TARS- AC 285023941 –Rel. Silvio Manoel da Castro Gamborgi).

“ Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança, nem, subsiste a que tinha sido imposta, conforme estabelecia artigo 86 do Código Penal de 1940 e prevê o artigo 96 parágrafo único da Lei 7.209/84” (TACRIM- AC. Rel. Carmona Morales- JUTACRIM 99/266).

“Deixando a nova Lei de prever a medida de segurança, pela reincidência em crime doloso, deve ser cassada” (TARS- Ap - Rel Balduino Manica- RT 611/420).

Modelos de Petições

Modelo 1 (Verificação de Insanidade Mental

Excelentíssimo Sr. Juiz de Direito daVara Criminal da Comarca de

Em nome de.....(acusado/réu, qualificação), por seu bastante defensor (cf. procuração fls.), infra-assinado, vem a presença de Vossa Excelência para requerer a realização e determinação por este r. juízo, Exame para Verificação de Insanidade Mental, nos termos dos arts. 148 usque do Código de Processo Penal, considerando que se faz necessário visto as condições de saúde psíquica do (indiciado ou réu), acusado da prática do cometimento de fato ilícito previsto no código penal, a fim de ser observado “in totum” os princípios da ampla defesa, da legalidade e da culpabilidade, segundo a sistemática penal-constitucional vigente adotada pela lei n. 7.209/84.

Apresentando desde já os seguintes quesitos, para serem analisados e respondidos por profissional médico habilitado, conf. indicação e nomeação judicial, nos termos da lei.

Quesitos:

1º Quesito Recomendado:

O acusado/a (.....), ao tempo da ação (ou da omissão), era por motivo de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

2º Quesito Recomendado:

O acusado/a (.....), ao tempo da ação (ou da omissão), por motivo de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, estava privado da plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

Para ser avaliado o estado de saúde mental de: (.....)

Nestes termos
Pede-se deferimento

(Local e data)

.

Modelo 2 (Cessação de Periculosidade)

Excelentíssimo Sr. Juiz de Direito daVara de Execução Penal da Comarca de

Em nome de.....(acusado/réu, qualificação), por seu bastante defensor (cf. procuração fls.), infra-assinado, vem a presença de Vossa Excelência para requerer a realização e determinação por este r. juízo, Exame para Verificação de Cessação de Periculosidade, nos termos dos arts.777 do Código de Processo Penal, considerando que se faz necessário visto a melhora significativa das condições de saúde psíquica e moral do internado, a fim de ser colocado em liberdade e restituído o “ius libertatis” ou seu direito de ir e vir (desinternado).

Devendo a autoridade médica apresentar competente relatório criminológico, em fulcro ao disposto no art. 775 da lei penal adjetiva, remetendo-o ao juízo de execução penal.

Nestes termos
Pede-se deferimento

(Local e data)

Modelo 3 (Superveniência de doença mental)

Excelentíssimo Sr. Juiz de Direito daVara Criminal ou de Execução Penal da Comarca de

Em nome de.....(acusado/réu, qualificação), por seu bastante defensor (cf. procuração fls.), infra-assinado, vem a presença de Vossa Excelência para requerer a realização e determinação por este r. juízo, Exame para Verificação de Superveniência de Doença Mental, nos termos dos arts. 41 do Código Penal c.c art. 149 usque 154 do Código de Processo Penal, considerando que se faz necessário visto atualmente do (acusado, réu ou condenado) apresenta péssimas condições de saúde psíquica, fato este que teve origem após a prática do ilícito (da irrogação penal e/ou durante a execução da pena privativa de liberdade), a fim de ser assegurada integralmente sua integridade física e moral, em fulcro aos dispostos no art. 38 da lei n. 7.209/84 e

art. 3º, 5º e 40 da lei n. 7.210/84.

Apresentando desde já os seguintes quesitos, para serem analisados e respondidos por profissional médico habilitado, conf. indicação e nomeação judicial, nos termos da lei.

Quesitos:

1º Quesito Recomendado:

O acusado/a (.....), ao tempo da ação (ou da omissão), era por motivo de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

2º Quesito Recomendado:

O acusado/a (.....), ao tempo da ação (ou da omissão), por motivo de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, estava privado da plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

Para ser avaliado o estado de saúde mental de: (.....)

Nestes termos
Pede-se deferimento

(Local e data)

Propostas e Esquema Prático para a correta aplicação da lei, aos moldes do ensaio monográfico apresentado

1) fase da investigação policial (inquérito)

1.1 suspeita de enfermidade mental do agente

- exame médico-psiquiátrico nos moldes do Código Civil e Código de Processo Civil
- questão prejudicial no Código de Processo Penal (art.92/94)
- internação correta pelo juízo cível e não penal
- exame de insanidade mental pelo juízo penal (incorreta)

1.2 resultado positivo/ declarada a insanidade mental do agente

- obrigatoriedade de arquivamento do inquérito policial
- tratamento legal via questão de curatela/ juízo cível

1.3 resultado negativo/ agente sano mentalmente na época do crime

- reinício da investigação policial
- tramite da Ação Penal

2) fase da instrução criminal / denúncia já apresentada (ação penal)

1.1 suspeita de enfermidade mental do agente

- exame médico-psiquiátrico nos moldes do Código Civil e Código de Processo Civil
- via questão prejudicial Código de Processo Penal (art. 92/94)

- internação pelo juízo cível e não penal
- exame de insanidade mental pelo juízo penal (incorreta)
- 1.2 resultado positivo/ declarada a insanidade mental do agente
- trancamento da ação penal / falta de justa causa
- tratamento legal via questão de curatela/ juízo cível
- 1.3 resultado negativo/ agente sano mentalmente na época do crime
- reinício da instrução criminal – Ação Penal

3) fase da execução penal (condenação a p.p.l.)

1.1 sobreveniência de doença mental

- realização do exame de insanidade mental via juízo cível
- resultado positivo/ internação e transferência juízo cível
- resultado negativo/ cumprimento regular da execução da pena privativa de liberdade

(*) Professor Pesquisador e de Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Pós Doutor em Direito. Mestre em Ciências Penais e Criminológicas. Expert em Direitos Humanos (Consultor Internacional das Nações Unidas – Missão MINUGUA 1995-96). Promotor de Justiça de Foz do Iguaçu-PR. Membro do Movimento Nacional pro Ministério Público Democrático (MPD). Secretário de Justiça e Segurança Pública do Ministério da Justiça (1989/90). Assessor do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná, na área criminal (1992/93). Membro da Association Internationale de Droit Pénal (AIDP). Conferencista internacional e autor de várias obras jurídicas publicadas no Brasil e no exterior. E-mail: candidomaia@uol.com.br