

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
INSTITUTO DE CIÊNCIAS DA SOCIEDADE DE MACAÉ
CURSO DE DIREITO

RAQUEL LIE KOMURA

A MEDIDA DE SEGURANÇA NO BRASIL

MACAÉ
2017

RAQUEL LIE KOMURA

A MEDIDA DE SEGURANÇA NO BRASIL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientador:
Prof. Dr. David Augusto Fernandes

MACAÉ
2017

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca de Macaé.

K75 Komura, Raquel Lie.
A medida de segurança no Brasil / Raquel Lie Komura. –
Macaé, 2017. 61 f.

Bibliografia: p. 55 - 61.

Orientador(a): David Augusto Fernandes.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)
– Universidade Federal Fluminense, 2017.

1. Medida de segurança. 2. Reforma psiquiátrica.
3. Crime; aspecto psicológico. 4. Brasil. I.
Fernandes, David Augusto. II. Universidade
Federal Fluminense. Instituto de Ciências da
Sociedade de Macaé. III. Título.

CDD 341.5251

RAQUEL LIE KOMURA

A MEDIDA DE SEGURANÇA NO BRASIL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Aprovada em 28 de novembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. David Augusto Fernandes (Orientador) - UFF

Prof. Dr. Francisco de Assis Aguiar Alves - UFF

Prof^a. Dra. Marcia Michelle Garcia Duarte - UFF

MACAÉ
2017

Conta-se que Tales De Mileto, ao olhar para as estrelas, caiu em um buraco.
Que não caiamos em buracos, nem deixemos de olhar para as estrelas.
Aos sonhadores que, ao acalentarem utopias, são capazes de persegui-las com inteligência.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, por acreditar que este trabalho seria possível, por todo o incentivo e encorajamento.

Ao meu companheiro Eron, por embarcar nessa loucura comigo. Pelas horas de debate, de espera e de companhia.

Aos amigos, por todo auxílio e compreensão e aos colegas da PGE, por torcerem por mais essa conquista.

RESUMO

A aplicação da medida de segurança reside na contradição entre dois valores: a impossibilidade de punir quem não possui capacidade e consciência para responder por seus atos e a necessidade de que os infratores acometidos por transtornos mentais respondam por seus atos. Em virtude do reconhecimento da inimputabilidade, encontra-se em plena vigência um instituto jurídico em muitos aspectos se assemelha à pena, de modo que se torna possível traçar uma simetria entre os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e as prisões enquanto instituições totais de controle. O Código Penal estabelece a internação do inimputável por um prazo de tempo indeterminado, pautando-se na imprevisibilidade do término da periculosidade, comportando o risco de cumprimento de uma pena perpétua. Todo fenômeno social é submetido a uma dimensão subjetiva da realidade, de modo que só se pode ser analisar o conceito de normalidade levando-se em consideração o seu contexto. A noção de periculosidade enquanto herança da criminologia positivista preza pela manutenção da ordem e objetivar o progresso através da retirada de elementos sociais considerados “anormais”, que se transfiguram justamente na imagem do criminoso. A Lei de Reforma Psiquiátrica dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental ao sistema público, atribuindo ao Estado a responsabilidade pelo desenvolvimento de políticas na área, com a devida participação da sociedade e da família por meio da proibição de qualquer forma de tratamento manicomial.

Palavras-chave: Medida de Segurança. Inimputabilidade. Reforma Psiquiátrica. Periculosidade.

ABSTRACT

The application of the security measure resides in the contradiction between two values: the impossibility of punishing those who do not have the capacity and conscience to respond for their acts and the need for the offenders affected by mental disorders to respond for their actions. By virtue of the recognition of unimputability, a legal institute is in many respects resembling the penalty, so that it becomes possible to draw a symmetry between the Hospitals of Custody and Psychiatric Treatment and the prisons as total institutions of control. The Penal Code establishes the hospitalization of the person responsible for an indefinite period of time, based on the unpredictability of the termination of the dangerous situation, which carries the risk of a life sentence. Every social phenomenon is subjected to a subjective dimension of reality, so that one can only analyze the concept of normality taking into account its context. The notion of dangerousness as an inheritance of positivist criminology favors maintaining order and objectifying progress through the withdrawal of social elements considered "abnormal", which are transfigured precisely in the image of the criminal. The Psychiatric Reform Law provides for the protection and rights of persons with mental disorders and redirects the mental health care model to the public system, giving the State responsibility for the development of policies in the area, with due participation of society and prohibition of any form of asylum treatment.

Keywords: Security measure. Incomputability. Psychiatric Reform. Periculosity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A MEDIDA DE SEGURANÇA	10
1.1 CONCEITOS E DISPOSIÇÕES NORMATIVAS.....	12
1.2 A INIMPUTABILIDADE E A SEMI-IMPUTABILIDADE.....	15
2. HISTÓRICO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO BRASIL.....	20
3. TEMPO DE DURAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA.....	22
4. CRIME E LOUCURA.....	26
4.1 A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA LOUCURA.....	31
4.1 O MITO DA PERICULOSIDADE.....	34
4.3 A PERÍCIA, O LAUDO PSQUIÁTRICO E O JUIZ.....	37
4.4 A CULPABILIDADE E A PRESUNÇÃO DE DOLO.....	40
4.5 A MEDICALIZAÇÃO DA LOUCURA.....	46
5 A REFORMA PSIQUIÁTRICA.....	48
5.1 A RESPONSABILIZAÇÃO COMO ARTIFÍCIO HUMANIZANTE.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

A aplicação da medida de segurança reside, à primeira vista, na existência de dois valores: a impossibilidade de punir (da mesma forma em que se presume punir o imputável) aquele que não possui capacidade e consciência para responder por seus atos e ao mesmo tempo, a necessidade de que os infratores acometidos por transtornos mentais respondam por seus atos.

Antes de tudo, é necessário que se destaque um impasse de natureza terminológica para abordar a “loucura”, tendo-se em vista a abundante quantidade de expressões direcionadas às pessoas consideradas fora dos padrões de normalidade. Cabe esclarecer que todos os termos para designá-las aqui, serão utilizados sem qualquer carga pejorativa ou pretenciosa.

O objeto deste trabalho é expor as discussões acerca da aplicação da medida de segurança e os seus atuais desafios, enquanto instituto jurídico aplicado às pessoas portadoras de transtornos mentais que adotaram o comportamento criminoso, mediante a apresentação de conceitos decorrentes das normas vigentes, assim como os posicionamentos da doutrina e entendimentos dos tribunais brasileiros.

Assim, em um primeiro momento, parte-se para a análise dos conceitos de inimputabilidade e semi-imputabilidade, de acordo com as disposições penais e processuais penais como sustentação da lógica por trás da medida de segurança e, em seguida, para uma breve exposição a respeito de seu histórico no Brasil. Soma-se ainda à discussão todos os fatores contribuintes para o cenário atual no que tange ao questionamento acerca do tempo de internação que tem como fundamento a periculosidade do indivíduo portador de transtornos mentais.

Como o conceito de periculosidade não pode ser demonstrado de forma objetiva, torna-se impossível de ser refutado, ao desamparo daquele assim enquadrado quanto ao seu direito ao contraditório e ampla defesa. Logo, em um segundo momento, este trabalho pretenderá desenvolver a ideia de uma construção social, tanto da loucura em si, como de seus desdobramentos – tal como o mito da periculosidade, a presunção de culpabilidade e a sua medicalização a partir de critérios patologizantes como mecanismos de neutralização.

Nesse sentido, também irá abordar as repercussões da Lei 10.216/01 (Lei de Reforma Psiquiátrica) e as divergências restantes quanto ao que poderia ser considerada a forma mais adequada para tratar os pacientes judiciários. Em meio a essas discussões, sobram ainda

obstáculos reais como a carência de verbas destinadas a proporcionar todo o arcabouço necessário para o tratamento e ressocialização do infrator sofredor de doenças mentais.

Em suma, este trabalho propõe um questionamento à eficácia das medidas de segurança no campo prático, tomando por base as seguintes indagações: i) em que medida pode-se diferenciar a internação em Hospital de Custódia e Tratamento de uma imposição de pena com caráter punitivo e segregador; e ii) o que sustenta a teoria por trás da aplicação das medidas segurança enquanto prevenção de crimes praticados por indivíduos considerados como portadores “de um alto nível de periculosidade”.

1. A MEDIDA DE SEGURANÇA

Em virtude do reconhecimento da inimputabilidade do indivíduo enquadrado nos termos do artigo 26 do Código Penal, encontra-se em plena vigência o instituto jurídico da medida de segurança, que em muitos aspectos se assemelha à pena, de modo que se torna possível traçar uma simetria entre os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (antigos manicômios judiciários) e as prisões – ambas, instituições totais¹ de controle, que têm sua origem comum nos séculos XVIII e XIX.

Apesar disso, a noção de “pena” e a de “tratamento” parecem se excluir, porque a aplicação da medida de segurança reside na existência de dois valores intangíveis: a impossibilidade de punir (da mesma forma em que se presume punir o imputável) aquele que não possui capacidade e consciência para responder por seus atos e ao mesmo tempo, a necessidade de que os infratores acometidos por transtornos mentais sejam responsabilizados.

Discutir a medida de segurança significa também buscar compreender a relação entre o direito penal e os denominados saberes “psi”, que muitas vezes dão sustento à estigmatização e à exclusão como formas de controle. De acordo com Marcelo Lebre, as medidas de segurança “traduzem, em sua essência, a ideia de providência, precaução, cautela, característica especial de dispensar cuidados a algo ou alguém para evitar um determinado mal”.² Nesse contexto, o autor as compreende enquanto medidas que promovem atuação no controle social, enquanto providência do poder político, afastando o risco supostamente inerente ao indivíduo que é inimputável por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto e que praticou uma infração à norma penal.

No Brasil, o primeiro hospício foi instituído em 1841, conhecido como “Pedro II”³. Em 1903, com a inauguração da “Seção Lombroso” no Hospital Nacional de Alienados, é criado um local específico de internação para os considerados “loucos criminosos”⁴. O surgimento de manicômios judiciários aconteceu aos poucos, como interseção ativa dos

¹ *Instituição total: trata-se de uma expressão popularizada por Erving Gofman que se caracteriza pela segregação, por meio de uma barreira quase que impenetrável entre o interno e o mundo externo, de um grande número de indivíduos, em situação semelhante, por um período de tempo considerável. As atividades diárias são realizadas, sem distinção entre as esferas da vida, no interior da instituição, supervisionadas, rotinizadas, preestabelecidas por um sistema de regras, provocando a deformação pessoal decorrente da perda do conjunto de fatores determinantes da identidade e assegurando profunda ruptura com os papéis sociais anteriores.

² LEBRE, Marcelo. *Medidas de Segurança e Periculosidade Criminal: Medo de quem?* Revista Responsabilidades, v. 2, n. 2. Belo Horizonte, set. 2012/fev. 2013. p. 273.

³ ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 30.

⁴ CARRARA, Sérgio. *A História Esquecida: os manicômios judiciários no Brasil*. Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano, v. 20, n. 1, São Paulo. 2010, p. 16.

poderes disciplinares (médico e jurídico), e em 1921 inaugurou-se o primeiro deles, na cidade do Rio de Janeiro⁵. Sérgio Carrara conta que:

Desde a primeira visita que fiz ao MJ, tive a impressão (dessas tão caras à antropologia) de estar entrando em uma instituição híbrida e contraditória, de difícil definição. Além disso, o MJ me pareceu totalmente incapaz de atingir os objetivos terapêuticos a que se propõe. É certo que uma bibliografia já clássica nas ciências sociais vinha revelando que, sob a fachada médica das instituições psiquiátricas, desenrola-se, na verdade, uma prática secular de contenção, moralização e disciplinarização de indivíduos socialmente desviantes. De certo modo, denunciava-se a prisão que existiria atrás de cada hospital. O trabalho instaurador de Erving Goffman (1974) chegou a mostrar que uma única estrutura de relações sociais poderia ser encontrada tanto em presídios quanto em manicômios, ambos podendo ser bem compreendidos através de um único conceito: o de instituição total. No entanto, se o manicômio e a prisão são verdadeiramente “espécies” de um mesmo “gênero” [...], o MJ chama a atenção justamente para a diferença que existe entre as duas “espécies”; e isso por sobrepô-las em um mesmo espaço social. O MJ se caracteriza fundamentalmente por ser ao mesmo tempo um espaço prisional e asilar, penitenciário e hospitalar.⁶

Assim, o manicômio judiciário ou hospital de custódia e tratamento psiquiátrico é o reflexo da desumanização do considerado louco, bem como a mais honesta representação dos excessos de um sistema penal ultrapassado. Trata-se de uma combinação do pior da prisão com o pior do hospital psiquiátrico, estes que mesmo isoladamente, já exprimem potencialidades violentas.

Enfim, a Lei de Execução Penal elenca os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico dentro de seu Título IV, que aborda exatamente dos estabelecimentos penais, o que equivale dizer que juridicamente que não se tratam de estabelecimentos de saúde. Contudo, dizer abertamente que a medida de segurança é uma sanção penal acabaria por expor as contradições de um sistema penal que ao mesmo tempo em que baseia-se em pressupostos filosóficos e constitucionais liberais clássicos, admite a responsabilização penal objetiva do inimputável.⁷

⁵ SILVA, Mozart Linhares da (org.). *Direito e medicina no processo de invenção do anormal no Brasil*. In: *História, medicina e sociedade no Brasil*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 55.

⁶ CARRARA, Sergio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP, 1998. (Coleção Saúde e Sociedade). p. 67. *A nomenclatura “Manicômio Judiciário” é suprimida e substituída por “Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico” para evitar correlações com a lógica manicomial que começava a despertar repúdio.

⁷ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura: medida de segurança e reforma psiquiátrica*. ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília: 2008. p. 134

1.1. CONCEITOS E DISPOSIÇÕES NORMATIVAS

O objeto do presente estudo é o instituto da chamada medida de segurança, que se encontra elencada entre os artigos 96 e 99 do Código Penal vigente, em conjunto com a previsão de inimputabilidade do artigo 26, caput, da mesma lei. A sua execução está disciplinada no Código de Processo Penal, a partir do artigo 751 até o artigo 779. Também há previsão na Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), nos artigos 99 a 101 e 171 a 179, bem como no Código Penal Militar (artigos 110 a 120), o qual não será abordado pelo presente trabalho.

O artigo 96 do Código Penal prevê duas modalidades distintas de medidas de segurança. A primeira é conhecida como detentiva, apresenta aplicação obrigatória quando o crime é punível com reclusão e se dá por meio de internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. A segunda, chamada de restritiva, ocorre através de tratamento ambulatorial, que se executa sem internação em que se sujeita o inimputável à interferência médica, quando o fato previsto como crime for punível com detenção: sua aplicação fica à critério do juiz, norteado por uma análise do “grau de periculosidade” do agente (art. 97, caput).

Antes da reforma efetuada pela Lei nº 7.209/84, adotava-se no Brasil o sistema repressivo duplo binário no qual era possível a imposição de pena e de medida de segurança, concomitantemente, nos casos de infratores imputáveis considerados “perigosos” e também na hipótese de semi-imputabilidade. A partir da implementação do sistema vicariante, não mais se admite essa cumulação. É nesse sentido que o parágrafo único do artigo 96 dispõe que “extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta”. Ressalte-se que a aplicação de medida de segurança não é cabível em situação de legítima defesa, pois para tal é imprescindível a verificação legal estrita dos elementos do delito – tipicidade, antijuricidade e culpabilidade.

Em sede de inquérito policial, a competência de determinar a realização de perícia-médico-legal para a apuração do grau de higidez mental do acusado é da autoridade judiciária – tanto de ofício como por requerimento do Ministério Público, do curador, do defensor, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, nos termos do artigo 149 do Código de Processo Penal.

Uma vez verificada a inimputabilidade de agente que comete fato ilícito, o juiz proferirá uma sentença absolutória imprópria e o submeterá à medida de segurança. No caso

do semi-imputável, todavia, será proferida sentença condenatória, na qual a pena privativa de liberdade poderá ser substituída pela internação ou pelo tratamento ambulatorial, se for constatada necessidade de “especial tratamento curativo” conforme previsão do artigo 98 do Código Penal. Tal medida fica a critério do juiz, que diante da averiguação de semi-imputabilidade poderá optar por reduzir a pena ou pela referida substituição.

Se a inimputabilidade for constatada no curso de processo regular, ou seja, quando instaurado o incidente de insanidade mental em processo que tem trâmite regular, os autos principais ficarão suspensos até a conclusão do laudo pericial. Uma vez homologado, reconhecendo a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado, lhe será nomeado curador para acompanhar o processo, tendo em vista que sua capacidade processual estará comprometida. Findo o incidente de insanidade mental, os autos serão apensados ao processo original. Já nos casos de insanidade superveniente ao ato infracional cometido, o processo deverá ficar suspenso até o restabelecimento do acusado, hipótese em que o trâmite irá se regularizar e prosseguir.

O procedimento da execução das medidas de segurança está disposto nos artigos 171 a 179 da Lei de Execução Penal. De início, o artigo 171 estabelece que uma vez ocorrido o trânsito em julgado da sentença, a autoridade judiciária deverá ser expedir guia de internação ou de tratamento ambulatorial, sem a qual não será possível o cumprimento da medida de segurança (art. 172). Em seguida, a guia será extraída pelo escrivão e remetida à autoridade administrativa incumbida da execução; em seguida, ao Ministério Público para tomar ciência.

O artigo 173 elenca os requisitos que devem constar na referida guia: i) a qualificação do agente e o número da sua cédula de identidade; ii) o inteiro teor da denúncia e da sentença em que tenha sido aplicada a medida de segurança, bem como a respectiva certidão de trânsito em julgado; iii) a data em que terminará o prazo de internação ou do tratamento ambulatorial; e iv) outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento ou internação.

Tratando-se de medida de internação, deverá ser realizado exame criminológico, nos termos do artigo 174 c/c 8º e 9º da LEP, visando à obtenção dos elementos necessários a “uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”. Já no caso de tratamento ambulatorial, tal providência será facultativa.

De acordo com as disposições gerais contidas no artigo 175 da Lei de Execução Penal, a cessação de periculosidade deverá ser averiguada mediante minucioso relatório remetido ao juiz pela autoridade administrativa, instruído com laudo psiquiátrico que justifique a revogação ou permanência da medida imposta. Após a juntada do relatório aos

autos, o Ministério Público deverá apresentar seu posicionamento no prazo de três dias e, depois, em igual prazo, o curador ou o defensor público, para que o juiz elabore e emita sua decisão em cinco dias.

Quanto ao prazo de duração da medida de segurança, o Código Penal estabelece que a “internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade”, conferindo-lhe o prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos. Assim, nos termos do parágrafo 2º do artigo 97, a referida perícia médica deverá ser efetuada dentro do prazo mínimo fixado – ou a qualquer tempo, ainda que no decorrer do prazo mínimo, desde que diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor (art. 176 LEP) – e, se julgada improcedente a tal cessação de periculosidade, repetir-se-á, ano após ano, ou a qualquer tempo, de acordo com a determinação do juiz de execução.

Verificada a cessação da periculosidade, o Juiz da Execução determinará a desinternação ou liberação do executando, conforme art. 97 p. 3º do Código Penal. Essa medida, entretanto, é sempre condicional, pois será revertida se, no prazo de 1 ano, o agente praticar fato indicativo de persistência da periculosidade. Por essa razão, quando o Juiz da Execução determina a desinternação ou liberação na hipótese acima, fala-se em mera suspensão da medida de segurança.

Nesse contexto, o artigo 177 da LEP estabelece que, durante o prazo de um ano, algumas condições que deverão ser observadas e cumpridas pelo agente infrator – algumas obrigatórias e outras facultativas. As condições obrigatórias consistem em: obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho; comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; não mudar do território da comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste. Já as condições facultativas determinadas a critério do juiz implicam em: não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; recolher-se à habitação em hora fixada; e, não frequentar determinados lugares.

Se, ao término do prazo de 1 ano da suspensão da medida de segurança, o agente não der causa ao restabelecimento da situação anterior pela prática de ato que denote a persistência de sua periculosidade, o juiz das execuções decretará a sua extinção. Contra decisões judiciais, mostra-se cabível o recurso de agravo em execução (art. 197 da LEP), no prazo de 5 dias (Súmula n. 700 do STF).

Em termos de prescritibilidade da medida de segurança, os Tribunais Superiores pacificaram o entendimento de que, por se tratar de também de sanções penais, deverão

sujeitar-se ao regime da prescrição. O artigo 96, parágrafo único do Código Penal reforça a sujeição ao regime prescricional, quer em relação à pretensão punitiva, quer em relação à pretensão executória. Considerando-se que a sua aplicação não possui prazo determinado, a interpretação é no sentido de que ambas (pretensão punitiva ou executória) devem tomar por base o montante máximo da pena em abstrato. Dessa forma, se o crime tem pena máxima de 6 anos, a prescrição da medida de segurança aplicada dar-se-á em 12 anos.

Ressalte-se, contudo, que no caso da pretensão executória, a sentença não interromperá o prazo prescricional, por ter natureza absolutória (imprópria), nos termos do artigo 386, parágrafo único, inciso III do Código de Processo Penal, de modo que ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva, o juiz estará impedido de impor a medida de segurança.

1.2 A INIMPUTABILIDADE E A SEMI-IMPUTABILIDADE

Segundo Mariana de Assis Brasil e Weigert⁸, “a ideia moderna de responsabilidade penal é um dos desdobramentos jurídicos da teoria do contrato social, cujo pressuposto é que o sujeito da obrigação tenha capacidade de opção livre e consciente dos ônus decorrentes da sua conduta (pena)”. Esta capacidade é compreendida como requisito para viabilizar o sofrimento de reprovação do Estado Penal – a culpabilidade.

Nesse sentido, Juarez Tavares descreve a imputabilidade como “um juízo político sobre a capacidade de entendimento e a autodeterminação do agente frente às normas criminalizadoras”⁹. Logo, a expressão “inimputabilidade” traduz, para o meio jurídico, a premissa de que só existe responsabilidade pelo crime quando verificada a capacidade do agente, no momento da prática da ação ou omissão delituosa, em conhecer a natureza e as consequências de seu comportamento.

A partir deste entendimento, nenhuma sanção penal deveria ser atribuída aos indivíduos portadores de transtornos mentais. É neste sentido que a legislação penal brasileira reconhece a impossibilidade de punir o sujeito acometido por doenças mentais, desde que comprovada a sua incapacidade de se autodeterminar quanto ao comportamento criminoso.

⁸ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Entre silêncios e Invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciários brasileiros*. Porto Alegre, 2015, p. 70

⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Delito*. São Paulo: Estúdio, 2015. p. 97

O Código Penal prevê dois parâmetros normativos para definir e orientar esta capacidade de entendimento: o etário (art. 27) e o psíquico. Contudo, o presente trabalho pretende se debruçar perante a abordagem do parâmetro psíquico, tendo em vista que o objeto desta pesquisa é o inimputável em decorrência de transtornos mentais.

Nesse sentido, a previsão do caput do art. 26 do Código Penal caracteriza o inimputável pelo viés do parâmetro psíquico: trata-se de “agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” e o estabelece como “isento de pena”.

Assim, da leitura do referido dispositivo é possível depreender que a inimputabilidade sustenta-se através de três pressupostos: i) a existência de qualquer anomalia psíquica, enquadrada como doença ou simples estados psíquicos, transitórios ou não, que causem efeito psicológico; ii) a verificação de que esta anomalia produziu efeito psicológico incapacitante de modo que o indivíduo torna-se incapaz de avaliar a ilicitude do ato e; iii) a definição normativa de princípios e limites do que deve ser considerado como motivo suficiente de inimputabilidade.

Por esse motivo, é possível deparar-se com situações em que o agente do ato ilícito, embora diagnosticado como portador de transtorno mental, possuía, ao tempo do crime praticado, discernimento da ilicitude de seu comportamento, motivo pelo qual será julgado como imputável e receberá a devida responsabilização penal.

Partindo destes três pressupostos, a doutrina tem adotado três critérios para definir os estados de inimputabilidade ou de imputabilidade diminuída (semi-imputabilidade): o biológico, o psicológico e o biopsicológico (misto).

Antonio Carlos da Ponte¹⁰ irá descrever o critério biológico como uma busca pelo reconhecimento da total ausência de higidez mental (ou de uma constatação parcial dela), através da verificação de certos estados e patologia mental, de desenvolvimento mental deficiente ou de transtornos mentais transitórios, patológicos ou não. De acordo com este critério, “não importa saber se realmente faltam ao agente os elementos psíquicos que o tornariam imputável, mas apenas se existe algum daqueles estados anormais do espírito”.

Já o critério psicológico avalia a capacidade do indivíduo em entender o caráter ilícito do feito no momento de execução do crime, sendo irrelevante a natureza etiológica da causa ou fatores determinantes da apuração. O referido autor explicita:

¹⁰ PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 36

Pelo critério psicológico, a lei elenca todos os aspectos da atividade psíquica que, verificados, determinam a inimputabilidade do agente, tais como a falta de inteligência ou vontade normais, ou fórmulas equivalentes, sem referência às causas patológicas ou não dessa deficiência. Tal critério faz abstração da existência de enfermidade, chegando mesmo a dispensar a sua positivação, para atentar à perturbação psíquica do sujeito ativo, a qual não pode ter causa patológica.¹¹

Nas palavras de Aníbal Bruno apud Antonio Carlos da Ponte, ambos os critérios apresentam falhas:

(...) o primeiro é deficiente, porque não basta a existência de determinado estado anômalo mental para fazer concluir pela exclusão dos elementos psíquicos da imputabilidade. Isso depende, em geral, da natureza, do grau ou do momento da evolução da perturbação mental. Por outro lado, a simples menção das consequências psíquicas daqueles estados, como faz o segundo critério, sem referência às causas que as determinam, deixa a fórmula muito imprecisa e capaz de ser estendida abusivamente a condições que o legislador não entendeu incluir na hipótese, como aconteceu no nosso Direito Penal anterior com a referência a completa privação, modificada depois para a completa perturbação, dos sentidos e da inteligência¹².

Talvez por este motivo, o legislador tenha decidido optar pela combinação dos dois critérios, adotando um terceiro critério, chamado de “biopsicológico”, com a intenção de complementar ambas as definições e exigir a verificação de duas etapas para reconhecer a configuração de inimputabilidade.

Cabem aqui as considerações de Paulo Queiroz¹³ quanto à terminologia “inimputabilidade biopsicológica” empregada no sentido de fazer distinção entre os transtornos mentais de origem orgânica dos de origem psicológica:

(...) é de convir, inclusive, quanto à impropriedade da expressão ‘método biopsicológico’, porque em realidade nem o estado é biológico – se em alguns casos o fato está biologicamente fundamentado – nem a capacidade é psicológica – mas uma construção normativa, de sorte que se trata, mais exatamente, de um método psíquico-normativo ou psicológico-normativo: o psicológico se refere aos estados psíquicos capazes de comprometer a capacidade de compreensão, enquanto o normativo diz respeito à capacidade, que não é um estado psíquico, mas uma atribuição.

¹¹ PONTE, *ibid.* p. 37.

¹² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 2, p. 131 apud PONTE, *op. cit.* p. 37

¹³ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 324

Assim, em um primeiro momento analisa-se a existência de doença mental ou de um desenvolvimento mental incompleto, que se torna fator imprescindível para atestar sua inimputabilidade. Uma vez comprovada essa existência, passa-se à segunda etapa que consiste em averiguar se o considerado portador de doença/retardo mental era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito de seus atos ao momento da prática do crime. Ou seja, exige-se, a princípio, a existência de um fator biológico, de natureza patológica – a apuração de uma enfermidade mental – e posteriormente, a existência de um fator cronológico/temporal, que investigará se, no momento do crime, em razão da doença da qual é portador, o agente apresentava um estado de anormalidade psíquica que o impossibilitasse de entender o sentido ético-jurídico de sua conduta ou que, ainda, terem a doença e seu estado de perturbação psíquica eliminado a sua capacidade volitiva. Logo, para ser responsabilizado por um crime o autor deve reunir condições físicas, psicológicas, morais e mentais que lhe configurem capacidade plena para entender a ilicitude, não bastando somente a consciência de seu ato, mas também a livre vontade de praticá-lo.

Em síntese, o entendimento de Maria Lúcia Karam:

Naturalmente, a inimputabilidade não pode ser uma mecânica e automática decorrência da presença de uma enfermidade mental. Nem todas as enfermidades mentais implicam capacidade psíquica de entender e querer, ou mesmo sua redução. O reconhecimento de tal incapacidade psíquica depende de investigação das dinâmicas psicológicas, da avaliação do contexto de vida e história social do indivíduo, de modo a se verificar se, no caso concreto, tinha ele ou não a possibilidade de entender o valor e o significado da sua conduta, a possibilidade de avaliar suas consequências, bem como a possibilidade de livremente controlar suas próprias pulsões. Concretamente verificada, porém, essa impossibilidade – e, assim, a incapacidade psíquica –, estará efetivamente configurada a inimputabilidade a impedir o reconhecimento da prática de crime diante da inviabilidade de afirmação da culpabilidade, a naturalmente impedir qualquer juízo de reprovação e, conseqüentemente, qualquer forma direta ou indireta de punição.¹⁴

Desse modo, é preciso pontuar que, uma vez não comprovada a existência de doença mental, já é descartada a inimputabilidade do agente. De mesmo modo, se não demonstrada a sua incapacidade em compreender a ilicitude de sua conduta, o indivíduo será considerado imputável, pois a existência da doença, por si só, não é considerada suficiente para isentar o agente da pena.

A primeira análise, responsável em identificar a existência de uma enfermidade mental, será tarefa atribuída ao perito judicial que realizará o exame médico-legal, conforme o

¹⁴ KARAM, Maria Lúcia. *A Reforma das Medidas de Segurança*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, out.-dez. 2012. p. 109

disposto no art. 149 do Código de Processo Penal. No Brasil, o exame da verificação da responsabilidade penal é realizado por médicos psiquiatras e pelo psicodiagnóstico jurídico como ferramenta complementar à perícia. A perícia psiquiatra engloba o exame psiquiátrico, o histórico pessoal e junto ao âmbito familiar, o exame clínico, psicopatológico e a avaliação psicológica. Neste exame o psicólogo atua de forma complementar à atuação do perito psiquiatra, não podendo assumir a responsabilidade da perícia como um todo, diferente do que ocorre nos casos da área civil.¹⁵

Apesar da relevância do laudo médico, não caberá ao perito a definir se o arguido é inimputável ou não: quem julgará se o acusado é inimputável ou não é o juiz. O papel do perito restringe-se somente a responder aos quesitos do juiz, e se porventura algum deles versar sobre a inimputabilidade do sujeito, deverá ser mencionada a consciência (ou o que se apurar) do mesmo durante o fato.¹⁶ Logo, quem irá aferir o critério biológico é o perito através da perícia judicial, mas quem determina o critério psicológico é o juiz, com base nas provas produzidas nos autos.

Pelo exposto, fica evidente que para que ocorra o reconhecimento da inimputabilidade, é necessária a presença dos requisitos causal (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), cronológico (ao tempo da ação ou da omissão) e consequencial (inteira incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento).

O parágrafo único do artigo 26 trata da semi-imputabilidade, condição que reside entre os limites da imputabilidade e da inimputabilidade, que se configura pelo fato de o indivíduo, ao tempo da prática do fato tipificado como crime, não ser inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinarem-se de acordo com esse entendimento, demonstrando uma capacidade parcial de entendimento e determinação.

Nas palavras de Antonio Carlos da Ponte:

Cabe frisar que não há uma categoria de semiloucos ou semirresponsáveis, há sim, entre a zona de sanidade psíquica ou normal e a loucura, estados psíquicos que representam uma variação mórbida, fazendo com que seus portadores sejam responsáveis, embora com menor culpabilidade, justamente por apresentarem uma capacidade reduzida de discernimento ético-social ou autoinibição ao impulso criminoso.

¹⁵ SILVA, Leila Gracieli da; ASSIS, Cleber Lizardo de. *Inimputabilidade Penal e a Atuação do Psicólogo Jurídico como Perito*. Direito em Debate – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ. Ano XXII, nº 39, 2013. pp. 134-135

¹⁶ Ibid, p. 131

Nestes casos, caberá ao juiz criminal a função de avaliar a personalidade do agente, podendo ou não considerar a prova pericial produzida (art. 182 do Código de Processo Penal). Demonstrada a condição de semi-imputável, o magistrado irá proferir sentença condenatória, devendo optar i) pela redução da pena, de um a dois terços, ou; ii) caso entenda pela necessidade de especial tratamento curativo, pela sua substituição por medida de segurança detentiva ou restritiva nos termos do artigo 98 do Código Penal.

A crítica ao dispositivo reside na premissa de violação ao princípio constitucional da legalidade, ao autorizar a substituição de pena privativa de liberdade, que possui uma limitação temporal, pela aplicação de medida de segurança, isenta de prazo máximo estipulado em lei. O semi-imputável, uma vez subordinado ao arbítrio da administração, poderá ser prejudicado com a submissão a uma medida mais gravosa, o que gera uma situação de extrema insegurança jurídica.¹⁷

Sobre a questão, Cezar Roberto Bitencourt afirma que “substituída a pena por medida de segurança, esta durará no máximo o tempo da condenação, não indeterminadamente como estabelece (injusta e inconstitucionalmente) nosso Código Penal”. E prossegue dizendo que “[...] jamais o juiz poderá, tratando-se de *semi-imputável*, aplicar direto a medida de segurança, sem antes *condenar* o agente a uma *pena determinada*”.¹⁸

2. HISTÓRICO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO BRASIL

A previsão do instituto da medida de segurança foi inaugurada no Brasil a partir do Código Penal de 1940, quando ainda encontrava-se em vigência o sistema duplo binário. Com a reforma de 1984, ocorreu a adoção do sistema vicariante, dentre outras medidas.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci¹⁹:

Antes da Reforma Penal de 1984, prevalecia o sistema do *duplo binário*, vale dizer, o juiz podia aplicar pena mais medida de segurança. Quando o réu praticava delito

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 3ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 846

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11.edição, Rio de Janeiro. Forense, 2014. p. 1042

grave e violento, sendo considerado perigoso, recebia pena e medida de segurança. Assim, terminada a pena privativa de liberdade, continuava detido até que houvesse o exame de cessação de periculosidade. Na prática, poderia ficar preso indefinidamente, o que se mostrava injusto – afinal, na época do delito, fora considerado imputável, não havendo sentido para sofrer dupla penalidade (NUCCI, 2014, p. 1042).

Consolidado a partir do Código Penal italiano de 1930, o sistema duplo-binário consistia na aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, pelo mesmo fato, ao agente infrator – tanto ao imputável quanto ao inimputável. Assim, todos condenados deveriam cumprir pena e também medida de segurança. A pena, com prazo determinado e, a medida de segurança, por tempo indeterminado.

O raciocínio por trás de sua implementação tinha como base a convicção de que a pena retributiva era insuficiente. Assim, enquanto a primeira era condicionada à culpa, a segunda era condicionada a uma noção de periculosidade. A aplicação da pena almeja a justa retribuição, ao passo que a aplicação da medida de segurança teria caráter preventivo.

Nas palavras de Heleno Fragoso²⁰:

A pena é sanção e se aplica por fato certo, o crime praticado, ao passo que a medida de segurança não é sanção e se aplica por fato provável, a repetição de novos crimes. A pena é medida aflagante, ao passo que a medida de segurança é tratamento, tendo natureza assistencial, medicinal ou pedagógica. O caráter aflagante que esta última apresenta não é um fim pretendido, mais meio indispensável à sua execução finalística. A pena visa à prevenção geral e especial, ao passo que a medida de segurança visa apenas à prevenção especial, consistente na recuperação social ou na neutralização do criminoso (FRAGOSO, 1981, p. 7).

De acordo com Ferrari²¹, no sistema do duplo-binário ficava nítida a herança positivista no modelo de aplicação da pena de modo que todo o criminoso era associado, em algum grau, à loucura, e que por isso, por ser perigoso, deveria também sofrer a medida de segurança. Logo, ela servia ora para complementar a pena, quando aplicada aos considerados responsáveis, ora para substituí-la, quando aplicada aos irresponsáveis.

Apesar de tratar-se de duas medidas diferentes na teoria, o que se verificava na realidade era a ausência de distinção prática entre a pena e a medida de segurança. Bitencourt explica que “a hipocrisia era tão grande que, quando o sentenciado concluía a pena,

²⁰ FRAGOSO, Heleno. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 07

²¹ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 34

continuava no mesmo local, cumprindo a medida de segurança, nas mesmas condições em que acabara de cumprir a pena”.²²

Com a alteração a partir da Lei nº 7.209/1984, o sistema duplo binário dá lugar ao sistema vicariante, modelo que até hoje disciplina a imposição de medidas de segurança no ordenamento brasileiro, significando que aos imputáveis caberia apenas a pena privativa de liberdade – baseada no conceito de culpabilidade e aos inimputáveis, medida de segurança, norteadas pela periculosidade. Segundo DOTTI²³, a adoção do sistema vicariante foi a melhor opção para evitar um paradoxo:

se uma das finalidades da pena de prisão é ressocializar ou reeducar o infrator, sob o pálio da prevenção especial, como se justificar um complemento que pressupõe a periculosidade, ainda persistente? Trata-se de uma *contradictio in adjecto* e, portanto, a negação de um dos objetivos da pena, assim declarados em textos constitucionais e leis ordinárias.

Assim, a partir da implementação do sistema vicariante, o juiz fica impedido de aplicar concomitantemente pena e medida de segurança. Nos casos fronteiraços em que se situa o semi-imputável, optará o juiz ou pela aplicação de pena reduzida ou pela sua conversão em medida de segurança, se constatada a necessidade de “especial tratamento curativo”, que em outras palavras significa dizer que a verificação da presença de periculosidade. Embora não haja mais referência expressa à presunção de periculosidade, esta não deixou de existir, estando implicitamente contida nas disposições do Código Penal.

3. TEMPO DE DURAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

O artigo 97, parágrafo 1º do Código Penal estabelece que “a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade”. Apesar de não prever um prazo máximo para a manutenção da medida, o dispositivo estipulou um prazo mínimo de 1 a

²² BITENCOURT, op. cit. p. 842

²³ DOTTI, René Ariel. Visão Geral da Medida de Segurança. Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva. São Paulo: Método, 2001, p. 310.

3 anos, atrelado à realização de exames psiquiátricos que atestem a possibilidade de retorno ao convívio social.

O tempo de duração da medida de segurança tem sido alvo de controvérsias no plano jurídico, não apenas por ser reflexo de discussões acerca de sua natureza, ora defendida como a de sanção penal, ora como a de tratamento terapêutico – mas principalmente pela aparente contradição à norma constitucional que veda a aplicação de penas de caráter perpétuo (artigo 5º, inciso LXVII, alínea b), combinada com a previsão do artigo 75 do Código Penal de que “o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos”.

Nas palavras de Zaffaroni²⁴ (2015, p. 763):

Esta consequência deve chamar a atenção dos intérpretes de qualquer lei penal, por menos que reflexionem sobre uma medida de segurança significar limitações da liberdade e restrições de direitos, talvez mais graves do que os dotados de conteúdo autenticamente punitivo. Se a Constituição Federal dispõe que não há penas perpétuas (art. 5.º, XLVII, b), muito menos se pode aceitar a existência de perdas perpétuas de direitos formalmente penais. A periculosidade de uma pessoa que tenha cometido um injusto ou causado um resultado lesivo a bens jurídicos pode não ser maior nem menor do que a de outra que o tenha causado, se a mesma depende de um padecimento penal. Não existe razão aparente para estabelecer que um azar leve a submissão de uma delas a um controle penal perpétuo, ou, possivelmente perpétuo, enquanto outra fica entregue às disposições do direito ou legislação psiquiátrica civil.

Assim, perante a legislação da qual se extrai o entendimento de que não existe um limite máximo estipulado para a duração da medida de segurança, de modo que poderia se perpetuar indefinidamente, abre-se espaço para os mais diversos posicionamentos, pois de acordo com a fala de Zaffaroni²⁵, “se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete quem tem a obrigação de fazê-lo”.

Nesse sentido, autores como Cezar Roberto Bittencourt têm sustentado que o limite máximo temporal da medida de segurança deveria ser a pena em abstrato relacionado ao fato previsto como crime praticado pelo agente²⁶. Por outro lado, há doutrinadores que defendem

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 763.

²⁵ ZAFFARONI, *ibid.*

²⁶ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 848

que o limite deveria corresponder à privação da liberdade em concreto, como é o caso de Juarez Cirino dos Santos²⁷.

De acordo com Antonio Carlos da Ponte²⁸ (2012, p. 83):

Acrescenta suporte à mencionada conclusão o princípio da igualdade, que encontra esteio no art. 5º, caput, da Constituição Federal, o qual estabelece, como consignado, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Ora, a indeterminação do prazo de duração das medidas de segurança faz com que seja conferido enfoque diferenciado ao inimputável e ao semi-imputável cuja situação o dispense. Com relação àqueles, a medida de segurança terá prazo máximo de duração indeterminado, já no que tange a este, o prazo de vigência não poderá superar o estabelecido pela pena privativa de liberdade.

Contudo, a jurisprudência tem seguido outra linha de entendimento: em 2005, o STF se manifestou sobre a questão durante o julgamento de um Habeas Corpus, estabelecendo o limite máximo de 30 anos para o cumprimento de medida de segurança.

MEDIDA DE SEGURANÇA – PROJEÇÃO NO TEMPO – LIMITE. A interpretação sistemática e teleológica dos arts. 75, 97 e 183, os dois primeiros do CP e o último da LEP, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de 30 anos.²⁹ (HC 84.219-4-SP – 1.ª T. – j. 16.08.2005 – rel. Min. Marco Aurélio – DJU 23.09.2005).

O que se sustentou durante o julgamento foi a necessidade de observância à garantia constitucional que afasta a possibilidade de se ter prisão perpétua. A tanto equivale a indeterminação da custódia, ainda que sob o ângulo da medida de segurança. O que cumpre assinalar, na espécie, é que a paciente encontrava-se sob a custódia do Estado, pouco importando o objetivo, há mais de trinta anos, valendo notar que o pano de fundo é a execução de título judiciário penal condenatório:

Frise-se, por oportuno, que o artigo 183 da Lei de Execução Penal delimita o período da medida de segurança, fazendo-o no que prevê que esta ocorre em substituição da pena, não podendo, considerada a ordem natural das coisas,

²⁷ CIRINO, Juarez dos Santos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, cap. 24, p. 655-671.

²⁸ PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83

²⁹ HC 84.219-4-SP – 1.ª T. – j. 16.08.2005 – rel. Min. Marco Aurélio – DJU 23.09.2005

mostrar-se, relativamente à liberdade de ir e vir, mais gravosa do que a própria apenação. É certo que o § 1º do artigo 97 do Código Penal dispõe sobre prazo da imposição da medida de segurança para inimputável, revelando-o indeterminado. Todavia, há de se conferir ao preceito interpretação teleológica, sistemática, atentando-se para o limite máximo de trinta anos fixado pelo legislador ordinário, tendo em conta a regra primária vedadora da prisão perpétua. A não ser assim, há de concluir-se pela inconstitucionalidade do preceito.³⁰

Nesse sentido, a decisão parece ter se consolidado:

*AÇÃO PENAL. Réu inimputável. Imposição de medida de segurança. Prazo indeterminado. Cumprimento que dura há vinte e sete anos. Prescrição. Não ocorrência. Precedente. Caso, porém, de desinternação progressiva. Melhora do quadro psiquiátrico do paciente. HC concedido, em parte, para esse fim, com observação sobre indulto. 1. A prescrição de medida de segurança deve calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se o prazo com o início do seu cumprimento. 2. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. 3. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação.*³¹

*PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA MEDIDA, TODAVIA, NOS TERMOS DO ART. 75 DO CP. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/01. WRIT CONCEDIDO EM PARTE. I - Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal). II - Esta Corte, todavia, já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Precedente. III - Laudo psicológico que, no entanto, reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio. IV - Ordem concedida em parte para extinguir a medida de segurança, determinando-se a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/01, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente.*³²

Já o STJ, em julgamento realizado em 2009, firmou o seguinte entendimento:

³⁰ STF – HC: 84219 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/04/2004, Data de Publicação: DJ 03/05/2004 PP – 00011

³¹ HC 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Dje 26.6.2009

³² HC 98.360, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Dje 23.10.2009

*HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITE DE DURAÇÃO. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal veda, em seu art. 5º, inciso XLII, alínea b, penas de caráter perpétuo e, sendo a medida de segurança espécie do gênero sanção penal, deve-se fixar um limite para a sua duração. 2. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, à luz dos princípios da isonomia e da proporcionalidade. 3. Ordem concedida para declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor do paciente, em razão do seu integral cumprimento.*³³

Em 2015, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 527³⁴, que estabelece que “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

4. LOUCURA E CRIME

A pretensa relação entre loucura e crime, embora carente de amparo científico válido que a justifique, encontrou seu lugar no senso comum, preservada pelo imaginário de que todo criminoso é, afinal, um louco em alguma proporção. Assim, este capítulo propõe uma abordagem histórica quanto às concepções de loucura, enquanto resultado de um processo que vem se desenvolvendo desde os primórdios das civilizações, e em que medida elas têm sido relacionadas à criminalidade por meio de reflexões sistemáticas que permeiam o pensamento moderno.

Entre o fim do século XIX e o início do século XX, constatou-se nos países ocidentais o surgimento de um aumento significativo no número de crimes, em consonância com a ascensão da imprensa popular, do romance policial e da sede por notícias escandalosas. No Brasil, mais especificamente nas grandes cidades do Rio de Janeiro e São Paulo da belle époque, experimentavam-se profundas alterações sociais: intenso aumento populacional, a liberação não planejada da mão de obra escrava, o assentamento de grandes contingentes de imigrantes, tudo isso em meio ao processo de industrialização e modernização da estrutura

³³ HC 125.342/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 19/11/2009.

³⁴ Súmula 527, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 18/05/2015

urbana³⁵. Todos estes fatores pareciam contribuir para o crescimento das taxas de criminalidade:

Entretanto, para além das tensões sociais inerentes a um acelerado processo de urbanização e industrialização, as grandes cidades do final do século XIX assistem ainda à emergência de um outro fenômeno social que não pode ser desprezado e que se apresenta como efeito da formação de um meio delinqüencial fechado, recortado principalmente entre infratores das classes populares urbanas.³⁶

Assim, a marginalização decorrente da prática prisional viabilizou a organização e especialização do “crime”. A reclusão e o desligamento com o meio social desencadearam no surgimento do fenômeno da reincidência, enquanto irreversibilidade de uma trajetória de delitos, de modo que se consolidava a concepção de criminoso como um “tipo natural” e a de delinquência como “manifestação de uma natureza individual anômala, de um psiquismo perturbado pela doença”³⁷.

Dessa maneira, o fenômeno da reincidência serviu de pretexto para que se criasse uma “polícia científica” embasada em técnicas de controle e repressão, que não se limitou ao “mundo do crime” como também se fez sentir por todo o tecido social, em especial, junto às camadas mais pobres “que exigiam maiores cuidados em termos de contenção, vigilância e disciplinarização”.

De acordo com Carrara³⁸ (p. 64):

É justamente neste sentido que se pode falar da constituição do meio delinqüencial fechado, gerador da reincidência criminal, enquanto um “efeito-instrumento”: consequência imprevista da prisão e por muitos considerada “perversa”, mas que serviu, e serve ainda, de ponto de apoio à instalação de dispositivos de controle mais efetivo, destinados a amplas camadas da população urbana. [...] a reflexão em torno da existência de um “tipo natural” criminoso [...] não se tecia então apenas com os fios do imaginário, pois se apoiava em parte sobre um processo histórico de constituição do criminoso enquanto um “tipo social”.

O que se verifica é que os crimes e as contravenções passam a ser vistos com um outro olhar: de acordo com Boris Fausto apud Elizabeth Cancelli³⁹, “a própria vadiagem deixa

³⁵ CARRARA, Sergio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP, 1998. (Coleção Saúde e Sociedade). p. 62.

³⁶ CARRARA, *ibid*, p. 63

³⁷ *Ibid*, p. 64

³⁸ *Ibid*, p. 64

de receber ‘notas de comiseração dos relatórios de polícia e presidentes de província para revelarem uma visão da vadiagem como desvio comportamental e não como decorrência de contingências sociais’”.

A partir desse pensamento, tornou-se necessário uma reforma institucional que fornecesse e garantisse leis que permitissem o fortalecimento do Estado e também criasse instrumentos aplicáveis ao controle social.⁴⁰ Nesse sentido, Walter Ferreira de Oliveira e Fernando Balvedi Damas⁴¹ constataam que, as finalidades originais das instituições psiquiátricas e das prisões consistiam em excluir do convívio social todos aqueles que apresentavam “problemas sociais”:

A “grande internação” das pessoas que se haviam tornado “problemas sociais” atingiu os loucos e a loucura e propiciou que ela fosse caracterizada, em determinado momento, como desvio de conduta, como transgressão moral e ratificada como objeto legítimo de encarceramento. Como no caso das prisões, confirmou-se a ordem, sobre os corpos e sobre os comportamentos dos loucos, agora vistos como problema social, transgressores, desviantes.

Ao assumirem a loucura como objeto de estudo, profissionais de diferentes segmentos da saúde passam a atuar auxiliando o Poder Judiciário, não mais exclusivamente voltados para a cura e o tratamento, mas como medidores da responsabilidade jurídica de cada indivíduo para neutralizar aqueles que pudessem representar alguma ameaça ao equilíbrio da sociedade. A atuação dos alienistas fez com que a Justiça deixasse de olhar para os indivíduos como sujeitos de direito para percebê-los como homens-objeto, passíveis de tratamento e correção.⁴²

Nesse contexto, verificaram-se as primeiras incursões dos chamados alienistas fora dos asilos: em decorrência de uma demanda dos tribunais, são chamados pelo aparelho judiciário para participarem de processos que envolviam ações criminosas não se enquadravam no pressuposto de racionalidade defendido por penalistas liberais, tanto como pela aparente falta de motivação que levaria ao ato criminoso, ou, às vezes pela existência de

³⁹ FAUSTO, Boris. *Crime e cotiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984, p. 40-43 apud CANCELLI, Elizabeth. *CRIMINOSOS E NÃO-CRIMINOSOS NA HISTÓRIA*. Encontrado em:

⁴⁰ CARRARA, Sergio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP, 1998. (Coleção Saúde e Sociedade). p. 62.

⁴¹ OLIVEIRA, Walter Ferreira de. DAMAS, Fernando Balvedi. *Saúde e atenção psicossocial em prisões: um olhar sobre o sistema prisional brasileiro com base em um estudo em Santa Catarina*. 1ª ed. São Paulo: Hucitec, 2016, p. 48-49

⁴² FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. São Paulo: Martins Fontes. 2001

motivação tão moralmente inaceitável, quanto pela forma de execução do crime ou “pela ofensa a valores que teoricamente estariam enraizados na própria natureza humana, como o amor filial, o amor materno ou a sensibilidade à dor alheia.”⁴³ Nas palavras de Jacobina:

Assim é que os alienistas – ou psiquiatras, como denominados hoje em dia – eram chamados para encontrar a loucura, já que ela parecia escondida aos olhos não-médicos, e, nessa medida, a loucura foi-se transformando em um saber um tanto esotérico, somente acessível a esses guardiões médicos da sanidade.

No momento em que os alienistas assumem um papel nos tribunais, abre-se espaço para uma aproximação entre o crime e a loucura, surgindo a ideia da existência direta de uma relação entre os dois, através da apresentação de conceitos, como o da monomania e o da degeneração. Ambas as teorias pretendiam abordar, de maneira diferente, os crimes “irracionais”, que não têm como fundamento o delírio clássico, mas que têm por premissa a loucura congênita e incurável.⁴⁴

A monomania, trazida por Esquirol, fazia referência aos indivíduos cometedores de crimes que não aparentavam serem loucos, ou seja, não se enquadravam nos perfis clássicos da loucura. O sujeito permanece razoável em todos os pontos, menos naquele que diz respeito ao crime que cometeu – onde se mostra como louco. Essa loucura pode aparecer num átimo, mesmo estando insuspeita por todos que convivem com ele, e sumir após o cometimento do desatino. Essa alteridade que domina o sujeito no momento do seu ato irrazoável deixá-lo-ia irresponsável pelo crime.⁴⁵ De acordo com Bercherie, as monomanias eram entendidas como espécie de delírios parciais que possibilitavam aos indivíduos lucidez total no que diz respeito aos aspectos da vida que não estão relacionados ao objeto do delírio. Este aspecto fazia dos monomaniacos indivíduos ainda mais perigosos, uma vez que a doença deles poderia passar despercebida pela sociedade, tornando os crimes praticados por eles incompreensíveis.⁴⁶

⁴³ JACOBINA, op. cit. p. 50

⁴⁴ Rezende, B. V. R. G. (1993). Uma contribuição ao estudo da periculosidade. *Rev. Conselho de Criminologia e Política Criminal*, 6 (2), 85-109 apud SANTANA, Ana Flávia Ferreira de Almeida; CHIANCA, Tânia Couto Machado; CARDOSO, Clareci Silva. *Direito e saúde mental: percurso histórico com vistas à superação da exclusão*. Psicologia em Revista, v. 17, n. 1. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/psicologiaemrevista/article/view/P.1678-9563.2011v17n1p16>>. Acesso em: 22 Out. 2017.

⁴⁵ JACOBINA. op. cit. p. 69-70

⁴⁶ BERCHERIE, P. (1980). *Les fondements de la clinique*. Paris: Navarin. apud SILVA, Ricardo Miguel Guerreiro Viegas da. *Psicopatologia e Enclausuramento*. O Portal dos Psicólogos. 2011. Disponível em: <http://www.psicologia.pt/artigos/ver_artigo_licenciatura.php?psicopatologia-e-enclausuramento&codigo=TL0291> Acesso em: 22 de Out. 2017

Por tais razões, Paulo Vasconcelos Jacobina entende que a maior consequência que o conceito de monomania trouxe para o desenvolvimento da psiquiatria e das relações desta com o direito foi exatamente aquela de não ser mais necessário o rompimento total com a razão para que se pudesse vislumbrar a loucura – ela poderia estar oculta ali mesmo onde estava invisível ao não-médico.⁴⁷

Em meados do século XIX, a teoria da monomania passou a concorrer com a noção da chamada degeneração, que teve como postulados básicos a unicidade do ser humano e hereditariedade mórbida, considerando a possibilidade da transmissão de características dos ascendentes para os descendentes. O sistema nervoso foi responsabilizado pelas perturbações físico-morais do homem e assumiu o papel de unificador etiológico das perturbações mentais.⁴⁸

Por meio da ideia da degeneração, o crime se transformou em objeto de estudo, numa abordagem psicopatológica, na qual o comportamento criminoso ganhou *status* de doença, de uma manifestação degenerativa. O criminoso é visto como um doente, sem, no entanto, ser enquadrado totalmente na figura do louco. A degeneração “patologizou” o crime e fez dele uma disfunção orgânica.⁴⁹

Assim, a partir do início do século XIX, os conceitos de monomania e de degeneração colaboraram para o desenvolvimento de uma noção que enxergava o crime como uma manifestação de doença mental. A ideia de loucura moral ocupou o lugar da ausência de identidade do indivíduo, passando a considerar um processo congênito ou hereditário que acompanha o indivíduo desde o seu nascimento até a sua morte. Tratando-se então de uma doença invisível, imprevisível e sem possibilidade de cura, não poderia assumir outro caráter que fugisse ao perigo iminente.⁵⁰

Desse modo, o crime e a loucura assumem características de comportamento e se justificam enquanto noção de uma condição inferior, como doença ou deformidade do corpo humano. E a partir deste conceito, surge no positivismo criminológico a ideia de criminoso nato, difundida por Cesare Lombroso como um “tipo regresso do ser humano”, possível de

⁴⁷ JACOBINA. Op cit. 53

⁴⁸ Mattos, V. (1999). Trem de doido: o direito penal e a psiquiatria de mãos dadas. Belo Horizonte: UMA; Carrara, S. (1998). Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro: EdUERJ apud Ricardo Miguel Guerreiro Viegas da. *Psicopatologia e Enclausuramento*. O Portal dos Psicólogos. 2011. Disponível em: <http://www.psicologia.pt/artigos/ver_artigo_licenciatura.php?psicopatologia-e-enclausuramento&codigo=TL0291> Acesso em: 22 de Out. 2017

⁴⁹ BERCHERIE. Op. cit.

⁵⁰ CARRARA, Sergio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP, 1998. (Coleção Saúde e Sociedade). p. 69-70

identificar através de aspectos anatômicos, fisiológicos e psicológicos. Nascia assim, a relação entre loucura e criminalidade, que objetivava evidenciar a periculosidade dos doentes criminosos e legitimar o trabalho dos alienistas da época e a necessidade de imposição de tratamento.

Isso teria, também, a consequência de trazer insegurança jurídica, na medida em que, se o fundamento da sanção penal é o *livre-arbítrio* e o fundamento da internação hospitalar é o *tratamento*, os loucos morais estão numa zona de ninguém – não podem ser tratados – por questões técnicas, já que dificilmente seriam curáveis. Não podem ser *presos*, por questões jurídicas – são irresponsáveis pelos seus atos. A criminologia teria que buscar um outro fundamento para retirar-lhes a liberdade. Esse fundamento é a *periculosidade*, expressa como a *necessidade de defesa social*. Mais tarde, a criminologia irá negar o próprio livre-arbítrio, e considerar de forma *determinística* praticamente toda a esfera de ação humana, indiferenciando, no limite, os *loucos dos criminosos*.⁵¹

Logo, o louco criminoso representava uma ameaça às instituições liberais, bem como ao funcionamento da Justiça. Esse problema encontrou solução por meio da construção dos manicômios judiciais, que, além de solução para a segregação de certos tipos de alienados, serviu como limite para os conflitos existentes entre moral e ciência.⁵²

4.1 A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA LOUCURA

O louco habita o imaginário popular há séculos, personificado em diferentes figuras: o marginalizado que não se enquadra num padrão desenvolvido pela sociedade, sendo, muitas das vezes, apontado como motivo de chacotas e escárnio; o chamado herege, por possuir hábitos que conflitam com os estigmas religiosos da época; o estranho que não coaduna com as bases da moral vigente; e até mesmo o ocioso, visto como a pior das espécies. O louco é um enigma que ameaça os saberes consolidados a respeito do próprio ser humano.

O conceito de loucura não é unívoco. Não se pode admitir que existe um conceito de loucura vagando pelo mundo platônico das idéias, paulatinamente desvendado

⁵¹ JACOBINA. op. cit. p. 53

⁵² CARRARA, op. cit. passim.

pelo progresso da ciência. A loucura sempre foi, em todas as sociedades, uma questão de como a pessoa se relaciona consigo mesma, como se relaciona com os outros e, principalmente, como vê o mundo e como é vista por este. Alguém pode ser considerado louco num determinado contexto, e ser um líder, ou um xamã, em outro.⁵³

Todo fenômeno social é submetido a uma dimensão subjetiva da realidade: molda-se ao contexto de cada cultura e de seus interesses econômicos, conforme as “verdades universais” de cada momento histórico. Cada comunidade impõe determinados padrões de conduta, de modo que a concepção de loucura, enquanto construção ideológica, foi transformada e ressignificada através de diversos contextos sociais ao longo do tempo. De acordo com Foucault, “[...] cada cultura elege determinadas virtualidades que confirmariam a “constelação antropológica do homem. Dessa maneira, cada cultura forma e determina como doença o conjunto de virtualidades antropológicas que ela busca reprimir”.⁵⁴ Logo, um fato social só pode ser analisado como normal levando-se em consideração determinada sociedade em relação a uma fase temporal também determinada.

Nesse sentido, psicólogos americanos analisaram que a determinação da natureza da doença é fruto de uma construção cultural, devido ao fato de que “nossa sociedade não quer reconhecer-se no doente que ela persegue ou que encerra; no instante mesmo em que ela diagnostica a doença, exclui o doente”.⁵⁵

Ao revisarmos o exercício real do poder punitivo, verificamos que este sempre reconheceu um *hostis*, em relação ao qual operou de modo diferenciado, com tratamento discriminatório, neutralizante e eliminatório, a partir da negação da sua condição de pessoa, ou seja, considerando-o basicamente em função de sua condição de *coisa* ou *ente perigoso* [...] No geral, essa maneira de agir pretendia basear-se em uma individualização supostamente *ôntica* de certas pessoas como *inimigos*, sob a forma de uma *imposição do fato ao direito*, em função da necessidade criada pela emergência de plantão invocada.⁵⁶

⁵³ JACOBINA. Op. cit. p. 68

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. Doença mental e psicologia. Edições tempo Brasileiro Ltda., Rio de Janeiro, 1968. p. 72 apud STREVA, Juliana Moreira. *O tratamento penal da loucura no ordenamento brasileiro*.

⁵⁵ Ibid, p. 74

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2ª edição Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 115.

Até a Idade Média, a loucura era vista como um erro, “pertencendo às quimeras do mundo”⁵⁷: as pessoas acometidas por transtornos mentais, entretanto, não eram sistematicamente internadas em hospitais. O considerado louco vivia livremente em meio ao convívio social e só se tornava objeto de preocupação em casos de ações extremas ou tidas como perigosas. Contudo, com a intensificação da ideologia católica pela Europa, os transtornos mentais passaram a ser vistos como possessões demoníacas⁵⁸.

Conforme Foucault, a história da loucura inicia-se com o surto de lepra na Europa, a principal causa de exclusão social à época, que se disseminava por meio das Cruzadas. Desse modo, inúmeros estabelecimentos precisaram ser construídos para alojar os leprosos, onde eram internados e esquecidos. A figura do leproso é marcada pelo estigma, movido pelo medo e pela crença de que sua existência é ocasionada pela vontade divina.⁵⁹

Com o fim da lepra, os leprosários passaram, aos poucos, a serem ocupados por portadores de outras doenças e, posteriormente, por indivíduos que fugiam ao padrão de normalidade. Logo, o cenário de exclusão evoluiu, abrangendo também os ociosos, frente à idealização de uma dignificação por meio do trabalho em um contexto de crise econômica. O que se percebe é que o internamento não tinha como propósito o tratamento destes indivíduos, muito menos objetivavam a ideia do que imaginavam ser sua cura. Justificava-se no sentido de disciplinar a mendicância e a vagabundagem.

Contextualizando esta tendência em construir padrões em meio à sociedade moderna, evidencia-se a busca por uma sensação de controle. Os atos de classificar e categorizar voltam-se, na maioria das vezes, para a segregação do que há de considerado “bom”, do “ruim”, o “útil” do “inútil”, o “normal” do “estranho”, delineando, assim, um perfil de normalidade que, estabelecido como o exemplo a ser seguido, contribua para a manutenção de uma certa regularidade, de uma noção de ordem. Assim, os indivíduos que se aproximam desses padrões são consideradas normais enquanto que aqueles que se desviam são vistas como anormais.

Segundo Bauman apud Marques⁶⁰, o homem moderno pensa ser possível a categorização de determinadas realidades a partir das delimitações estabelecidas pelo

⁵⁷ OLIVEIRA, Walter Ferreira de. DAMAS, Fernando Balvedi. *Saúde e atenção psicossocial em prisões: um olhar sobre o sistema prisional brasileiro com base em um estudo em Santa Catarina*. 1ª ed. São Paulo: Hucitec, 2016, p. 46

⁵⁸ Ibid, p. 46-47

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *A História da Loucura na Idade Clássica*. Perspectiva. São Paulo, 1978. passim

⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 83 apud MARQUES, Carlos Alberto. *A construção do anormal: uma estratégia de poder*. In: 24 Reunião Anual da ANPED, Caxambu. Anais. Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <<http://www.profala.com/artpsico32.htm>>

pensamento moderno para construir um mundo segundo as próprias preferências. Assumindo o normal como ideal desejado, cria-se a necessidade em conceber um determinado perfil de anormalidade para estabelecer a contradição, sem a qual não se sustenta. Assim, “torna-se possível afirmar que a anormalidade constituía uma necessidade do pensamento Moderno, sem a qual não seria possível instituir a noção de normal”.

Nesse sentido, a exclusão de tudo aquilo não se encaixa nos contornos pré-estabelecidos do que é considerado normal e aceitável tanto aos olhos de agentes políticos, jurídicos, econômicos ou midiáticos – imbuídos em construções sociais tão enraizadas no imaginário popular, capazes de não apenas influenciar, mas de ditar à opinião pública – como para atender aos anseios de uma sociedade assombrada pelo medo da ausência de controle, possui o condão de reforçar a intransponibilidade destes mesmos limites impostos, bem como alimentar de ideia de supremacia do que é tido como normalidade.

Aqui, o uso da palavra “supremacia” pode ser explicado conforme colocação do jurista Maurício Stegemann: “[...] o saldo final aponta para o célebre “paradoxo da diferença”: é possível ser igual e diferente ao mesmo tempo? Como podem eles ser iguais a nós sendo tão diferentes? O objetivo de Sepúlveda é facilitar-lhes a conclusão: não sendo iguais, então inferiores”.⁶¹

Para Paulo Vasconcelos Jacobina ainda prevalece no Direito uma noção desumanizadora da loucura, na qual esta passa a ter uma vontade, que supera a própria vontade humana, de tal modo que se coloca para além da punição (pois o louco é equiparado ao doente), mas não do julgamento e da exclusão:

Embora reputando irresponsável e inimputável o louco, porque tomado por uma entidade não-humana com uma vontade superior à sua, o direito brasileiro contemporâneo prorroga a jurisdição da justiça criminal para que a doença possa sofrer um julgamento penal e ser punida – sendo esse o significado do instituto da medida de segurança. Um instituto que pune a loucura, sob o fundamento nem sempre explícito de a desmascarar, arrancá-la do ser humano. E que, se de resto acaba restringindo a liberdade do portador da doença, por via de um internamento que, se no discurso é não punitivo, na prática lhe arranca a liberdade e a voz. Tal se dá porque ali onde um desavisado vê uma pessoa privada de liberdade por força de uma medida de segurança, o direito vê diferente – a loucura seria algo não-humano, e a pessoa portadora na loucura seria uma esvaziado hospedeiro, cuja vontade (ou essência) foi sobrepujada.⁶²

⁶¹ DIETER, Maurício Stegemann. *"O direito penal do inimigo" e a "controvérsia"*. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia, v. 33, n. 1, p. 26-36., jan./jul. 2009.

*Neste trecho, o autor faz referência ao filósofo Gines de Sepúlveda em meio ao debate, realizado em 1550, cujo fim era determinar se a condição humana do indígena era ou não semelhante à dos conquistadores europeus visando legitimar sua escravidão perante a perspectiva divina.

⁶² JACOBINA, op. cit. p. 42

4.2 O MITO DA PERICULOSIDADE

Quando se fala em “mito da periculosidade”, o que se propõe é uma provocação a partir do pressuposto de que o conceito de periculosidade e a forma encontrada de lidar com ela são resquícios de uma tecnologia simbólica e linguística que explica e justifica a interpretação coletiva sobre os fenômenos que fazem parte do contexto geral de relações e histórias concernentes aos delitos e a loucura.⁶³

Pelo exposto até aqui, é possível observar que a atribuição de “periculosidade” ao portador de doenças mentais e sofrimentos psíquicos – que, tal qual antes leproso ou o ocioso, é visto como inimigo da sociedade – tem servido como fundamento legitimador e pressuposto indispensável para a aplicação de medida de segurança, que quando de encontro com a realidade prática, nada mais é do que uma tática de controle com caráter punitivo e segregatório. Nas palavras de Mitjavila:

Atualmente, não existe consenso na literatura médica sobre as relações entre doença mental e criminalidade, do ponto de vista do valor etiológico da primeira para prever a segunda. No entanto, isso não parece ter sido um impedimento para que o campo jurídico-penal tenha continuado a instituir para a medicina psiquiátrica o caráter de único saber com competência técnica e amparo legal para determinar a periculosidade criminal de indivíduos diagnosticados como doentes ou portadores de transtornos mentais⁶⁴.

Esta noção de periculosidade que permeia até hoje o sistema jurídico-penal brasileiro é herança da retrógrada criminologia do século XIX. Para a filosofia determinista da Escola Positivista, a sociedade deveria prezar pela manutenção da ordem e objetivar o progresso através da retirada de elementos sociais considerados “anormais”. E nesse contexto, o anormal transfigura-se justamente na imagem do criminoso, que pela ótica da criminologia positivista, não é movido pela livre vontade, mas sim por um conjunto de fatores pré-

⁶³ BARBOSA, Nasser Haidar. *O mito da periculosidade e as medidas de segurança*. In *O Louco Infrator e o Estigma da Periculosidade*. XVI Plenário Gestão 2013/2016, Conselho Federal de Psicologia. 1ª ed. Brasília, 2016. p. 154-155

⁶⁴ MITJAVILA, Myriam Raquel; MATHES, Priscilla Gomes. *Doença mental e periculosidade criminal na psiquiatria contemporânea: estratégias discursivas e modelos etiológicos*. Physis, Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, 2012. p. 1378.

determinantes que levariam a um comportamento transgressor e à construção de um indivíduo “potencialmente” perigoso.⁶⁵

Assim, de acordo com a lógica positivista, a noção de periculosidade avalia o indivíduo, não mais ao nível das infrações a uma lei efetiva, mas sim ao das virtualidades de comportamento que elas representam. O positivismo reduziu o comportamento humano a fenômenos patológicos e psicológicos, enrijecendo o elenco de visões parciais sobre as causas do comportamento criminoso⁶⁶. Conforme Homero Bezerra Ribeiro:

O determinismo marcou profundamente o pensamento da escola penal positivista. Era necessário explicar as causas do comportamento criminoso através de determinantes que podiam ser de ordem social, psicológica ou biológica. As de ordem social estavam ligadas ao contexto social em que o autor do delito estava inserido, como a pobreza, a “vadiagem”, a “marginalidade” etc.; as psicológicas se referiam a algum distúrbio psiquiátrico do criminoso; e as determinantes biológicas indicavam algum defeito psicossomático no corpo do indivíduo, ou em alguma característica comum a outros delinquentes. [...] Os defeitos poderiam apresentar-se através da hereditariedade, de algum trauma na infância ou mesmo nas relações sociais que o indivíduo estivesse inserido antes de transgredir a norma.⁶⁷

Nesse sentido, o tratamento dado pelo direito penal vigente em muito se assemelha à noção de criminoso nato desenvolvido por Cesare Lombroso, autor fortemente criticado pela teoria jurídico-penal atual, por associar a delinquência aos traços biológicos e genéticos do agente. O que se pretende demonstrar é que a medida de segurança, exatamente por estar fundamentado na insustentável ideia de periculosidade, não coaduna com o ideal garantista propugnado pelo Estado Democrático de Direito, padecendo do insanável vício da inconstitucionalidade.

Para Maria Lúcia Karam, “a ideia de ‘periculosidade’ não se traduz por qualquer dado objetivo. Ninguém pode concretamente demonstrar que A ou B, psiquicamente capaz ou incapaz, vá ou não realizar uma conduta ilícita no futuro”. Tal noção se mostra incompatível com o princípio da legalidade. De acordo com a autora, a suposta “periculosidade” do inimputável nada mais é do que uma vazia presunção, uma ficção fundada no preconceito ou na credence que identifica o diferente como “perigoso”.⁶⁸

⁶⁵ RIBEIRO, Homero Bezerra. *A necessidade de superação do paradigma criminológico tradicional: a criminologia crítica como alternativa à ideologia da “lei e ordem*. 2010. p. 953-954.

⁶⁶ FILHO, Roberto Lyra. *Criminologia Dialética*. Brasil: Ministério da Justiça, 1997, p. 18-19

⁶⁷ RIBEIRO. Op. cit. p. 954

⁶⁸ KARAM, Maria Lúcia. *A Reforma das Medidas de Segurança*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, out.-dez. 2012. p. 112

De forma ilustrativa, o jurista Dirk Fabricius, em trecho de uma entrevista, afirma:

Acredito que cada um de nós corre o risco de cometer um ato violento, manipular, mentir ou trair outras pessoas, não só um pequeno grupo. Você tem que aceitar isso e conhecer as suas vertentes antissociais, agressivas e violentas. Dessa forma, é mais fácil você se integrar e viver a vida sem machucar outras pessoas. [...] O psicólogo Philip Zimbardo, professor da Universidade de Stanford, fez um experimento em 1971 em que dividiu voluntários, aleatoriamente, em dois grupos: prisioneiros e agentes penitenciários, que passaram a viver numa prisão simulada. Estar naqueles grupos mudou as personalidades e os fez sensíveis às influências do ambiente. Em cinco dias, os que incorporaram agentes penitenciários ficaram cruéis e sádicos, e os que representavam prisioneiros passaram a apresentar distúrbios emocionais. [...] Há alguns estudos sobre os campos de concentração da Alemanha nazista que mostram que o mecanismo era o mesmo. Nos primeiros dias, alguns funcionários hesitaram em aceitar o trabalho de matar judeus. Mas a maioria, depois de uma semana, estava matando milhares. Esse é um risco que a gente corre. [...] Se você aceitar que, em diferentes episódios da sua vida, pode ser passível de cometer um ato criminoso, você pode passar a tratar essas pessoas identificadas como doentes e perigosas como seres humanos, com respeito.⁶⁹ (informação verbal)

4.3 A PERÍCIA, O LAUDO PSIQUIÁTRICO E O JUIZ

De um modo geral, existem dois momentos distintos em que a realização de exames médico-psiquiátricos é determinante: a primeira ocorre no início do processo, por meio do incidente de insanidade, cujo objetivo é averiguar a condição de inimputabilidade; a segunda ocorrerá ao final do o prazo da execução da medida de segurança decretado pelo juiz – sua função é verificar a cessação de periculosidade que se presumiu.

Na primeira situação, o exame de sanidade mental será realizado sempre que se suspeitar que o acusado seja portador de algum transtorno mental. Conforme já exposto, para analisar a inimputabilidade do acusado, o perito incumbido de fazer o exame terá de determinar, com relação ao réu: a) a existência de algum transtorno mental; b) o tipo de transtorno; c) o nexo de causalidade entre o transtorno e o fato incriminado; d) a capacidade de entendimento; e) a capacidade de autodeterminação para posteriormente, fundamentar o laudo e encaminhá-lo para o juiz requerente.

Já em relação à perícia que irá atestar a cessação de periculosidade, esta deverá acontecer findo o prazo estabelecido pelo juiz, a fim de se verificar as condições mentais que

⁶⁹ Dirk Fabricius em entrevista ao “O Globo” em 06 de junho de 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/conte-algo-que-nao-sei/dirk-fabricius-jurista-cada-um-de-nos-pode-cometer-um-ato-violento-21438896>> Acesso em: 22/10/2017.

impuseram a adoção da medida de segurança perduram: em caso positivo, o agente continuará internado no manicômio judiciário, ou em tratamento ambulatorial, voltando a ser examinado a cada ano, *ex vi* do disposto no art. 97, § 2º, Código Penal. Caso tenha havido melhora significativa ou mesmo a cura, real ou aparente do quadro clínico, o psiquiatra informará ao juiz que cessou a periculosidade e juiz suspenderá a medida de segurança, e o indivíduo é posto em liberdade.

De acordo com o artigo 150, §1º do Código Penal, o prazo para a elaboração do laudo decorrente da perícia médico-psiquiátrica é de quarenta e cinco dias, podendo ser prorrogado se justificado pelos peritos. Caso contrário, estará caracterizado o constrangimento ilegal, situação em que caberá Habeas Corpus.⁷⁰

Em se tratando do juízo de periculosidade, o que se verifica é uma relação muito íntima entre o discurso jurídico e o discurso médico-psiquiátrico. De acordo com Foucault, a partir do início do século XIX passa a existir uma progressiva tendência à indistinção entre os papéis do médico e do juiz nos tribunais:

No ponto em que se encontram o tribunal e o cientista, onde se cruzam a instituição judiciária e o saber médico ou científico em geral, nesse ponto são formulados enunciados que possuem o estatuto de discursos verdadeiros, que detêm efeitos judiciários consideráveis e que têm, no entanto, a curiosa propriedade de ser alheios a todas as regras, mesmo as mais elementares, de formação de um discurso científico; de ser alheios também às regras do direito.⁷¹

A partir disto, o juiz e as partes dificilmente encontrarão condições de avaliar e contraditar o parecer médico, exceto pela apresentação de contraperícia, que de qualquer forma estará vinculada ao discurso psiquiátrico, “radicando na densificação deste entrelaçamento entre direito e psiquiatria as formas de efetivação mínimas das garantias constitucionais previstas no sistema acusatório”.⁷² Nas palavras de Elisabeth Roudinesco:

Quem está em condições de avaliar o avaliador? Como controlar as derivas ligadas às miragens dessa ideologia da perícia generalizada que assaltou as sociedades

⁷⁰ FRANCO, Alberto Silva; STOCO Rui. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jusrisprudencial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. V. 2. p. 1538

⁷¹ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais: curso no Collège de France (1974 – 1975)*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 14

⁷² WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. *O discurso psiquiátrico na imposição e execução das medidas de segurança*. Revista de Estudos Criminais, v. 21, 2006. p. 131-146.

democráticas e que pretende, em nome da segurança das populações, controlar o incontrolável?⁷³

Ora, mas se a periculosidade é afinal um conceito subjetivo, dotado de uma carga cultural variante, inverificável, como seria possível precisar quando o indivíduo está mentalmente enfermo e quando simplesmente está inadequado aos padrões sociais? Para Erving Goffman, quase sempre se estará diante de uma decisão leiga quanto à determinação de inadequação de um ato, pois não é possível um “mapeamento técnico” das diversas subculturas e padrões de comportamento predominantes em cada sociedade. Desse modo, os diagnósticos podem facilmente se tornar etnocêntricos, pois nem sempre quem está na posição de julgar pertencerá ao mesmo grupo do indivíduo que está sendo julgado, de tal maneira que suas realidades poderão não ser as mesmas, resultando em parâmetros equivocados.⁷⁴

O próprio discurso médico parece encontrar imprecisão em valorar o desenvolvimento de uma enfermidade, tendo em vista que os prognósticos baseiam-se em um juízo probabilístico já que a periculosidade é um conceito de pouca verificabilidade científica: antes de tudo, é um conceito nascido do senso comum.⁷⁵ Nesse contexto, tão frágil quanto o conceito de periculosidade é o discurso de sua cessação. De acordo com Nasser Haidar Barbosa:

Baseada em uma ideia visceralmente dicotômica, nossa legislação ainda tolera a permanência da prática dos laudos de cessação de periculosidade como uma condição para a concessão do direito de voltar a ser livre em sociedade. Pessoas que cometeram pequenos furtos, pequenas agressões ou apenas ameaças, passaram (e muitas ainda passam) décadas trancadas em instituições medievais, dormindo em masmorras, se alimentando de fezes, vendendo seus corpos por um pouco de conforto ou entorpecimento. Acreditando ser possível construir uma estrutura social bem definida que separa o bom do mau, o certo do errado, o perigoso do confiável, seguimos investindo em tecnologias falidas que maquam com certo cientificismo, baseado na centralidade da clínica, textos fantásticos que decidem o destino destas pessoas. Àquelas que se tornaram mansas e dóceis, que se adaptaram, a liberdade. Já às outras, que não se cansaram de praguejar contra a miséria e a tortura, ainda não, mais tempo e “tratamento” devem ser empregados no esforço de também se fazer delas um corpo adaptado e adequado a uma norma que só cobra deveres, mas não garante direitos.⁷⁶

⁷³ ROUDINESCO, Elisabeth. *O paciente, o terapeuta e o Estado*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005 apud WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. *O discurso psiquiátrico na imposição e execução das medidas de segurança*. Revista de Estudos Criminais, v. 21, 2006. p. 131.

⁷⁴ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 295

⁷⁵ NEVES, Gabriel. *Manicômio ou Presídio? A Imputabilidade Penal*. In CORONEL, Luiz Carlos Illafont.(org.). *Psiquiatria legal: informações científicas para o leigo*. Porto Alegre: Conceito, 2004.p. 103

⁷⁶ BARBOSA, Nasser Haidar. *O mito da periculosidade e as medidas de segurança*. p. 181.

Para Neves, a denominação “cessação de periculosidade” oculta o duplo sentido da medida de segurança, que se constitui a partir da ideia de proteger a sociedade ao mesmo tempo em que protege também o paciente contra a reação social que seu ato possa vir a causar. Omitindo-o, induz à compreensão de que apenas a emissão de laudo que confirme a melhora da condição de perigoso é relevante, pouco importando o seu estado de saúde mental. O que talvez não seja tão evidente é o fato de que a própria existência de um laudo que ateste a cessação de periculosidade, como condição para a liberdade, assume, por si só uma verdade velada e inconveniente: que a doença é sinônimo de periculosidade, pouco importando se o delito cometido fora irrelevante. A medida de segurança objetiva interromper o clima de tensão dentro da sociedade em nome da manutenção da ordem e do controle.⁷⁷

De acordo com o autor, o emprego de conceitos subjetivos acabam provocando consequências irreparáveis aos direitos e garantias individuais:

apoiar-se a decisão judicial num critério subjetivo como a periculosidade, assim como considerar o médico psiquiatra forense como o técnico habilitado a medi-lo com precisão científica, levam a uma situação onde após o juiz arbitrar que o paciente deve ser contido pela medida de segurança, o médico psiquiatra forense é quem passa a decidir a cada ano (ou a cada três anos) se o paciente deve ou não continuar detido.⁷⁸

Pelo exposto, parece ser possível considerar que o frágil e insustentável conceito de periculosidade, enquanto alicerce da união dos discursos do direito dogmático e da criminologia positivista com as correntes da psicologia que aderem à psiquiatria clássica, uma vez ameaçado, colocaria em risco o aparente caráter intocável de ciência que reveste a lógica da aplicação da medida de segurança, o que levaria, portanto, à sua desconstrução.⁷⁹

4.4 A CULPABILIDADE E A PRESUNÇÃO DE DOLO

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, diz a Constituição, no seu art. 5o, inciso LIV. Contudo, garantir o devido processo

⁷⁷ NEVES, Gabriel. Op cit, p. 104

⁷⁸ Ibid, p. 104

⁷⁹ NEUZA, Maria de Fátima Guasechi; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *A execução das medidas de segurança e a Lei de Reforma Psiquiátrica no Brasil contemporâneo*. Revista Eletrônica do Curso de Direito de UFSM. V. 10, nº2, 2015. p. 775.

legal a quem o próprio Direito reconhece não entender seus termos não passa de uma ficção.⁸⁰

De acordo com Paulo Vasconcelos Jacobina, o ordenamento jurídico é, acima de tudo, uma construção racional, que pode ser identificada como um “discurso ideológico e coerente de poder”. Nesse sentido, afirma que:

salta aos olhos que, logo no primeiro artigo, a Constituição Federal eleja a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil [...] [tendo em vista que] mesmo as noções tradicionais de dignidade da pessoa humana e de cidadania (garantida na sua integralidade pelo art. 5º da Constituição Federal) revelam-se problemáticas quando se tenta aplicá-las àqueles tidos como loucos, como psicóticos, no plano da medicina tradicional [...] Nada se discute sobre a pessoa humana que tem sua capacidade de entendimento ou de determinação tolhida por forças internas.⁸¹

Logo, para o autor, existe uma omissão quando diante dos “múltiplos modos pelos quais a razão e a desrazão se manifestam”. O respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana e à cidadania parece aplicável, não em uma escala universal e igualitária, mas apenas àqueles poucos, pinçados e selecionados por caberem em um formato previamente idealizado socialmente:

Deve-se ter consciência de que a cidadania não deve ser uma camisa-de-força jurídica, um modelo rígido no qual se tentará enfiar violentamente aquele que nela não cabe. Deve, isso sim, ser um conceito fluido, capaz de ajustar-se à infinita multiplicidade do jeito humano de ser. Isso implica o alargamento do próprio conceito de pluralismo político, para entendê-lo como a necessidade de respeito ao pluralismo humano. Assim, será preciso construir uma noção de cidadania que não seja externa ao próprio psicótico, que não o exclua a priori por estar além ou aquém da sua própria capacidade como ser humano pleno e diferente, como de resto somos todos; uma noção de cidadania que não parta de “desempenhos eleitos pelos profissionais como desejáveis segundo a sua própria concepção de autonomia, e não aquilo que o sujeito vivencia como a maneira como a doença se articula em sua vida”.⁸²

⁸⁰ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura: medida de segurança e reforma psiquiátrica*. ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília: 2008. p. 98

⁸¹ *Ibid*, p. 95

⁸² *Ibid*, p. 97

Tal omissão fica evidente quando se analisa o tratamento constitucional dirigido ao infrator inimputável em decorrência de transtornos mentais, a quem, num discurso meramente teórico, inclui-se à máxima de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e que, na realidade, é negligenciado pelo próprio Direito que, assumidamente, não encontra alternativas para abarcar suas particularidades. Como justificar a aplicação de uma medida livremente defendida como possuidora de caráter sancionatório a alguém que sequer recebe uma sentença condenatória?

Ainda nas palavras do autor:

Estabelecer, portanto, a constitucionalidade de um direito penal dirigido ao inimputável, baseado na periculosidade social (juízo para o futuro) e não na culpabilidade (juízo para o passado), é muito complicado, do ponto de vista da afinação com a Constituição vigente. Submetê-lo a processo penal para aplicar-lhe uma medida de segurança é, da mesma forma, complicadíssimo. Onde encontrar a culpa de quem é legalmente irresponsável? Como garantir o devido processo penal a quem não pode sequer entender seus termos? Como garantir a pessoalidade (a pena não deve passar da pessoa do condenado) se o louco deve ser absolvido e depois apenado?⁸³

Ressalte-se que a culpabilidade é elemento imprescindível para legitimar, aos olhos da legislação, qualquer intervenção do poder do Estado de punir na esfera de liberdade do indivíduo. E para determinar a culpabilidade é necessário o reconhecimento da capacidade de escolha do indivíduo – indispensável, portanto, que nas circunstâncias em que concretamente realizada aquela conduta penalmente ilícita, o indivíduo tivesse efetivamente capacidade psíquica de compreensão e/ou de autodeterminação em relação ao caráter ilícito da sua conduta.

Para Dirk Fabricius, “basta um ligeiro olhar sobre os manuais e dicionários de criminologia para comprovar que este ramo das ciências criminais se ocupa igualmente pouco da culpabilidade”. Isso porque, ao seu ver, a criminologia enquanto ciência empírica, não pode trabalhar com uma concepção metafísica. Ademais, estando vinculada a uma tradição de relativismo cultural, a criminologia não se encontra nem condições de abranger “o mundo interior dos indivíduos como tais” nem de explicá-lo.⁸⁴ É nesse sentido que Fabricius aponta a culpabilidade como um conceito vazio, já que para deduzir a separação entre culpados e não

⁸³ Ibid, p. 98.

⁸⁴ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Afreudite - Ano III, 2007 - n.º5/6 P. 13

culpados, necessita-se de características baseadas no mundo sensível, ou seja, vincula-se a uma liberdade de vontade empiricamente não verificável.

O que temos é, portanto, um “juízo de culpabilidade social-comparativo” cuja concepção postula que não se pode afirmar a culpabilidade do indivíduo mas que é possível, contudo, constituir uma pessoa comparativa, que serviria de parâmetro para o juízo. Esta solução pragmática afronta, contudo, a determinação legal, que se baseia na individualização, nas relações pessoais e, por conseguinte, no próprio indivíduo. Assim, uma vez que não pode ser apreendida pela metafísica, “a culpa somente pode ser atribuída”.⁸⁵

Ora, se a incapacidade psíquica que, ao impossibilitar a compreensão do valor ou desvalor de um comportamento proibido ou ajustado ao que determinam as leis criminalizadoras, configura a inimputabilidade, afasta a culpabilidade e, conseqüentemente, a existência do crime, como há de se falar em aplicação de uma medida sancionatória, tal qual a medida de segurança?

Em concordância com os ensinamentos de Maria Lúcia Karam, entende-se que certos dispositivos da legislação penal brasileira são violadoras do princípio da culpabilidade e por conseguinte, das normas garantidoras da dignidade do indivíduo, ao reconhecerem a ausência de culpabilidade daqueles considerados inimputáveis ao mesmo tempo em que lhes impõem a aplicação de medidas de segurança baseada em uma política de “defesa social” que não se sustenta.⁸⁶

Juarez Tavares chama atenção para o fato de que, antes da Teoria Finalista da Ação, a culpabilidade era praticamente resumida em termos de afirmação de dolo ou de culpa – quando se afirmava que alguém agira dolosamente, já se tinha a decisão prévia de que aquela pessoa era imputável. Sendo considerada a inimputabilidade, não havia sequer discussão sobre culpa ou dolo. A questão da imputabilidade constituía um pressuposto da culpabilidade. Ou seja, antes de se afirmar a culpabilidade, caberia verificar se o agente era ou não imputável (informação verbal).⁸⁷

Quando a Teoria Final da Ação afirma que a culpabilidade não é mais fundada no dolo e na culpa, mas sim em um juízo de reprovação, com base na afirmação do poder de agir de outro modo, se estabelece previamente a necessidade de verificar como é possível que o agente atue dolosamente quando a imputabilidade é analisada depois da afirmação do dolo (uma vez que o dolo constitui elemento fundamental da ação e conseqüentemente integra o

⁸⁵ Ibid, p. 12.

⁸⁶ KARAM, Maria Lúcia. op. cit. p. 108-114

⁸⁷ Seminário Internacional: Defensoria no Cárcere e a Luta Antimanicomial - Mesa de Encerramento “Litigância Estratégica na Execução Penal das Medidas de Segurança: como potencializar a luta abolicionista?” em 26 de maio de 2017.

conceito de injusto da atipicidade). Sob esse prisma então, a pessoa atua, realiza o tipo penal, se verifica a atuação com dolo ou não, se estabelece um juízo sobre a antijuricidade para só então, se sinalizar a culpabilidade e posteriormente a imputabilidade.

Afinal, o inimputável atua com dolo? É possível dizer que, por exemplo, o esquizofrênico, sofrendo de alucinações, quando enxerga um automóvel como um monstro que quer devorá-lo e lança uma pedra nesse carro, atua com dolo? Onde está o elemento objetivo de que ele está evidentemente atuando contra um bem ou contra uma pessoa? Porque para que se configure o dolo é preciso a identificação de um objeto e esse objeto é diferenciado para o esquizofrênico. Para ele, esse objeto não corresponde ao objeto do delito de homicídio ou de dano. Então, o que acontece é uma presunção de dolo.

Neste ponto, os discursos de Dirk Fabricius e o de Juarez Tavares se encontram: se o juízo de culpabilidade com base no poder de agir de outro modo é indemonstrável e, portanto, se é indemonstrável, como seria possível fundamentar a aplicação da pena posteriormente à afirmação da culpabilidade? Ou seja, a aplicação da pena baseia-se também em uma mera presunção.

Assim, segundo Juarez Tavares, a partir da implementação da Teoria Finalista da Ação, o dolo foi presumido para os inimputáveis, o que se torna evidente quando só se promove a avaliação da imputabilidade posteriormente à afirmação da realização do fato doloso. Se por exemplo, a pessoa atua com dolo ou não, seu resultado gera uma repercussão direta na avaliação de como se deva tratar esse inimputável. A partir do momento em que se afirma que o dolo é presumido, desde logo se entende que não há problema algum em se impor a medida de segurança, porque, afinal, o fato foi doloso e, conseqüentemente, relevante, em termos de direito penal.

Eis um dado interessante: durante sua estadia na Colômbia, o professor Juarez Tavares deparou-se com alguns fatos. Há algumas tribos que transitam entre pela fronteira entre Colômbia e Brasil que não se identificam como colombianos ou brasileiros: são índios. Algumas dessas tribos possuem costumes completamente diferentes da realidade normativa da Colômbia e do Brasil. Como se deve tratar, em termos de Direito Penal? São inimputáveis? Mas eles não possuem transtorno mental. Essas pessoas possuem uma vida vinculada a um contexto cultural diferente do nosso, cujas regras de conduta são completamente diferentes das regras existentes na Colômbia ou no Brasil. O professor acredita que essa matéria deve ser tratada fora do âmbito do Direito Penal. Aqui já começa a se apresentar uma diferenciação não apenas do inimputável, mas de pessoas que estão submetidas a contextos culturais

diversos, completamente estranhos ao contexto cultural que embasa a afirmação normativa da proibição ou da determinação no campo penal.

É preciso, portanto, que se reavalie a Teoria do Crime e que se busque novos elementos, nova estrutura, que possa comportar, não no campo da culpabilidade, ou da prévia culpabilidade a questão da imputabilidade ou da divergência cultural, mas sim de uma condição que seja prévia ao próprio elemento típico da conduta. É preciso reformular a condição de injusto para se dizer que há um elemento pressuposto à noção de injusto: que a pessoa esteja em condições de efetivamente compreender a norma proibitiva, criticar a norma proibitiva, e efetuar sobre ela mesma, sobre sua conduta, uma autocrítica, em face da sua compreensão da norma proibitiva. Por fim, é preciso antecipar o juízo de imputabilidade para o campo do injusto, através da reformulação do conceito de conduta.

Para Tavares, o conceito de conduta não pode ser um conceito causal de conduta e também não pode ser um conceito final de conduta. Deve ser um conceito que retrate a realidade da pessoa em face do contexto no qual ele desenvolve suas atividades. E nesse contexto está, além de sua herança cultural, também a sua estabilidade psíquica em face de outras pessoas que com ela convivem. A pessoa tem que ser analisada em face do modo como ela se comporta em relação a outras pessoas. E o conceito de ação então não pode prescindir de uma análise dos efeitos que a conduta produz em outras pessoas e como esses efeitos revertem para que o próprio executor da conduta possa refletir acerca da validade da sua conduta, da autocrítica que possa fazer sobre sua própria atividade em face da atividade dos demais.

Para Haroldo Caetano, a internação é um dispositivo de saúde. Logo, não se pode utilizar a internação como um dispositivo de segurança. E o manicômio faz da internação não uma hipótese de tratamento: a internação é usada como um dispositivo de segurança para conter uma certa periculosidade que não se sustenta. O artigo 2º da Lei Antimanicomial é muito clara nisso: a internação é dispositivo único voltado para os interesses da saúde do usuário dos serviços. A própria lei prevê como único objetivo do atendimento em saúde mental a reinserção social do paciente (informação verbal).⁸⁸

Será que é factível afirmar que o artigo 97 do Código Penal ainda está em vigência em face da Lei de Saúde Mental? Será que é factível afirmar que a internação deva ser compulsória, uma vez que se julgue que o inimputável cometera um fato doloso, grave, cuja pena cominada seja de reclusão? Se o inimputável não pode agir dolosamente, como se pode

⁸⁸ Seminário Internacional: Defensoria no Cárcere e a Luta Antimanicomial. Mesa: “Experiências de Atenção às Pessoas com transtornos mentais em conflito com a lei: avanços e desafios”. Rio de Janeiro em 25 de maio de 2017.

dizer que ele deve sofrer a imposição de medida de segurança em decorrência de haver cometido um fato definido como crime doloso? Como então não falar em presunção? Para Juarez Tavares, é muito claro que o Direito Penal trabalha e pauta-se pela presunção.

O que se depreende de todo o exposto é que, na realidade, as medidas de segurança são formas mal disfarçadas de pena. Isso traz a questão do simbolismo: monstros que devam ser eliminados dos complexos relacionais da sociedade e a manutenção do poder que está por trás desse exercício simbólico da atividade normativa. Portanto, o que se pode concluir é que a medida de segurança se trata, na verdade, de uma pena com outra roupagem, pois através da violação do princípio da culpabilidade, se busca a finalidade de punição.

De acordo com Karam, a conduta penalmente ilícita como um diferencial entre portadores de enfermidades mentais que os submete à intervenção do sistema penal, nada mais representa do que “passar por cima do princípio da culpabilidade”, para, assim, impor-lhes uma indevida punição pela prática daquela conduta.⁸⁹

Essa indevida punição, conduzindo ao tratamento médico obrigatório, ainda induz o profissional da saúde a se transformar em um delator, que informa ao órgão do Poder Judiciário sobre comportamentos reservados de seus pacientes, assim claramente violando o sigilo profissional garantidor da intimidade e da vida privada. A natureza obrigatória do tratamento e sua integração ao sistema penal implicam um controle do juízo criminal sobre o indivíduo a quem o tratamento foi imposto; controle que é feito exatamente a partir de informações prestadas pelos próprios encarregados do tratamento.⁹⁰

Logo, partindo-se do pressuposto de que se ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e que nenhuma pena pode ser imposta a quem venha a ser absolvido, resta como óbvio que compelir alguém a uma internação manicomial sem prazo definido e independentemente de sua vontade é um ato de natureza penal e portanto, sancionatória, ainda que sob o disfarce de uma sanção terapêutica.

4.5 A MEDICALIZAÇÃO DA LOUCURA

Transformada, pelos saberes médicos, em doença, alienação, desajuste, irracionalidade e perversão, a loucura carrega um conjunto de práticas, concepções e

⁸⁹ KARAM, Op. Cit. p. 112

⁹⁰ Ibid, p.

saberes que, ancorados em uma moralidade ditada pelos bons costumes, pela ordem e pelo trabalho produtivo, faz desligar, de forma explicitamente violenta, os diferentes laços de construção e pertencimentos humanos (OLIVEIRA, 2011)⁹¹.

Segundo Myriam Mitjavila⁹², medicalização é, em termos gerais, o conjunto de processos caracterizados pela expansão do campo de objetos de conhecimento e de intervenção da medicina científico-técnica sobre as esferas da vida social.

Assim, é possível dizer que o fenômeno da medicalização é um processo em expansão: cada vez mais presente em diversos setores do cotidiano, de modo que hoje não parece exagero falar em uma “medicalização da vida”, enquanto objeto de diversas discussões que vão de encontro ao crescente número de hospitais, laboratórios, clínicas e indústrias voltadas para a produção e distribuição de medicamentos – que de forma muito conveniente, alimentam os bolsos das grandes indústrias farmacêuticas, bem como ao aumento de patologias, diagnósticos e tratamentos.

É nesse contexto que Foucault⁹³ constata que “(...) a saúde, a doença e o corpo começam a ter bases de socialização e, simultaneamente, convertem-se em instrumentos de socialização dos indivíduos”, ao denunciar o papel da Psiquiatria na administração de comportamentos ameaçadores à ordem social, exercendo controle sobre as condutas consideradas indesejáveis através da medicalização das “[...] condutas, sofrimentos e desvios”.⁹⁴ Em síntese, quando a medicalização cerca todos os modos de vida e apropria-se de tal maneira a ponto de interferir na construção de normas, tradições, conceitos e regras sociais, passa a assumir também um caráter político em meio à sociedade.

O perigo deste fenômeno reside, basicamente, através de uma constatação um tanto óbvia: com a sistematização de uma administração heterônoma de saúde, o ser humano substitui o autocuidado por soluções práticas, comprimidas em algumas pílulas. Perdem-se a autonomia e a capacidade de superação, pois já não se tem traço das condições que o inserem,

⁹¹ OLIVEIRA, Elaine Cristina de. A (re)visão do caráter perpétuo da medida segurança, 2011. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/10602-A-revisao-do-carater-perpetuo-da-medida-seguranca>>. Acesso em: 8 out. 2017.

⁹² MITJAVILA, Myriam; MATHES, Priscilla. *Labirintos da medicalização do crime*. Revista Saude soc., v. 25, n. 4, São Paulo. Dez. 2016. p. 848.

⁹³ FOUCAULT, Michel. *Crise da medicina ou crise da antimedicina*. Verve, 18. 2010, p. 170. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/8646/6432>> Acesso em 21 de outubro de 2017.

*Trata-se de transcrição de uma conferência dada por Michel Foucault, no Rio de Janeiro, em 1974, nunca antes publicada no Brasil.

⁹⁴ CANESQUI, Ana Maria. A Medicalização da Vida como estratégia de biopolítica. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 6, p. 1961-1962, June 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232015000601961&lng=en&nrm=iso> Acesso em 10 de Out. 2017.

enquanto sujeito, na sua relação com o sofrimento. Assim, a medicalização impede o exercício do autocuidado através do monopólio médico da cura, que se alastra pelo tecido⁹⁵. Portanto, a partir da transformação da loucura em doença pelos saberes da medicina, rompem-se os diferentes laços de construção e pertencimento humanos.

A lógica manicomial por trás dos Hospitais de Custódia é a mais plena tradução da exclusão, controle e violência, através de uma roupagem terapêutica que retira a responsabilidade da sociedade e descontextualiza os processos de construção e reprodução da loucura no tempo-espaço. Romper com este modelo significa repensar os valores atribuídos às noções de periculosidade e ainda, abrir espaço no tecido social para acolher as diferenças, resgatar os laços do convívio e enxergar na cidade o lugar de reinserção.

Outro fator que merece uma reflexão mais apurada reside no caráter curativo dos discursos sobre as medidas de segurança e sua incompatibilidade com a falta de voluntariedade do sujeito – saúde é direito, não dever. Uma vez incorporado ao discurso sobre as medidas de segurança com o condão de “curar”, o tratamento terapêutico enquanto procedimento de saúde não pode ser imposto. “O paciente deve ter o direito de decidir sobre a sua vida, sobre seu corpo e sua mente, inclusive para contribuir para que os resultados sejam atingidos”.⁹⁶

Por fim e não menos relevante, cabe a problematização que decorre de um *lobby* da indústria farmacêutica: de acordo com o Conselho Federal de Psiquiatria, pesquisadores e psiquiatras norte-americanos, argentinos, franceses e brasileiros têm denunciado seu papel mercadológico em função das campanhas que têm desenvolvido para comercialização em massa de remédios voltados para a área de transtornos mentais e de comportamento.⁹⁷

5. A REFORMA PSIQUIÁTRICA

A partir do contexto da redemocratização do país, pós ditadura militar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o movimento da Reforma Sanitária, surgiu no âmbito das políticas públicas a ideia de saúde enquanto dever do Estado e direito de todos e a

⁹⁵ MATHES, Priscilla Gomes. CRIMINALIZAÇÃO DA LOUCURA E MEDICALIZAÇÃO DO CRIME: trajetórias e tendências da psiquiatria forense.

⁹⁶ WEIGERT, Op. Cit. p. 16

⁹⁷ Conselho Federal de Psicologia XV – Plenário Gestão 2011-2013. Subsídios à campanha “NÃO à medicalização da vida”. Disponível em: < https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/Caderno_AF.pdf > Acesso em: 21 de out. de 2017.

criação do Sistema Único de Saúde (SUS), o que significou “uma mudança profunda na forma de entender e cuidar da saúde e na maneira de operacionalizar os serviços voltados para a saúde”.⁹⁸ Este novo sistema passou a abranger a proteção e a promoção da saúde, também relativas à cultura e à mentalidade, de modo que:

O SUS implica, ao final das contas, em reforma profunda na estrutura do Estado brasileiro, já que força mudanças nas relações de poder entre as unidades federativas, traz os cidadãos para as mesas de decisão, passa a considerar como agentes de atenção não só o hospital e o médico e passa a privilegiar a Atenção Primária e equipes multiprofissionais vinculadas ao território. As pessoas são atendidas preferencialmente em seus bairros e a maneira de promover, produzir e proteger a saúde inclui serviços diversos de vigilância e atenção que implicam outros setores sociais.⁹⁹

Em 2001 foi publicada a Lei de Reforma Psiquiátrica que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental ao sistema público, atribuindo ao Estado a responsabilidade pelo desenvolvimento de políticas na área, com a devida participação da sociedade e da família. De acordo com as conclusões do Seminário Nacional para a Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, promoção conjunta do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Assistência à Saúde, área técnica de Saúde Mental, ocorrido em setembro de 2002, nos estados onde existam manicômios judiciários, as condições mínimas devem se adequar às normas do SUS, com as mesmas regras para os hospitais psiquiátricos públicos ou credenciados aos SUS, direcionadas no sentido da humanização, desospitalização e desinstitucionalização.¹⁰⁰ Assim, a Reforma Psiquiátrica proíbe qualquer forma de tratamento manicomial, por meio do seu artigo 4º, §3º. Mesmo em casos excepcionais, a internação psiquiátrica deve ser sempre subsidiária e indicada apenas quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

Por meio da reforma, garantiu-se às pessoas acometidas por transtornos mentais e aos seus familiares os direitos à informação; ao acesso ao melhor tratamento disponível no sistema de saúde e pelos meios menos invasivos possíveis, preferencialmente, em serviços de

⁹⁸ OLIVEIRA, Walter Ferreira de. DAMAS, Fernando Balvedi. *Saúde e atenção psicossocial em prisões: um olhar sobre o sistema prisional brasileiro com base em um estudo em Santa Catarina*. 1ª ed. São Paulo: Hucitec, 2016, p. 62

⁹⁹ Ibid, p. 63-64

¹⁰⁰ Secretaria Executiva do Ministério da Saúde. *Legislação em saúde mental*. 3. ed. revista e atualizada. Brasília, Ministério da Saúde, 2002. apud JACOBINA, op. cit. p. 107

comunitários de saúde mental; ao atendimento que objetiva a recuperação e inserção na família, no trabalho e na comunidade; à proteção contra abusos e explorações; ao sigilo nas informações prestadas; e à presença médica, em qualquer tempo para esclarecimento acerca da necessidade ou não de hospitalização involuntária.¹⁰¹

Paulo Vasconcelos Jacobina considerou como parâmetros norteadores da Lei 10.216/2001: a) a abordagem *interdisciplinar* da saúde mental, *sem prevalência* de um profissional sobre o outro; b) a *negativa do caráter terapêutico do internamento*; c) o respeito pleno da *especificidade* do paciente, e da natureza *plenamente humana* da sua psicose; d) a discussão do conceito de "*cura*", não mais como "*devolução*" ao paciente de uma "*sanidade perdida*", mas como trabalho permanente de construção de um "*sujeito*" (*eu*) ali onde parece existir apenas um "*objeto*" de intervenção terapêutica (*isso*); e) a *denúncia* das estruturas tradicionais como estruturas de *repressão* e *exclusão*; f) a *não-neutralidade da ciência*; e g) o reconhecimento da *interrelação estreita entre as estruturas psiquiátricas tradicionais e o aparato jurídico-policia*.¹⁰²

5.1. A RESPONSABILIZAÇÃO COMO ARTIFÍCIO HUMANIZANTE

No âmbito da Reforma Psiquiátrica, a responsabilidade foi resgatada no processo de construção do movimento antimanicomial enquanto um recurso civilizatório humanizante fundamental: que negar ao portador de sofrimento psíquico a capacidade de responsabilização é uma das principais formas de transforma-lo em “coisa” e retirar seu status como sujeito. O que se sustenta através deste discurso é a ideia de responsabilidade como um direito a ser resgatado, por considerar a sua retirada também como uma forma de exclusão. De acordo com o Relatório Final da IV Conferência Nacional de Saúde Mental (2011):

729. Outro tema de fundamentação importante assinalado nas propostas aprovadas está relacionado à alteração do Código Penal Brasileiro, no sentido de excluir o conceito de “presunção de periculosidade” da pessoa com transtorno mental em situação de privação de liberdade e em presídios, sendo-lhe garantido o direito à responsabilidade, à assistência e à reinserção social, extinguindo-se a reclusão em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Ainda no plano legal, é também de vital importância a reformulação da Lei de Execuções Penais, o Código Penal e o Código de Processo Penal, de acordo com os princípios da Lei 10.216/2001,

¹⁰¹ OLIVEIRA, Walter Ferreira de; DAMAS, Fernando Balvedi. Op. cit.. p. 85

¹⁰² JACOBINA, op. cit. p. 91

mediante construção de soluções jurídicas, clínicas e sociais para as pessoas em sofrimento psíquico, durante o tempo que mantiveram relações com a justiça penal.¹⁰³

Para Neusa Maria de Fátima Guareschi e Mariana de Assis Brasil e Weigert, “o novo cenário impede a afirmação de que o portador de sofrimento psíquico é absolutamente irresponsável pelos seus atos, lícitos ou ilícitos”¹⁰⁴. Se a responsabilização passa a ser vista como um direito, então para o novo paradigma de tratamento jurídico aos portadores de transtorno mental, ao tratar a pessoa diagnosticada com sofrimentos de ordem psíquica como sujeito de direitos e não mais objeto do laboratório psiquiátrico-forense, a possibilidade de responder pelo crime cometido torna-se uma condição humanizante. De acordo com Barros-Brisset, trata-se de:

[...] um exercício de cidadania que aponta para a responsabilidade e para a capacidade do sujeito de se reconhecer como parte de um registro normativo que serve para todos. Responder pelo seu crime é um modo de inclusão, pois insere o sujeito dentro do ‘guarda-chuva da lei, que abriga a todos sob o seu manto.’¹⁰⁵

Nesse ponto, a Lei 10.2016/2001, ao projetar mudanças no estatuto jurídico do portador de sofrimento psíquico e redefinir formas ou graus distintos de responsabilidade, demanda uma nova construção conceitual ao disposto no artigo 26 do Código Penal. Em se tratando em termos de inimputabilidade e culpabilidade:

Se ao usuário do sistema de saúde mental em conflito com a lei é assegurado um âmbito próprio e diferenciado de responsabilização – pois, em termos dogmáticos, apenas um dos elementos da culpabilidade (imputabilidade) é atingido –, com a exclusão do binômio doença mental-periculosidade do sistema de compreensão do sofrimento psíquico, é viável concluir que o fundamento e a possibilidade de aplicação de medidas de segurança, na forma disposta no Código Penal, estão historicamente superados.¹⁰⁶

¹⁰³ SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. Conselho Nacional de Saúde. Comissão Organizadora da IV Conferência Nacional de Saúde Mental – Intersetorial. Relatório Final da IV Conferência Nacional de Saúde Mental. 27 de junho a 1 de julho de 2010. Brasília: 2010, p. 121.

¹⁰⁴ GUARESCHI; WEIGERT, op. cit. p. 779

¹⁰⁵ BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. *Um dispositivo conector – Relato da experiência do PAI-PJ/TJMG, uma política de atenção integral ao louco infrator*. Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano, Belo Horizonte: 2010, p. 124

¹⁰⁶ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Reflexões Iniciais sobre os Impactos da Lei 10.2016/2001 nos sistemas de responsabilização e de Execução Penal*. Responsabilidades. V. 2, nº 2: 2012. p. 289

Pretendendo delimitar uma forma distinta de responsabilidade, surge a tese de Virgílio de Mattos em pensar primeiramente na possibilidade de se erradicar a possibilidade de aplicação de medida de segurança. No lugar de uma absolvição imprópria, restaria a responsabilização penal através de júízo condenatório, com a consequente aplicação de pena, sendo asseguradas todas as garantias inerentes ao status jurídico de réu, com a imposição de pena com limites estabelecidos, dentro dos intervalos mínimos e máximos legalmente previstos, havendo possibilidade de o transtorno mental do imputado servir como atenuante genérica.¹⁰⁷

¹⁰⁷ MATTOS, Virgílio. Crime e psiquiatria: uma saída. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 167 apud CARVALHO; WEIGERT, *ibid.* p. 289

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, partindo-se do pressuposto de que a legislação penal apresenta a sua própria concepção de loucura e que o direito sanitário traz outras abordagens ideológicas referentes à questão da saúde mental, preconizando formas distintas de lidar com ela, questiona-se afinal: a medida de segurança possui caráter sancionatório ou terapêutico? Trata-se de uma espécie de pena ou de tratamento? De acordo com Jacobina, “não há uma resposta clara a essa pergunta, nem no plano filosófico, nem no plano doutrinário, nem no plano legal, a essa altura do desenvolvimento do nosso direito. Isso não nos tira a responsabilidade de raciocinar sobre o tema”.¹⁰⁸

Se de um lado, depara-se com heranças de um positivismo criminológico pautado em uma lógica punitivista que se antecede por um discurso determinista e segregador, centrado em uma noção de periculosidade que parece vir definindo-se com o tempo e, de outro, com a reforma psiquiátrica que vem balançando a estrutura de conceitos nem tão bem consolidados, o que vivemos hoje corresponde a um campo de incertezas, à espera por novos rumos. Nesse contexto, o próprio direito penal enfrenta uma crise diante de resultados que demonstram a falência de um sistema já ultrapassado e de uma sociedade que anseia por novas respostas.

Mais do que apenas soluções para os problemas cotidianos decorrentes da (in)segurança pública que se lastreiam por meio da violência, a sociedade pós-moderna parece estar em busca constante por uma sensação de total controle (porque acostumados com as facilidades de um mundo digital e individualista, proporcionado pelos avanços tecnológicos, em que é possível controlar absolutamente tudo) custe o que custar. Nesse ponto o tema da loucura revela até onde estamos dispostos a ir pela ilusão de controle: tal qual o alienista de Machado de Assis, estamos dispostos a sacrificar a liberdade de outrem até que custe a nossa própria.

E em se tratando de direitos fundamentais, o que dizer sobre os laudos e pareceres psiquiátricos, quando invadem âmbito tutelado pela Constituição sobre a vida privada e a intimidade? Mariana de Assis Brasil e Weigert sustenta que, por meio da proteção constitucional aos direitos da personalidade, estes não podem ser “invadidos” pelo Estado: “A personalidade propriamente está inserida nesses direitos individuais inacessíveis, devendo ser

¹⁰⁸ JACOBINA, op. cit. p. 133

igualmente respeitadas a esfera do pensamento, das convicções, das paixões e emoções como núcleo inviolável [...]”.¹⁰⁹

O que fica evidente é o fato de a medida de segurança não se justificar em prol do portador de transtornos mentais, mas tão somente em favor de uma sociedade amedrontada e ameaçada pela figura do louco e o que ele representa enquanto significado de uma perda de controle. Pelas lacunas existentes ao aprendermos a aplicação de uma “sentença absolutória *sui generis*” que afirma a impossibilidade de considerar o réu culpado (baseada na ideia de inimputabilidade) e que ao mesmo tempo lhe impõe uma sanção penal, questiona-se: qual é o fundamento dessa aplicação? Novamente, Jacobina encontra as palavras certas: “O único fundamento seria imaginar que a medida de segurança não é uma sanção penal, mas coisa diversa. Caso contrário, esbarrar-se-ia numa inconstitucionalidade. Mas que coisa diversa seria essa, não se sabe”.

Repensar a questão da loucura, em termos jurídicos, implica em reformular os próprios embasamentos filosóficos do direito penal. No que consistem os fundamentos e a função social do direito de punir? A potencialidade em se cometer crimes é inerente à pessoa humana: perigosos somos todos. Logo, o conceito de periculosidade fundado em probabilidades não pode servir de justificativa para a construção de um sistema repressivo inteiro.

Por fim, cabe a reflexão acerca da responsabilidade enquanto instrumento de devolução da voz e da cidadania ao sujeito com transtornos mentais, não para defender sua culpabilidade, mas como meio da construção em coexistir com o modo peculiar de ser, de agir e de pensar desses indivíduos e possibilitar a sua reintegração. Nas palavras de Jacobina, “somente um diálogo multilateral, interdisciplinar e democrático – que inclua, ademais a participação desses cidadãos com necessidades especiais – pode nos apontar um caminho para a construção de uma cidadania que se ajuste ao modo especial de ser”.¹¹⁰

¹⁰⁹ WEIGERT, op. cit. p. 10

¹¹⁰ JACOBINA, op. cit. p. 136

REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*. 01 ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BARBOSA, Nasser Haidar. *O mito da periculosidade e as medidas de segurança*. In *O Louco Infrator e o Estigma da Periculosidade*. XVI Plenário Gestão 2013/2016, Conselho Federal de Psicologia. 1ª ed. Brasília, 2016.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. *Um dispositivo conector – Relato da experiência do PAI-PJ/TJMG, uma política de atenção integral ao louco infrator*. Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano, Belo Horizonte: 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 83

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 846

BRASIL, HC 84.219-4-SP – 1.ª T. – j. 16.08.2005 – rel. Min. Marco Aurélio – DJU 23.09.2005

_____. STF – HC: 84219 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/04/2004, Data de Publicação: DJ 03/05/2004 PP – 00011

_____. HC 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Dje 26.6.2009

_____. HC 98.360, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Dje 23.10.2009

_____. HC 125.342/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 19/11/2009.

_____. Súmula 527, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 18/05/2015

CANESQUI, Ana Maria. A Medicalização da Vida como estratégia de biopolítica. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 6, p. 1961-1962, June 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232015000601961&lng=en&nrm=iso> Acesso em 10 de Out. 2017.

CARRARA, Sérgio. *A História Esquecida: os manicômios judiciários no Brasil*. Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano, São Paulo, v. 20, n. 1, abril, 2010.

_____. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP, 1998. (Coleção Saúde e Sociedade).

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Reflexões Iniciais sobre os Impactos da Lei 10.2016/2001 nos sistemas de responsabilização e de Execução Penal*. Responsabilidades. V. 2, nº 2: 2012.

CIRINO, Juarez dos Santos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, cap. 24, p. 655-671.

DIETER, Maurício Stegemann. *"O direito penal do inimigo" e a "controvérsia"*. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia, v. 33, n. 1, p. 26-36., jan./jul. 2009.

DOTTI, René Ariel. *Visão Geral da Medida de Segurança. Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001.

FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Afreudite - Ano III, 2007 - n.º5/6 P. 13

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984

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

FILHO, Roberto Lyra. *Criminologia Dialética*. Brasil: Ministério da Justiça, 1997.

FOUCAULT, Michel. *A História da Loucura na Idade Clássica*. Perspectiva. São Paulo, 1978.

_____. *Doença mental e psicologia*. Edições tempo Brasileiro Ltda., Rio de Janeiro, 1968.

_____. *Crise da medicina ou crise da antimedicina*. Verve, 18. 2010. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/download/8646/6432>> Acesso em 21 de outubro de 2017.

_____. *Os Anormais: curso no Collège de France (1974 – 1975)*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRAGOSO, Heleno. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO Rui. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. V. 2.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura: medida de segurança e reforma psiquiátrica*. ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília: 2008.

KARAM, Maria Lúcia. *A Reforma das Medidas de Segurança*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, out.-dez. 2012.

LEBRE, Marcelo. *Medidas de Segurança e Periculosidade Criminal: Medo de quem?* Revista Responsabilidades, v. 2, n. 2. Belo Horizonte, set. 2012/fev. 2013.

MATHES, Priscilla Gomes. *CRIMINALIZAÇÃO DA LOUCURA E MEDICALIZAÇÃO DO CRIME: trajetórias e tendências da psiquiatria forense*.

MATTOS, Virgílio. *Crime e psiquiatria: uma saída*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MITJAVILA, Myriam Raquel; MATHES, Priscilla Gomes. *Doença mental e periculosidade criminal na psiquiatria contemporânea: estratégias discursivas e modelos etiológicos*. Physis, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, p. 1377-1395, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312012000400007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 Out. 2017.

_____. *Labirintos da medicalização do crime*. Saude soc., São Paulo, v. 25, n. 4, p. 847-856, Dec. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902016000400847&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 Nov. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-12902016165278>.

NEUZA, Maria de Fátima Guasechi; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *A execução das medidas de segurança e a Lei de Reforma Psiquiátrica no Brasil contemporâneo*. Revista Eletrônica do Curso de Direito de UFSM. V. 10, nº2, 2015.

NEVES, Gabriel. *Manicômio ou Presídio? A Imputabilidade Penal*. In CORONEL, Luiz Carlos Illafont.(org.). *Psiquiatria legal: informações científicas para o leigo*. Porto Alegre: Conceito, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11.edição, Rio de Janeiro. Forense, 2014.

OLIVEIRA, Elaine Cristina de. *A (re)visão do caráter perpétuo da medida segurança*, 2011. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/10602-A-revisao-do-carater-perpetuo-da-medida-seguranca>>. Acesso em: 8 out. 2017.

OLIVEIRA, Walter Ferreira de. DAMAS, Fernando Balvedi. *Saúde e atenção psicossocial em prisões: um olhar sobre o sistema prisional brasileiro com base em um estudo em Santa Catarina*. 1ª ed. São Paulo: Hucitec, 2016.

PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIBEIRO, Homero Bezerra. *A necessidade de superação do paradigma criminológico tradicional: a criminologia crítica como alternativa à ideologia da "lei e ordem*. 2010.

Disponível em:

<http://www.observasmjc.uff.br/psm/uploads/A_necessidade_de_supera%C3%A7%C3%A3o_do_paradigma_criminol%C3%B3gico_tradicional_a_criminologia_cr%C3%ADtica_como_alternativa_%C3%A0_ideologia_da_%E2%80%9Cle_i_ordem%E2%80%9D.pdf> Acesso em: 22 de out. de 2017

ROUDINESCO, Elisabeth. *O paciente, o terapeuta e o Estado*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005 apud WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. *O discurso psiquiátrico na imposição e execução das medidas de segurança*. Revista de Estudos Criminais, v. 21, 2006.

SANTANA, Ana Flávia Ferreira de Almeida; CHIANCA, Tânia Couto Machado; CARDOSO, Clareci Silva. *Direito e saúde mental: percurso histórico com vistas à superação*

da exclusão. Psicologia em Revista, v. 17, n. 1. Disponível em:
<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/psicologiaemrevista/article/view/P.1678-9563.2011v17n1p16>>. Acesso em: 22 Out. 2017.

SILVA, Ricardo Miguel Guerreiro Viegas da. *Psicopatologia e Enclausuramento*. O Portal dos Psicólogos. 2011. Disponível em:
<http://www.psicologia.pt/artigos/ver_artigo_licenciatura.php?psicopatologia-e-enclausuramento&codigo=TL0291> Acesso em: 22 de Out. 2017

SILVA, Leila Gracieli da; ASSIS, Cleber Lizardo de. *Inimputabilidade Penal e a Atuação do Psicólogo Jurídico como Perito*. Direito em Debate – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ. Ano XXII, nº 39, 2013.

SILVA, Mozart Linhares da (org.). *Direito e medicina no processo de invenção do anormal no Brasil*. In:_. *História, medicina e sociedade no Brasil*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Delito*. São Paulo: Estúdio, 2015.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Entre silêncios e Invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciais brasileiros*. Porto Alegre, 2015.

_____. *O discurso psiquiátrico na imposição e execução das medidas de segurança*. Revista de Estudos Criminais, v. 21, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2ª edição Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 3ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.