

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFLEXO DEROGATÓRIO DA SISTEMATIZAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA DETENTIVA DO CÓDIGO PENAL SOB A VIGÊNCIA DA LEI ANTIMANICOMIAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

DEROGATION REFLECTION OF THE SYSTEMIZATION OF THE SECURITY CUSTODIAL MEASURE CRIMINAL CODE UNDER THE VALIDITY OF THE ANTI-MANICOMIAL LAW IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND THE PREVALENCE OF THE HUMAN RIGHTS

Flávio Antonio de Oliveira¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Escorço Histórico da Medida de Segurança; 2. Substrato Teórico-Normativo; 3. Algumas Nuances da Situação Empírica Atual; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

O presente artigo visa propor reflexão sobre as inovações trazidas pela Lei Antimanicomial no cenário atual brasileiro frente à delinquência cometida por inimputáveis, sob o viés da efetivação de direitos e garantias fundamentais. O desenvolvimento do tema enfrentará a aparente antinomia existente no ponto entre o Código Penal e a Lei Antimanicomial. O escopo maior deste articulado reside em apontar a ótica da prevalência dos direitos humanos como solução para a celeuma jurídica que se revela empiricamente ante a necessidade de aplicação do direito ao caso concreto. Para tanto, o estudo em testilha constrói-se com embasamento na exegese sistemática e teleológica do ordenamento jurídico pátrio, enquanto vetor de racionalização interpretativa na elucidação do tema, cuja síntese aponta para a conclusão de que a execução da medida de segurança de internação aos inimputáveis que tiverem cometido infração penal cuja pena cominada seja reclusão, não podem mais apenas por esta circunstância sofrerem necessariamente a medida extrema de segurança detentiva, em razão de que tão somente a categoria de sanção já não mais serve de paradigma para a constatação de presunção absoluta de periculosidade.

Palavras-chave: Inimputabilidade; Medida de Segurança; Lei Antimanicomial; Interpretação Sistemática e Teleológica; Antinomia; Derrogação do Código Penal.

¹ Defensor Público Estadual, especialista em Direito Processual Constitucional, Direito Militar, e Licitações e Contratos e mestrando em Direito da Saúde pela UNISANTA. E-mail: flavio.dpms@ibest.com.br

ABSTRACT

The present article has for objective point out reflection about the innovations brought by Anti-Manicomial Law on actual Brazilian scenario before the delinquency entrusted by violators, under a bias of rights realization and fundamentals warranties. The development of the theme will face the apparent antinomy existing on point between the Criminal Code and The Anti- Manicomial Law. The bigger scope this articulate reside in to point the optics of prevalence of human rights how solution for juridical stir that reveals himself empirically in front of the necessity of right application to the case concrete. For this purpose, the study in fervent discussion builds itself with basis on the systematic and teleological exegesis of the juridical patio planning, while streamlining interpretative vector on elucidation theme, whose synthesis to point for the conclusion that the execution of security measure of hospitalization to violators that had commit criminal offence whose penalty imposed to be prison, they mustn't longer just for this circumstance suffer necessarily the extreme custodial measure, on account for that only the class of sanction already don't serve of paradigm for the finding of absolute presumption of dangerous.

Keywords: *Legal Disability. Security Measure. Anti-Manicomial Law. Systematic and Teleological Interpretation. Antinomy. Derogation of the Criminal Code.*

INTRODUÇÃO

Almejando sua perpetuação, a sociedade estabelece formas de se proteger de potenciais ataques à sua existência e o direito corresponde justamente à regulação daquilo que é tolerado como saudável à sociedade ou não.

A criminalidade consubstancia-se em afronta à vida social, uma vez que age em detrimento da regulação estabelecida pela coletividade. Com este objetivo, o Direito Penal tem caráter preventivo e repressivo, visando controlar e coibir formas de ataque aos bens jurídicos elencados pela sociedade como garantidores de sua sobrevivência.

Neste prisma, não se deve olvidar que a delinquência também alcança doentes mentais. Contudo, a acepção que foi escolhida ao longo da história da humanidade para a solução da questão não foi dirimida através da pena e sim das chamadas medidas de segurança.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

As medidas de segurança são soluções adotadas pela nossa legislação penal para delinquentes detentores de distúrbios mentais, tendo como principal característica a concepção preventiva face ao dever de proteção social.

Sucedem que a medida de segurança abarca duas espécies, a detentiva e a restritiva. A detentiva autoriza a internação de inimputáveis em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico se o delito for punido com pena de reclusão, enquanto que a restritiva, autoriza, em regra, o tratamento ambulatorial, se o delito for apenado com detenção, e desde que a periculosidade do infrator não recomende a internação.

Apesar do tratamento sistematizado acerca da medida de segurança estar previsto no Código Penal (artigos 97 e 98), em 2001 entrou em vigor a Lei nº 10.216, apelidada de lei antimanicomial, cujo propósito foi o de tornar efetivos princípios constitucionais de direitos humanos, garantindo ao indivíduo o respeito de sua dignidade humana, primando pela excepcionalidade da internação.

Eis aqui a *vexata quaestio* do tema.

Havendo a vigência desde 2001 de uma Lei (10.216) - que baseada na prevalência dos direitos humanos - avoca para si a proteção das pessoas acometidas com transtorno mental de qualquer espécie e sob qualquer condição, priorizando como direito a tal categoria de pessoas a garantia do melhor tratamento de saúde consentâneo às suas necessidades, bem como a prioridade do tratamento terapêutico pelo meio menos invasivo possível, não se pode deixar de visualizar um sério problema para tal categoria de pessoas - inclusive no que concerne à insegurança jurídica - o desprezo pela vigência de tal diploma jurídico com a aplicação de medida de segurança de internação primordialmente porque a infração penal cometida tinha como preceito secundário a sanção de reclusão.

A solução da celeuma com graves desdobramentos empíricos pode ser solucionada, a partir da resposta à seguinte indagação: a internação é imprescindível a qualquer inimputável enquanto medida de segurança apenas em razão do cometimento de crime apenado com pena de reclusão?

Caso a resposta seja sempre necessariamente positiva, a vigência do Código Penal teria permanecido incólume, inclusive na execução da medida de segurança, porquanto se estaria considerando prioritariamente a categoria de sanção correspondente à infração penal como fator objetivo de verificação de presunção de periculosidade, com vertente absoluta.

Contudo, caso a resposta seja variável a depender da necessidade do tratamento de que dependa o inimputável infrator, a ser verificado mediante perícia médica pormenorizada, visualizando como prioridade a necessidade de tratamento pelo infrator através do meio menos invasivo possível, visando a asseguarção do seu melhor tratamento, constatar-se-á que no que se refere à execução da medida de segurança o Poder Judiciário estaria autorizado legalmente ao dever de não mais enxergar a categoria reclusiva da pena correspondente à infração penal cometida pelo inimputável como único critério válido para lhe impor medida de segurança de internação, sob a leitura dos princípios constitucionais e pela prevalência dos direitos humanos, porquanto a internação se tornou medida excepcional.

Neste contexto, se debaterá as nuances correspondentes à dissidência existente entre a legislação penal e a lei antimanicomial, inclusive no aspecto de derrogação ou não da legislação penal.

A indução enquanto método de pesquisa se delinea a partir de observações e cogitações das nefastas possíveis consequências de continuativas execuções de medidas de segurança detentivas e asilares tomando por premissa o vetusto Código Penal sob um enfoque de direito posto de caráter irreprochável, por óbvia influência juspositivista, quando na realidade, tal premissa se infirma em razão do abandono não da internação como medida de segurança, mas do critério de pena de reclusão como absoluta aferição objetiva de periculosidade. Logo, infere-se que casuísticas poderão revelar – se já não revelam – a desnecessidade do tratamento asilar, quando for suficiente o ambulatorial, cuja subversão destoarà completamente o objetivo da lei antimanicomial, além de diversos princípios constitucionais e a prevalência da garantia dos direitos humanos.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

1 ESCORÇO HISTÓRICO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

A origem das medidas de segurança, para Prado², advém do Direito Romano, já com o propósito de segregar os doentes mentais enquanto sujeitos perigosos da sociedade, mediante internação em casas de custódia.

Até o Século XIX, essas soluções romanas eram consideradas medidas de defesa social contra atos antissociais, não sendo exigível nenhum comportamento delituoso por parte dos doentes para que pudessem ser submetidos a medidas de segurança³.

Numa fase primitiva, ignorava-se a realidade humana, apreciando o delito apenas como mera infração a uma norma jurídica socialmente estabelecida. Contudo, o desenvolvimento das ciências biológicas trouxe um choque de contradição através do estudo do comportamento humano e suas razões para o âmbito do Direito Penal, o qual passou a se preocupar com a pessoa do delinquente e com a análise do comportamento humano⁴.

O Direito Penal assentou suas balizas na periculosidade criminal e na defesa social, à medida que estudava a reação social adequada para combater a criminalidade configurada pelo perigo permanente que o homem representava para a própria sociedade da qual ele faz parte. Tal concepção passou a se chamar de Escola Cientificista, utilizando a criminologia como inspiração e isso modificou a natureza da medida de segurança devido à adesão de pensamentos preventivistas⁵.

² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Revista dos Tribunais, 2002, 3ª Ed., p. 596.

³ EICHENBERG, Marina Hermes. **Panorama Geral das Medidas de Segurança e o Projeto de Lei de Castração Química**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, sob a Orientação do Prof. OdoneSanguiné.

⁴ EICHENBERG, Marina Hermes. **Panorama Geral das Medidas de Segurança e o Projeto de Lei de Castração Química**.

⁵ EICHENBERG, Marina Hermes. **Panorama Geral das Medidas de Segurança e o Projeto de Lei de Castração Química**.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Antes o delito era considerado como uma entidade abstrata, nos moldes da Escola Clássica, contudo, a partir da Escola Cientificista, o crime é encarado como um sintoma da personalidade do delinquente.

Surgiram duas correntes sobre a sanção penal, uma defendendo a pena como única forma de reprimenda decorrente do comportamento infrator, com finalidade retributiva e preventiva, visando neutralizar o infrator com meios mais eficazes de proteção social, prestigiando o fim utilitário da pena para concomitantemente prevenir o delito e punir o delinquente patológico.

A adoção de medidas concretas em face de pessoas com desajuste psíquico se caracterizava como objetivo do movimento de Defesa Social, pois, havia um deslocamento da sanção repressiva indiscriminada a pessoas com ou sem desajuste mental para a prevenção, a fim de reabilitar e segregar do meio social o delinqüente⁶. Dessa forma, Franz Von Liszt propugnou pela adoção da medida de segurança com o atributo de segregação e de emenda⁷.

O movimento de Defesa Social, ainda no Século XX, sob um viés positivista, proporcionou e estimulou a evolução do instituto das medidas de segurança, tendo como objetivo principal a harmonização entre o máximo de seguridade social com o mínimo de sofrimento individual como ideais a serem atingidos no combate à prática de delinquência pelos inimputáveis⁸.

Franz Von Listz, enquanto defensor da Teoria Relativa, calcou-a na teoria chamada pena-fim, a qual tinha por concepção que a sanção penal tinha também fim preventivista, justificando a teoria da Defesa Social para integrar em uma só sanção fins retributivos e preventivos. Apontou ele diretrizes político-criminais

⁶ EICHENBERG, Marina Hermes. **Panorama Geral das Medidas de Segurança e o Projeto de Lei de Castração Química.**

⁷ EICHENBERG, Marina Hermes. **Panorama Geral das Medidas de Segurança e o Projeto de Lei de Castração Química.**

⁸ EICHENBERG, Marina Hermes. **Panorama Geral das Medidas de Segurança e o Projeto de Lei de Castração Química.**

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

com a combinação multidisciplinar entre direito, antropologia, psicologia e estatística criminal⁹.

Na atualidade, Zaffaroni apud Maia Neto¹⁰ critica que a Medida de Segurança – originária da escola da Defesa Social da década de 50 a 70, de Marc Ancel e Fellipo Gramatica, a qual desenvolveu o conceito do "socialmente perigoso" relacionado com a miséria e a condição do "status social" -, trata-se na realidade de pena corporal retributiva, privativa de liberdade por tempo indeterminado, contrariando o princípio da reserva legal, mormente da individualização diante do "*nullum crimen, nulla poena, sine culpa*".

A primeira aparição do instituto da medida de segurança da qual se tem notícia histórica foi no Código Italiano de 1889 (artigo 46) que previa a absolvição em razão de enfermidade mental do infrator, podendo o juiz ordenar custódia ao mesmo se reputasse periculosa sua liberdade para a sociedade¹¹.

Em 1894, o Código Federal Suíço positivou as ideias de Franz Von Listz com o propósito de medida de segurança como complementação sancionatória aos delinquentes não recuperados, e o fez de modo sistematizado, baseando sua duração na perigosidade do delinquente, cessando a medida somente quando de sua cessação. Mas o tratamento acabou não se revelando simples substituição da pena quando ineficaz, e sim para proteger a sociedade do delinquente perigoso, deflagrando um sistema de dupla via sancionatória¹².

No Brasil, o Decreto nº 1.132 de 22/12/1903, que criou os manicômios judiciários, legislou sobre o recolhimento de indivíduos portadores de moléstia

⁹ EICHENBERG, Marina Hermes. **Panorama Geral das Medidas de Segurança e o Projeto de Lei de Castração Química.**

¹⁰ NETO, Cândido Furtado Maia. **Medidas de Segurança e Periculosidade e os Direitos Humanos - Doença Mental e Justiça Penal Democrática.** Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 28 de fev. de 2008. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4971/medidas_de_seguranca_e_periculosidade_e_os_direitos_humanos_doenca_mental_e_justica_penal_democratica. Acesso em: 23 Mai. 2017.

¹¹ EICHENBERG, Marina Hermes. **Panorama Geral das Medidas de Segurança e o Projeto de Lei de Castração Química.**

¹² EICHENBERG, Marina Hermes. **Panorama Geral das Medidas de Segurança e o Projeto de Lei de Castração Química.**

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

mental, congênita ou adquirida, que causassem ameaça à segurança da população e à ordem pública¹³.

Em 1913, o Projeto de Código Penal de Galdino Siqueira, que sequer chegou a ser deliberado, previa a internação dos inimputáveis perigosos nos Manicômios Judiciários e em Hospitais de Alienados. Outrossim, o Projeto de Código Penal de Virgílio de Sá Pereira de 1927, inspirando-se também no Código Suíço e no Projeto Rocco, traçou organização metódica de medidas de segurança lastreada no critério da perigosidade social¹⁴.

Malgrado, tão-somente o Código Penal de 1940 veio a legislar sistematicamente sobre as medidas de segurança, adotando o sistema do duplo binário, o qual concebeu a medida de segurança de forma paralela à pena, complementando-a ou substituindo-a. Em seu texto original, o Código de 1940 permitia, ainda, a flexibilização da necessidade de cometimento de delito, aceitando a aplicação de medidas de segurança somente com os olhos postos na perigosidade social, isto é, relativizava o princípio da legalidade¹⁵.

Ferrari¹⁶ cita que em 1963, Nelson Hungria, como mentor de um anteprojeto criminal, deflagrou o Projeto do Código Penal de 1969, que manteve a sistematização das medidas de segurança, acrescentando medidas de segurança pessoais não detentivas, além de permitir aplicação atenuada da pena ou substituição por internação manicomial aos semi-imputáveis. Contudo, esse Código foi revogado antes de entrar em vigência.

O Código Penal de 1940 teve sua parte geral reformada em 1984, estabelecendo medidas de segurança com aplicabilidade somente aos infratores inimputáveis e

¹³ EICHENBERG, Marina Hermes. **Panorama Geral das Medidas de Segurança e o Projeto de Lei de Castração Química.**

¹⁴ EICHENBERG, Marina Hermes. **Panorama Geral das Medidas de Segurança e o Projeto de Lei de Castração Química.**

¹⁵ EICHENBERG, Marina Hermes. **Panorama Geral das Medidas de Segurança e o Projeto de Lei de Castração Química.**

¹⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.37.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

semi-imputáveis, encerrando o sistema do duplo binário e passando a adotar o sistema vicariante.

2 SUBSTRATO TEÓRICO-NORMATIVO

O atual Código Penal Brasileiro, adotando o sistema vicariante, o qual não admite a aplicação de medidas de segurança aos imputáveis, estabelece em seu artigo 97 que a internação, como espécie de medida de segurança, se destina aos inimputáveis, enquanto que a outra espécie, consistente no tratamento ambulatorial, se destina aos imputáveis, em infrações apenas com detenção.

O Código Penal é categórico ao autorizar a internação dos inimputáveis presumindo sua periculosidade. Contudo, tal presunção absoluta de periculosidade supostamente considerada pelo legislador em decorrência da gravidade da infração penal praticada, e ante a pena correspondente se tratar de pena de reclusão, não se coaduna a uma ótica proporcional e consentânea a uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Primeiramente, a natureza jurídica material das medidas de segurança não é de índole penal, não possui caráter sancionatório e, sim, de providência administrativa, porquanto não tendo por propósito uma reprimenda, se circunscreve ao aspecto sanitário, visando caráter curativo e assistencial.

Portanto, no sentido material, as medidas de segurança não podem ser aquilatadas como sanção penal, posto que não derivam da culpabilidade do agente, isto é, da reprovabilidade de seu comportamento, uma vez que os doentes mentais, justamente porque inimputáveis, não possuem obviamente potencial consciência da ilicitude de seus atos e condições de conhecer a eventual necessidade de exigibilidade de conduta diversa.

Contudo, controverte Levorin¹⁷:

¹⁷ LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da Legalidade na medida de segurança: determinação do limite máximo de duração da internação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 5-10.

Apesar das tentativas de negar à medida de segurança natureza penal, tentando dar-lhe uma natureza administrativa, é evidente o caráter penal dessa consequência jurídica, podendo ser classificada como uma espécie do gênero sanção penal, ao lado da pena. Todo tratamento ministrado na medida de segurança implica em privação ou restrição de direitos da pessoa, portanto, inevitavelmente tem implicação nos direitos fundamentais pertencentes a ela, pelo que se revela o seu caráter aflagante, tal como a pena.

Assim sendo, infere-se que o Código Penal determina a internação diante de uma presunção absoluta de periculosidade, pois em relação a inimputáveis, não implicaria nenhum efeito preventivo-geral negativo ou positivo, vale dizer, quer de intimidação ou de possível valoração do bem jurídico atingido.

Santoro Filho¹⁸ refere que as medidas de segurança tem natureza dúplice, haja vista que formalmente perfazem institutos do sistema punitivo, mediante controle exercido pelo Poder Judiciário que a aplica, mas materialmente, não se aperfeiçoam com caráter penal, uma vez que não são consideradas sanções.

Neste sentido, Zaffaroni e Pierangeli¹⁹:

Não se pode considerar penal um tratamento médico e nem mesmo a custódia psiquiátrica. Sua natureza nada tem a ver com pena, que desta se diferencia por seus objetivos e meios. Mas as leis penais impõem um controle formalmente penal (...)

Segundo Santoro Filho²⁰, a presunção absoluta e normativa de periculosidade ostentada na norma penal como fator imponente de aplicação da internação não tem substrato racional e ontológico, eis que mesmo tratando-se de infração cuja pena prevista seja reclusão, a mesma legislação penal autoriza medidas despenalizantes a depender do máximo ou mínimo da pena reclusiva prevista.

¹⁸ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Direito e Saúde Mental**, p.173. São Paulo: Verlu Editora, 2012.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 1997, p.859.

²⁰ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Direito e Saúde Mental**, p.173

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Tais como a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a suspensão condicional do processo ou até a transação penal. Logo, a categoria reclusiva da pena não teria somente por isso, axiologicamente, força para impor internação.

Füher²¹sobre o assunto diz:

Periculosidade é um juízo eminentemente subjetivo que, por infelicidade, ficou colocado na lei como se fosse cânone objetivo inflexível. Ou seja, se o autor do delito for um inimputável ele automaticamente é considerado perigoso e receberá fatalmente uma medida de segurança, precisando ou não do tratamento e da contenção" (...) Essa presunção, absoluta de periculosidade afronta em vários pontos o bom Direito. De plano se observa que qualquer tipo de presunção não se harmoniza com o Direito Penal moderno, nem com as garantias individuais mínimas de que todo vivente deve dispor. Por fim, é preciso considerar que a presunção tem sabor indisfarçável de inconstitucionalidade dupla. De um lado, trata o doente mental de forma muito mais gravosa, como se todos os homens fossem iguais, desde que não sejam loucos. (...) De outra banda, a periculosidade prejulgada fere a presunção de inocência, garantida a todos os comuns. (...) Sem dúvida, a presunção de inocência citada na Constituição inclui a presunção de não-periculosidade. (...) A Constituição e o bom senso garantem ao acusado um exame de periculosidade antes da imposição da medida de segurança. Desta garantia se beneficiam todos, sãos, doentes e especialmente todos os que apreciam a Ciência Penal. Por tal motivo, quem não quiser cometer arbitrariedade deve fazer constar no questionário do incidente de insanidade mental os quesitos sobre o perigo real que o examinado oferece para a sociedade.

Em 2001 adveio a Lei 10.216 que tem por escopo geral a recuperação do indivíduo portador de doença mental.

Concretizando o postulado fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana, a Lei Antimanicomial rege-se pelo princípio da prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º da Constituição Federal) adotada pelo Estado brasileiro. No Estado Democrático e Social de Direito o Direito Penal deve ser adotado como

²¹ FÜHER, Maximilianus Roberto Ernesto. **Tratado da Inimputabilidade no direito penal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.143-144.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ultima ratio e a política criminal e penitenciária deve observar os princípios de Direitos Humanos consagrados nos Pactos e Tratados Internacionais aderidos²²

A Lei nº 10.216/01, apelidada de Antimanicomial, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso I, elenca como direito da pessoa portadora de transtorno mental, independentemente de sua condição, o de ter acesso ao melhor tratamento do Sistema de Saúde condigno às suas necessidades, bem como em seu inciso II, o direito de 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.

Ainda, dispõe o artigo 4º, *caput*, do mesmo diploma legal, que “A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” e que (§ 1º) “O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio”. Portanto, preconizou-se a subsidiariedade da internação apenas como derradeira opção em razão de excepcional insuficiência de meios extra-hospitalares.

Contudo, o mesmo artigo 4º da Lei nº 10.216/01, em seu § 2º, dispõe que “O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros”.

Nesse contexto, em princípio, seria factível vislumbrar possíveis defensores de que nada mudou em termos de medida de segurança de internação decorrente de prática de infração penal por inimputável, porquanto, pelo critério da especialidade, a Lei Penal seria especial em face da Lei Antimanicomial, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais redirecionando o modelo assistencial em saúde mental, sem ressaltar caráter de lesividade eventualmente atinente a qualquer ato ilícito penal

²² NETO, Cândido Furtado Maia. **Medidas de Segurança e Periculosidade e os Direitos Humanos - Doença Mental e Justiça Penal Democrática.**

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

praticado pelo inimputável, isto é, não se referindo ao Sistema Penitenciário, porquanto a lei geral não revoga lei especial.

Além do trunfo do princípio da especialidade, a corrente passível de defender a permanência das medidas de segurança tal como sistematizadas no Código Penal poderia lançar mão dos argumentos de que na Exposição de Motivos do Código Penal, considerada interpretação doutrinária, o item 91 dispõe:

Corresponde a inovação às atuais tendências de "desinstitucionalização", sem o exagero de eliminar a internação. Pelo contrário, o Projeto estabelece limitações estritas para a hipótese de tratamento ambulatorial, apenas admitido quando o ato praticado for previsto como crime punível com detenção.

Vale dizer, seria possível argumentar que a sistematização da medida de segurança de internação já foi concebida com os olhos postos nas tendências de desinstitucionalização, mas considerada a impossibilidade de eliminação da medida detentiva (internação) aos inimputáveis portadores de alta periculosidade.

Essa linha de raciocínio também poderia sustentar que a base do Direito Penal já se encontra na perspectiva garantista integral, ou seja, de que o Direito Penal e seus consectários são concebidos não só para tutelar os direitos fundamentais e humanitários dos infratores, como também focando na eficácia do sistema, no propósito de tutelar as vítimas potenciais dos crimes, e que neste sentido, ainda que se propugne pelo respeito aos direitos humanitários dos inimputáveis infratores, haverá casos em que será imprescindível a solução de internação como medida eficaz para - dada a impossibilidade de convívio social sem risco -, segregar o inimputável em razão de sua periculosidade social, inclusive visando a sua própria recuperação.

Neste diapasão, propugna Araújo²³:

²³ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **Prazos (mínimo e máximo) das medidas de segurança.** *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v.4, n. 22, p. 55-57, fev./mar.2008).

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

A medida de segurança harmoniza a impossibilidade de se punir um ato praticado por alguém que não possui consciência de seus atos e a necessidade de uma resposta estatal efetiva para os fatos típicos e antijurídicos cometidos por pessoas, para evitar o sentimento de impunidade que pode levar ao fomento de vinganças, pois é disseminada ideia de impunidade.

Não se olvide que essa linha argumentativa também pode se valer dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade para servirem de vetores interpretativos do Direito Penal.

Contudo, sobre o tema, exsurgiu a Resolução nº 4, de 30/07/2010, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, isto é, em consonância com a lei antimanicomial, mas que já previa em seu artigo 6º:

O Poder Executivo, em parceria com o Poder Judiciário, irá implantar e concluir, no prazo de 10 anos, a substituição do modelo manicomial de cumprimento de medida de segurança para o modelo antimanicomial, valendo-se do programa específico de atenção ao paciente Judiciário.

Enfim, a Hermenêutica seria o meio de solução para essa antinomia existente entre a norma penal e a norma antimanicomial.

O artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que se trata de norma de sobre direito, portanto, aplicável a todos os ramos da ciência jurídica, dispõe que: "Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Sob a luz da regra hermenêutica delineada pelo atendimento da finalidade social da norma, é certo que o intérprete precisará buscar o sentido e alcance das duas normas aparentemente conflitantes para, numa interpretação global e sistemática do ordenamento jurídico, desvendar a solução acertada para o problema.

Neste prisma, Santoro Filho²⁴leciona que a obrigatoriedade da aplicação de medida de segurança em decorrência causal necessária de uma presunção

²⁴ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Direito e Saúde Mental**, p.173.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

absoluta e legal de periculosidade não atende a qualquer finalidade social relevante, sequer para o bem comum.

Para referido autor, não se vislumbra qualquer razão jurídica ou utilidade social para a obrigatoriedade de aplicação de medida de segurança detentiva (internação) aos inimputáveis que tenham cometido crime apenado com reclusão, com presunção absoluta de periculosidade. Pensa ele que a imposição de internação como medida de segurança obrigatória, sem a verificação de qualquer pressuposto subjetivo, viola inarredavelmente o princípio da proporcionalidade, sustentando que, se mediante prova técnica segura, oficial e isenta, o inimputável tem prognóstico de conduta favorável e mínima possibilidade de recidiva, o tratamento adequado deveria ser ambulatorial, não se mostrando pertinente a internação para a hipótese, pois mais gravosa e excessiva para a necessidade do inimputável, e portanto, desproporcional e por isso, inconstitucional.

Sustenta ainda Santoro Filho²⁵ que, a Lei nº 10.216/01 regulamenta o artigo 203, inciso IV, da Constituição Federal, que estabelece como objetivo da assistência social, a habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência e promoção de sua integração à vida comunitária. Em outros termos, preleciona referido autor que a antinomia entre uma interpretação literal do Código Penal se resolveria pela inconstitucionalidade face à norma do art. 203 da Constituição Federal.

Sintetiza ele em outra obra:

Conclui-se, portanto, que a previsão de necessidade de imposição de medida de segurança de internação fundada apenas na circunstância de ter o inimputável cometido um ato descrito como crime, sujeito a pena de reclusão, não resiste a uma interpretação teleológica do ordenamento jurídico e nem aos fatos sociais, pois em se tratando a periculosidade de um dado concreto pertencente à realidade, cuja existência e grau somente podem ser aquilatados pelos profissionais da área da saúde mental, com formação para tanto, após análise das características do indivíduo

²⁵ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Direito e Saúde Mental**, p.173.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

examinado, não pode estar sujeito a previsão legal abstrata e absoluta, pois a lei não tem o poder de modificar ou afrontar a própria natureza das coisas²⁶.

Curiosamente, há um projeto de Lei n. 431/2001 que altera a redação do art. 97 do Código Penal que passaria a ter a seguinte redação: "Art. 97. Se o agente for inimputável o juiz determinará a sua internação ou sujeição a tratamento ambulatorial, sendo que a internação será obrigatória quando o tratamento e a periculosidade do agente assim o exigirem".

Assim, absolutamente mais consentâneo, sob a ótica humanitária, que a presunção de periculosidade do inimputável seja considerada relativa, passível de ser afastada por um conjunto probatório que demonstre a existência de segurança social e inexistência de risco concreto social e pessoal ao inimputável, em prol da opção por um tratamento menos agressivo e mais eficiente.

Füher²⁷ afirma que esta tendência a não aplicação da medida de segurança detentiva de internação por imposição literal vem se consolidando em consideração ao objetivo da Justiça Penal que é a recuperação da pessoa. Afirma, ainda, que tal tendência decorre do desdobramento do princípio da intervenção mínima, que informa todo o Direito Penal.

Neto e Soni referem que:

Também o Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão (das Nações Unidas), no princípio 3º reza que: "Não se restringirá ou menosprezará nenhum dos direitos humanos das pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes sob pretexto de que o presente Conjunto de Princípios não reconhece esses direitos ou os reconhece em menor grau.(...) Vincular a idéia de "periculosidade" estigmatiza alguns seres como "inferior". Para o sistema penal uma pessoa é "perigosa" quando se suspeita que pode infringir uma norma. Ideologia que viola o princípio "nullum crimen

²⁶ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Fundamentos de Direito Penal**, p.173. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

²⁷ FÜHER, Maximilianus Roberto Ernesto. **Tratado da Inimputabilidade no direito penal**.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

sine conducta". O ser humano é coisificado, e não se impõe uma pena - "medida de segurança" - pelo que o sujeito faz, mas pelo o que é, segundo seu "status social". Trata-se de uma forma sutil de desrespeito oficial ao princípio da legalidade pela condição de vida²⁸.

Ainda a respeito, Jacobina sustenta que:

A imposição de uma medida de segurança a um inimputável é inconstitucional, pois não é possível aferir culpa do inimputável e ela se dá após uma sentença penal absolutória, contrariando, desta forma o inc. LVII do art. 5º da CR, sendo, portanto, responsabilidade penal objetiva. Ademais, considera que impor um tratamento a alguém contra a sua vontade, sem prazo definido, é uma medida estritamente punitiva²⁹.

Alessandro Baratta apud Maia Neto³⁰ em "*Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal. Capítulo criminológico: revista de las disciplinas del control social, Maracaibo, v. 13, p. 79-99, 1985*", afirma que os Direitos Humanos cumprem com uma função positiva de indicação aos possíveis objetivos da tutela penal. Critica Baratta³¹ a aplicação de sanções punitivas para indivíduos com distúrbios mentais, aduzindo que "a circunstância de haverem atuado de forma objetivamente subsumível a uma figura delitiva não deveria impedir que se lhes aplicasse a disciplina normal do sistema médico e psiquiátrico".

Indubitavelmente, a influência dos Direitos Humanos em nosso ordenamento jurídico é profunda e sensível, porquanto não há como fazer tábua rasa do artigo 2º, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 10.261/01, o qual tutela o direito de ser a pessoa portadora de deficiência mental tratada com humanidade e respeito, e

²⁸ NETO, Cândido Furtado Maia e SONI, Diego de Lima. **Aplicação de Medidas de Segurança aos Enfermos Mentais**. Revista do Ministério Público Democrático ano VIII, (Dialogico 36; 2012, p.30-31), Disponível em: <http://mpd.org.br/assets/Dialogico36.pdf>. Acesso em: 23 Mai. 2017.

²⁹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito Penal da Loucura: medida de segurança e reforma psiquiátrica**. Brasília. ESMPU, 2008, p. 95-99.

³⁰ NETO, Cândido Furtado Maia e SONI, Diego de Lima. **Aplicação de Medidas de Segurança aos Enfermos Mentais**. P. 30-31.

³¹ NETO, Cândido Furtado Maia e SONI, Diego de Lima. **Aplicação de Medidas de Segurança aos Enfermos Mentais**. P. 30-31.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade.

Ora, se a *mens legis* avançou para tutelar o respeito aos direitos humanos dos deficientes mentais, perseguindo o interesse exclusivo de beneficiar sua saúde e com a finalidade maior de sua reinserção à comunidade, seja social, familiar ou laboral, não há como interpretar em sentido outro que não o teleológico a norma em apreço, para priorizar a tutela da sociedade através do objetivo de reinserção do deficiente mental infrator em seu próprio tecido social.

Mutatis mutandis, a norma constitucional inscrita na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mais precisamente no artigo 5, dispõe em seu item 6 que: “As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

Várias são as vertentes que suscitam a inconstitucionalidade das medidas de segurança detentivas (internação), seja pela falta de estrutura adequada a impor a submissão a qualquer forma de restrição da liberdade sem a preservação da dignidade humana, seja pela violação ao princípio da legalidade pela condição de vida, seja pela impossibilidade de análise de culpabilidade do inimputável o que geraria responsabilidade penal objetiva, ou ainda pela violação do dever de assistência social adequada e individualizada ao inimputável.

Embora, os inimputáveis infratores de crime sujeito à pena de reclusão não sejam condenados, e nem a medida de segurança seja considerada pena privativa de liberdade, vê-se enfaticamente o escopo de que a finalidade essencial seja a reforma e readaptação social da pessoa, pois a partir da melhora dela o tecido social melhorará no que concerne à sua segurança coletiva.

Consoante doutrina Dias:

(...) O propósito socializador deve, sempre que possível prevalecer sobre a finalidade de segurança como é imposto pelos princípios da socialidade e da humanidade que dominam a Constituição Político-Criminal do Estado de Direito Contemporâneo, e, conseqüentemente, que a segurança só pode constituir finalidade autônoma da medida

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

de segurança se e onde a socialização não se afigure possível³².

Em face da inovação legislativa trazida pela Lei nº 10.216/2001, há quem indague se esta lei teria derogado ou parcialmente revogado as disposições do Código Penal a respeito das medidas de segurança ou não, ainda que tacitamente.

Nesta perspectiva, há duas posições. Para alguns houve derrogação tácita do artigo 97 do Código Penal, enquanto, para outros, não houve revogação, permanecendo válido o artigo 97 do Código Penal e a própria Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

Propugnando pela tese da derrogação do artigo 97 do Código Penal pela Lei 10.216/2001, Basoli³³ sustenta que a medida de segurança imposta pelo Poder Judiciário contendo prazo mínimo e indeterminada duração, enquanto modalidade de sanção penal, não encontraria mais amparo legal face à sua derrogação pela Lei 10.216/01. Consigna referido autor que o fundamento teórico de sua conclusão está na Tese Institucional nº 10 da Defensoria Pública de São Paulo, que assim se pronuncia: Tese 10 – A Lei 10.216/01, marco da reforma psiquiátrica no Brasil, derogou a parte geral do Código Penal e da Lei de Execuções Penais no que diz respeito à medida de segurança.

No entanto, enxergamos que a medida de segurança não tem índole penal, portanto, essa mera equiparação de ser a medida de segurança uma modalidade de sanção penal, não poderia servir de argumento suficiente para se concluir que o Código Penal foi derogado pela Lei Antimanicomial, porquanto, a sentença proferida ao inimputável é de absolvição imprópria e não de condenação.

³² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p.88-89.

³³ BASOLI, LUCAS PAMPANA. **Apontamentos à Lei nº 10.216/01: da derrogação da medida de segurança**. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,apontamentos-a-lei-n%C2%B0-1021601-da-derrogacao-da-medida-de-seguranca,39431.html>. Acesso em: 29 Mai. 2017.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Sá, Alves e Barone³⁴, salientam serem profundas as distinções entre as penas e medidas de segurança enquanto respostas estatais. Asseveram ser necessário superar-se a lógica punitiva tradicional aplicada reflexamente às medidas de segurança sobre concepção causal necessária entre o transtorno mental do agente e a infração penal correspondente. Aludem que essa vinculação entre a patologia mental e a consciência ou autodeterminação em relação ao crime deveria ser abandonada com a migração do tratamento de índole penal para um verdadeiro tratamento de saúde ao delinquente patológico.

Considerando as diferenças entre os campos sancionatório e terapêutico, discutem se no futuro haverá lugar para as medidas de segurança ou apenas suas execução no âmbito do Direito Penal, sob a ótica da dignidade da pessoa humana e intervenção mínima, a fim de que os inimputáveis fossem submetidos a outros tratamentos que não distantes da estigmatização e dos efeitos deletérios potencialmente causados pela intervenção penal³⁵.

No caso, em nosso sentir, a Lei Antimanicomial relativiza a interpretação do Código Penal harmonizando-se com ele, para alcançar um sentido teleológico de tutela humanitária do inimputável.

A derrogação tácita exige incompatibilidade total da lei posterior com a anterior acerca de um tema, contrariando-a de forma absoluta, ou que a lei posterior regulasse inteiramente a matéria tratada pela lei anterior, de modo que consoante prevê o art. 2º, § 1º da LINDB, não vislumbramos a ocorrência de derrogação tácita e tampouco expressa.

Logo, pensamos que a derrogação tácita da medida de segurança tão-somente poderia ser suscitada acerca de sua execução, e não em relação ao devido processo legal para apuração do fato, pois este, necessariamente há de

³⁴ SÁ, ALVINO AUGUSTO DE; ALVES, JAMIL CHAIM; BARONE, RAFAEL. **Medidas de segurança: necessárias reflexões pós-advento da Lei de reforma psiquiátrica (Lei 10.216/2001)**. Boletim IBCCRIM, 2013, v. 249, p. 11.

³⁵ SÁ, ALVINO AUGUSTO DE; ALVES, JAMIL CHAIM; BARONE, RAFAEL. **Medidas de segurança: necessárias reflexões pós-advento da Lei de reforma psiquiátrica (Lei 10.216/2001)**. P.11.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

permanecer sob o Controle do Poder Judiciário, ainda que a medida não tenha índole penal e sim de providência administrativa.

Ademais, frise-se que embora em nível de Projeto (Projeto de Lei n. 431/2001) o Congresso Nacional já intencionava alterar o próprio artigo 97 do Código Penal que passaria a ter a seguinte redação: "Se o agente for inimputável o juiz determinará a sua internação ou sujeição a tratamento ambulatorial, sendo que a internação será obrigatória quando o tratamento e a periculosidade do agente assim o exigirem".

Sob este argumento, pensamos que o Código Penal não teria sido derogado pela Lei Antimanicomial, ao menos no que concerne à aplicação da medida de segurança, porquanto, o Juízo Criminal competente para fixar a medida necessitaria de amparo legal em norma penal, para eventualmente optar por essa conclusão, após a apuração do fato e verificação da necessidade de internação.

Neste diapasão, no âmbito do debate, não se sustentaria que a Lei Antimanicomial teria derogado o Código Penal haja vista que seria imprescindível a previsão normativa da possibilidade e seus limites de aplicação da medida de segurança como decorrência do devido processo legal em virtude da prática de uma infração penal, de modo que os parâmetros da Lei Antimanicomial se justificariam já na fase de execução da medida de segurança, e obviamente em uma compatibilização normativa até que o Código Penal viesse a ser alterado, para prever a medida de segurança de internação como exceção.

Ademais, comungando do entendimento que prima pela interpretação teleológica, em especial o caráter excepcional da medida, adveio a Resolução nº 113, de 20/04/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a qual em seu artigo 17 assevera que o juízo competente para a *execução* de medidas de segurança deverá, sempre que possível, buscar implementar políticas públicas antimanicomiais, conforme estabelecido pela Lei nº 10.216/01.

Ao dispor acerca das diretrizes em atenção aos pacientes judiciários e à *execução* da medida de segurança, a Recomendação n. 35/2011-CNJ adota clara

preferência "a política antimanicomial, sempre que possível, em meio aberto" (item I), com a ressalva de que em caso de internação, "ela deve ocorrer na rede de saúde pública ou conveniada, com acompanhamento do programa especializado de atenção ao paciente judiciário, com observância das orientações previstas nesta recomendação" (item III).

Neste contexto, exsurgiu, em nosso sentir, um devido processo legal diferenciado a partir da Lei Antimanicomial, no qual o magistrado não pode aplicar medidas de segurança sob a literalidade do Código Penal, isto é, presumindo absolutamente a periculosidade do infrator portador de distúrbio mental apenas em função do tipo penal prever como pena a privação de liberdade na modalidade de reclusão. Deverá o juiz motivar a escolha da medida de segurança na decisão judicial, sob pena de nulidade, em razão do real estado mental e de periculosidade do delinquente, sempre almejando atingir a finalidade de reinserção social.

Portanto, hialino que a Lei Antimanicomial inclusive ingressou ao arcabouço jurídico interno com o propósito de atender aos "Princípios Básicos para a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e para a Melhoria de Assistência à Saúde Mental" da Organização das Nações Unidas. Indubitavelmente tais princípios devem ser observados pelos Estados, ressaltando que todas as pessoas têm direito à melhor assistência disponível, devendo as pessoas com transtorno mental serem tratadas com humanidade e respeito à sua dignidade.

Apesar dessa nítida derrogação do Código Penal no que atine execução da medida de segurança asilar com base na exclusiva observância da categoria reclusiva de reprimenda aos inimputáveis, há ainda julgados recentíssimos - apesar de mais de uma década da vigência da Lei Antimanicomial - , que revolvem ao Código Penal o único norte exegético para a fixação da medida de segurança em caso de cometimento de infração cuja pena seja de reclusão, aceitando a internação asilar como única opção.

O argumento de autoridade das decisões que se olvidam da Lei antimanicomial consubstancia-se na mens legis do artigo 97 do Código Penal que por se tratar

de regra expressa torna forçosa a aplicação da internação dos inimputáveis na hipótese de delitos punidos com reclusão, facultando-se o tratamento ambulatorial apenas aos casos punidos com detenção, que somente nesta situação permitem discricionariedade judicial pela possibilidade de apenas nesta hipótese não reclusiva se dar à averiguação da periculosidade do agente com a opção da adoção de uma medida ou outra, à luz do princípio do livre convencimento motivado. Observe-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO POR TRATAMENTO AMBULATORIAL. DECISÃO FUNDAMENTADA EM LAUDO PERICIAL. DELITO PUNIDO COM RECLUSÃO. PREVISÃO LEGAL. ART. 97 DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTOS CONCRETOS PARA A INTERNAÇÃO. REVISÃO DO JULGAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUANTO À CONVENIÊNCIA DA MEDIDA DE SEGURANÇA APLICADA. VIA IMPRÓPRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. A mens legis do artigo 97 do Código Penal consiste em impor, como regra, a internação aos inimputáveis na hipótese de delitos punidos com reclusão - como na espécie (homicídio qualificado tentado) -, e somente facultar o tratamento ambulatorial - atribuindo-se ao juiz certa discricionariedade - aos casos punidos com detenção, sendo cabível, nesta última hipótese, a averiguação da periculosidade do agente para respaldar a adoção de uma medida ou de outra, à luz do princípio do livre convencimento motivado. 2. In casu, imposta ao paciente a medida de segurança de internação, fundamentada com dados do laudo pericial que atestou ser o paciente portador de "transtornos mentais e comportamentais devido ao uso de múltiplas drogas e ao uso de outras substâncias psicoativas, síndrome de dependência e outros transtornos mentais especificados devido a uma lesão e disfunção cerebral e a uma doença física", não se identifica patente constrangimento ilegal. 3. Não se presta a via estreita do habeas corpus à substituição da medida de segurança de internação pela de tratamento ambulatorial, na medida em que, para tanto, seria necessário infirmar o entendimento das instâncias ordinárias acerca da conveniência da aplicação da medida de segurança imposta em matéria eminentemente técnica, com exame aprofundado das provas dos autos, insuscetível de ser realizado nesta sede. Precedentes. 4. Ordem denegada. HC 394072 / MS 2017/0070529-4. Relatora Ministra MARIA

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

THEREZA DE ASSIS MOURA (1131), Sexta Turma, julgamento em 23/05/2017, DJ de 30/05/2017.

Conquanto o posicionamento supracitado, não é crível que se possa desconsiderar a Lei Antimanicomial como representação de todas as garantias, inclusive internacionais à prevalência dos direitos humanos, razão pela qual abaixo se apresentarão decisões consentâneas a este entendimento.

3 ALGUMAS NUANCES DA SITUAÇÃO EMPÍRICA ATUAL

A partir de uma constatação empírica de que o Estado não estruturou dignamente instalações manicomiais proporcionalmente ao número de inimputáveis que deveriam ser submetidos a internação, causando mero padecimento aos mesmos em condições de superlotação e verdadeira situação de abandono tratativo e curativo, o que foi denunciado inclusive em vários livros, tal como o *Holocausto Brasileiro*, de autoria de Daniela Arbex³⁶, culminando com a ineficiência e crueldade de um sistema anti-humanitário em prol de medidas de segurança, evidencia-se a medida detentiva de internação como absolutamente excepcional.

Neto e Soni, neste aspecto, enfatizam que:

O sistema pátrio sequer possui estrutura física e mecanismos de tratamento para os sujeitos em medidas de segurança. As condições infra-humanas dos estabelecimentos em que se executam tais penas, ou melhor, as medidas "curativas", nos chamados manicômios judiciários ou hospitais de tratamento psiquiátricos, em regra geral, são muito mais atentatórias à dignidade da pessoa humana, em comparação ao encarceramento nos presídios e penitenciárias deste País. 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 deterioração psíquica 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". Goffman, já em 1961 qualificava o processo de prisionalização de "desculturalização" correspondente a

³⁶ ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. Editora Geração. São Paulo. 2013.

perda de auto-determinação; por sua vez, Michel Foucault define as prisões e os manicômios como instituições totais destinadas, única e exclusivamente, para segregar os indivíduos molestos à sociedade. (...) Conclui-se, portanto, que os indivíduos submetidos a qualquer forma de restrição da liberdade devem ter sua dignidade preservada (artigo 5º, inc. II, da CF), eis que continuam sendo sujeitos de direitos. Em especial o enfermo mental, visto que incumbe ao Estado o dever de assistência social do portador de deficiência (artigo 230, inciso IV, da CF) e garantia da não submissão a tratamento desumano ou degradante³⁷.

A Revista do Ministério Público Democrático ano VIII, nº 36³⁸, destaca que:

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen-MJ), há quase 4.500 pessoas em medidas de segurança no Brasil atualmente. (...) Não raro, o paciente não recebe o tratamento adequado nos HCTPs, estendendo o período da medida de segurança, o que leva alguns profissionais do Direito e da Saúde a pensar que a execução da medida de segurança pode ser até mais cruel do que a pena de prisão. "Há pessoas que poderiam fazer um tratamento ambulatorial, por exemplo, porque a medicina está muito avançada no tratamento de doenças mentais hoje, e não haveria necessidade de internação", conta Valdevez Abbud. A procuradora lembra, no entanto, que não é incomum que a própria família do portador de transtorno mental não queira se responsabilizar por ele. "A forma de encarar o autor de crime que padece de alguma doença mental é muito cruel no Brasil", diz. O pesquisador da Universidade de Brasília Martinho Braga Batista e Silva, ex-consultor da Área Técnica de Saúde no Sistema Penitenciário do Ministério da Saúde, diz que "os relatos de profissionais que atendem pessoas em cumprimento de medida de segurança indicam que a tolerância da família e da sociedade para com elas não é grande". Ele relata também que, após a Lei Antimanicomial (10.216, de 2001), a internação hospitalar só deve ser recomendada no interior de um projeto terapêutico envolvendo um conjunto de outros recursos, imersos em uma rede de atenção em saúde mental. "Quando surgir a necessidade de internação, as pessoas nunca devem ser encaminhadas para hospitais psiquiátricos que possam ser caracterizados como

³⁷ NETO, Cândido Furtado Maia e SONI, Diego de Lima. *Aplicação de Medidas de Segurança aos Enfermos Mentais*. p.30-31.

³⁸ Revista do Ministério Público Democrático ano VIII, nº 36 - **A crise das penas criminais tradicionais e a eficiência de suas alternativas** - (Dialogico 36; 2012, p.6-9), Disponível em: <http://mpd.org.br/assets/Dialogico36.pdf>. Acesso em: 23 Mai. 2017.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

estabelecimentos asilares, conhecidos como “depósitos de gente”, afirma.

Apesar de ainda tímidos, os entendimentos pretorianos têm evoluído acerca do assunto, relativizando a obrigatoriedade imposta pelo Código Penal de internação aos delinquentes inimputáveis em crimes punidos com reclusão.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. DELITO PUNÍVEL COM PENADE RECLUSÃO. TRATAMENTO AMBULATORIAL. CABIMENTO. ART. 97. MITIGAÇÃO. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA À PERICULOSIDADE DO AGENTE. 1. A par do entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior, no sentido da imposição de medida internação quando o crime praticado for punível com reclusão - reconhecida a inimputabilidade do agente -, nos termos do art. 97 do Código Penal, cabível a submissão do inimputável a tratamento ambulatorial, ainda que o crime não seja punível com detenção. 2. Este órgão julgador já decidiu que, se detectados elementos bastantes a caracterizar a desnecessidade da internação, e em obediência aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a aplicação de medida menos gravosa ao inimputável se, ainda, for primário e assim o permitam as circunstâncias que permeiam o delito perpetrado. 3. Consoante consignado pela Corte de origem, no caso dos autos, o ora recorrido nunca se envolvera em fato delituoso da mesma ou de natureza diversa, além de mostrar comportamento social adaptado e positivamente progressivo. 4. Conforme concluído pelo Tribunal a quo, “não se extrai desse quadro uma conclusão de periculosidade real e efetiva do apelante, capaz de justificar uma internação em hospital psiquiátrico ou casa de custódia e tratamento”. A medida mais rígida, ademais, apresentaria risco ao progresso psicossocial alcançado pelo ora recorrido, além de nítido prejuízo ao agente, que, por retardo no julgamento dos recursos interpostos, teria restabelecida a sentença - datada de novembro de 2002 - com a imposição da medida de internação, a qual, tantos anos após os fatos, não cumpriria seus objetivos. 5. Recurso especial não provido. REsp 912668 SP RECURSO ESPECIAL 2007/0001922-4. Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (1158), Sexta Turma, julgamento em 18/03/2014, DJ de 07/04/2014.

É cabível a imediata transferência de pessoa sujeita a medida de segurança que está presa em estabelecimento

penal comum para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, e, na falta de vaga, a submissão a regime de tratamento ambulatorial, até que surja vaga em estabelecimento adequado. Isso porque a manutenção do paciente em presídio comum, por falta de vaga em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, é medida que afronta o sistema e o princípio da dignidade da pessoa humana, que garante aos indivíduos não só a proteção contra terceiros, mas também a proteção contra a arbitrariedade do Estado. O Código Penal e a Lei de Execução Penal asseguram ao agente inimputável ou semi-imputável o direito do cumprimento da medida curativa em estabelecimento adequado. E, no mesmo sentido, está a Lei 10.216/2001, que elenca, em seu artigo 2º, um rol de direitos da pessoa portadora de transtorno mental. Deve-se ressaltar também que a Recomendação 35/2011 do CNJ adota a política antimanicomial, com a execução da medida de segurança, sempre que possível, em meio aberto, com a ressalva de que em caso de internação, ela deve ocorrer na rede de saúde pública ou conveniada, com acompanhamento do programa especializado de atenção ao paciente judiciário, com observância das orientações nela previstas (HC 284520/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (1158), Sexta Turma, julgamento em 03/04/2014, DJ de 22/04/2014).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DIREITOPENAL. ART. 97 DO CP. INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. CONVERSÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL. RECOMENDAÇÃO DO LAUDO MÉDICO. POSSIBILIDADE. 1. Apesar de se ter solidificado o entendimento da impossibilidade de utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso cabível, o Superior Tribunal de Justiça analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não aplicando o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial. 2. Na fixação da medida de segurança, por não se vincular à gravidade do delito perpetrado, mas à periculosidade do agente, é cabível ao magistrado a opção por tratamento mais apropriado ao inimputável, independentemente de o fato ser punível com reclusão ou detenção, em homenagem aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes. 3. Ante a ausência de fundamentos para a fixação do regime de internação e tendo o laudo pericial recomendado o tratamento ambulatorial, evidente o constrangimento ilegal. 4. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida

de ofício, para substituir a internação por tratamento ambulatorial, mediante condições judiciais a serem impostas pelo Juiz da Execução Penal, tendo em vista o trânsito em julgado da ação." (HC 230.842/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016.

Faz-se mister ressaltar que inclusive o Pretório Excelso já evidenciou que mesmo em caso de inevitável aplicação da medida de internação, em decorrência da previsão contida no artigo 5º da Lei 10.216/2001, prevendo a alta planejada como objetivo da política de retorno gradativo do inimputável ao convívio social, seria de rigor a desinternação progressiva, cuja ementa foi colacionada infra:

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MEDIDA DE SEGURANÇA. CUMPRIMENTO DA MEDIDA EM PRAZO SUPERIOR AO DA PENA MÁXIMA COMINADA AO DELITO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INÍCIO DO CUMPRIMENTO. MARCO INTERRUPTIVO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. CONTINUIDADE. PRAZO MÁXIMO DA MEDIDA. 30 (TRINTA) ANOS. PRECEDENTES DO STF. DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA. ART. 5º DA LEI 10.216/2001. APLICABILIDADE. ALTA PROGRESSIVA DA MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO DE 6 (SEIS) MESES. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (...) b) processada a ação penal, ao recorrente foi aplicada a medida de segurança de internação hospitalar em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, pelo prazo mínimo de 3 (três anos), sendo certo que o recorrente foi internado no Instituto Psiquiátrico Forense, onde permanece até a presente data, decorridos mais de 23 (vinte e três) anos desde a sua segregação; c) o recorrente tem apresentado melhoras, tanto que não está mais em regime de internação, mas de alta progressiva, conforme laudo psiquiátrico que atesta seu retorno gradativo ao convívio social. 3. A desinternação progressiva é medida que se impõe, provendo-se em parte o recurso para o restabelecimento da decisão de primeiro grau, que aplicou o art. 5º da Lei 10.216/2001, determinando-se ao Instituto Psiquiátrico Forense que apresente plano de desligamento, em 60 (sessenta) dias, para que as autoridades competentes procedam à "política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida", fora do âmbito do IPF. 4. Recurso provido em parte. (RHC 100383, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe-210 DIVULG. 03-11-2011 PUBLIC 04-11-2011 EMENT VOL-02619-01 PP-00001).

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Fragoso³⁹, antes da Reforma Penal de 1984, com a ótica da realidade de seu tempo, já dizia:

A única medida de segurança detentiva efetivamente executada em nosso sistema de direito é a internação em Manicômio Judiciário, prevista para os inimputáveis. Não foram construídas Casas de Custódia e Tratamento, com exceção da malograda experiência de Taubaté (...). Essas medidas constituem virtualmente penas e desaparecerão, com absoluta segurança, de nosso futuro direito penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face da inovação legislativa trazida pela Lei nº 10.216/2001, infere-se que esta lei teria derogado as disposições penais concernentes somente à execução de medidas de segurança de internação, mas em relação à aplicação de tais medidas de segurança, o critério de cometimento de crimes apenados com reclusão pelos inimputáveis não se coaduna com os princípios da legalidade pela condição de vida, da proporcionalidade, razoabilidade, da socialidade, da finalidade e da humanidade, uma vez que a aplicação da medida detentiva é excepcional e necessita da aferição da periculosidade concreta e efetiva do inimputável, periculosidade essa capaz de justificar internação em hospital psiquiátrico ou casa de custódia e tratamento; caso contrário, a imposição dessa medida seria inconstitucional por violação ao devido processo legal visando individualizar a condição pessoal do inimputável, porquanto o destinatário final da norma é o ser humano portador do transtorno mental, que merece análise concreta e individualizada de suas condições pessoais reais, passando a ser o centro da atenção do aplicador da norma em razão de ser sujeito de direitos e detentor do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, relativizando-se a proteção amparada exclusivamente na presunção absoluta de periculosidade em prol da sociedade.

³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. 5 ed. Parte Geral.** Rio de Janeiro. Forense, 1983. v.I., P. 400.

Dessa constatação indutiva, aperfeiçoa-se como resultado que a apuração do fato criminoso cometido por inimputáveis é procedimento exclusivamente judicial que concluirá acerca do cometimento ou não da infração e da imputabilidade ou inimputabilidade do agente, portanto, aplicando, se o caso, medida de segurança restritiva ou detentiva mediante discricionariedade judicial motivada e no objetivo de garantir em sua execução o melhor tratamento de saúde necessário ao delinquente inimputável, pelo modo menos invasivo possível, no afã de priorizar a prevalência do direito à aferição individualizada da periculosidade respectiva e proteção à pessoa humana condigna com medidas não asilares, enaltecendo a finalidade permanente consistente em reinserção do inimputável delinquente ao meio social.

A premissa de inviabilidade jurídica da medida de segurança de internação de inimputável que objetivamente comete crime punido com reclusão se confirma a partir dos estudos e dados citados que revelaram a ineficácia tratativa a tais delinquentes, com inexpressivo alcance de melhora durante a segregação tanto para a saúde mental do interno, quanto para a sua expectativa de ressocialização e conseqüentemente para a diminuição de riscos à sociedade. Sendo assim, inclusive em razão de a Lei Antimanicomial almejar uma política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, não se pode conceber que a execução da medida de segurança fique completamente ao talante da norma posta penal, merecendo no caso o acompanhamento da questão por equipe multidisciplinar que apoie ou não a motivação das decisões do Poder Judiciário que não poderá conceber a internação como forma prioritária de segregação do delinquente inimputável do tecido social, sem se preocupar com suas efetivas necessidades de tratamento e possível recuperação, porquanto, a perspectiva antimanicomial pretenderá primar pelo seu convívio social.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **Prazos (mínimo e máximo) das medidas de segurança**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre.

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. Editora Geração. São Paulo. 2013.

BASOLI, Lucas Pampana. **Apontamentos à Lei nº 10.216/01: da derrogação da medida de segurança. 2012**. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_apontamentos-a-lei-n%C2%B0-1021601-da-derrogacao-da-medida-de-seguranca,39431.html. Acesso em: 29 Mai. 2017.

IAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Tomo I. São Paulo: RT, 2007.

EICHENBERG, Marina Hermes. **Panorama Geral das Medidas de Segurança e o Projeto de Lei de Castração Química**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, sob a Orientação do Prof. OdoneSanguiné.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. 5 ed. Parte Geral**. Rio de Janeiro. Forense.

FÜHER, Maximilianus Roberto Ernesto. **Tratado da Inimputabilidade no direito penal**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito Penal da Loucura: medida de segurança e reforma psiquiátrica**. Brasília. ESMPU, 2008

LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da Legalidade na medida de segurança: determinação do limite máximo de duração de internação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

NETO, Cândido Furtado Maia. **Bases Humanitárias para o Código Penal Brasileiro**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 06 Nov. 2008. Disponível em: www.investidura.com.br/sobre-investidura/equipe/1527-bases-humanitarias-para-o-codigo-penal-brasileiro. Acesso em: 21 Mai. 2017.

NETO, Cândido Furtado Maia. **Medidas de Segurança e Periculosidade e os Direitos Humanos - Doença Mental e Justiça Penal Democrática**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 28 de fev. de 2008. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4971/medidas_de_seguranca_e_periculosidade_e_os_direitos_humanos__doenca_mental_e_justica_penal_democratica. Acesso em: 23 Mai. 2017.

OLIVEIRA, Flávio Antônio de. Reflexo derogatório da sistematização da Medida de Segurança detentiva do Código Penal sob a vigência da Lei Antimanicomial à luz dos princípios constitucionais e da prevalência dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

NETO, Cândido Furtado Maia e SONI, Diego de Lima. **Aplicação de Medidas de Segurança aos Enfermos Mentais**. Revista do Ministério Público Democrático ano VIII, (Dialogico 36; 2012, p.30-31), Disponível em: <http://mpd.org.br/assets/Dialogico36.pdf>. Acesso em: 23 Mai. 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª ed. 2002.

Revista do Ministério Público Democrático ano VIII, nº 36 - **A crise das penas criminais tradicionais e a eficiência de suas alternativas** - (Dialogico 36; 2012, p.6-9), Disponível em: <http://mpd.org.br/assets/Dialogico36.pdf>. Acesso em: 23 Mai. 2017.

SÁ, Alvino Augusto de; ALVES, Jamil Chaim; BARONE, Rafael. **Medidas de segurança: necessárias reflexões pós-advento da Lei de reforma psiquiátrica** (Lei 10.216/2001). Boletim IBCCRIM, v. 249, 2013.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Fundamentos de Direito Penal**, p.173. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Direito e Saúde Mental**, p.173. São Paulo: Verlu Editora, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, São Paulo: RT, 1997.

Submetido em: abril/2017

Aprovado em: junho/2017