



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CAMPUS SÃO CRISTÓVÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

LUCIANA TAVARES DE ANDRADE RIBEIRO

**O TRANSTORNO MENTAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE ACERCA
DA MEDIDA DE SEGURANÇA**

SÃO CRISTÓVÃO

2022

LUCIANA TAVARES DE ANDRADE RIBEIRO

**O TRANSTORNO MENTAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE ACERCA
DA MEDIDA DE SEGURANÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como requisito para obtenção da aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II.

Orientadora: Prof^a Dr^a Daniela Carvalho Almeida da Costa

SÃO CRISTÓVÃO

2022

LUCIANA TAVARES DE ANDRADE RIBEIRO

**O TRANSTORNO MENTAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO:
ANÁLISE ACERCA DA MEDIDA DE SEGURANÇA**

BANCA EXAMINADORA

Professora Dra. Daniela Carvalho Almeida da Costa
Orientadora

Professora Dra. Karyna Batista Sposato
1ª examinadora convidada

Professor Dr. Marcelo de Almeida Ferreri
2º examinador convidado

RESUMO

O presente trabalho pretende refletir através de pesquisa bibliográfica sobre o modo como o Direito Penal brasileiro aborda a pessoa com transtorno mental que comete o ilícito. Será discutido o papel que o louco ocupa no simbólico-social ao longo dos anos, os avanços trazidos pela Reforma Psiquiátrica e pelo Movimento Antimanicomial e seus efeitos na Política de Saúde Mental brasileira. Será discutido como o Direito Penal brasileiro construiu a lógica penal que justificou a adoção da semi-imputabilidade e inimputabilidade, através da análise da legislação e da doutrina. Será discutido acerca do instituto jurídico da Medida de Segurança, sua conceituação e como ela vem ocorrendo na prática brasileira. Percebe-se que essa adoção tem gerado diversas problemáticas e que a lógica Antimanicomial não foi adotada pela lógica penal no tratamento à pessoa com transtorno mental. Propõem-se mudanças legislativas sobre esse tratamento e a adoção da lógica Antimanicomial, com fins de trazer um tratamento digno e igualitário a esses indivíduos.

Palavras-chave: Medida de segurança; Reforma Psiquiátrica; Movimento Antimanicomial

ABSTRACT

The present work intends to reflect on through bibliographic research the way in which Brazilian Criminal Law approaches the person with a mental disorder who commits the illicit. It will be discussed the role that the mad person occupies in the symbolic-social over the years, the advances brought by the Psychiatric Reform and the Anti-Asylum Movement and its effects on the Brazilian Mental Health Policy. It will be discussed how Brazilian Criminal Law built the criminal logic that justified the adoption of semi-imputability and non-imputability, through the analysis of legislation and doctrine. It will be discussed about the legal institute of the Security Measure, its conceptualization and how it has been occurring in Brazilian practice. It is noticed that this adoption has generated several problems and that the Anti-Asylum logic was not adopted by the criminal logic in the treatment of the person with mental disorder. Legislative changes are proposed on this treatment and the adoption of the Anti-Asylum logic, in order to bring a dignified and egalitarian treatment to these individuals.

Keywords: Security measure; Psychiatric Reform; Anti-Asylum Movement

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. A HISTÓRIA DA LOUCURA: DO LOUCO À PESSOA COM TRANSTORNO MENTAL	
1.1. O louco e a sociedade.....	12
1.2. A pessoa com transtorno mental: avanços em saúde mental e a reforma psiquiátrica no Brasil.....	17
1.3. O Sistema de Saúde Mental brasileiro.....	20
2. O DIREITO PENAL BRASILEIRO E A PESSOA COM TRANSTORNO MENTAL	
2.1. A legislação penal brasileira e a abordagem acerca do transtorno mental.....	24
2.2. Fundamentos teóricos para compreensão da lógica penal punitiva.....	33
2.3 Análise acerca da culpabilidade, inimputabilidade e irresponsabilidade.....	43
3. ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A MEDIDA DE SEGURANÇA	
3.1 A Medida de segurança.....	50
3.2 A prática político-penal da medida de segurança no Brasil.....	56
3.3 Reflexões acerca de outras abordagens jurídicas possíveis à pessoa com transtorno mental.....	62
4. CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	76

INTRODUÇÃO

A loucura sempre gerou estranhamento e questionamentos da sociedade. Ao longo dos anos, o louco já ocupou o imaginário social de diferentes maneiras. Passou de figura divina, para possuidor de um gênio ruim, sem que o conhecimento pudesse explicar ao certo o que significava aquele fenômeno. Não correspondendo à normatividade, o louco foi sendo segregado, excluído da sociedade, pois tornou-se sinônimo de perigo social.

Com o passar do tempo, os estudos sobre a loucura foram avançando, mas demorou até que se compreendesse melhor o fenômeno e para que tratamentos adequados fossem desenvolvidos. Nesse ínterim, o louco foi sendo esquadrihado não apenas pelo saber médico, mas também pelo direito, pois com o status de perigosidade, o louco estava na mesma esfera simbólico-social do delinquente.

O saber médico e o saber jurídico foram ao longo dos anos experienciando confrontações acerca de dar respostas à sociedade sobre como abordariam a questão do transtorno mental e do crime. Quanto ao criminoso, o delinquecimento foi pela via da pena, de caráter retributivo, buscando a prevenção e baseado na culpabilidade, quanto ao transtorno mental, buscou-se abordar uma prevenção especial e com base na periculosidade do agente, através da inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança.

No presente trabalho, será analisado como o Direito Penal brasileiro foi desenvolvendo a resposta penal para a pessoa com transtorno mental que comete o ilícito penal. Pretende-se analisar criticamente acerca da abordagem adotada e refletir sobre as consequências trazidas pela conduta escolhida no Direito Penal brasileiro. O tema se faz relevante, pois trata do modo como as pessoas com transtorno mental estão sendo tratadas pelo direito penal brasileiro e pretende-se refletir se esse modo é o mais benéfico a essas pessoas e à sociedade e se este tratamento dado está de acordo com os avanços trazidos pela Reforma Psiquiátrica e pelo Movimento Antimanicomial. Refletir e discutir temas sobre a pessoa com transtorno mental é importante, pois esse grupo sempre foi invisibilizado e excluído socialmente e ainda se faz necessário criar canais de discussão para que estes possam dar espaço para fazer ecoar a sua voz, ou seja, suas questões sociais.

A escolha por um tema de pesquisa perpassa por mecanismos diversos, objetivos e subjetivos. Os mecanismos de escolha objetivos são aqueles que permitem que analisemos nossos campos de saber teóricos, aqueles que mais dominamos ou que tivemos acesso. Já os mecanismos subjetivos são aqueles que perpassam pelos caminhos da escolha inconsciente, daquela nossa preferência dita pessoal, por afinidade ou ainda, por aquilo que nos provoca, nos motiva e nos impele a saber mais. Assim surgiu a ideia e a escolha pelo tema proposto neste

trabalho. A questão da pessoa com transtorno mental provocou a vontade de olhar de modo mais profundo esse fenômeno intrigante, fato que motivou a primeira escolha de graduação em Psicologia da autora deste trabalho.

Durante os anos de estudo da Universidade Federal de Sergipe e após, o interesse se mostrou ainda mais intenso e ainda permanece. Com a escolha da atual graduação em Direito na mesma universidade, o olhar “estrangeiro” trouxe um estranhamento acerca dos estudos do Direito Penal e do modo como a pessoa com transtorno mental é nele abordada. Surgiu em diversos momentos desconfortos e estranhamentos por termos utilizados em códigos e doutrinas, ainda apresentando termos relativos à saúde mental já superados nos estudos em psicologia, psiquiatria e áreas afins. Porém, de modo a trazer um recorte neste trabalho, o olhar se voltou para o modo como a pessoa com transtorno mental que comete um ilícito penal é abordada nesse campo de saber no Brasil.

Como problema, este trabalho busca responder a seguinte indagação: a abordagem do transtorno mental no Direito Penal brasileiro através da inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança foi a melhor solução teórica? Como subproblemas, esse trabalho pretende responder às seguintes perguntas: quais teorias embasaram a conduta do Direito Penal brasileiro acerca da solução do tema do transtorno mental e do ilícito penal? A solução penal brasileira para a questão do transtorno mental foi de caráter punitivista, adoecedor, higienista e excludente? Quais outras soluções se mostram possíveis ao Direito Penal brasileiro para a questão da pessoa com transtorno mental que comete ilícito penal?

Este trabalho tem como hipótese primária de que a abordagem do transtorno mental no Direito Penal brasileiro através da inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança não foi a melhor solução teórica e a solução penal brasileira para a questão do transtorno mental é de caráter punitivista, adoecedor, higienista e excludente.

Como objetivo geral, este trabalho pretende analisar criticamente a abordagem dada pelo Direito Penal brasileiro à pessoa com transtorno mental que comete o ilícito penal. Como objetivos específicos, este trabalho pretende: analisar a construção da questão do transtorno mental e do ilícito penal no direito penal brasileiro; analisar as teorias que influenciaram a construção legislativa acerca do tema; analisar o percurso da saúde mental no Brasil, com foco na Reforma Psiquiátrica e no Movimento Antimanicomial e de que modo o sistema de saúde mental está organizado em nosso país; tecer análises críticas sobre a legislação vigente sobre o tema; tecer análises críticas sobre como a prática penal acerca do tema vem ocorrendo; refletir acerca de novas propostas e soluções para a questão em análise.

Para analisar as hipóteses e alcançar os objetivos desse trabalho, será realizada pesquisa bibliográfica através de livros, teses, legislação e artigos científicos relevantes sobre o tema. Através das fontes bibliográficas, pretende-se analisar criticamente o tema e trazer propostas de autores para possíveis soluções ao tema abordado. O percurso de análise da bibliografia pesquisada se dará por uma construção da narrativa sob um aspecto sócio-histórico, pois compreende-se que todo fenômeno, especialmente fenômenos sociais, trazem consigo uma construção desse saber que é histórica. Ao longo dos anos e das nossas vivências, vamos nos tornando quem somos e o que pensamos e isto influencia nosso modo de fazer ciência, filosofia ou arte. A partir dessa construção de pensamento de pesquisa, chama-se autores de relevância para embasar cientificamente nosso estudo e dar coerência àquilo que se discute, através da pesquisa bibliográfica.

Para contemplar os objetivos desta pesquisa, o trabalho foi organizado do seguinte modo: no primeiro capítulo, intitulado “A história da loucura: do louco a pessoa com transtorno mental”, pretende-se refletir como historicamente a figura do “louco” foi tratada pela sociedade e, para isso, o autor Michel Foucault foi trazido ao diálogo, pois ele faz uma reflexão crítica acerca do tema, principalmente em sua importante e clássica obra “A história da loucura” (1978). No subcapítulo 1.1, “O louco e a sociedade”, reflete-se como ao longo da história a loucura era tratada com estranhamento e medo, o que gerou uma busca por segregação dessas pessoas do convívio social e ao trancafiamento em locais com tratamentos degradantes. No subcapítulo 1.2, “A pessoa com transtorno mental: avanços em saúde mental e a reforma psiquiátrica no Brasil”, pretende-se discutir acerca dos avanços nos estudos em saúde mental, com recorte no nosso país, principalmente advindos do movimento da Reforma Psiquiátrica e do Movimento Antimanicomial, que subverteu a conduta dada anteriormente a pessoa com transtorno mental, trazendo maior dignidade a essas pessoas através de tratamentos mais humanizados. No subcapítulo 1.3, “O Sistema de Saúde Mental brasileiro”, será analisado de que modo a política de saúde mental foi delineada em nosso país, quais legislações abordam o tema e que dispositivos institucionais são utilizados para desenvolver tal política.

No segundo capítulo do trabalho, “O Direito Penal brasileiro e a pessoa com transtorno mental”, iremos aprofundar no tema principal desta monografia, analisando o modo como o Direito Penal brasileiro aborda a pessoa com transtorno mental. No subcapítulo 2.1, “A legislação penal brasileira e a abordagem acerca do transtorno mental”, há uma análise dos diferentes códigos brasileiros, em relação ao tema da pessoa com transtorno mental que comete o ilícito. No subcapítulo 2.2, “Fundamentos teóricos para compreensão da lógica penal punitiva”, será abordado através da doutrina penal e da legislação penal, especificamente

através das escolas penais e da teoria das penas, o percurso teórico da lógica penal que permitiu a construção da escolha pela medida de segurança como resposta à pessoa com transtorno mental. Já no subcapítulo 2.3, “Análise acerca da culpabilidade, inimputabilidade e irresponsabilidade”, será analisado através da teoria geral do delito como foi construída a noção de semi-imputabilidade e inimputabilidade pelo Código Penal.

No capítulo terceiro, “Análise crítica sobre a medida de segurança”, o trabalho irá mostrar como a medida de segurança está sendo realizada na prática penal, quais as problemáticas que estão surgindo advindas da escolha político-penal pela estratégia da medida de segurança e quais seriam as possíveis mudanças ou novas abordagens para tratar do tema da pessoa com transtorno mental que comete o ilícito penal no Direito Penal brasileiro. No subcapítulo 3.1, “A Medida de segurança”, será conceitualizado e caracterizado este instituto jurídico. No subcapítulo 3.2, “A prática político-penal da medida de segurança no Brasil”, será analisado como está ocorrendo na prática brasileira a aplicação da medida de segurança. No subcapítulo 3.3, “Reflexões acerca de outras abordagens jurídicas possíveis à pessoa com transtorno mental”, será refletido acerca de outras abordagens jurídicas possíveis para o tratamento da pessoa com transtorno mental que comete o ilícito.

1. A HISTÓRIA DA LOUCURA: DO LOUCO À PESSOA COM TRANSTORNO MENTAL

No primeiro capítulo desse trabalho, discute-se acerca do sujeito central do tema tratado, o louco. Para tanto, faz-se uma análise sócio-histórica da loucura, perpassando sobre como a sociedade tratava os loucos desde a Grécia Antiga, até a atualidade. No primeiro subcapítulo (1.1), intitulado “O louco e a sociedade”, optou-se pelo uso do termo louco e loucura, de modo intencional, com o objetivo de levar o leitor para o entendimento da lógica de como esses sujeitos eram tratados na época. Como será visto, a loucura é um fenômeno que sempre gerou estranhamentos sociais, por fugir à norma comportamental.

Se na Grécia Antiga, essas pessoas eram tratadas com misticismo e como divindades, com o alastramento do Cristianismo, o fenômeno passou a ser olhado de modo negativo, com a conotação de serem seres demoníacos. Além dessa conotação, havia medo pela imprevisibilidade do comportamento dessas pessoas e a ideia de que eram, por isso, perigosas. Assim, as sociedades responderam a esse fenômeno social através da segregação, do encarceramento e do tratamento através da dor para expurgar os possíveis males.

Ao longo dos anos, a medicina foi adentrando esses espaços e tentando criar estratégias de curas, porém esses tratamentos tinham foco na doença e não no doente e diversos métodos eram associados à dor e a degradação do doente. Com o avanço dos estudos em saúde mental e com as denúncias de diversos atores sociais acerca do que se passava nos hospitais psiquiátricos, houve a ascensão de movimentos sociais para transformar a política de saúde mental dos países, a exemplo do Movimento da Reforma Psiquiátrica. No segundo subcapítulo (1.2), “A pessoa com transtorno mental: avanços em saúde mental e a reforma psiquiátrica no Brasil.”, aborda-se como esse movimento ocorreu em nosso país e como ele influenciou nossa política de saúde mental.

No último subcapítulo (1.3), “O Sistema de Saúde Mental brasileiro”, discute-se as legislações e dispositivos institucionais que compõem a rede de saúde mental no Brasil, a fim de dar um panorama do como hoje a pessoa com transtorno mental é tratada em nosso país. Nota-se que houve uma crescente evolução acerca da abordagem dada a pessoa com transtorno mental, no entanto, percebe-se que essas evoluções estão sempre sob ameaça, pois vê-se iniciativas de legisladores no sentido de retorno ao modelo hospitalocêntrico, necessitando que os atores da saúde mental estejam sempre discutindo e informando a sociedade acerca do tema.

Ao longo do capítulo, pretende-se que o leitor parta da noção de loucura, do louco, com toda a impregnação de preconceito que os termos carregam e vejam como o modo de abordar o fenômeno foi modificando, através dos estudos em saúde mental e dos movimentos sociais

desse grupo, o que foi forçando a adoção de um termo mais adequado, qual seja, pessoa com transtorno mental, pois compreende-se que são pessoas com direitos, autônomas, que possuem condições de saúde, que podem ser temporárias ou permanentes.

1.1. O LOUCO E A SOCIEDADE

O louco gera estranhamento na sociedade, pois ele foge da norma, da nossa maneira comum de dar sentido à vida. Ele traz consigo a imprevisibilidade e a impotência diante de um fenômeno que não sabemos lidar. Na Grécia Antiga, eles eram considerados seres divinos, no entanto, com a chegada do Cristianismo, a loucura passa a ter um caráter negativo de demonização (BRASIL, 2008). Assim, o modo como a sociedade passa a lidar com a loucura passa a ser escondendo e segregando.

Michel Foucault, em sua importante obra “A história da loucura” (1978), relata que no fim da Idade Média, nas cidades europeias, o surto da lepra começa a cessar e os espaços de segregação social que eram utilizados para esses doentes, começam a ficar vagos. Dois ou três séculos depois, segundo Foucault (1978), a sociedade começa a procurar uma nova utilidade para esses espaços, iniciando os novos “jogos de exclusão” (FOUCAULT, 1978, p.10) e ocupando estes com os “pobres, vagabundos, presidiários e *cabeças alienadas*” (FOUCAULT, 1978, p.10). O autor comenta que no século XV, os loucos eram já segregados e escorraçados das cidades e iam de um lugar a outro em navios. Além disso, nas cidades europeias já havia locais de “detenção reservado aos insanos” (FOUCAULT, 1978, p.14).

A loucura foi vista como um fenômeno de possessão, de magia e, na Idade Média, a Igreja Católica tratou do louco no sentido de retirar deste a perturbação que possuía. No entanto, a loucura que antes era vista como uma possessão demoníaca, como algo mágico e contido pela Igreja Católica da Idade Média, no século XII, segundo Foucault (1978), ela aparece com um conteúdo moral e social. A loucura passa a ser não mais contida pela religião, tornando-se um problema de polícia. O louco “agora, será excluído porque vem daqui mesmo, e porque seu lugar é entre os pobres, os miseráveis, os vagabundos (...) ele perturba a ordem do espaço social” (FOUCAULT, 1978, p.72).

Nesse momento, os espaços de internação assumem o seu *status* de meio, dentro do sistema de Estado que busca a higiene social. A justificativa utilizada para a segregação é dada a partir da noção de periculosidade, porém, analisando-se criticamente, nota-se uma vontade humana no sentido de esconder aqueles que incomodam aos olhos da sociedade. Conforme comenta Foucault (1978, p.72-73), acerca da internação:

Antes de ter o sentido médico que lhe atribuímos, ou que pelo menos gostamos de supor que tem, o internamento foi exigido por razões bem diversas da preocupação com a cura. O que o tornou necessário foi um imperativo de trabalho. Nossa

filantropia bem que gostaria de reconhecer os signos de uma benevolência para com a doença, lá onde se nota apenas a condenação da ociosidade.

O autor ressalta que a internação tinha um papel social e de poder de polícia, escondido por trás de uma suposta razão médica e curativa. Ele afirma que a origem das internações na Europa surgiu como consequência no século XVII a uma grave crise econômica, que gerou grande número de desempregados e pobreza. Neste cenário, nota-se de que forma os loucos foram sendo esquadrihados em conjunto com outras categorias às margens sociais, como os desempregados, os miseráveis e os delinquentes. Esses espaços tornam-se locais de punição e não de cura, são espaços de coação moral e física. As internações refletem os anseios da burguesia que abdicava das suas liberdades individuais, para que fossem tuteladas pelo poder estatal (FOUCAULT, 1978).

Esse momento histórico é importante para a compreensão da origem das internações e sobre sua inerente função moral, conforme comenta Foucault (1978, p.89):

A internação é uma criação institucional própria ao século XVII. Ela assumiu, desde o início, uma amplitude que não lhe permite uma comparação com a prisão tal como esta era praticada na Idade Média. Como medida econômica e precaução social, ela tem valor de invenção. Mas na história do desatino, ela designa um evento decisivo: o momento em que a loucura é percebida no horizonte social da pobreza, da incapacidade para o trabalho, da impossibilidade de integrar-se no grupo; o momento em que começa a inserir-se no texto dos problemas da cidade. As novas significações atribuídas à pobreza, a importância dada à obrigação do trabalho e todos os valores éticos a ele ligados determinam a experiência que se faz da loucura e modificam-lhe o sentido. (...) a ordem não mais enfrenta livremente a desordem, a razão não mais tenta abrir por si só seu caminho por entre tudo aquilo que pode evitá-la ou que tenta recusá-la. Ela impera em estado puro num triunfo que lhe é antecipadamente preparado sobre um desatino desenfreado. Com isso a loucura é arrancada a essa liberdade imaginária que a fazia florescer ainda nos céus da Renascença.

Nesse momento, os Estados passam a exercer seu poder de polícia, a impor a razão e a moral perante seus cidadãos. Aqui, a loucura e o delinquente começam a ter seus destinos sob tutela do Estado e da razão, são os “a-sociais”, segundo Foucault (1978). O autor analisa o modo como esse caráter moral das internações foram também responsáveis pela criação da subjetividade dos alienados e do modo como os saberes médicos e jurídicos atuaram neles. Afirma que “refazer a história desse processo de banimento é fazer a arqueologia de uma alienação” (FOUCAULT, 1978, p.92).

No séc. XVIII, com a Revolução Francesa e as transformações sociais e políticas dela advindas, os hospitais passam a ser ocupados cada vez mais pelos médicos, com a intenção de “humanizá-las e adequá-las ao novo espírito moderno” (AMARANTE, 2007, p.24). Conforme Amarante (2007), é nesse momento que os hospitais passam a ser locais médicos centrados por excelência e observa-se a alta a vários pacientes e a criação de outras instituições assistenciais,

como orfanatos e reformatórios. O hospital passou de local de caridade, posteriormente para local de controle social e passa a assumir a finalidade de tratamento aos enfermos (AMARANTE, 2007). A vivência do médico no local hospitalar, possibilitou a criação do saber médico, nos moldes da epistemologia das ciências naturais da época. Para Amarante (2007), ambos, hospital e saber médico, foram afetados pelo fazer dessa época.

Do século XVII para o século XIX, o saber médico inicia seu interesse pelos ditos alienados, através dos estudos do francês Philippe Pinel (BRASIL, 2008). Temos a origem da psiquiatria e os médicos que tratam dos alienados, são chamados de alienistas. O tratamento dado aos alienados nas origens do saber psiquiátrico era marcado por forte contenção, pois ainda pouco se sabia do fenômeno da loucura. Aqui, os loucos ainda seguem segregados da sociedade e seu tratamento é sob a égide da força e da dor.

Além das contribuições de Pinel, Esquirol, seu discípulo, integrou a escola francesa iniciada por Pinel, juntamente com Morel (1809-1873) e Edouard Séguin (1812-1880) (BRASIL, 2008). No século XIX, Emil Kraepelin compõe a corrente organicista alemã, que propõe cuidadosa descrição de sintomas clínicos, a evolução e a análise anatomopatológica e formula uma nova doutrina (BRASIL, 2008). No século XX, Freud, criador da psicanálise, revoluciona o saber psiquiátrico, ao trazer a inédita noção do inconsciente e da sua influência no aparelho psíquico.

Apesar da evolução do saber médico na área, entre 1940 e 1960, os tratamentos psiquiátricos ainda eram bárbaros (BRASIL, 2008), pois eram utilizados os eletrochoques, “a malarioterapia (contaminação do paciente com o protozoário da malária na tentativa de criar distúrbios), a insulino-terapia (coma diabético provocado por meio de injeção de insulina) e o uso do cardiazol (droga para provocar convulsões)” (BRASIL, 2008, p.9).

Foucault (1978) analisa que a associação do tratamento/cura com o castigo/dor foi colocada no Hospital Geral na origem com os doentes venéreos, principalmente porque nestes havia uma questão acerca do expurgo do pecado que estas doenças carregavam. Foucault (1978, p.98) comenta:

O tratamento dos doentes venéreos é desse tipo: trata-se de remédio ao mesmo tempo contra a doença e contra a saúde — em favor do corpo, mas às custas da carne. E essa é uma ideia importante para compreender-se certas terapêuticas aplicadas, em gradação, à loucura, no decorrer do século XIX.

Foucault (1978) afirma que durante cento e cinquenta anos, os doentes venéreos estarão lado a lado com os insanos e “vão atribuir a estes durante muito tempo um certo estigma onde se trairá, para a consciência moderna, um obscuro parentesco que lhes destina a mesma sorte e

os mesmos lugares no mesmo sistema de punição” (FOUCAULT, 1978, p.98). O saber médico sobre o louco passa muitos anos através dessa matriz original de tratamento com base na dor e no castigo. Como analisa o autor citado (FOUCAULT, 1978, p.99):

A loucura começa a avizinhar-se com o pecado, e é talvez aí que se estabelecerá, por séculos, esse parentesco entre o desatino e a culpabilidade que o alienado experimenta hoje, como sendo um destino, e que o médico descobre como verdade da natureza. Nesse espaço factício criado inteiramente em pleno século XVII constituíram-se alianças obscuras que cento e tantos anos de psiquiatria dita "positiva" não conseguiram romper, alianças que se estabeleceram pela primeira vez, bem recentemente, na época do racionalismo.

Foucault (1978) comenta que é estranho perceber que foi justamente o racionalismo que provocou essa confusão entre remédio e castigo e ressalta a aliança entre a medicina e a moral e o seu poder de controle sobre os corpos. Esse modelo de controle foi analisado por Foucault em sua obra “Vigiar e Punir: Nascimento da prisão” (2013), em que o autor diz que através da disciplina, os corpos sofrem um processo de docilização. O autor afirma que nos séculos XVII e XVIII, “as disciplinas tornaram-se fórmulas gerais de domínio” (FOUCAULT, 2013, p.117). Segundo Foucault (2013, p.117):

O momento histórico das disciplinas é quando nasce uma arte do corpo humano, que não visa apenas o desenvolvimento das suas capacidades, nem o aprofundamento da sua sujeição, mas a formação de uma relação que, no mesmo mecanismo, o torna tanto mais obediente quanto mais útil e inversamente. Forma-se então uma política das coerções, que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada dos seus elementos, dos seus gestos e dos seus comportamentos. O corpo humano entra num maquinismo de poder que o explora, desarticula e recompõe. Começa a nascer uma *anatomia política*, que é também uma *mecânica do poder*; define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se deseja, mas para que funcionem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determinam. A disciplina fabrica assim corpos submetidos e exercitados, corpos *dóceis*.

A disciplina procede inicialmente pela distribuição dos indivíduos no espaço, utilizando-se de diversas técnicas, como a clausura, a separação por repartição (cada indivíduo em seu lugar), regramento dos horários, a vigilância (a coação através do olhar), as normas e regramentos, o exame (FOUCAULT, 2013). Todas essas tecnologias da disciplina, segundo Foucault (2013), podem ser representadas a partir do modelo do Panóptico de Bentham. O autor explica o modelo (FOUCAULT, 2013, pp. 155-156):

O Panopticon de Bentham é a figura arquitectónica desta composição. O seu princípio é conhecido: na periferia, um edifício anelar; ao centro, uma torre; esta tem grandes janelas que se abrem sobre o lado interior do anel; o edifício periférico está dividido em celas, cada uma atravessando toda a espessura do edifício; têm duas janelas, uma para o interior, que corresponde às janelas da torre; a outra para o exterior, que permite que a luz atravesse totalmente a cela. Basta então colocar um vigia na torre central e, em cada cela, encerrar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um aluno. Pelo efeito da contraluz, podem ver-se a partir da torre, recortando-se exatamente contra a luz, pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Cada cela

é um pequeno teatro, onde cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver constantemente e reconhecer de imediato. Em suma, inverte-se o princípio da masmorra; ou melhor, das suas três funções – encerrar, privar de luz e esconder –, só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A luz e o olhar de um vigia captam melhor que a escuridão, que antes protegia. A visibilidade é uma armadilha.

Trata-se do modelo arquitetônico que materializa as tecnologias de poder e disciplina, que foram e são utilizados pelas instituições que pretendem docilizar corpos, as chamadas instituições totais, segundo Goffman (1974). Para o autor citado, as instituições totais são estabelecimentos fechados, onde um grupo de internados vive em tempo integral. Este espaço pode servir a diversos fins principais: educação, correcional, de tratamento, de cuidado, dentre outros. Há ali uma equipe dirigente responsável pela administração, controle e disciplina desses locais. Foucault (2013, p.156) discorre a respeito dessa tecnologia de disciplina, vigilância, coerção e poder:

induzir no recluso um estado consciente e permanente de visibilidade, que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer de maneira a que a vigilância seja permanente nos seus efeitos, ainda que seja descontínua na sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade do seu exercício; que este aparelho arquitectónico seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente de quem o exerce; em suma, que os reclusos estejam presos numa situação de poder de que eles próprios são os portadores. Para isso, é simultaneamente de mais e de menos que o prisioneiro seja incessantemente observado por um vigilante: de menos, porque o essencial é que saiba que está a ser vigiado; de mais, porque não precisa efetivamente de ser vigiado. Foi por isso que Bentham formulou o princípio segundo o qual o poder deve ser visível e inverificável. Visível: o recluso terá incessantemente diante de si a alta silhueta da torre central, de onde é espiado. Inverificável: o recluso nunca deve saber se está realmente a ser observado; mas deve ter a certeza de que pode estar sempre a ser vigiado.

Foucault (2013) e Goffman (1974), trazem uma reflexão sobre como as subjetividades dos internados são moldadas a partir dessa instância disciplinar e punitiva. Essa disciplina se mostra perversa, na medida que retira toda a autonomia do sujeito e o submete a uma punição e a um adoecimento. Essa lógica das instituições totais ainda está em funcionamento, principalmente nas prisões, hospitais de custódia e hospitais psiquiátricos. Nestes, segundo comenta Amarante (2007), há a produção da doença, na medida em que as subjetividades foram colocadas em um espaço que as interfere e as produz.

Assim, percebe-se que os manicômios e as prisões são instituições totais que têm semelhanças em seu modo de funcionamento, de saber-poder que as comanda. É necessário colocar essas instituições em perspectiva para se compreender o modo como foram se delineando e como hoje estão. Ao longo dos anos, através das análises de especialistas acerca das instituições totais e das denúncias de trabalhadores, sociedade e usuários, essas instituições

foram sendo colocadas sob forte crítica e surgiram movimentos que pediam mudanças acerca do modo de organização e tratamento destinado aos usuários. A seguir, iremos abordar acerca do movimento político-social da Reforma Psiquiátrica no Brasil.

1.2. A PESSOA COM TRANSTORNO MENTAL: AVANÇOS EM SAÚDE MENTAL E A REFORMA PSIQUIÁTRICA NO BRASIL

Neste subcapítulo, realiza-se uma análise acerca do movimento político-institucional da Reforma Psiquiátrica, com recorte para como tal movimento ocorreu no Brasil. Com as crescentes denúncias acerca do tratamento degradante destinado aos loucos, surgiu no mundo inteiro movimentos contrários ao modelo psiquiátrico adotado e nosso país também participou desses movimentos, como será abordado nos parágrafos seguintes.

As críticas ao modelo dos hospitais psiquiátricos foram ficando cada vez maiores, pelas seguintes razões (AMARANTE, 2007): esses locais eram superlotados, os limites entre sanidade e loucura não eram bem definidos, o papel de coerção e segregação social desses locais e as constantes denúncias de violências contra os internados. Na década de 60, nota-se uma mudança através dos estudos de Kaplan e a abordagem da psiquiatria preventiva e há a influência das comunidades terapêuticas da Inglaterra que criaram um novo paradigma, até culminar nas ideias de Franco Basaglia, advindas da Itália, em 1968, e responsáveis por revolucionar o tratamento psiquiátrico, e gerar o movimento político-sanitário da Reforma Psiquiátrica (BRASIL, 2008).

Após a Segunda Guerra, a sociedade vivenciou um momento de reflexão e de retomada dos valores humanitários e morais. Assim, os olhares se voltaram para os hospícios e ali perceberam que o que os doentes vivenciavam, não era muito diferente dos campos de concentração existentes na guerra. A sociedade percebeu que os hospícios não estavam construídos sobre os valores da dignidade humana e assim, houve espaço para os movimentos da reforma psiquiátrica (AMARANTE, 2007). Segundo explica Amarante (2007), este movimento aconteceu em vários países, sendo os mais importantes: Primeiro grupo, composto pela Comunidade Terapêutica e pela Psicoterapia Institucional, afirmavam que o fracasso estava na gestão dos hospitais e que a solução seria introduzir mudanças na instituição. O segundo grupo é formado pela Psiquiatria de Setor e a Psiquiatria Preventiva, que acreditava que o modelo hospitalar estava esgotado e deveria ser desmontado através da construção de serviços assistenciais para qualificar o cuidado terapêutico, ao mesmo tempo em que iria se diminuindo a importância dos hospitais psiquiátricos. Há ainda um denominado por Amarante (2007) “outro grupo”, que são a Antipsiquiatria e a Psiquiatria Democrática, estas consideram

que o problema está no modelo científico psiquiátrico, sendo todo ele colocado em análise, assim como suas instituições assistenciais.

Franco Basaglia foi o principal pensador da Psiquiatria Democrática e um grande nome da Reforma Psiquiátrica. Após sua experiência em um hospital na Itália, que foi chamado para realizar mudanças, ficou chocado com o que encontrou. Ao ter contato com as obras de Foucault e Goffman, passou a criar um período de negação da psiquiatria enquanto ideologia e formulou um pensamento e uma prática institucional original, com a ideia de superação do aparato manicomial, entendido não apenas como superação da estrutura física do hospício, mas de todos os saberes, poderes, práticas, teorias, que o fundamentam (AMARANTE, 2007). Esta experiência deu origem ao livro “A Instituição Negada”, coordenado por Basaglia e que influenciou movimentos de reforma em todo o mundo. No Brasil, esse modelo de referência foi implantado em Santos, localizada no estado de São Paulo, nos anos 80 e 90, e este se tornou um marco na reforma psiquiátrica brasileira (AMARANTE, 2007).

O início do movimento da reforma psiquiátrica em nosso país ocorreu entre os anos de 1978 e 1980 e foi construído com a participação de diversos atores sociais (AMARANTE, 1998): Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM), em suas variadas formas de expressão- Núcleos Estaduais de Saúde Mental do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES), Comissões de Saúde Mental dos Sindicatos dos Médicos, Movimento de Renovação Médica (REME), Rede de Alternativas à Psiquiatria, Sociedade de Psicossíntese, Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP), Federação Brasileira de Hospitais (FBH), a indústria farmacêutica, as universidades, o Estado, através do Ministério da Saúde (MS) e o Ministério da Previdência e da Assistência Social (MPAS).

O movimento da reforma psiquiátrica no Brasil teve como estopim, o episódio conhecido como a “Crise da DINSAM” (Divisão Nacional de Saúde Mental). A DINSAM era o órgão do Ministério da Saúde responsável pela formulação das políticas em saúde mental no país, à época. A crise se configura quando os profissionais das quatro unidades da DINSAM (Centro Psiquiátrico Pedro II- CPP II, Hospital Pinel, Colônia Juliano Moreira- CJM, Manicômio Judiciário Heitor Carrilho), localizadas no Rio de Janeiro, deflagram uma greve, em abril de 1978, que teve como consequência a demissão de 260 estagiários e profissionais e a entrega da administração do Manicômio Judiciário do Rio de Janeiro ao Estado (AMARANTE, 1998).

Esses profissionais grevistas entraram no quadro da DINSAM através da contratação como bolsistas, com recursos da Campanha Nacional de Saúde Mental, em um quadro profissional que já estava bastante defasado, tendo em vista que o último concurso fora nos

anos de 1956/1957. Os novos profissionais contratados têm como perfil profissionais serem graduado ou estudantes universitários das áreas de medicina, enfermagem, psicologia e assistência social. Ao assumirem suas funções, encontraram um quadro de caos, com condições precárias de trabalho, ameaças, violências a eles e aos usuários, estupros, trabalho escravo e mortes não esclarecidas (AMARANTE, 1998). Diante desse cenário, três médicos bolsistas do CPP II realizam denúncias acerca da situação vivenciada e estas recebem o endosso dos profissionais de outras unidades, do REME e do CEBES. Os profissionais começam a se articular em reuniões, assembleias e discussões trazendo à público a situação de precariedade e violências das instituições de saúde mental.

Assim nasce o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM), que visava ser um espaço de luta não institucional, com foco em debates que pudessem provocar mudanças na política de saúde mental. Amarante (1998) aponta quais eram as principais reivindicações do MTSM: regularização do vínculo profissional e melhorias salariais; proporcionar formação de recursos humanos; melhoria nas relações entre instituição, clientela e profissionais, mudanças no modelo médico-assistencial; proporcionar condições de atendimento.

Em outubro de 1978, o MTSM, em parceria com diversas outras entidades representativas de profissionais, realiza o “V Congresso Brasileiro de Psiquiatria”, que serviu como oportunidade de organizar nacionalmente o movimento. O evento ficou conhecido como o “Congresso de Abertura”, pois permitiu que o movimento dialogasse com as instituições mais formais, como a Associação Brasileira de Psiquiatria e estas deram abertura para as discussões relativas à política de saúde mental. Do congresso, advieram documentos críticos, que denunciam a política privatizante da saúde, a “psiquiatrização” do tratamento e o uso de técnicas inadequadas, uma psiquiatria que tem uma clientela, diferenciando o tratamento para o rico e o tratamento para o pobre, sendo utilizada como prática de controle e reprodução das desigualdades sociais (AMARANTE, 1998).

Após o congresso citado, outros importantes eventos são realizados: “I Congresso Brasileiro de Psicanálise de Grupos e Instituições”, no Rio de Janeiro e o “I Congresso Nacional dos Trabalhadores da Saúde Mental”, em São Paulo. Nestes, solidifica-se a crítica ao modelo asilar dos grandes hospitais psiquiátricos públicos, como um reduto dos marginalizados, além de se questionar o suporte teórico e as diretrizes da prática que conduzem a assistência psiquiátrica. Neste momento, o movimento vai perdendo o caráter corporativo e começa a focar na crítica ao modelo assistencial psiquiátrico (AMARANTE, 1998). Em novembro de 1979, ocorre o “III Congresso Mineiro de Psiquiatria”, que ocorre com a presença dos expoentes do

movimento da Reforma Psiquiátrica no mundo, Franco Basaglia, Antonio Slavich e Robert Castel.

O MTSM, como grupo não institucional e que proporcionava participação popular, entra para a Rede Alternativas à Psiquiatria, movimento internacional criado em 1974, pelos expoentes do movimento antipsiquiátrico, da psiquiatria democrática italiana e da psiquiatria de setor. O MTSM também se expressa através da Articulação Nacional da Luta Antimanicomial e encaminha aos Estados propostas de mudanças para as unidades psiquiátricas públicas e começa a ocupar espaços de coordenação ou consultivos nos Estados, influenciando o delineamento da política de saúde mental (AMARANTE, 1998).

Em 1980, há uma mudança na política de saúde mental, através da co-gestão desta política com o Ministério da Saúde (MS) e o Ministério da Previdência e da Assistência Social (MPAS). A co-gestão permitiu o repasse de recursos desses ministérios aos hospitais de saúde mental, transformando-os em unidades gestoras. Para Amarante (1998), essa mudança permitiu a construção de um novo modelo de gerenciamento, mais descentralizado e dinâmico.

Pode-se compreender o Movimento da Reforma Psiquiátrica, conforme bem define Amarante (1988, p.87), como:

(...) um processo histórico de formulação crítica e prática, que tem como objetivos e estratégias o questionamento e elaboração de propostas de transformação do modelo clássico e do paradigma da psiquiatria. No Brasil, a reforma psiquiátrica é um processo que surge mais concreta e, principalmente, a partir da conjuntura da redemocratização, em fins da década de 70. Tem como fundamentos não apenas uma crítica conjuntural ao subsistema nacional de saúde mental, mas também- e principalmente- uma crítica estrutural ao saber e às instituições psiquiátricas clássicas, dentro de toda a movimentação político-social que caracteriza a conjuntura de redemocratização.

Portanto, a partir do movimento de reforma psiquiátrica, as mudanças nos cuidados a pessoa com transtorno mental foram ocorrendo, conforme será abordado na sessão a seguir.

1.3. O SISTEMA DE SAÚDE MENTAL BRASILEIRO

Com as mudanças de financiamento e gestão da política de saúde mental, esta toma novos rumos e na segunda metade de 1980, inicia a trajetória da desinstitucionalização. Com as discussões trazidas pelos atores da política de saúde mental, surge um novo modelo assistencial em saúde mental, sob a base antimanicomial.

Amarante (2007), citando Franco Rotelli (ROTELLI *et al.*, 1990), sucessor de Basaglia, compreende que a construção desse novo modelo deve ser desenvolvida a partir da noção de que a saúde mental e a atenção psicossocial são um processo social complexo. Este processo

envolve diferentes dimensões (AMARANTE, 2007): teórico-conceitual, técnico-assistencial, jurídico-política e sociocultural.

Esse novo modelo, parte da superação teórico-conceitual da psiquiatria tradicional que faz a separação epistemológica da doença, como sendo esta algo externo ao doente, ou seja, da noção de que a doença está separada do contexto social do doente. O novo modelo traz a superação do modelo biocentrado, com foco na doença, para trazer a abordagem multidimensional, que considera a doença sob os aspectos biopsicossocial. Com essa base teórica, há a mudança técnico-assistencial, agora não mais com o modelo de cuidado médico-centrado, hospitalocêntrico, mas com o modelo da reintegração da autonomia do usuário, com o tratamento de “portas-abertas”, utilizando diferentes saberes das equipes multiprofissionais para a construção do plano terapêutico singular de cada usuário. Os espaços de cuidados em saúde mental devem ser locais de sociabilidade e produção de subjetividades (AMARANTE, 2007). Com relação à dimensão jurídico-política, há a superação de legislações que ainda tratam a pessoa com transtorno mental de modo preconceituoso ou o considerando incapaz, perigoso, como ocorre com o Código Penal brasileiro. Além disso, há ainda a pouca produção legislativa para esses usuários, legislações que protejam seus direitos e garantam um tratamento digno. A dimensão sociocultural diz respeito à mudança de visão da sociedade com relação à pessoa com transtorno mental, enxergando-a não mais como o louco que deve ser escondido da sociedade, mas como um ser com direitos e autônomo, que deve ser acolhido e integrado, podendo socializar.

As mudanças na política de saúde mental no Brasil começam então a surgir. Em 1987, é criado o CAPS- Centro de Atenção Psicossocial Professor Luiz da Rocha Cerqueira, em São Paulo. Essa unidade influenciou políticas de saúde mental em todo o país, pois tinha como objetivo retirar a pessoa com transtorno mental do modelo hospitalar e trazê-la para o convívio comunitário. Em 03 de maio de 1989, a Secretaria de Saúde do município de Santos intervém na Casa de Saúde Anchieta, após a constatação das violências ocorridas no local. A Casa é fechada e inicia o processo de implementação de um novo modelo de cuidado em saúde mental, substitutivo ao modelo manicomial. São criados os Núcleos de Atenção Psicossocial (NAPS), cooperativas, associações, instituições de residencialidade e para Amarante (1998), este foi um marco sanitário na Reforma Psiquiátrica brasileira. Em 1989, o Deputado Paulo Delgado (PT/MG) apresenta o Projeto de Lei nº 3.657/89, que visava regular os direitos das pessoas com transtorno mental e indicava a extinção dos manicômios e a substituição por modelos assistenciais nos moldes antimanicomiais. O Projeto de Lei só viria a ser aprovado doze anos depois, com modificações, através da Lei 10.216/2001.

Com relação às legislações de saúde mental no Brasil, tem-se que em 1912 foi promulgada a Lei Federal de Assistência aos Alienados, e esta trouxe a noção de que a saúde mental estava sob os cuidados da psiquiatria tradicional e assegurava o modelo hospitalocêntrico, com a visão de higiene social dos loucos nas cidades (PAMPONET e MATOS, 2018). Em 1926, foi criada a Liga Brasileira de Higiene Mental e em 1934 o Decreto 24.559 promulgou a segunda Lei Federal de Assistência aos Doentes mentais. Como se nota, a legislação referente à saúde mental era bastante antiga e defasada, precisando de inovações legislativas urgentes.

Após discussões e grande participação política de usuários, profissionais, pesquisadores e estudiosos, em 06 de abril de 2001, a Lei 10.216 foi publicada, instituindo um novo modelo assistencial em saúde para as pessoas com transtorno mental, bem como instituindo direitos e proteções normativas. A lei dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. O novo modelo foi baseado na desinstitucionalização, no Movimento antimanicomial e na Reforma Psiquiátrica, estabelecendo: participação da sociedade e da família no cuidado, atendimento multidisciplinar, a criação dos Centros de Atenção Psicossocial-CAPS, local de atendimento em saúde mental ao usuário de modo não institucionalizado, dentre outros avanços.

Para Amarante (2007), apesar da lei não ter assegurado a principal aspiração da Reforma Psiquiátrica, prevista no Projeto de lei do Deputado Paulo Delgado, a extinção progressiva dos manicômios, ela significou um avanço considerável no modelo assistencial e ficou conhecida como a Lei da Reforma Psiquiátrica brasileira. O autor cita que a lei trouxe uma inovação importante, a inclusão do dispositivo que dispõe que o Ministério Público Estadual deve ser comunicado, no prazo de 72h, acerca das internações involuntárias, conforme art. 8º da lei.

Como avanço destaca-se ainda que a lei trouxe a adoção da terminologia “pessoas portadoras de transtornos mentais” significando uma superação de uso de termos pejorativos e que carregam preconceito, como louco, alienados, insanos. Nesse trabalho, adotou-se a terminologia pessoa com transtorno mental, para ressaltar a mudança sócio-histórica dos termos, indo do louco, quando o usuário era tratado de modo preconceituoso, a pessoa com transtorno mental, que compreende que esses indivíduos são sujeitos de direitos, com condições especiais, conforme dispõe a Lei 10.216/21, em seu art.1º (BRASIL, 2001):

Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, idade, família, recurso econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.

Assim, a referida lei trouxe uma mudança de paradigma para a política de saúde mental brasileira, trazendo a noção da pessoa com transtorno mental como sujeitos de direitos e como usuário do serviço assistencial de saúde mental. A Portaria/SNAS nº 224, de 29 de janeiro de 1992, normatizou o atendimento em saúde mental no Sistema Único de Saúde- SUS e quase a totalidade desta portaria já foi superada por outras normas estando válidas ainda as diretrizes estabelecidas para hospitais-dia e ambulatórios. Destaca-se que as normas atuais referentes aos CAPS são as Portarias GM 336/02 e SAS 189/02.

Após a abordagem acerca da Reforma Psiquiátrica e da Política de Saúde Mental em nosso país, abordar-se-á a questão da pessoa com transtorno mental no âmbito do direito penal brasileiro.

2. O DIREITO PENAL BRASILEIRO E A PESSOA COM TRANSTORNO MENTAL

No capítulo primeiro foi abordado acerca da abordagem histórico-social dada ao louco, as mudanças advindas da Reforma Psiquiátrica e do Movimento Antimanicomial, bem como os reflexos na Política de Saúde Mental brasileira. Neste segundo capítulo, será discutido como o Direito Penal aborda a pessoa com transtorno mental que comete o ilícito penal, através da análise da legislação e da doutrina.

No subcapítulo 2.1, “A legislação penal brasileira e a abordagem acerca do transtorno mental” discute-se como o tema do transtorno mental aparece ao longo das legislações penais brasileiras. No subcapítulo 2.2., “Fundamentos teóricos para compreensão da lógica penal punitiva”, realiza-se o entendimento da lógica penal punitiva, discutindo-se acerca das escolas penais e da teoria das penas. No subcapítulo 2.3, “Análise acerca da culpabilidade, inimputabilidade e irresponsabilidade”, aborda-se através da teoria geral dos delitos, como o direito penal enquadrar a pessoa com transtorno mental como semi-imputável e inimputável.

Este capítulo pretende trazer fundamentação teórica para o tema em análise, bem como percorrer a construção da lógica penal que culminou na adoção da medida de segurança.

2.1 A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA E A ABORDAGEM ACERCA DO TRANSTORNO MENTAL

Como abordado no capítulo anterior, a história da loucura e do criminoso se interpenetram. Ambos são considerados pela sociedade como partes que devem ser escondidas, higienizadas das cidades, pois são seres que não se pode prever seus comportamentos e dotados de periculosidade, representando perigo para os indivíduos. Assim, eles foram clientela das instituições de encarceramento, visando o afastamento do convívio social. No âmbito da saúde mental, foi abordado como através da Reforma Psiquiátrica, essa lógica foi sendo superada, apesar dos inúmeros avanços que ainda se fazem necessários. Mas no âmbito do direito penal, como a pessoa com transtorno mental vem sendo abordada? A seguir será realizada uma análise de como o tema da pessoa com transtorno mental que comete o ilícito penal foi abordado nos códigos penais brasileiros. Antes de analisar de que modo a pessoa com transtorno mental é abordada no Direito Penal brasileiro, far-se-á uma breve contextualização histórica da construção do Direito Penal em nosso país.

Para Cezar Bitencourt (2012), a história do Direito Penal brasileiro pode ser dividida em três fases: período colonial, Código Criminal do Império e período republicano. Segundo Gonzaga (1970 *apud* BITENCOURT, 2012), antes da colonização portuguesa, as comunidades

originárias do Brasil adotavam a vingança privada, sem qualquer uniformidade das reações penais, prevalecendo as sanções corporais (GONZAGA, 1970 *apud* BITENCOURT, 2012). Para o autor (GONZAGA, 1970 *apud* BITENCOURT, 2012), ainda não havia uma organização jurídico-social e as relações eram regradas por regras consuetudinárias, transmitidas verbalmente e dominadas pelo misticismo.

Os autores citados explicitam uma concepção amplamente difundida no campo do direito, a de que as comunidades originárias adotavam a vingança privada e de que as regras sociais eram desorganizadas, primitivas e atrasadas, em relação às regras sociais criminais trazidas pela colonização do homem europeu civilizado. No entanto, cabe problematizar tal posicionamento doutrinário, pois há autores que contrapõem tal visão, considerando-a preconceituosa e simplista.

O autor Howard Zehr (2008) afirma que há uma tendência de considerar que o modelo de justiça retributiva e de justiça pública significaram avanços, em relação ao modelo de justiça privada adotado pelas comunidades pré-modernas. A justiça privada é caracterizada como “vingança pessoal, muitas vezes descontrolada e brutal” (ZEHR, 2008, p. 94), enquanto que a moderna justiça pública é considerada como um processo controlado, mais humano, equilibrado e menos punitivo. No entanto, essa conceituação, segundo Zehr, é equivocada, pois, após anos sob a justiça pública moderna e a noção de retribuição, percebemos claramente que não nos tornamos mais humanizados, nem tampouco avançamos em termos de organização social e do modo como lidamos enquanto sociedade com o criminoso.

Ele cita que a justiça privada, não era necessariamente privada e não envolvia somente a vingança, esta era uma das soluções, porém era pouco utilizado, pois trazia um desequilíbrio social, que as comunidades pequenas não gostariam de trazer para suas estruturas. Além do último recurso da vingança, havia a resolução através da briga, mas também havia a negociação, a restituição e a reconciliação. Nesse processo, todos os atores sociais eram envolvidos na resolução do conflito, vítima, ofensor, parentes e comunidades. Para o autor, as soluções privadas não eram necessariamente mais punitivas, menos comedidas ou racionais do que as da justiça pública.

O autor reconhece as limitações que a justiça privada continha, mas pretende mostrar que a justiça pública não trouxe necessariamente um avanço social e que a justiça privada vem sendo abordada de modo simplista e limitante, reduzindo análises sobre ela e o uso de soluções sociais por ela utilizadas. Atualmente, muitos desses recursos estão sendo revisitados na justiça criminal, especialmente com as práticas restaurativas, como a negociação, a conciliação, a

restituição e o envolvimento de pessoas além das partes do conflito, como comunidade e familiares.

Após o destaque apresentado, retomando-se o percurso histórico do direito penal brasileiro, tem-se que, com a chegada dos portugueses em 1500, o Direito português passou a vigorar no Brasil, onde era disciplinado pelas Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, sendo consideradas o primeiro código europeu completo (BITENCOURT, 2012). Em 1521, estas foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, sob o comando de D. Manuel I, que vigoraram até a entrada da Compilação de Duarte Nunes de Leão, em 1569, sob determinação do rei D. Sebastião (BITENCOURT, 2012).

Cezar Bitencourt (2012) analisa que tais normas não chegaram a vigorar de fato no Brasil colônia, tendo em vista que, o que acabava ocorrendo na prática era que os donatários detinham grandes poderes dados pelas cartas de doação e eles criavam as normas a partir do seu próprio arbítrio, criando um cenário jurídico catastrófico. O autor afirma que se instaurou no nosso país um “regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro” (BITENCOURT, 2012, p.173) e diz ainda que nesse período o Brasil teria revivido “os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes” (BITENCOURT, 2012, p.173).

Em termos formais, a lei penal que deveria ser aplicada no Brasil colônia era a contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, em 1603. Esta caracterizava-se por uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições e o predomínio da pena de morte, uso das sanções cruéis, como açoite, amputação de membros, as galés, degredo, dentre outros. Nessa norma, não se adotava o princípio da legalidade, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção aplicável (BITENCOURT, 2012). Esta rígida norma vigorou no Brasil por mais de dois séculos. “O Código Filipino foi ratificado em 1643 por D. João IV e em 1823 por D. Pedro I” (FRAGOSO, 2006 *apud* BITENCOURT, 2012, p.174).

Com a promulgação da Constituição brasileira de 1824 foi determinada a urgente elaboração de um código criminal, com bases na justiça e na equidade. Em 1827, Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Clemente Pereira apresentaram, cada qual, um projeto de código criminal. No entanto, apesar da notória qualidade dos projetos citados, foi escolhido o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcellos (BITENCOURT, 2012). Em 1830, o imperador D. Pedro I sancionou o Código Criminal, o primeiro código autônomo da América Latina (BITENCOURT, 2012). Tal código “fundou-se nas ideias de Bentham, Beccaria e Mello Freire, no Código Penal francês de 1810, no Código da Baviera de 1813, no Código Napolitano

de 1819 e no Projeto de Livingston de 1825” (BITENCOURT, 2012, p.174-175), conservando, no entanto, sua originalidade (BITENCOURT, 2012).

A Escola Clássica do Direito Penal influenciou o projeto do *Código Criminal do Império do Brasil* (1830) e esta se firmava em três pressupostos: “igualdade dos homens perante a lei; pena como função da gravidade do delito; e condicionamento do crime à sua definição legal” (PERES e NERY FILHO, 2002, p.336). Assim, a caracterização de um ato delituoso independia da pessoa que cometia o ato, pois “a escola clássica fundamentava-se na doutrina do livre-arbítrio e na noção de responsabilidade” (PERES e NERY FILHO, 2002, p.337).

Com a noção de crime e criminoso trazida pelo código citado, pode-se refletir a partir deste ponto, como o louco que cometeu o ilícito era abordado? Esse entendimento do delito, que tinha o Código Penal de 1830, torna a loucura algo difícil de enquadrar na norma penal e “ditava o nosso código criminal: Art 10: (...) não se julgarão criminosos: §2º: Os loucos de todo gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e neles cometerem o crime” (PERES e NERY FILHO, 2002, p.337). Aqui, ainda não havia uma noção clara acerca da loucura, nem mesmo do conceito da loucura lúcida formulada mais tarde pelos estudos da psiquiatria.

No período da República no Brasil, Batista Pereira foi designado para a elaboração de um novo código criminal, que foi aprovado e publicado em 1890, portanto, antes da Constituição de 1891. Para Cezar Bitencourt (2012), o código ignorou os avanços doutrinários do direito penal da época, especialmente a doutrina do positivismo penal, bem como não considerou a influência dos excelentes códigos estrangeiros da época, como o Código Zanardelli. Ainda para Bitencourt (2012), o código apresentava flagrantes defeitos técnicos e estava aquém da ciência jurídica da época. Consequentemente, o código foi alvo de inúmeras críticas e pedidos pela elaboração de um novo código penal.

Com relação à pessoa com transtorno mental, o código trouxe mudanças jurídicas, conforme comenta Peres e Nery (2002, p.338). Segundo os autores, o novo Código:

trouxe mudanças significativas no estatuto jurídico penal do doente mental e seu destino institucional. Essas modificações podem ser apreendidas analisando-se em conjunto os artigos 1, 7, 27 e 29: Art 1. Ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido qualificado crime, nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. Art 7. Crime é violação imputável e culposa da lei penal. Art 27. Não são criminosos: §3. os que, por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação; §4. os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime. Art 29. Os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de afecção mental serão entregues às suas famílias, ou recolhidos a hospitais de alienados, se o seu estado mental assim o exigir para a segurança do público.

Nesse código, o crime está ligado à imputabilidade do agente que o pratica e aquele que apresenta algum estado de insanidade mental, por não ter discernimento e consciência, é considerado inimputável, ou seja, seu ato não é qualificado como crime. O código traz ainda o local para onde os loucos deveriam ser encaminhados, às suas famílias ou aos hospitais de alienados, se ele estiver atentando contra a segurança da sociedade. Aqui o código declara que os loucos estavam fora da esfera penal, que eram os alienistas que deveriam dar conta desta clientela.

Acerca da imputabilidade/inimputabilidade e responsabilidade, temos que (PERES e NERY FILHO, 2002, p.339):

A imputação, ou imputabilidade, estabelece uma relação causal entre um sujeito e uma ação, no caso, uma ação delituosa. A responsabilidade, por outro lado, relaciona-se às consequências legais do ato praticado. Os loucos, compreendidos no parágrafo 4 do artigo 27 entram, então, no campo da inimputabilidade: os atos por eles praticados não lhes são atribuídos. Além disso, irresponsáveis que são, não respondem legalmente pelos atos cometidos; a eles não cabem as sanções penais.

Os artigos do novo Código Penal receberam diversas críticas, porque traziam um conceito muito amplo e pouco claro acerca da loucura e possibilitava uma estratégia argumentativa na qual muitos delinquentes poderiam se encaixar e não receberem a pena adequada (PERES e NERY FILHO, 2002). Os alienistas não estavam satisfeitos em receber os loucos delinquentes e consideravam que essa questão deveria ser avaliada pelo saber médico e não pelo saber jurídico (PERES e NERY FILHO, 2002). Na medida em que os estudos psiquiátricos sobre a loucura foram avançando, assim como os estudos criminológicos, o Código se mostrava inadequado e juristas e alienistas pediam por mudanças. A proposta era de maior sanção aos indivíduos de inimputabilidade moral, já que seus crimes eram mais graves, contrariando o Código de 1840.

Diversos projetos foram lançados para modificar o código penal e adequá-lo à ciência penal da época, já que o novo código deveria acompanhar os avanços da criminologia. Em 1893, o primeiro projeto de reformulação foi entregue à “Câmara dos Deputados pelo deputado Vieira de Araújo, seguindo-se vários outros: o da Comissão Especial da Câmara, o projeto Galdino Siqueira (1913), o projeto Sá Pereira (1935) e o projeto Alcântara Machado (1938)” (OLIVEIRA e SILVA, 1942 *apud* PERES e NERY FILHO, 2002, p.342). Houve uma revisão e tornou-se lei, em 1940, à época do Estado Novo (Brasil, decreto-lei 2848/40) (PERES e NERY FILHO, 2002).

Para emendar as deficiências do código citado, foram promulgadas diversas leis extravagantes, deixando-o como uma verdadeira colcha de retalhos, como comenta Cezar

Bitencourt (2012). Relata o referido autor que essas leis extravagantes foram concentradas posteriormente na Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, promulgada em 1932. O código de Batista Pereira ficou em vigor de 1890 a 1932, um longo período para um código que recebeu severas críticas pelos juristas. Nesse período, houve inúmeros projetos na tentativa de substituí-lo, como o projeto de João Vieira de Araújo, em 1893, que não houve êxito, projeto de Galdino Siqueira, em 1913, que não chegou a ser apreciado pelo Parlamento e projeto de Virgílio de Sá Pereira, em 1928, que publicou o seu projeto completo de código penal, mas também não houve êxito (BITENCOURT, 2012). Somente no período do Estado Novo, em 1937, Alcântara Machado apresentou um projeto de código criminal brasileiro, que foi sancionado, em decreto de 1940, como Código Penal, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais, embora parcialmente reformado (BITENCOURT, 2012).

Dentre as principais reformas do Código Penal em vigor, segundo Bitencourt (2012, p.177), estão: “Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, que procurou atualizar as sanções penais, e a Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que instituiu uma nova parte geral, com nítida influência finalista”.

No Código Penal de 1940, o louco já é abordado de modo diferenciado (PERES e NERY FILHO, 2002, p.342):

A definição de crime volta a ser independente da imputabilidade do delinqüente e o doente mental não deixa de ser criminoso em decorrência de seu estado, o que é definido nos artigos 1 e 22: Art 1. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. Art 22. É isento de pena o 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 criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com o entendimento. Parágrafo único: A pena pode ser diminuída de 1/3 a 2/3, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O novo Código Penal não traz mais a loucura como determinante para a inimputabilidade. O código segue o entendimento da escola positiva e traz um critério biopsicológico e associa o cometimento do crime a um entendimento consciente e à vontade do sujeito. Já há aqui o entendimento acerca da gradação da loucura em relação ao estado de consciência do doente. Devido à associação da punibilidade ao estado mental de consciência e vontade do réu, o juiz utiliza-se do perito médico, para realizar tal avaliação, no entanto, a decisão final e não condicionada à avaliação médica, será do juiz (PERES e NERY FILHO, 2002).

Depreende-se do art. 22 do Código de 1940 que os doentes mentais são isentos de pena e que a doença mental é colocada com uma causa de exclusão da culpabilidade, assim, há o crime, mas este não é punível. Se não há culpabilidade, aí está caracterizada a inimputabilidade. Os dispositivos acima transcritos por si sós, dariam a entender que os loucos não seriam alvo de sanções penais, no entanto, o código traz ainda outros dispositivos, que inauguram uma nova modalidade de consequência penal, a medida de segurança (PERES e NERY FILHO, 2002, p. 344-345):

Art. 76. A aplicação da medida de segurança pressupõe: I -a prática do fato previsto como crime; II -a periculosidade do agente. Art. 77. Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição que venha ou torne a delinquir. Art. 78. Presumem-se perigosos: I -aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena; II -os referidos no parágrafo único do artigo 22.

As medidas de segurança aparecem no código penal para contemplar a questão dos ditos irresponsáveis ou semi-irresponsáveis. Se no código anterior, os loucos estavam fora da esfera das sanções penais, fato que gerou críticas, esse novo código, através das medidas de segurança, contempla este apelo social trazendo uma consequência penal para esse público. Com a influência dos estudos da Escola Positiva, a pena passa a assumir cada vez mais seu caráter de defesa social e prevenção criminal, contrapondo-se às influências anteriores nos códigos da Escola Clássica, com as ideias de vontade livre, responsabilidade moral e caráter retributivo da pena. A questão da periculosidade torna-se elemento essencial da pena, devendo esta ser avaliada através dos exames de personalidade. Assim, as medidas de segurança aparecem no código penal como medidas especiais para uma clientela específica, os doentes mentais com periculosidade (PERES e NERY FILHO, 2002).

As medidas de segurança atendem aos apelos punitivos da sociedade direcionados aos doentes mentais que cometeram um ilícito, porém, traz com ela um caráter de indeterminação bastante perigoso para a quem se direciona. Ela traz um caráter de especialidade e de tratamento, que pode esconder uma punição indeterminada, rigorosa e injusta. Quando ao acusado é designada a medida de segurança, “ele não saberá quanto tempo ficará recluso, pois isto depende da cessação de sua periculosidade, tornando-se em muitos casos, uma condenação de prisão perpétua” (PERES e NERY FILHO, 2002, p. 347). O código de 1940 determina apenas um tempo mínimo de internação, conforme verifica-se a seguir (PERES e NERY FILHO, 2002, p. 347-348):

A internação no Manicômio Judiciário tem seus termos definidos no artigo 91: Art. 91. O agente isento de pena, nos termos do artigo 22, é internado em manicômio judiciário. § 1- A duração da internação é, no mínimo: I -de seis anos, se a lei comina

ao crime pena de reclusão não inferior, no mínimo, a 12 anos; II -de três anos, se a lei comina ao crime pena de reclusão não inferior, no mínimo, a oito anos; III - de dois anos, se a pena privativa de liberdade, cominada ao crime, é, no mínimo, de um ano; IV - de um ano nos outros casos. § 2. Na hipótese do nº IV, o juiz pode submeter o indivíduo apenas a liberdade vigiada. § 4. Cessa a internação por despacho do juiz, após perícia médica, ouvidos o Ministério Público e o diretor do estabelecimento. § 5. Durante um ano depois de cessada a internação, o indivíduo fica submetido a liberdade vigiada, devendo ser de novo internado se seu procedimento revela que persiste a periculosidade. Em caso contrário, encontra-se extinta a medida de segurança.

Nota-se que aqui as influências do saber médico da época, de orientação da Escola Positiva e com bases biológicas, que justificam uma longa internação, já que os psiquiatras não acreditavam que um tratamento em pouco tempo tivesse efeito na periculosidade do doente mental, bem como, consideravam um índice muito alto de que recaíssem ao sair do manicômio. Esse discurso era sustentado pelo apelo social que há longos anos, como foi abordado no capítulo anterior, apoiou o enclausuramento do louco e seu afastamento do convívio social. A esse discurso, junta-se o conhecimento jurídico, que tende cada vez mais a linhas penais punitivistas e de controle social através das sanções. Fica evidente os dispositivos de dominação-disciplina-poder citados por Foucault em suas obras “A história da loucura” e “Vigiar e Punir”, quando a sociedade, utilizando-se dos saberes médico, jurídicos e religiosos, aplicam formas de poder direcionadas para grupos marginais, não normativos, através da higiene social, ou seja, retirando esses grupos do convívio social e escondendo-os dos olhos dos ditos “cidadãos de bem”, através do enclausuramento, seja em manicômios, seja em prisões.

O Código Penal de 1940 sofreu alterações através da Lei de Execuções Penais 7.209/84, onde se manteve a inimputabilidade e irresponsabilidade do doente mental e a semi-responsabilidade dos que apresentam perturbação da saúde mental. Porém, houve alterações em relação às medidas de segurança, a saber (BRASIL, 1984):

Art. 96. As medidas de segurança são: I - Internação em hospital de custódia e tratamento ou, à falta, em outro estabelecimento adequado. II - Sujeição a tratamento ambulatorial. Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará a sua internação. Se todavia o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. §1. A internação, ou o tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo fixado deverá ser de um a três anos. §2. A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. §3. A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de um ano, praticar fato indicativo de sua periculosidade. §4. Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos

Nota-se que, mesmo com as mudanças trazidas pela referida lei, a medida de segurança ainda está indeterminada e traz espaço para longas internações. “Os limites continuam elásticos, a lógica mantém-se: o doente mental delinquente é englobado por uma estratégia que se centra na periculosidade- futuro, risco, probabilidade - à qual cabe uma sanção indeterminada” (PERES e NERY FILHO, 2002, p.352).

Com a análise da legislação penal brasileira e do modo como a pessoa com transtorno mental foi abordada, torna-se possível perceber que, nos primeiros códigos, ainda se tinha pouco conhecimento acerca do fenômeno do transtorno mental e por isso, os códigos abordavam de modo indeterminado e confuso acerca da lucidez, vontade e culpa. Com os avanços dos estudos médicos acerca do tema, os códigos foram se posicionando de modo mais definido, no entanto, trazendo a visão predominante do Positivismo Penal, escola criminal que associava o crime e o criminoso a condições biológicas e anatômicas, e que acabaram aumentando o preconceito e o medo da sociedade em relação aos doentes mentais.

Como consequência, no código penal atualmente em vigor, nota-se uma tendência em aumentar a responsabilização da pessoa com transtorno mental e gerar mecanismos de deixá-la fora do convívio social, com o argumento da periculosidade e do medo social. Essa tendência da sociedade em aumentar sanções e punições direcionadas aos criminosos, se encontra presente na atualidade, como se percebe em projetos de lei que propõem aumentos de pena, criação de crimes, dentre outros, com o intuito de responder aos anseios da população.

Tal fato é analisado com preocupação, pois compreende-se que a solução penal para os conflitos perpassa por outros mecanismos político-penais, que não aos do aumento da punição e do enclausuramento. Ademais, como se percebe nos estudos da teoria criminológica do “Labelling Approach”, sabe-se que os anseios de punibilidade acabam recaindo a grupos marcados, aqueles marginalizados, que compõem a clientela penal. Como comenta Sack (1968 *apud* BARATTA, 2019, p. 111-112):

A inserção em um papel criminal depende, essencialmente, da condição social a que pertence o desviante, ou da situação familiar de que provém. (...) uma pessoa que provém destas situações sociais deve ter consciência do fato de que seu comportamento acarreta uma maior probabilidade de ser definido como desviante ou criminoso, por parte dos outros, e de modo particular por parte dos detentores do controle social institucional, do que outra pessoa que se comporta do mesmo modo, mas que pertence a outra classe social ou a um *milieu* familiar íntegro.

Assim, a teoria do “Labelling Approach” desvia os estudos de criminalidade, do comportamento criminoso, para as condições que determinam o grau de probabilidade que certos indivíduos e certos comportamentos sejam definidos como criminosos (BARATTA, 2019). A grande contribuição dessa teoria foi trazer a noção de que o crime não é algo inerente

ao indivíduo, pré-determinado e sim um fenômeno socialmente construído, que através de sua dinâmica, elege pessoas e comportamentos desviantes, de acordo com suas concepções sociais, culturais e psicológicas.

2.2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA COMPREENSÃO DA LÓGICA PENAL PUNITIVA

Após a análise das legislações penais brasileiras e do modo como elas abordaram a pessoa com transtorno mental que comete o ilícito criminal, importante se faz compreender acerca das teorias penais que fundamentam doutrinariamente a adoção dos institutos penais utilizados na legislação penal abordados nesse trabalho. Para entender a lógica do Código Penal brasileiro na adoção da inimputabilidade da pessoa com transtorno mental, necessário discutir acerca das principais teorias penais e o papel da pena para a construção da lógica penal punitiva. Nesse subcapítulo, faz-se esse percurso teórico que justifica a punibilidade e a culpabilidade dos indivíduos para, no próximo capítulo, refletir sobre a medida de segurança e, adiante, as consequências práticas dessa escolha político-jurídica do código. Primeiro será abordado acerca das principais escolas penais e suas teorias, posteriormente, será analisado acerca das teorias da pena e suas críticas.

As escolas penais reúnem teorias penais afins, que influenciaram a doutrina penal através da adoção de ideias de autores que geraram mudanças no campo de saber penal. Inicialmente, abordaremos a Escola Clássica, que é compreendida como a fase antecedente das teorias sobre o crime, como a “época dos pioneiros”, desenvolvida em diversos países europeus no século XVIII e princípios do século XIX, que compunham a filosofia política liberal clássica. São expoentes dessa Escola Jeremy Bentham, na Inglaterra, Anselm von Feuerbach, na Alemanha e Cesare Beccaria, na Itália (BARATTA, 2019). Os pensamentos dessa Escola epistemológica vão “da filosofia do direito penal a uma fundamentação filosófica do direito penal; ou seja, de uma concepção filosófica para uma concepção jurídica, mas filosoficamente fundamentada, dos conceitos de delito, de responsabilidade penal, de pena” (BARATTA, 2019, p.33).

A obra “Dos Delitos e das Penas”, de Cesare Beccaria, originalmente publicada em 1764, inaugura essa fase de pensamento. O autor Alessandro Baratta (2019) analisa que a obra citada reflete todo o pensamento da filosofia política do iluminismo europeu, trazendo a formulação de uma teoria jurídica do delito e da pena, com uma concepção liberal do estado de direito, baseada no princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número, através

das ideias do contrato social e da divisão de poderes. Do contrato social, depreende-se a ideia de que cada indivíduo cede parte da sua liberdade individual para em troca receber proteção do Estado, visando o bem coletivo, social.

Analisando os pensamentos de Beccaria, Alessandro Baratta (2019, p.34) afirma:

Do princípio utilitarista da máxima felicidade do maior número e da ideia do contrato social segue-se que o critério da medida da pena é o mínimo sacrifício necessário da liberdade individual que ela implica; enquanto a exclusão da pena de morte é derivada por Beccaria da função mesma do contrato social, com a qual aquela contrastaria logicamente, já que é impensável que os indivíduos espontaneamente coloquem no depósito público não só uma parte da própria liberdade, mas sua própria existência. Da ideia da divisão de poderes e dos princípios humanitários iluministas, de que é expressão o livro de Beccaria, derivam, pois, a negação da justiça de gabinete, própria do processo inquisitório, da prática da tortura, assim como a afirmação da exigência de salvaguardar os direitos do imputado por meio da atuação de um juiz obediente, não ao executivo, mas à lei. A essência e a medida do delito estão, no sistema conceitual do livro de Beccaria, no dano social. O dano social e a defesa social constituem, assim, neste sistema, os elementos fundamentais, respectivamente, da teoria do delito e da teoria da pena.

Esta é a importância dessa obra Clássica de Beccaria, trazer a crítica ao sistema criminal da sua época, questionar esse sistema e as penas utilizadas naquele período. Cesare Beccaria (2005, p.16) reflete:

Contudo, se as luzes do nosso século já conseguiram alguns resultados, ainda estão muito distantes de ter dissipado todos os preconceitos que alimentávamos. Não houve um que se erguesse, senão fracamente, contra a barbárie das penas que estão em uso em nossos tribunais. Não houve quem se ocupasse em reformar a irregularidade dos processos criminais, essa parte da legislação tão importante quanto descuidada em toda a Europa. Raramente se procurou se desarraigá-la, em seus fundamentos, as séries de erros acumulados desde há muitos séculos; e muito poucas pessoas procuraram reprimir, pela força das verdades imutáveis, os abusos de um poder ilimitado, e extirpar os exemplos bem comuns dessa fria atrocidade que os homens poderosos julgam um de seus direitos.

Beccaria, na obra citada, perpassa pelos elementos mais importantes do sistema criminal, como as prisões, os julgamentos e as penas, e de modo crítico reflete acerca de mudanças, readequações e sistematizações necessárias à época.

Outro importante representante dessa Escola de pensamento foi Giandomenico Romagnosi, autor das obras “Gênese do direito penal”, publicada em 1791 e “Filosofia do Direito Penal”, de 1825. Seus pensamentos se aproximam dos de Cesare Beccaria, já que também ressalta a importância da criação de um sistema de direito penal que advenha de uma filosofia do direito. Também deve-se citar as obras de Francesco Carrara, “Programa do curso de direito criminal”, que são uma síntese muito bem estruturada de todo o pensamento dos estudiosos que compõem a Escola Clássica (BARATTA, 2019).

Sobre esta escola, Baratta (2019) analisa que nesse sistema, o delito é considerado um ente jurídico, separado em sua análise de outros contextos que possam o influenciar, como o contexto social ou os aspectos biológicos ou psicológicos do delinquente. Essa característica é um ponto essencial que diferencia essa Escola de pensamento para a Escola Positiva.

Sob a perspectiva filosófica, o positivismo é uma corrente de pensamento que elege como modelo científico os métodos das ciências experimentais, em detrimento do pensamento metafísico ou teológico, através dos métodos científico indutivo e do método causal explicativo (CONDE e ARAN, 2004 *apud* BITENCOURT, 2012). Essa corrente de pensamento surgiu no século XIX, através dos estudos do francês Augusto Comte (1798-1857) e do inglês John Stuart Mill (1806-1873). Esse século foi marcado pela racionalização e pelo uso dos métodos experimentais típicos das ciências naturais pelos outros campos de saber e assim não foi diferente com o direito. Nesse período surge a Criminologia como ciência e a busca pelo status do direito como uma ciência positiva, além do desenvolvimento científico de outras áreas como a sociologia, a antropologia e as ciências sociais.

A Escola Positiva apresenta três fases (PRADO e BITENCOURT, 2005 *apud* BITENCOURT, 2012): a) Fase antropológica, que tem Cesare Lombroso como expoente, através de sua obra “O homem delinquente”, publicada em 1876; b) Fase sociológica, tendo como representante Enrico Ferri e sua principal obra “Sociologia Criminal”, de 1900; c) Fase jurídica, representada por Rafael Garofalo e sua obra “Criminologia”, de 1905.

Essa escola de pensamento abordava o delito sob um aspecto diverso da Escola Clássica, pois não o interpreta como um ente jurídico em si, mas considera que este deve ser analisado a partir dos contextos do social e do delinquente e dos fatores biológicos e psicológicos deste. Cesare Lombroso criou sua teoria criminal a partir de um rígido determinismo biológico, com uma visão antropológica predominante. Rafael Garofalo trazia uma maior acentuação dos fatores psicológicos e Enrico Ferri acentuava os fatores sociológicos (BARATTA, 2019).

Nessa Escola, o delito era concebido sob um aspecto determinista da realidade em que o homem está inserido e seu comportamento é expressão desse contexto. A explicação do delito estava “na *diversidade* ou anomalia dos autores de comportamentos criminalizados” (BARATTA, 2019, p.39). Assim, o delito seria reflexo da personalidade do autor e a pena um meio de defesa social.

A Escola Positiva marcou o percurso epistemológico do direito penal e trouxe como contribuições, além daquelas já citadas, uma melhor individualização das penas, o conceito de periculosidade, o desenvolvimento de institutos como a medida de segurança, a suspensão

condicional da pena e o livramento condicional e o tratamento tutelar ou assistencial do menor (PRADO e BITENCOURT, 2005 *apud* BITENCOURT, 2012).

No entanto, essa escola recebeu inúmeras críticas que apontavam que o uso dos métodos experimentais típicos das ciências naturais no fenômeno criminal, o limitava e não respondia às perguntas da ciência do direito. Com isso, a vertente jurídico-dogmática foi se desenvolvendo, com o objetivo de responder a essas perguntas sob o viés do sistema dogmático jurídico.

O afastamento dos pensamentos positivistas ocorreu no final do século XIX e surgiram duas novas orientações filosóficas: o historicismo e o neokantismo. O historicismo é uma corrente filosófica relativista que tem como objeto a realidade histórico-social para a interpretação dos fenômenos e tem com expoente Wilhelm Dilthey. Já o neokantismo não rompe completamente com o positivismo, já que também separava a concepção de conhecimentos puros (a priori) e conhecimentos empíricos (a posteriori), tendo sido chamada, por Welzel, de teoria complementar do positivismo jurídico (BITENCOURT, 2012). O neokantismo substituiu o método indutivo utilizado nos pensamentos do positivismo, pela compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas.

Welzel se opunha as teorias existentes e desenvolveu o método finalista, que tem como objeto fundamental as estruturas lógico-objetivas do fenômeno criminal. Essas estruturas pertencem ao mundo da realidade, mundo ontológico, integram a natureza das coisas e vinculam o legislador e a ciência do direito, independente de como o indivíduo as conhece (BITENCOURT, 2012). Para Bitencourt (2012), a teoria de Welzel teve grande repercussão, pois foi criada no contexto pós-Segunda Guerra, quando o sistema jurídico estava precisando de teorias que pudessem limitar a atuação arbitrária de atores do sistema, com vistas a garantir os direitos do indivíduo.

Após as teorias citadas, surgiram diversas teorias que compunham o pós-finalismo, na segunda metade do século XX até os dias atuais, caracterizado por metodologias ecléticas que tentavam suprir teoricamente o que os pensamentos anteriores não conseguiram (BITENCOURT, 2012). Em comum, essas teorias tinham a tendência à normativização dos conceitos, a elaboração de conceitos com base em juízos de valor e a orientação do sistema penal a finalidades político criminais (BITENCOURT, 2012). Compõem esta fase o normativismo funcionalista de Roxin e Jakobs.

Roxin publica em 1970, a obra “Política criminal e Sistema jurídico-penal” e nesta, aborda sobre “o valor fundamental da construção sistemática de conceitos para a dogmática jurídico-penal, ao mesmo tempo que aponta os problemas surgidos ao longo do processo de

sistematização dogmática” (BITENCOURT, 2012, p.250). Roxin defende que as decisões valorativas político-criminais devem ser introduzidas no sistema do direito penal, de modo que este tenha uma adequação aos fins político-criminais de modo que o Estado de Direito e o Estado Social não devem se contrapor, devendo formarem uma unidade dialética (BITENCOURT, 2012). O autor acredita que o Direito Penal não deve ser estruturado sem a análise dos efeitos que produz na sociedade sobre a qual opera e quando os conceitos dogmáticos não alcançam a solução no caso concreto, estes podem ser corrigidos através dos princípios garantistas e as finalidades político-criminais do sistema penal. Assim, “a configuração do sistema de Direito Penal passa a ser estruturada teleologicamente, atendendo a finalidades valorativas” (ROXIN, 1997 *apud* BITENCOURT, 2012, p.251).

Outro importante autor desta fase é Günther Jakobs, que apresenta em 1983 sua concepção também normativista de Direito Penal. Sua teoria foi denominada como normativismo monista (funcionalista-sistêmico) e se caracteriza “pela radicalização do critério funcional, de modo que os parâmetros necessários para o desenvolvimento estrutural do sistema penal - e, por conseguinte, da dogmática - encontram-se no interior do próprio sistema, não se sujeitando a limites externos” (BITENCOURT, 2012, p.254).

Para Bitencourt (2012), o normativismo de Jakobs é muito mais radical que o de Roxin, já que, segundo o autor, este admite que o normativismo tem limites na realidade empírica e em critérios valorativos e propõe uma dogmática do Direito Penal aberta a princípios político-criminais, a partir dos quais interpreta as normas jurídico-positivas. Já Jakobs acredita que o Direito Penal é um sistema normativo fechado, autorreferente e autopoiético e “limita a dogmática jurídico-penal à análise normativo-funcional do Direito positivo, em função da finalidade de prevenção geral positiva da pena, com a exclusão de considerações empíricas não normativas e de valorações externas ao sistema jurídico positivo” (JAKOBS, 1996 *apud* BITENCOURT, 2012, p.255).

Ao longo dos anos, com o desenvolvimento das sociedades e a conjuntura destas ficando cada vez mais complexas, os grupos precisaram criar formas de controle também cada vez mais complexas. Assim, com a criação das nações, dos Estados organizados, surgiram também as sanções penais como meio de controle social daquele indivíduo que transgrede a norma social estabelecida, ou seja, os bens jurídicos eleitos por aquela sociedade como importantes a serem protegidos. Logo, Estado, pena e culpabilidade são conceitos interrelacionados, ao ponto de que a uma teoria de Estado, corresponda uma teoria da pena (BITENCOURT, 2012).

As teorias das penas pretendem responder acerca do sentido, função e finalidade destas e se observa que elas passaram de uma concepção retributiva da pena, a teorias preventivas da pena. Segundo Bitencourt (2012) as teorias das penas podem ser compreendidas em três grupos: teorias absolutas, teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e teorias unificadoras ou ecléticas e cita também as modernas teorias da pena, como as da prevenção geral positiva. Trataremos aqui brevemente acerca das principais teorias.

As teorias absolutas ou retributivas da pena concebem a pena com um castigo, uma retribuição ao mal causado através do delito, ou seja, a justificação da pena está, não na expectativa de um efeito futuro, mas no valor axiológico intrínseco no fato de punir (BITENCOURT, 2012). Esta teoria pode ser melhor compreendida quando se percebe que ela está associada a organização de Estado do tipo absolutista. Nessa organização estatal, o governante era considerado soberano e seu papel era concebido como concedido por Deus, dando a ele amplos poderes. Havia confusão entre religião, Estado e normas morais e sociais. Assim, as penas, nessa época, eram consideradas como punições para expiar o mal/pecado/delito cometidos contra o soberano, representante do Estado e de Deus. Com as transformações sociais e o advento do Estado burguês, há a mudança da concepção de Estado, agora não mais concentrado na figura do soberano e do poder divinos, trazendo a noção de divisão de poderes e obediência às leis, pautadas na teoria de Thomas Hobbes e a ideia do contrato social. A pena ganha então a noção de retribuição àquele que perturba a ordem social/jurídica e o Estado é o responsável por reestabelecer a ordem. A pena tem o papel de por si só, fazer justiça, através de imposição de um mal.

Dentre os pensadores que sustentaram a adoção de uma pena absoluta e retributiva estão Kant, segundo sua obra “A metafísica dos costumes” e Hegel, através da obra “Princípios da Filosofia do Direito”. Além destes, destaca-se que a antiga ética cristã também era base para a noção das penas aqui tratadas (BITENCOURT, 2012).

Para Bitencourt (2012), a principal virtude das teorias absolutas e retributivas estão no estabelecimento de limites à imposição da pena, com vistas a limitação do poder estatal. No entanto, tece críticas a elas (BITENCOURT, 2012, p.293-294):

As teorias retribucionistas incorreram, no entanto, num mesmo equívoco teórico, qual seja, confundir a questão relacionada com o fim geral justificador da pena (legitimação externa), isto é, por que castigar, que não pode ser outro senão um fim utilitário de prevenção de crimes no futuro, com a questão relacionada com a distribuição da pena (legitimação interna), ou seja, quando castigar, que, olhando para o fato passado, admite uma resposta retributiva, como garantia de que a condição necessária da pena é o cometimento de um crime. Como manifesta Ferrajoli a respeito, ao atribuir à sanção penal o fim de retribuir ou reparar o mal causado pelo delito, as teorias retribucionistas deixam sem resposta a questão de por que está

justificado castigar, e essa falta de justificação externa da pena permite, como efeito adverso, a legitimação de sistemas autoritários de direito penal máximo.

Diante das críticas às teorias absolutas e retributivas, surgiram outras concepções a respeito das penas, como as teorias relativas ou preventivas da pena. Nestas, a pena passa a ser aplicada para prevenir o cometimento do ato delitivo. Sua base filosófica está no justanaturalismo e no contratualismo, tendo influenciado a construção dos códigos do direito penal moderno. Assim, nessa concepção, não se quer punir quem cometeu o ato delitivo, mas coibir que outros cometam tal ato.

A finalidade preventiva da pena divide-se em: prevenção geral e prevenção especial. Estas se diferenciam em função dos destinatários da prevenção: o destinatário da prevenção geral é o coletivo social, enquanto o destinatário da prevenção especial é aquele que delinuiu. Quanto a natureza das prestações da pena, estas se dividem em positivas ou negativas. Bitencourt (2012), com base em Ferrajoli (2011 *apud* BITENCOURT, 2012), diz que elas podem se dividir então em: a) as teorias da prevenção geral positiva; b) as teorias da prevenção geral negativa; c) as teorias da prevenção especial positiva; e d) as teorias da prevenção especial negativa.

Sobre as teorias da prevenção geral positiva e negativa, Bitencourt (2012) explica que:

As teorias da prevenção geral têm como fim a prevenção de delitos incidindo sobre os membros da coletividade social. Quanto ao modo de alcançar este fim, as teorias da prevenção geral são classificadas atualmente em duas versões: de um lado, a prevenção geral negativa ou intimidatória, que assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou predicando como exemplo do castigo eficaz; e, de outro lado, a prevenção geral positiva que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem.

Sobre as teorias da prevenção geral negativa são representantes Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach. Para este último, através da “teoria da coação psicológica”, uma das primeiras representações jurídico-científicas da prevenção geral, a pena serviria como uma coação psicológica e isto retiraria o comportamento delitivo do indivíduo. Assim, para o autor, o problema da criminalidade poderia ser resolvido através do direito penal (BITENCOURT, 2012).

Sobre a teoria da prevenção geral positiva, sua finalidade seria alcançada através da coletividade social, através da internalização dos valores jurídico-penais. Nela, a pena passa a assumir uma finalidade pedagógica, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico. Essa teoria propõe (BITENCOURT, 2012, p.304-305): “o efeito de aprendizagem através da motivação sociopedagógica dos membros da sociedade; o efeito de reafirmação da

confiança no Direito Penal; e o efeito de pacificação social quando a pena aplicada é vista como solução ao conflito gerado pelo delito”.

A teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito dirigindo-se ao delinquente, para que este não volte a delinquir. Essa teoria divide-se em (BITENCOURT, 2012): teorias da prevenção especial positiva, dirigidas à reeducação do delinquente, e teorias da prevenção especial negativa, voltadas à eliminação ou neutralização do delinquente perigoso.

Tanto as teorias preventivas, como as retributivas não conseguiram determinar quais comportamentos o Estado tem legitimidade para intimidar e também não definem o âmbito do que é punível (BITENCOURT, 2012). Bitencourt (2012, p.300-301) tece críticas a essas teorias:

Segundo Feijoo Sánchez, a teoria da prevenção geral negativa apresenta como principal inconveniente o fato de que “somente se ocupa do cumprimento da legalidade mediante coação, sem levar em consideração o problema da legitimidade”. Nessa mesma linha crítica, Ferrajoli e Roxin afirmam que a prevenção geral não é capaz de outorgar fundamento ao poder estatal de aplicar sanções jurídico-penais, nem pode estabelecer os limites necessários para as consequências que essa atividade traz consigo. Além disso, ao falarmos da prevenção geral negativa, não podemos deixar de mencionar os problemas empíricos ou criminológicos que suas diretrizes enfrentam. Muitas das objeções que se fazem à prevenção geral decorrem da impossibilidade de constatação empírica da função intimidatória da pena.

Posteriormente, surgem as teorias mistas ou unificadoras da pena, no século XX, através de Merkel, na Alemanha. Essa teoria busca se contrapor ao monismo das penas anteriores, entendendo que elas não conseguem atender à complexidade do fenômeno social das penas. Assim, essa teoria busca demarcar a diferença entre fundamento e fim da pena, compreendendo que o primeiro deve se ater ao fato praticado, ou seja, o delito. Nessas teorias, o direito penal é entendido com a função de proteção da sociedade. Os críticos a essa teoria, como Roxin, afirmam que somente a pretensão de superar o monismo das teorias anteriores garante que atendam ao fenômeno estudado e acredita que essas teorias não conseguiram o que pretendiam. Assim, o autor traz uma nova teoria, a teoria unificadora dialética, que contrapõe o fim da pena, com o fim do direito penal (BITENCOURT, 2012).

Outras teorias da pena foram formuladas na atualidade, citando-se a teoria da prevenção geral limitadora e a nova compreensão da prevenção geral negativa ou de intimidação. Para Bitencourt (2012, p.330), a primeira teoria é a que melhor se aplica ao direito penal de orientação garantista, pois esta acredita que “prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do Estado, isto é, como uma afirmação razoável do direito em um Estado constitucional e democrático de Direito”.

No entanto, necessário se faz uma análise crítica a respeito das teorias da pena. Para Costa e Machado Júnior (2018) discutem acerca de que a pena como solução para o crime foi sendo naturalizada como única forma de resposta e a sociedade passou a aceitá-la acriticamente. A racionalidade penal moderna coloca o Estado como única vítima do conflito penal e colocam o sistema de sanções penais modernas como sendo a melhor solução, pois seria mais formal e organizado. No entanto, apesar das inúmeras teorias que tentam justificar a pena como a melhor solução penal, a experiência de anos sob esse sistema e o modo como ele se desenvolve na prática, demonstram a falência desse sistema e a busca por algo além. Como comentam Costa e Machado Júnior (2018, p.68), “a sociedade tornou-se refém de um mito por ela mesma edificado: de que os grilhões são instrumentos capazes de garantir a ordem e a segurança; de que a violência, desde que exercida pelo monopólio do Estado, pode, enfim, trazer a paz”.

Para Scheerer (2010, p. 968-969 *apud* COSTA e MACHADO JÚNIOR, 2018, p.69), há um mito acerca da universalidade da pena, ou seja, nem sempre a sociedade escolheu a pena como solução, como as teorias clássicas da pena sugerem. O autor “ressalta que estudos antropológicos demonstraram que o controle nas sociedades livres de domínio não era exercido a partir da repressão, mas dirigido à reinserção social do sujeito”. Assim, os autores comentam que a pena como solução penal foi uma escolha cultural e não um caminho natural da sociedade. O instituto da pena surge “quando se passa a exigir a força do poder punitivo para manutenção de uma estrutura hierarquizada” (COSTA e MACHADO JÚNIOR, 2018, p.68), remontando aos séculos XII e XII, com a apropriação da vítima pelo poder político, com poderes punitivos e a adoção generalizada da pena como modelo consolidou-se no séc. XIX (ZAFFARONI, 2012; ZEHR, 2008, p. 103 *apud* COSTA e MACHADO JÚNIOR, 2018).

Nesse processo de consolidação da pena como sanção penal, o Estado foi se tornando o único detentor do poder punitivo e escolheu uma lógica penal de usurpação da figura do ofendido, da comunidade e de meios alternativos de resolução de conflito. Criou-se uma lógica de coerção estatal e de dominação social, através da hierarquização de poder (ZAFFARONI, 2012, p.42 *apud* COSTA e MACHADO JÚNIOR, 2018).

O avanço social trazido pelo instituto da pena é uma falácia e a falência desse modelo é evidente. A visão de que o instituto da pena proporcionou uma evolução social traz a ideia de que anteriormente, nas comunidades primitivas, não se tinha um sistema organizado de resolução de conflitos, ou, se havia, eram condicionados a vinganças e castigos corporais cruéis. Acerca do tema, Costa e Machado Júnior (2018, p.70) comentam:

Não há nisso, entretanto, propriamente uma evolução na busca por um ideal de justiça e paz. Afirmar que a institucionalização da pena tem como saldo positivo imediato a eliminação da vingança privada que originalmente constituía um direito-dever subjetivo da vítima é uma conclusão reducionista. Ela não só desconsidera diversos fatores secundários, a exemplo da crueldade das primeiras espécies de pena, mas também obscurece o fato de que essa substituição buscou atender a um projeto de poder, como instrumento para estruturar um modelo piramidal de dominação que simbolicamente representasse a superação da barbárie a partir do alijamento das partes do conflito.

Assim, compreende-se que a racionalidade penal moderna foi construída a partir de um projeto do Estado de controle e dominação dos corpos, através da implementação das sanções. Se, na teoria, essa racionalidade pretendia trazer a resolução de conflitos sociais e a recuperação do indivíduo, na prática, percebe-se que elas proporcionavam desrespeito aos direitos de dignidade humana e conflitos sociais ainda mais complexos. Sobre a adoção das penas, Costa e Machado Júnior (2018, p.72) a criticam ao dizer que:

a pena criminal possui sentido meramente ôntico, pois não representa uma dimensão naturalmente relativa ao conflito, ela deve ser compreendida como tecnologia artificialmente criada como forma de expiação. Com efeito, carece de causas que a justifiquem, ao menos teoricamente, enquanto pressuposto de validade sistêmica do instituto. A essa empreitada se prestaram as chamadas teorias da finalidade da pena, que tanto buscaram explicá-la quanto legitimá-la.

A tentativa de justificação da pena foi sendo amplamente rebatida e criticada ao longo dos anos e surgiram estudos que buscaram combater as teorias finalistas da pena. Nos anos 60 e 70, auge das graves crises do sistema carcerário e de problemas sociais associados à criminalidade, surgem os estudos da Criminologia Crítica, que possuía três vertentes de estudos: garantismo penal, realismo de esquerda e abolicionismo penal. Destaca-se o abolicionismo penal, que tinha como principais teóricos Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie e tinha como cerne do seu pensamento e meta, a abolição do cárcere, ainda que a longo prazo, sob o argumento da irracionalidade da prisão, que foi denunciada, especialmente por Mathiesen, como “um sofrimento estéril e desprovido de sentido” (COSTA e MACHADO JÚNIOR, 2018, p.81).

As sanções do direito penal têm clientela direcionada e o uso da lógica penal moderna serviu justamente para fazer aquilo que analisou Foucault (1978) a respeito dos manicômios e das prisões, para docilizar corpos, retirá-los do convívio social, enquadrá-los em normas de saber-poder disciplinadoras. Assim, necessário se faz a busca de novos paradigmas para o Direito Penal e Costa e Machado Júnior (2018) apresentam a justiça restaurativa como sendo um caminho para a superação do modelo dominante da retribuição.

2.3 ANÁLISE ACERCA DA CULPABILIDADE, INIMPUTABILIDADE E IRRESPONSABILIDADE

Após a análise da epistemologia da pena, sua função e fundamento, além das críticas a ela direcionadas, necessário se faz esclarecer acerca do porquê a pessoa com transtorno mental que comete o delito penal está enquadrada em um instituto jurídico diferenciado, a medida de segurança. Quando se discute acerca da medida de segurança, é salutar esclarecer-se acerca dos conceitos de culpabilidade, da inimputabilidade, da irresponsabilidade e da periculosidade para o ordenamento jurídico penal.

A doutrina do Direito Penal analisa na teoria geral do delito ou teoria do fato punível, os pressupostos gerais da ação punível e os requisitos de imputação (BITENCOURT, 2012). As normas referentes à teoria geral do delito encontram-se na Parte Geral do Código Penal brasileiro e é necessário se voltar aos elementos fundamentais do delito, especialmente a culpabilidade, para compreender porque o Código Penal brasileiro optou pela inimputabilidade da pessoa com transtorno mental e pela adoção da medida de segurança.

Há consenso majoritário na doutrina de que a conduta punível pressupõe uma ação típica, antijurídica e culpável (BITENCOURT, 2012). O fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade são elementos fundamentais para a caracterização do delito. O fato típico é composto dos elementos: conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; resultado; nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; tipicidade (formal e conglobante) (GRECO, 2017).

Quanto à ilicitude ou antijuridicidade se caracteriza como a contrariedade da conduta do agente ao ordenamento jurídico. Somente será lícita a conduta do agente se estiver amparada nas causas de excludente da ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal (Estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito) ou quando houver consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude (GRECO, 2017). Quanto à culpabilidade, trata-se do “juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente” (GRECO, 2017, p.202). São elementos integrantes da culpabilidade: a imputabilidade; a potencial consciência sobre a ilicitude do fato; a exigibilidade de conduta diversa (GRECO, 2017).

Nesse trabalho, importante se faz a discussão acerca do elemento culpabilidade, visto que à imposição da medida de segurança criminal é imprescindível a análise acerca da imputabilidade do agente e sua consciência da ilicitude. Para Bitencourt (2012), conceito de culpabilidade trouxe à teoria do delito uma função de fundamentar a punição estatal, ou seja, uma fundamentação da função da pena. Como comenta o autor, a culpabilidade se caracteriza

como “um juízo individualizado de atribuição de responsabilidade penal, e representa uma garantia para o infrator frente aos possíveis excessos do poder punitivo estatal” (BITENCOURT, 2012, p.945). Tal entendimento advém do princípio *nulla poena sine culpa*, ou seja, não há pena sem culpabilidade, servindo como um fundamento e limite para uma pena justa. A culpabilidade também pode ser compreendida como um instrumento para a prevenção de crimes e o juízo de atribuição de responsabilidade penal tem função de dar estabilidade ao sistema de normas penais.

Acerca dos elementos da culpabilidade, a imputabilidade “é a capacidade ou aptidão para ser culpável, embora, convém destacar, não se confunda com responsabilidade, que é o princípio segundo o qual o imputável deve responder por suas ações” (BITENCOURT, 2012, p.989). Como explica Bitencourt (2012, p.991):

Welzel conclui que a capacidade de culpabilidade apresenta dois momentos específicos: um cognoscivo ou intelectual, e outro volitivo ou de vontade, isto é, a capacidade de compreensão do injusto e a determinação da vontade conforme essa compreensão, acrescentando que somente os dois momentos conjuntamente constituem, pois, a capacidade de culpabilidade. Assim, a ausência de qualquer dos dois aspectos, cognoscivo ou volitivo, é suficiente para afastar a capacidade de culpabilidade, isto é, a imputabilidade penal.

É devido ao elemento imputabilidade que a pessoa com transtorno mental que comete um ilícito penal passa a ser considerada inimputável pela lei penal. A ela, a depender do seu transtorno mental, falta os elementos cognoscivo e volitivo, necessitando um tratamento diferenciado, daí advindo o instituto da medida de segurança. Assim que o art.26 do Código Penal define a

Art. 26 - É isento de pena o 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.

O Código Penal define então que, ao tempo da ação ou omissão, se ao agente faltar os elementos cognoscivo e volitivo, este se torna inimputável e não deve ser responsabilizado pelo seu ato com a imputação da pena, mas sim, ser direcionado à medida de segurança, que em sua origem como instituto visava ao tratamento e recuperação do doente mental. “Imputabilidade não se confunde com responsabilidade, que é o princípio segundo o qual a pessoa dotada de capacidade de culpabilidade (imputável) deve responder por suas ações” (BITENCOURT, 2012, p.1029). Acerca dos critérios da inimputabilidade, Bitencourt analisa (2012, p. 1030-1031):

São conhecidos em doutrina três sistemas definidores dos critérios fixadores da inimputabilidade ou culpabilidade diminuída: a) biológico; b) psicológico; c) biopsicológico. Na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, o Ministro

Francisco Campos, justificando a opção legislativa, conceitua cada um desses sistemas: “Na fixação do pressuposto da responsabilidade penal (baseada na capacidade de culpa moral), apresentam-se três sistemas: o biológico ou etiológico (sistema francês), o psicológico e o biopsicológico. O sistema biológico condiciona a responsabilidade à saúde mental, à normalidade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsável, sem necessidade de ulterior indagação psicológica. O método psicológico não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Finalmente, o método biopsicológico é a reunião dos dois primeiros: a responsabilidade só é excluída se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação”. O Direito Penal brasileiro adota, como regra geral, o sistema biopsicológico e, como exceção, o sistema puramente biológico para a hipótese do menor de dezoito anos (arts. 228 da CF e 27 do CP).

Assim, para caracterizar a anormalidade psíquica, deve haver dois aspectos indispensáveis: “um aspecto biológico, que é o da doença em si, da anormalidade propriamente, e um aspecto psicológico, que é o referente à capacidade de entender ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento” (BITENCOURT, 2012, p.1033).

Com relação aos termos utilizados no Código Penal para caracterização da inimputabilidade, quais sejam, doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, Bitencourt (2012, p. 1040-1041) explica:

Existem determinadas condições psíquicas que afetam a capacidade intelectual para compreender a ilicitude, como, por exemplo, nos quadros de oligofrenia, de doenças mentais, ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Além disso, existem certas espécies de psicoses e neuroses, notadamente as neuroses obsessivo-compulsivas, consideradas pela psiquiatria como doença mental, que não eliminam o senso valorativo da conduta, afetando somente a capacidade de autodeterminação daquele que a padece. Se o agente não tiver uma dessas capacidades, isto é, se uma delas lhe faltar inteiramente, no momento da ação, ou seja, no momento da prática do fato, ele é absolutamente incapaz, nos termos do caput do art. 26.

Segundo o autor, pelo que se interpreta do Código Penal, a conceituação de doença mental deve ser mais abrangente do que a dada pela psicopatologia, pois, para o autor, não é função do juiz adentrar questões médicas e técnicas que cabem à psiquiatria, mas sim “valorar os efeitos que determinado estado mental pode ter sobre os elementos que compõem a capacidade de culpabilidade penal” (BITENCOURT, 2012, p.1041). Citando Aníbal Bruno, Bitencourt (2012 p.1041-1042) traz uma definição para o que o Código Penal compreende como doença mental:

os estados de alienação mental por desintegração da personalidade, ou evolução deformada dos seus componentes, como ocorre na esquizofrenia, ou na psicose maníaco-depressiva e na paranoia; as chamadas reações de situação, distúrbios mentais com que o sujeito responde a problemas embaraçosos do seu mundo circundante; as perturbações do psiquismo por processos tóxicos ou tóxico-infecciosos, e finalmente os estados demenciais, a demência senil e as demências secundárias

Já sobre o termo desenvolvimento mental retardado, citado pelo Código Penal, no artigo 26, Bitencourt caracteriza como (2012 p.1042-1043):

A oligofrenia, em suas formas tradicionais — idiotia, imbecilidade e debilidade mental. Segundo o magistério de Aníbal Bruno, são “formas típicas, que representam os dois extremos e o ponto médio de uma linha contínua de gradações da inteligência e vontade e, portanto, da capacidade penal, desde a idiotia profunda aos casos leves de debilidade, que tocam os limites da normalidade mental. São figuras teratológicas, que degradam o homem da sua superioridade psíquica normal e criam, no Direito punitivo, problemas de inimputabilidade ou de imputabilidade diminuída em vários graus”. Em outros termos, desenvolvimento mental retardado é aquele em que não se atingiu a maturidade psíquica, por deficiência de saúde mental. De regra, nas hipóteses de desenvolvimento mental retardado aparecem com alguma frequência as dificuldades dos chamados casos fronteira, particularmente nas oligofrenias, onde o diagnóstico não oferece a segurança desejada. Nesses casos, somente a perícia forense poderá identificar o grau de deficiência do desenvolvimento mental retardado do indivíduo, a partir do qual se poderá diagnosticar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade, em cada caso concreto.

Bitencourt traz o entendimento dos termos psicopatológicos a partir da perspectiva da doutrina do Direito Penal, visando trazer a interpretação do que pretendia o legislador ao incluir esses termos na norma jurídica. No entanto, faz-se necessária a observação de que, sob a perspectiva dos estudos atualizados em psicopatologia e de avanços de grupos sociais de pessoas com deficiência, certos termos utilizados pelo Código Penal e em especial no artigo 26, foram superados e não são mais utilizados, tanto por serem pejorativos, como por trazerem uma desatualização científica. Como exemplo, há o termo desenvolvimento mental retardado, que foi substituído por denominações como deficiência intelectual e o termo doente mental, que foi substituído por pessoa com deficiência intelectual (SASSAKI, 2002).

Em suma, percebe-se que o critério adotado pelo Código Penal concebe o crime como contendo um momento intelectual, que se relaciona com a capacidade de entendimento, e um momento volitivo, relacionado com a capacidade de determinação. Para caracterizar um criminoso como inimputável, segundo Jesus (1988 *apud* PERES e NERY FILHO, 2002), é suficiente a ausência de um dos elementos “a vontade ou o entendimento”, em decorrência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

O critério biopsicológico, segundo Hungria e Fragoso (1978, pp. 324-325 *apud* PERES e NERY FILHO, 2002), avalia a existência de um nexos de causalidade entre o estado mental patológico e o crime, e pressupõe que “não há uma relação necessária e constante entre o *pathos* mental do agente e a sua conduta criminosa”. Para que o doente mental seja considerado irresponsável, deve-se levar em consideração “o período ou grau de evolução da doença ou deficiência mental, da estrutura psíquica do indivíduo e da natureza do crime” (PERES e NERY FILHO, 2002, p.343 e 344).

Diante da peculiaridade que a questão da doença mental traz, imprescindível que a caracterização dos estados mentais e diagnósticos da pessoa com transtorno mental que comete o ilícito penal seja realizada através de perícia médica especializada, que no Direito Processual Penal viabiliza-se através da instauração de incidente de insanidade mental do acusado (arts. 149 a 154 do CPP). No artigo 149 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), tem-se que:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

Segundo o referido código, o incidente de insanidade mental é instaurado quando há dúvidas acerca da integridade mental do autor de um crime e pode ser instaurado em qualquer fase da persecução penal, ou seja, durante a ação penal, no inquérito policial ou a qualquer momento, desde que se tenha acerca do acusado motivada dúvida acerca da sua integridade mental. Abaixo um julgado a respeito do incidente de insanidade mental para ilustrar de que modo ele vem sendo aplicado no judiciário brasileiro (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2020).

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. INCONFORMIDADE DEFENSIVA. Caso concreto em que foi verificada, durante sessão de julgamento pelo Tribunal de Júri, a possibilidade da superveniência de doença mental do acusado, sendo determinada a instauração de incidente de insanidade mental. Após a formulação de quesitos pelas partes, sobreveio o respectivo laudo psiquiátrico, confeccionado por profissional apto para tanto, que atentou ser o acusado plenamente capaz, com a devida resposta a todos os quesitos. Inocorrência de nulidade ou ilegalidade no procedimento adotado e, conseqüentemente, no laudo pericial realizado. Inconformidade da defesa com o resultado do incidente de insanidade mental não dá azo à realização de nova perícia, quando aquela constante nos autos não contém qualquer vício capaz de invalidá-la. Apelação improvida. Determinado o prosseguimento do feito. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. TJ-RS - APR: 70083785428 RS, Relator: Joni Victoria Simões, Data de Julgamento: 22/05/2020, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 12/11/2020.

Ainda conforme as orientações do Código de Processo Penal, caso seja instaurado o incidente de insanidade mental, o juiz ordenará a suspensão da ação principal, salvo a realização de atos processuais que possam ser prejudicados. Durante a suspensão, o prazo para prescrição correrá normalmente e se o incidente for instaurado durante o inquérito, este não

terá seu curso interrompido. A legislação determina que durante o prazo estipulado para a realização do exame médico, estando o acusado preso, este deverá ser internado em manicômio judiciário, de acordo com o artigo 150 do CPP, e caso esteja solto, que seja recolhido em estabelecimento adequado sob determinação do juiz, a requerimento dos peritos, conforme o artigo citado (BRASIL, 1941): “Art. 150 – Para o efeito do exame, o acusado se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, estando solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar”.

A legislação orienta ainda que, concluído e apresentado o laudo pericial, os autos do incidente serão anexados ao processo principal e se ficar entendido que o acusado era inimputável ao tempo do delito, o processo seguirá com a presença de curador. Assim, com a conclusão do laudo pericial, é lícito ao juiz recusar não somente o parecer como a afirmação dos fatos em que se fundam os peritos, uma vez que não fica vinculado ao laudo apresentado, podendo, portanto, aceitá-lo ou recusá-lo conforme determina o artigo 152 do Código de Processo Penal. Assim, ao perito cabe “auxiliar o juiz sempre que haja suspeita de insanidade mental, avaliando se havia, no momento do crime, supressão do entendimento ou da vontade, em decorrência de doença mental ou desenvolvimento mental retardado; ao juiz, caberá sempre a “última palavra”, com sua prerrogativa de livre convencimento” (PERES e NERY FILHO, 2002, p. 344).

O CPC disciplina ainda que, caso haja a recusa do laudo pelo Juiz, deve ser justificado e fundamentado e, se rejeitando por inteiro o laudo, o juiz poderá ainda ordenar novo exame, nomeando novos peritos. O juiz, para aceitar ou recusar as conclusões do laudo médico, deve examinar de modo cuidadoso e acurado as fontes utilizadas pelo perito, assim como as conclusões, as metodologias e a técnica utilizada, a fim de que possa fundamentar da melhor maneira sua decisão. O artigo 97 do CPC preleciona que, sendo o réu absolvido por inimputabilidade, será obrigatória a aplicação da medida de segurança. Assim, tem-se que, ao se caracterizar o indivíduo como pessoa com transtorno mental, a legislação penal torna-o inimputável e será aplicada a medida de segurança.

Entende-se então que a inimputabilidade se relaciona com a culpabilidade do delinquente e que a culpabilidade é “o aspecto subjetivo do delito que concerne a intenção de delinqüir” (MOURA, 1996, p. 89 *apud* PERES e NERY FILHO, 2002, p. 344). É uma condição para a imposição da pena. Assim, os doentes mentais são isentos de pena e, por isso, a doença mental é considerada como uma causa de exclusão da culpabilidade: o crime existe, mas não é efetivo em relação ao sujeito. “Se está ausente a culpabilidade “elemento que liga o agente ao crime”, isso determina a inimputabilidade, de modo que não pode ser juridicamente imputada a prática

de um fato punível ao sujeito” (JESUS, 1988, p. 397 *apud* PERES e NERY FILHO, 2002, p. 344). Já a responsabilidade penal relaciona-se com as consequências jurídicas decorrentes do ato criminoso, “é a obrigação de sofrer o castigo, ou incorrer nas sanções penais impostas ao agente do fato ou omissão criminosa” (CHALOUB, 1981, p. 83 *apud* PERES e NERY FILHO, 2002, p. 344). Assim, para haver responsabilidade, é necessário a existência de imputabilidade.

A responsabilidade penal é a consequência jurídica do crime e, havendo a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, o Estado pode responsabilizar o agente pelo seu ato e aplicar-lhe uma pena. Como a inimputabilidade se refere à ausência de culpabilidade, conforme a doutrina majoritária, não há cometimento de crime e responsabilidade penal. É através dessa lógica que os teóricos que defendem a medida de segurança, acreditam que esta não tem relação com a pena e não apresenta contradição à teoria analítica do crime. No entanto, como se perceberá no próximo capítulo sobre a análise da medida de segurança, esta é uma consequência penal e com implicações graves ao agente, havendo sim uma responsabilização, apesar da doutrina penal majoritária, considerar que não há.

O que ocorre é uma responsabilidade sem culpa, objetiva, pois a pessoa com transtorno mental que comete o ilícito acaba sempre respondendo por esta. Assim, para o imputável são aplicadas as dirimentes de responsabilidade, como a coação irresistível, a obediência hierárquica, o erro de proibição inevitável e as discriminantes putativas, que geram a não responsabilização do agente. Já para o doente mental, a absolvição é imprópria e o agente é direcionado a uma consequência penal, em certos casos com o afastamento social através dos hospitais de custódia, ou seja, há uma restrição de liberdade, mas com a propagação da ideia de tratamento médico.

3. ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A MEDIDA DE SEGURANÇA

Após a contextualização teórica trazida nos capítulos anteriores, perpassando no capítulo primeiro pela noção do louco e sua abordagem ao longo da história, além do Movimento Antimanicomial e da Reforma Psiquiátrica e os reflexos que trouxeram na Política de Saúde Mental em nosso país. Até o modo como a doutrina e a legislação penal aborda o tema do semi-imputável e do inimputável, nesse capítulo, será abordado sobre o tema central deste trabalho, a questão da medida de segurança, sua aplicação prática e sua análise crítica, com vistas de refletir outros modos solução jurídica para o tema.

No subcapítulo 3.1, intitulado “A medida de segurança” será abordado acerca do surgimento da medida de segurança na legislação penal e sua conceituação. No capítulo 3.2, “A prática político-penal da medida de segurança no Brasil”, será abordado como está sendo a aplicação prática do instituto da medida de segurança em nosso país e no subcapítulo 3.3, “Reflexões acerca de outras abordagens jurídicas possíveis à pessoa com transtorno mental”, será discutido que outras abordagens podem ser colocadas para lidar com a pessoa com transtorno mental que comete o ilícito.

3.1 A MEDIDA DE SEGURANÇA

A medida de segurança foi a solução político-jurídica para lidar com a pessoa com transtorno mental que comete o ilícito penal adotada pelo atual Código Penal brasileiro. Etimologicamente, o termo medida de segurança pretende expressar algo que demande providência, cautela ou cuidados, ou seja, é a estratégia do Estado para exercer controle social sobre os inimputáveis ou semi-imputáveis (FERRARI, 2001).

A medida de segurança, conforme analisado no segundo capítulo, aparece na legislação brasileira no momento teórico e histórico de embate entre a escola liberal, através da sua noção de responsabilização penal fundada no livre arbítrio e a escola positivista, fundada na resposta penal à periculosidade do agente. Assim, como explica Jacobina (2008), como o entendimento positivista trazia a imposição da pena àqueles que ameaçassem a sociedade, houve um abalo a toda a estruturação do direito penal clássico e surgiu uma espécie de meio termo entre esses dois posicionamentos, a medida de segurança.

O instituto jurídico em análise significaria uma duplicidade de resposta penal, ou seja, há a pena e a medida de segurança. A pena advém da justificação penal da culpabilidade e a medida de segurança, advém da periculosidade. Assim, para Olivé *et al* (2011), o fim pretendido pela pena é eminentemente retributivo, já o da medida de segurança é inquestionavelmente a prevenção especial.

O instituto penal da medida de segurança surgiu pela primeira vez no anteprojeto do Código Penal Suíço de 1893, e tinha como público alvo os considerados irrecuperáveis, ou seja, os inimputáveis, criminosos habituais e antissociais (OLIVÉ *ET AL*, 2011). Com a criação desse instituto era possível a privação de liberdade por período incerto, com o objetivo duplo de contenção e afastamento social, sob o pretexto de tratamento médico.

Ao longo do tempo, outros códigos penais europeus também foram adotando o instituto, principalmente aqueles países que passavam por regimes totalitários, já que a medida de segurança trazia uma abertura jurídica para uma imposição penal de afastamento social do “louco perigoso”.

Para Mattos (2006), em termos de discurso científico, diferenciava-se a medida de segurança, da pena propriamente dita, pois a medida de segurança não teria o caráter de retribuição e aflição e se relacionaria somente com a periculosidade do agente. No entanto, o autor tece críticas e diz que “longe dos discursos assépticos, sabemos que a prática apontava para uma segregação perpétua do “beneficiado” pela medida de segurança”. (MATTOS, 2006, p. 101)

A existência de apenas uma resposta penal é característica do monismo e a dupla resposta, do dualismo. Para o monismo, teorizado por Von Liszt no final do século XIX, não há distinção entre a pena e a medida de segurança, pois ambas são respostas penais aos delitos (OLIVÉ *ET AL*, 2011). Já no dualismo, há distinção entre os institutos, cada qual com objetivos e justificações diferentes.

O sistema dualista é composto por duas vertentes, a sucessiva e a alternativa. Nesta última, ou se aplica pena, aos imputáveis e semi-imputáveis, ou se aplica medida de segurança, aos inimputáveis e semi-imputáveis, ou seja, não há como impor a mesma solução penal ao mesmo fato. Já o dualismo sucessivo ou duplo-binário, há a possibilidade de haver duas soluções penais para o fato, podendo haver a aplicação de uma pena e de uma medida de segurança ao mesmo indivíduo, havendo uma afronta à proibição da dupla imputação (*ne bis in idem*) (OLIVÉ *ET AL*, 2011).

Na legislação penal brasileira, o sistema do duplo-binário foi o adotado no Código Penal de 1940, código que concretizou o instituto da medida de segurança na legislação penal, no momento histórico-político do regime totalitário do Estado Novo. No entanto, após a Reforma de 1984, esse entendimento foi alterado e não existe mais a aplicação simultânea de pena e medida de segurança para o imputável e semi-imputável.

Para o semi-imputável, há apenas a possibilidade de substituição de um instituto pelo outro, de acordo com a análise do caso concreto. Destaca-se que os semi-imputáveis são

aqueles indivíduos denominados fronteiriços, ou seja, são indivíduos que por perturbação da saúde mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não eram, ao tempo do fato, inteiramente capazes de entender o caráter ilícito ou de determinarem-se de acordo com esse entendimento, conforme o art. 26, parágrafo único, do Código Penal. Assim, o código prevê a redução da pena, ou seja, há culpabilidade e, caso o Juiz assim decida, pode haver a substituição pela medida de segurança.

Conforme explica Bitencourt (2016), no Código Penal vigente, ao imputável que comete um delito será imposta a pena correspondente, ao inimputável, a medida de segurança e ao semi-imputável, impõe-se pena ou medida de segurança, ou seja, ou uma ou outra, nunca as duas, como ocorre no sistema duplo binário. Com relação ao semi-imputável, o Juiz considerará as circunstâncias pessoais do indivíduo, ou seja, se o seu estado pessoal demonstrar a necessidade maior de tratamento, cumprirá medida de segurança, mas se, ao contrário, esse estado não se manifestar no caso concreto, cumprirá a pena correspondente ao delito praticado, com a redução prevista.

Ressalta-se que há uma divergência doutrinária a respeito do tema, o entendimento majoritário compreende que o sistema adotado pela legislação penal iguala o dualismo puro alternativo ao vicariante, ou seja, acreditam que não há cumulação dos institutos da pena e da medida de segurança para os semi-imputáveis (BITENCOURT, 2016, p. 863; FUHRER, 2000, p. 29; MATTOS, 1999, p. 129). No entanto, há autores que diferenciam os dois sistemas, compreendendo que no sistema vicariante há uma flexibilização na aplicação dos institutos e no dualismo puro alternativo não há. Os autores acreditam não haver a possibilidade de alternância entre os institutos e este é o entendimento adotado pelo nosso ordenamento jurídico atual (OLIVÉ *ET AL*, 2011). Assim, entende-se que, antes da reforma na legislação em 1984, havia o sistema binário, onde é possível a aplicação da pena e da medida de segurança cumulativamente. Atualmente, o Código Penal adota o sistema vicariante, que aplica pena ou medida de segurança.

Percebe-se que a criação do instituto da medida de segurança veio a corresponder a um anseio da sociedade em conter a figura do louco, não apenas na esfera da medicina, do tratamento, mas também da esfera penal. No entanto, esse anseio é escondido por trás de uma doutrina e de uma legislação que aparenta a busca de um tratamento de saúde para o doente e não de uma pena, mas que funciona como um discurso legitimador. No entanto, após anos de aplicação da medida de segurança em nosso país, percebe-se nela, como veremos adiante, muito mais um caráter sancionador, aflitivo, que um caráter de tratamento ou prevenção.

Pelas definições doutrinárias a seguir, pode-se perceber como a doutrina e o legislador buscaram definições pouco críticas e, talvez, até ingênuas acerca da medida de segurança.

Com relação ao conceito teórico da medida de segurança, segundo Masson (2016, p.935), “a medida de segurança é modalidade de sanção penal com finalidade exclusivamente preventiva, e de caráter terapêutico, destinada a tratar inimputáveis e semi-imputáveis portadores de periculosidade, com o escopo de evitar a prática de futuras infrações penais”. Para Ferrari (2001, p.60), na medida de segurança, há ausência de retribuição, existindo apenas o fim preventivo, indagando se este fim seria “a recuperação resultante do tratamento, se a segregação, se a expectativa comunitária, se a intimidação”. O autor analisa que, inicialmente, de fato a medida de segurança teve cunho segregacionista, com o objetivo de proteção social. No entanto, com o avanço das ideias humanitárias, segundo o autor, a ideia de segregação foi dando lugar a concepção de tratamento e recuperação do doente.

Para Ferrari (2001), a ressocialização é o fim essencial e a justificação da medida de segurança. Para ele, a segregação somente deve ocorrer em casos em que a socialização se torna impossível de ocorrer. Assim, dentre as finalidades preventivas especiais, há a preferência pela positiva, em detrimento da negativa. Com relação à prevenção geral da medida de segurança, quanto à negativa, Ferrari (2001) afirma que esta não se aplica à medida de segurança, pois os inimputáveis não têm discernimento para serem intimidados pela norma. Já a prevenção geral positiva, há aplicação na medida de segurança, pois há a função de proteção dos bens jurídicos, na medida em que para sua aplicação deve haver o cometimento do ilícito penal (FERRARI, 2001).

Assim, percebe-se que a doutrina e a legislação trazem justificações para a imposição da medida de segurança, tentando legitimar o espaço dos inimputáveis e dos semi-imputáveis na esfera jurídica. Como citado pelos autores acima, há uma expectativa que o instituto em análise tenha caráter de prevenção, de tratamento e de socialização, trazendo uma concepção otimista em relação ao tratamento que o sistema penal dá aos loucos. No entanto, o que ocorre na prática brasileira, é o uso da medida de segurança como se uma pena fosse, com gravidade de consequência penal, pois torna-se possível a segregação, o encarceramento e a elasticidade de tempo dessas penalidades.

Para Ferrari (2001, p. 65), “na medida de segurança criminal dá-se prioridade a prevenção especial positiva - ressocialização - se comparada a prevenção geral positiva subordinada a função de socialização”. O autor afirma que, apesar da ideia ressocializadora por trás da medida de segurança, no Brasil, ela acabou desvirtuada e foi sendo utilizada como justificativa para a segregação. Na exposição de motivos do Código Penal, há a afirmação de

que a medida de segurança criminal tem caráter preventivo e assistencial e enuncia duas espécies de sanção-medida, cabendo ao juiz decidir qual delas melhor se enquadra no fim assistencial. Nas penas, a prevenção geral positiva exerce o fim essencial e a prevenção especial positiva, papel secundário, já na medida de segurança, ocorre o inverso. Como se percebe, há semelhanças e diferenças entre medida de segurança e penas, ao que houve a criação de duas correntes do direito penal, a concepção unitária e a concepção dualista. Para a primeira, há mais semelhanças, que diferenças, para a segunda, cada instituto possui sua peculiaridade (FERRARI, 2001).

Sobre a natureza jurídica da medida de segurança, Ferrari (2001, p.77), afirma que:

Ao nosso ver, a medida de segurança criminal possui um domínio sancionatório diverso do da pena, não retirando, todavia, a qualificação como sanção. Depende não apenas de um mero estado de perigo social, mas sim criminal, exigindo, para sua imposição e execução, o sucessivo exercício das três funções e atividades do Estado, quais sejam: legislativa, administrativo-executiva e judiciária.

Para Ferrari (2001), a legitimação da medida de segurança e das penas é a mesma, a defesa social. Para o autor, no entanto, na medida de segurança, são necessários o acompanhamento e a participação dos profissionais da área de saúde mental, principalmente para subsidiar as decisões do juiz, o que ocorre com o incidente de insanidade mental previsto nos artigos 149 a 154 do CPP, que é uma perícia médica com um laudo a respeito do estado mental do paciente, ao qual o juiz não está vinculado em sua decisão, mas que o subsidia.

Com relação às espécies de medidas de segurança criminais, Ferrari (2001) analisa que historicamente elas tiveram como destinatário a pessoa perigosa ou potencialmente perigosa e classificavam-se em pessoais ou patrimoniais. As medidas pessoais incidem sobre o delinquente-doente, com o objetivo de limitar sua liberdade individual e efetuar um tratamento, a fim de evitar novo cometimento de ilícito. As medidas pessoais dividem-se em detentivas e não detentivas e as pessoais detentivas podem ser chamadas de privativas e as não detentivas, são chamadas de restritivas (FERRARI, 2001).

A medida de segurança pessoal que priva a liberdade caracteriza-se como medida que visa o afastamento do delinquente-doente do convívio em sociedade, internando-o em um estabelecimento específico para tratamento. Ao longo da história, os estabelecimentos onde essas pessoas eram encaminhadas eram o manicômio judiciário, a casa de custódia e tratamento, a colônia agrícola ou instituto de trabalho, reeducação ou ensino profissionalizante. Na reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, a legislação aboliu o termo, manicômio

judiciário, e passou a se referir à Casa de Custódia e Tratamento psiquiátrico e, em sua falta, estabelecimento adequado (FERRARI, 2001).

No Brasil, os manicômios judiciários foram introduzidos como local para cumprimento de sanção criminal a partir do Código Penal de 1940. Anteriormente, como comenta Ferrari (2001), os loucos eram recolhidos em casas de família ou hospitais destinados aos insanos, sem haver natureza penal, apenas administrativa. Sobre a origem dos manicômios judiciários, Ferrari (2001, p. 81) comenta:

Em conformidade com Oscar Stevenson, os manicômios judiciários tiveram origem na Inglaterra, em 1880, quando o rei Jorge III, após ter sido vítima de um atentado realizado por um insano, determinou sua absolvição, internando-o por motivo de segurança pública.

Para Ferrari (2001), a modalidade de medida de segurança detentiva tem caráter residual e deve ser aplicável somente quando outras medidas menos interventivas não são eficazes. Segundo o autor, para a aplicação da medida de segurança, exige-se a prática de um ilícito-típico relevante socialmente e um juízo de prognose, ou seja, uma avaliação acerca da necessidade da internação e não havendo, deve-se priorizar o tratamento e a reeducação. Como bem define o autor, a medida de segurança não visa puramente a segregação do indivíduo, mas sim um acompanhamento através de uma equipe de saúde mental, com fins de tratamento e com o objetivo de auxiliar a adaptação do indivíduo para um futuro retorno ao convívio social. O autor ressalta a importância da medida de segurança e seus locais de execução serem de fato preparados para atingir seu fim, sob consequência de virarem “absurdos depósitos de delinquentes-doentes que, estigmatizados pela periculosidade criminal, permanecerão privados de sua liberdade por tempo muito superior ao dos próprios presos-imputáveis” (FERRARI, 2001, p.83).

No Código Penal vigente, a imposição da medida de segurança está condicionada à existência de três pressupostos, sem os quais não há que se falar em absolvição imprópria, são eles: prática de um injusto penal, periculosidade do agente e ausência de imputabilidade plena (BITENCOURT, 2016).

O art. 96, do Código Penal, traz que:

Art. 96. As medidas de segurança são: I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II - Sujeição a tratamento ambulatorial. Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Assim, são duas as espécies de medida de segurança: detentiva e restritiva. O art. 97 do Código Penal brasileiro, normatiza que o inimputável que praticar ato punível com reclusão

deverá ser submetido a uma medida privativa de internamento e aquele que praticar ato punível com detenção, será submetido a um restritivo tratamento ambulatorial. Logo, nosso Código Penal trabalha com o conceito de periculosidade e da necessidade de socialização, no que trata da medida de segurança. Com relação ao prazo da medida de segurança, os parágrafos 1 e 2 do artigo citado, o prazo mínimo para a cessação da periculosidade poderá variar de um a três anos. Em regra, apenas após o primeiro ano poderá ser realizada a perícia médica. Ferrari (2001) cita que há autores que defendem esse prazo ser presunção legal, ocorrendo por comparação à gravidade do ilícito e da pena, mas o autor defende que esse prazo mínimo foi colocado pelo legislador pela prevenção geral positiva, com vistas a assegurar a recuperação e tranquilidade social.

Destaca-se que a determinação da espécie de medida aplicada, se detentiva ou restritiva, fica a critério do juiz. A legislação preleciona ainda que a imposição de tratamento ambulatorial pode ser substituída posteriormente pela internação do agente, conforme o art. 97, §4º, do CP: “em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos”. A legislação determina ainda, no art. 101, da LEP, que “o tratamento ambulatorial previsto no artigo 97, segunda parte, do Código Penal, será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada”. Nesse caso, não há privação de liberdade e o tratamento, inclusive, pode ser realizado nos postos de saúde da rede pública (FUHRER, 2000).

Cominando-se o art.96, inciso I e o art.97, caput, do atual Código Penal, a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico consiste como espécie de medida de segurança detentiva, aplicando-se aos inimputáveis (art.26, caput) e semi-imputáveis (art.26, parágrafo único) que praticarem um crime com pena de reclusão e fica a medida de segurança detentiva facultada ao juiz, nos casos de crimes com pena de detenção. “A privação por meio de tratamento está condicionada a dois pressupostos: a) que o indivíduo se revele inteira ou relativamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato; e b) que o ilícito-típico seja grave, tanto que apenado com reclusão” (FERRARI, 2001, p.83).

Após a definição da medida de segurança como instituto e de analisarmos o modo como ela aparece na legislação penal, no capítulo a seguir, será analisado como a medida de segurança vem funcionando na prática brasileira, suas dificuldades e problemáticas.

3.2 PROBLEMÁTICAS SUSCITADAS PELA ADOÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA COMO ESTRATÉGIA POLÍTICO-PENAL

Como analisado no capítulo anterior, a medida de segurança surge no ordenamento penal para conter a pessoa com transtorno mental na esfera penal. Para tanto, a legislação prevê duas espécies de medida de segurança, a detentiva e a restritiva. Uma modalidade prevê o tratamento ambulatorial e a outra, a internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, os chamados HCTPs. Ao longo dos anos de prática desse instituto, muitas problemáticas foram percebidas e apontadas pelos estudiosos do Direito Penal, como será apontado ao longo do capítulo.

O hospital de custódia e tratamento psiquiátrico é o local onde será cumprida a medida de segurança pessoal e Ferrari (2001, p.84) o define como “um hospital-presídio, destinado a tratamento e, paralelamente, a custódia do internado”. Conforme a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, o hospital de custódia:

consiste num hospital que não exige cela individual, com estrutura e divisões condicionadas a uma planificação médico-psiquiátrica. Deve apresentar características hospitalares, contando com um mínimo de aparelhagem apropriada as diversas formas de tratamento, configurando-se vital uma adequada área física para o fim terapêutico.

Como se percebe, o hospital de custódia segue o modelo de tratamento hospitalocêntrico, que prioriza o internamento e o afastamento da sociedade. Ferrari (2001) ressalta que os hospitais de custódia devem ter uma estrutura de higiene e humanização, ou estar-se-á atentando contra o princípio da dignidade humana. Há com relação a esse modelo de medida de segurança críticas e questionamentos possíveis: a) Se o modelo de tratamento em Saúde Mental sofreu alterações advindas da Reforma Psiquiátrica, porque o hospital de custódia continua seguindo o modelo de tratamento médico centrado e com foco hospitalar? b) Na prática, os hospitais de custódia oferecem estrutura humanizada e adequada para tratamento em saúde mental que cumpra o objetivo da medida de segurança, qual seja, o tratamento e a recuperação dessa pessoa com transtorno mental?

No art. 96, inciso II, do Código Penal, está normatizada a única medida de segurança criminal e pessoal não detentiva, que constitui o tratamento ambulatorial imposto ao inimputável ou semi-imputável que praticar delito apenado com detenção. Este tipo de medida de segurança é direcionada para o cometimento de crimes menos gravosos e pode ser comparada às medidas restritivas de direito (FERRARI, 2001). Apesar de ser uma medida alternativa ao internamento, nosso Código Penal não prevê o cumprimento em meio aberto, não estimulando as medidas progressivas ou a criação de ambulatórios privados. O artigo 101 da Lei de Execuções Penais diz que o tratamento será realizado no hospital de custódia e

tratamento psiquiátrico permitindo, subsidiariamente, que seja realizado em outro local com dependências médicas adequadas.

Ferrari (2001) tece críticas e afirma que esse foi um equívoco da legislação penal e que o dispositivo é insuficiente. O autor diverge do legislador e afirma que a medida prevista como tratamento ambulatorial (art.97, II, CP) não deveria ser cumprida em hospital-prisão, principalmente porque há uma mistura dos usuários em cumprimento de ambas medidas, o que pode ser prejudicial ao tratamento e recuperação. Segundo o autor, o legislador deveria ter normatizado o cumprimento da medida de segurança de tratamento ambulatorial em estabelecimento aberto, diverso do estabelecimento de internação, acompanhamento médico e administrativo adequado.

A determinação de uma instituição de internação, os HCTPs, para o cumprimento das medidas de segurança trouxeram questionamentos acerca dessa escolha político-criminal, bem como quanto ao modo como a medida estava sendo executada no Brasil. Há um caráter ambíguo na medida de segurança e nos HCTPs, pois está presente dois modelos de intervenção social ambivalentes: “o modelo jurídico-punitivo e o modelo psiquiátrico-terapêutico” (CARRARA, 1998, p. 18 *apud* MAGALHÃES e ALTOÉ, 2020). Este é o “defeito constitucional” (CARRARA, 1998, p. 28 *apud* MAGALHÃES e ALTOÉ, 2020) dos HCTPs, pois neles perpassa a cultura prisional e a cultura manicomial (MAGALHÃES e ALTOÉ, 2020).

Como a Segurança Pública é responsável pela administração dos HCTPs, no local há agentes penitenciários, mas também há equipe de Saúde Mental, conforme o comentário abaixo (JACÓ-VILELA, 2012, p. 240 *apud* MAGALHÃES e ALTOÉ, 2020):

Como os hospitais psiquiátricos, possuem uma equipe terapêutica (composta de psiquiatras, psicólogos, enfermeiros, assistentes sociais e terapeutas ocupacionais) encarregada de tratar os pacientes até a sua recuperação. Porém, como parte do sistema prisional, os hospitais de custódia e tratamento possuem, além disso, guardas penitenciários. Os conflitos entre tais atores podem ser agudos, uma vez que geralmente mantêm representações muito diferentes sobre os internos. Enquanto a equipe terapêutica tende a percebê-los como pacientes, os guardas tendem a tratá-los como presos comuns.

O que ocorre, na prática da execução das medidas de segurança nos HCTPs é que eles se assemelham muito mais a instituições prisionais, do que a hospitais de tratamento de saúde. Conforme afirmam as autoras Magalhães e Altoé (2020, p.2), quando da sua experiência de estágio em um HCTP, “esses hospitais acabam por reproduzir as práticas encontradas em presídios”. Conforme comenta Michele Cia (2011, p.55), “apesar de já se ter afirmado que as medidas de segurança traduzem apenas um bem ao indivíduo, é dizer, consistem apenas em um

tratamento terapêutico, incapaz de afligir qualquer mal, atualmente reconhece-se a falácia dessa afirmação”.

Há na medida de segurança consequências que vão além do objetivo original, qual seja do tratamento em saúde para recuperação e socialização. Na prática, nota-se uma grave ameaça aos direitos da dignidade humana. Há a restrição da liberdade, ainda mais agravada, pois conforme o dispositivo não há tempo limite para a medida de segurança e esta fica sujeita a avaliação de laudo médico e decisão judicial, conforme se depreende do artigo do Código Penal abaixo:

Art. 97 – [...] § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

A Lei de Execuções Penais coloca a possibilidade de requerimento fundamentado do exame pericial a qualquer tempo, fato que o Código Penal não contemplava, conforme consta do artigo abaixo da LEP:

Art. 176. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

Acerca do tempo indeterminado da medida, há na doutrina, a exemplo de Bitencourt (2012), análises de que a medida de segurança estaria ofendendo o dispositivo constitucional que impede a existência da prisão perpétua no ordenamento jurídico brasileiro. Visando solucionar a questão citada, há duas correntes de interpretação acerca do dispositivo: a) a medida de segurança não seria superior a 40 anos independente do tipo do crime; b) o prazo seria correspondente à pena máxima abstratamente cominada ao delito (BITENCOURT, 2012). O primeiro entendimento tem fundamento no art. 75 do CP, que fixa em 40 anos o prazo máximo das penas privativas de liberdade no Brasil. Conforme esse entendimento, há os seguintes precedentes do STF: HC 107.432/RS e HC 97.621/RS. Já quanto ao segundo entendimento, fundamenta-se no princípio da prévia cominação legal da pena e este vem sendo adotado pelo STJ, que editou a seguinte súmula, em 2015: Súmula 527: O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

Menciona-se também que o Código Penal prevê a desinternação/liberação condicional do sujeito em cumprimento de medida de segurança: “Art. 97 [...] §3º - A desinternação

[HCTP], ou a liberação [tratamento ambulatorial], será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade”. Conforme consta na LEP, em seus artigos 132 e 178, os critérios adotados são aqueles aplicados ao livramento condicional.

Além desses aspectos, a medida de segurança é uma medida invasiva, pois os usuários se submetem a tratamentos farmacológico diversos, que afetam sua existência e a sua saúde bio-psíquica. Assim, nota-se que a medida de segurança é sanção penal de caráter aflitivo e seus usuários devem ter garantidos seus direitos constitucionais. A medida de segurança criminal deve ser executada conforme o seu objetivo dado pelo legislador ou estará havendo uma ofensa à liberdade do indivíduo e o desrespeito aos direitos que protegem a dignidade humana. A medida de segurança, deve-se orientar pelos princípios do Estado Democrático de Direito e deve ser residual e excepcional.

Michele Cia (2011) ressalta que estatisticamente, o número de pessoas com transtorno mental que cometem um ilícito penal é significativamente menor que os imputáveis que cometem delitos penais. No entanto, devido a casos de comoção social e da imprevisibilidade do dito louco, há um interesse da sociedade para que o Direito Penal tutele essa categoria. No entanto, conforme abordado acima, a situação dos inimputáveis no Brasil é preocupante e revela “absoluta desproporcionalidade e desnecessidade das medidas adotadas” (CIA, 2011, p. 17). Cia (2011, p.17) comenta que “a pretexto de proteger a sociedade e curar tais doentes mentais, estes são submetidos a tratamentos clinicamente questionáveis nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs) a que são remetidos”.

A autora cita o Relatório da I Caravana Nacional de Direitos Humanos, realizada pela Câmara dos Deputados, nos anos 2.000, sob o nome: *Uma amostra da realidade manicomial brasileira*. O relatório citado fez um levantamento da realidade manicomial brasileira, incluindo hospitais psiquiátricos e hospitais de custódia. A autora comenta que as informações trazidas pelo relatório são alarmantes, pois nota-se flagrante ofensa ao Direitos Humanos dos indivíduos atendidos nesses locais. A exemplo, cita a autora, há o HCTP de Manaus, que revelou “ausência total de qualquer tipo de tratamento aos internos, que são ali unicamente depositados em lugares inapropriados” (CIA, 2011, p. 18). Observou-se o total descompasso do ambiente, com as normas determinadas pela LEP para os HCTPs.

Foram detectados problemas de celas escuras, sem ventilação, pequenas e desconfortáveis. Em relação à equipe técnica da unidade, detectou-se insuficiência de profissionais. A Caravana responsável pelo relatório detectou a necessidade de interdição do estabelecimento e intervenção estatal com urgência. No relatório citou-se o HCTP de

Itamaracá, em Pernambuco, que estava sem medicamentos e não era direcionado aos pacientes qualquer tipo de tratamento. A Caravana detectou problemas de higiene e ambiência, assim como estavam sem água e colchões.

A Casa de Custódia e Tratamento Arnaldo Amado Ferreira, localizada em Taubaté, São Paulo, também foi encontrada em situações semelhantes. No local, os usuários eram aprisionados separadamente e não possuíam acesso às dependências da instituição. Foram encontrados problemas de higiene e ambientação inadequada, bem como foi detectado que era proibida a visita íntima, ou seja, o exercício da sexualidade pelos indivíduos, direito constitucionalmente assegurado. Por fim, a Caravana concluiu que os dados apontam para uma “predominância de uma realidade manicomial violadora dos direitos humanos dos indivíduos a ela submetidos e desrespeitadora de suas finalidades terapêuticas” (CIA, 2011, p.23).

O cenário apresentado da execução das medidas socioeducativas é reafirmado também pelo Relatório anual de 2003 do Centro de Justiça Global, conforme cita Cia (2011). No documento citado, houve uma denúncia a respeito do HCTP da Bahia, onde houve vinte mortes no ano de 2003.

Cia (2011) relata que dados a respeito da realidade dos manicômios judiciais brasileiros são escassos, cita que em 2006, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão vinculado ao Ministério da Justiça formulou documento intitulado: *Sistema penitenciário no Brasil: dados consolidados*, que traz dados do período de dezembro de 2004 a dezembro de 2005, fornecidos pelos próprios estabelecimentos penais. Conforme o documento citado pela autora, em 2004, havia 3.057 pessoas submetidas à medida de segurança no Brasil, sendo 2.087 homens e 250 mulheres. Em 2005, havia 3.845 indivíduos em cumprimento de medida de segurança e destes, 3.656 homens e 189 mulheres. Nesse ano, 1.447 homens e 98 mulheres cumpriam medida de segurança detentiva (internação) e 2.209 homens e 91 mulheres cumpriam medida de segurança restritiva (ambulatorial).

Diante do exposto, como comenta Cia (2011, p.23),

podemos afirmar que a execução das medidas de segurança no Brasil necessita de urgente reestruturação, a fim de melhorar tanto as condições físicas das instituições psiquiátricas quanto a qualidade do tratamento terapêutico dispensado, pois estas não têm correspondido nem ao mínimo que delas se espera.

Logo, faz-se necessário tecer críticas e análises acerca tanto do próprio instituto jurídico da medida de segurança, questionando se este, da forma como está posto na legislação, é a melhor solução penal para o tema da pessoa com transtorno mental que comete ilícito penal, quanto em relação à realidade da execução da medida de segurança em nosso país, que

conforme exposto, vem desrespeitando os Direitos Humanos, os princípios da dignidade da pessoa humana, bem como o próprio ordenamento jurídico aplicado. Na próxima sessão serão abordados esses questionamentos apresentados, bem como será realizada uma reflexão sobre outras abordagens possíveis do Direito Penal para o tema.

3.3 REFLEXÕES ACERCA DE OUTRAS ABORDAGENS JURÍDICAS POSSÍVEIS À PESSOA COM TRANSTORNO MENTAL

Após conhecer o instituto da medida de segurança e o modo como ele vem sendo executado em nosso país, questiona-se se esse instituto jurídico oferece a melhor solução para a questão da pessoa com transtorno mental que comete o ilícito penal. Diante das análises realizadas no primeiro capítulo desse trabalho, que traz a noção de desinstitucionalização na saúde mental, percebe-se que a medida de segurança não atende aos anseios do que prevê o Movimento Antimanicomial. A lógica antimanicomial não alcança o Direito Penal brasileiro, na medida em que seus discursos, ideias e práticas mostram-se ainda funcionar sob a ideia da internação e do afastamento social.

Questiona-se se os direitos dessas pessoas com transtorno mental que estão sob a égide do Direito Penal estão sendo garantidos, direitos de dignidade da pessoa humana, direito a um processo penal justo e ético. Se a proposta do legislador ao normatizar a medida de segurança era propor tratamento psiquiátrico e ressocialização, vê-se, com os dados trazidos no subcapítulo 3.2 deste trabalho, que a prática da execução não só não atende ao que se propõe, como ainda tem criado mais violência e desrespeitado direitos desses usuários.

Diante das discussões trazidas no primeiro capítulo deste trabalho, pode-se ainda tecer críticas mais profundas acerca da proposta trazida pela medida de segurança. Será que, de fato, o legislador estava propondo o tratamento de saúde desses usuários e sua ressocialização ou esse discurso apenas esconde os anseios da sociedade por segregar o louco-infrator? Foucault (1978) comenta como, desde a Idade Média, o louco e o infrator eram considerados escórias sociais e geravam medo pela sua imprevisibilidade e como a sociedade foi criando locais de segregação para eles. Ocorre que, com o avanço nos Direitos Humanos e no próprio conhecimento científico acerca da saúde mental, na atualidade, não se pode admitir ou naturalizar o tratamento dado pelo Estado a esses indivíduos.

Segundo Lopes e Schutz (2019, p.216), “verifica-se que existe conflito de normas entre o Código Penal e a Lei nº 10.216/20012 em relação às disposições acerca da imposição de medida de segurança ao inimputável psíquico e os novos paradigmas da Lei Antimanicomial”. Diante desse conflito, os autores analisam que o debate acerca do tratamento dado pelo Código

Penal à pessoa com transtorno mental no Brasil deve ser discutido e deve haver uma modificação da lei penal para adequação, já que há uma discrepância entre o tratamento dado ao doente mental no âmbito da saúde, daquele oferecido pela clientela penal.

Os HCTPs tratam-se de instituições totais, conforme Goffman (1974), são hospitais em condições asilares, que trazem a docilização dos corpos através da disciplina e de práticas que atentam contra a existência do eu dos indivíduos. Foi justamente contra essa lógica que o Movimento Antimanicomial lutou, porém, os loucos-infratores parecem ter “ficado para trás” e não foram contemplados pelas mudanças e avanços trazidos pela Reforma Psiquiátrica. Reflete-se se tal não ocorreu por se tratar de uma clientela ainda mais segregada pela sociedade, que carrega os preconceitos não apenas dos loucos, mas também dos delinquentes.

Nota-se que as pessoas com transtorno mental, ainda mais as infratoras, são pessoas invisibilizadas pela sociedade, que com o discurso da sua instabilidade e do medo por sua periculosidade, não foram incluídas nas modificações trazidas pela Reforma Psiquiátrica e foram esquecidas no modelo hospitalocêntrico, que cria doenças, muito mais do que cura. A essas pessoas, deve ser oportunizado igual tratamento, através de atendimento multidisciplinar, não institucionalizado, com a participação da família e com a inclusão de meios de tratamento não apenas medicamentosos, mas também terapêuticos, ou seja, deve ser oportunizado igual tratamento dado pela Política de Saúde Mental do nosso país. A medida de segurança não pode servir a esconder o anseio de vingança ou desejo de punição da sociedade, pois onde está normatizado tratamento, deve ser dado efetivo tratamento de saúde e não mero enclausuramento e afastamento social, como muito tem ocorrido nos diversos hospitais de custódia do país. O fato destes estarem sob a direção da Segurança Pública já nos informa um dado importante a respeito de que “tratamento” se quer à pessoa com transtorno mental nestes locais.

Com o exposto, não se nega que em casos específicos, em que a avaliação dos profissionais especializados assim o recomende, os usuários não possam ser submetidos à internação. Em casos de psicopatologias graves que tenham consequências comportamentos violentos que possam colocar a sociedade em risco e que estes sejam reiterados, a exemplo da psicopatia, pode-se fazer necessária o afastamento social. No entanto, tal afastamento deve ser reavaliado periodicamente pelos profissionais e deve ser em exceção. Além disso, estando em internamento, o indivíduo não deve perder o direito a tratamento adequado e a condições dignas a sua humanidade. Infelizmente, quando há casos de grande comoção social envolvendo indivíduos diagnosticados como psicopatas, a sentimento de vingança social a esses indivíduos

aumenta e reforça o pouco interesse social a que o tratamento dado a essa clientela seja melhorado.

A doutrina, reconhecendo a incompletude do instituto da medida de segurança, tem proposto análises e reflexões com propostas de mudanças e melhoramentos do instituto. Sobre o tema, Ferrari (2001, p.167 e 168) cita tópicos propositivos acerca da medida de segurança, a saber: “1) desinternação progressiva e progressão nas medidas de segurança, 2) limites mínimos e máximos, 3) prescrição e 4) natureza da decisão de inimputabilidade”.

No tópico 1, desinternação progressiva e progressão nas medidas de segurança, ele traz o fundamento da Constituição Federal/88, art. 5º, *caput*, de que todos são iguais perante a lei e no art. 5º, inc. XLVI, analogicamente, de que as sanções devem ser individualizadas. Assim, Ferrari (2001) ressalta que os semi-imputáveis e os inimputáveis devem ter os mesmos direitos que são destinados ao imputáveis, no sentido de serem a estes garantidos direitos constitucionais, penais e processuais penais que trazem proteção à clientela do direito penal.

Assim, a medida de segurança, durante todo o processo de enunciação, aplicação e execução, deve seguir normas obrigatórias. Com relação à execução da sanção, esta visa dar efetividade à decisão judicial e traz, dentre outros fins, o objetivo de recuperação e integração social. Assim que, a progressão de medida visa justamente a ir possibilitando que o usuário seja reintegrado progressivamente. Para o autor, necessário se faz que esse direito seja estendido à medida de segurança, possibilitando que ele passe de uma medida mais rigorosa, para uma mais leve, e vá, aos poucos, sendo integrado socialmente.

Cia (2011) relata que na década de 80 iniciam as ações da desinternação progressiva nos HCTPs, influenciados pelos movimentos antimanicomiais e essas ações que propõem mudanças partem dos próprios funcionários das instituições de internação. Ferrari (2001) analisa que, apesar da lacuna legal, que não prevê a progressão de medida nos casos da medida de segurança, na prática, em diversos estados da Federação, tal prática vem sendo adotada, citando o Instituto Psiquiátrico Forense de Porto Alegre- RS, o Manicômio Judiciário de Recife- PE e Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Professor André Teixeira Lima, de Franco da Rocha- SP.

Em Porto Alegre, o processo de progressão de medida é chamado de alta progressiva, já em Franco da Rocha, é denominado desinternação progressiva. O autor informa que a diferença da alta, para a desinternação constitui que nesta última há um acompanhamento contínuo da equipe, acompanhando a evolução dos usuários, já na alta restringe-se a visitas dos usuários a casa dos familiares, além de proporcionar atividades dentro da unidade, facultando

ao usuário o trabalho externo diurno, com repouso noturno na instituição, assemelhando-se ao regime semiaberto dos imputáveis.

As práticas pioneiras na progressão da medida de segurança realizadas em Porto Alegre e Franco da Rocha baseavam-se sumamente no acompanhamento da evolução do paciente e na reinserção social, através principalmente da aproximação com familiares, com vistas à desinternação. No entanto, apesar do inegável ganho terapêutico dessas ações, elas sofreram restrições judiciais, sob a alegação de não possuírem amparo legal (FERRARI, 2001). Assim, como bem analisa Ferrari (2001), o direito de execução penal, ao invés de evoluir com as novidades psíquico terapêuticas trazidas pela ciência, que trazem a tendência à desinternação, conforme evidenciado na Movimento Antimanicomial, fica ainda preso aos formalismos jurídicos.

Apesar das restrições, houve resistência e conseguiu-se implementar em algumas unidades, como as citadas, as desinternações progressivas. Ferrari (2001) ressalta, no entanto, que desinternação progressiva, não deve ser confundido com progressão de medida, já que a desinternação progressiva configura apenas a mudança na abordagem com o usuário, sem alteração da espécie de medida de segurança fixada. Ela “consiste num método terapêutico que agiliza e aprimora a compreensão, o manejo e a efetivação do tratamento, restando claro que o regime de contenção se aplica a poucos internos. Constitui-se numa revolução terapêutica, opondo-se ao regime fechado” (FERRARI, 2001, p. 171). Cia (2011, p.126) define desinternação progressiva como:

uma forma diferenciada de executar-se a medida de segurança em sua espécie internação visando à efetiva reintegração social do interno. Sua estratégia principal reside no aumento progressivo do contato e da vivência do custodiado com o meio social e na diminuição, também progressiva, de sua dependência com relação ao hospital. No intuito de capacitar o interno para a vivência comunitária, são estimuladas atividades relacionadas à educação, ao trabalho e ao lazer. Ademais, como se verá, o tratamento dispensado na desinternação progressiva tem caráter interdisciplinar, já que congrega várias terapêuticas e intervenções distintas. Pode-se afirmar que o objetivo da referida medida é preparar adequadamente o interno para sua desinternação, de modo que ela seja planejada, paulatina e mais segura, tanto para a sociedade, quanto para o próprio interno.

Cia (2011) ressalta que o tema da desinternação não existe na legislação penal brasileira e cita que a única regulamentação existente a respeito do tema não emana do Poder Legislativo, mas do Poder Judiciário que “reconheceu a importância e possibilidade de aplicação da desinternação progressiva por meio da Portaria nº 9, de 9 de junho de 2003, das Varas das Execuções Criminais de São Paulo” (CIA, 2011, p.119). A portaria prevê a transferência do indivíduo em cumprimento de medida de segurança para a Colônia de Desinternação

Progressiva, em seu art. 1º. No art. 3º, normatiza que a transferência do interno para a desinternação progressiva, pode se dar a qualquer tempo durante o cumprimento da medida de segurança. No entanto, tal transferência, conforme o art. 2º, dependerá de determinação judicial, concedida com fundamento em relatório circunstanciado do hospital onde está internado o indivíduo, elaborado pelo médico psiquiatra, psicólogo, assistente social e o diretor de segurança da unidade.

A portaria relata ainda que o procedimento a ser adotado na desinternação progressiva é o constante no regulamento interno do HCTP de Franco da Rocha-SP, ficando o regulamento como parte integrante da portaria, conforme o art. 4º. A portaria prevê ainda a desinternação progressiva domiciliar ou licença terapêutica, destinadas aos internos que ainda não têm condições de saúde para a transferência para a Colônia de Desinternação Progressiva e caracteriza-se como a possibilidade de visita a familiares, até dois finais de semana ao mês, conforme consta nos artigos 5 e 6.

A portaria citada tem importante contribuição à execução da medida de segurança, tendo em vista que concretiza as mudanças de acordo com as práticas terapêuticas de base antimanicomial e prioriza o tratamento com vistas a desinternação e reinserção social. Cia (2011) argumenta que a desinternação progressiva está de acordo com a norma legal e com os princípios constitucionais, ou seja, ela é uma prática legal, no entanto, como não está ainda preconizada no ordenamento jurídico, o Estado não está obrigado a oferecer tais práticas político-penais na execução da medida de segurança. A autora cita que há inclusive Projeto de Lei de nº 3.473, de 18 de agosto de 2000 que propunha a inclusão da desinternação progressiva na norma penal, através de modificação do parágrafo 3º, do art. 97, do CP.

Cia (2011) destaca que é urgente uma aproximação do judiciário com relação ao tema da desinternação progressiva, principalmente com relação às autorizações das saídas dos internos, mas que o magistrado esteja de modo qualificado incluso no processo de desinternação progressiva e respeitando o tempo e as diretrizes do programa de desinternação elaborado pelas equipes terapêuticas. Ela cita que o juiz poderia ter um protagonismo fundamental no processo de desinternação, trazendo maior segurança jurídica ao processo.

Ferrari (2001) destaca que deve ser dada prioridade a medida constante no art. 96, inc. II, do Código Penal, a medida que prevê o tratamento ambulatorial, já que elas estão de acordo com os atuais estudos em saúde mental que priorizam o meio aberto. O tratamento ambulatorial caracteriza-se, para Ferrari (2001), uma autêntica medida não privativa de liberdade, cumprido, segundo a Lei de Execuções Penais, art. 101, em ambulatórios ou outros locais com

dependência médica adequada ao tratamento, podendo estes serem públicos ou privados, desde que credenciados ao Poder Judiciário, sob controle da Administração, cabendo ao juiz decidir quanto a uma possível regressão de medida. Ferrari (2001) analisa que atenta contra as garantias constitucionais dos semi-imputáveis e dos inimputáveis a impossibilidade que o juiz sentencie a progressão de medida, principalmente porque a Lei citada prevê que ele pode decretar a regressão, então porque não poderia prever a progressão? Ferrari (2001, p.173) analisa:

Como bem destaca Julio Fabbrini Mirabete, a possibilidade da progressividade é patente, pois, se o juiz que impôs a medida de segurança de internação teve como elemento para a decisão o laudo de exame psiquiátrico, o juiz da execução, contando com dados colhidos durante a internação (exames, informações sobre o tratamento e seus resultados), terá maior possibilidade para verificar a desnecessidade de continuar o internamento, convertendo-se a medida de segurança em tratamento ambulatorial. Urgente, portanto, constitui a reforma legislativo-penal, enunciando dispositivos, quer para a desinternação progressiva, quer a progressão - do. internamento para o tratamento ambulatorial - não podendo nosso Código Penal e a Lei de Execução Penal permanecer estagnados diante da tendência de desinstitucionalização do tratamento, preconizada pela psiquiatria moderna, figurando imprescindível uma imediata adequação legal as novas e salutares modalidades terapêuticas.

Com relação ao tópico dois trazido pelo autor, qual seja, limites mínimos e máximos nos prazos de duração das medidas de segurança criminais, Ferrari (2001) cita que este tema é um dos mais antigos e polêmicos relativos à medida de segurança. Trata-se de saber se há limites máximos na duração da medida e se há a obrigatoriedade de limite mínimo para a realização da perícia que analisará a cessação da periculosidade.

Ferrari (2001) analisa que devido ao caráter histórico da criação das medidas de segurança nos diversos ordenamentos jurídicos, a questão dos limites mínimo e máximo da medida foi sendo definida com uma tendência a não prever limites máximos e a vincular o fim à cessação da periculosidade. Tal se deu pela justificativa de que a medida de segurança se diferenciava da pena, sendo apenas terapêutica, não afluiva e preventiva. No entanto, para Ferrari (2001), em um Estado Democrático de Direito, tais justificativas não encontram mais eco, já que todas as normas devem ser interpretadas a partir dos princípios e garantias constitucionais e, assim, as garantias destinadas aos imputáveis devem ser aplicadas também aos semi-imputáveis e aos inimputáveis.

Assim, o autor ressalta que deve ser normatizado um limite máximo para as medidas de segurança, pois não o havendo, ocorre violação dos direitos e garantias dos semi-imputáveis e aos inimputáveis, principalmente porque os limites serão estabelecidos para conter o poder punitivo do Estado, que precisa ser contido, quando está colocado em relação com a liberdade individual dos indivíduos. O autor ressalta, no entanto, que há uma ponderação de interesses,

a saber, a segregação ilimitada do cidadão e a sua liberdade, trazendo possível risco social. Para ele, necessário se faz o sopesamento, com base nos princípios da legalidade, proporcionalidade e perigosidade.

Fundamentado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal/88, assim como no art. 1º do Código Penal, há o princípio da legalidade, normatizando que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Assim, também as medidas de segurança devem ser cominadas legalmente quanto ao seu prazo, fim e propósito e as medidas de segurança indeterminadas quanto ao prazo violam o princípio da legalidade, fato inaceitável em um Estado Democrático de Direito (FERRARI, 2001).

Quanto ao princípio da perigosidade, Ferrari (2001) analisa que é necessário que, para a determinação de uma medida de segurança, deve estar presente a perigosidade criminal, associada ao ilícito cometido e o estado psíquico do agente e, sem esses elementos, não há que ser aplicada a medida de segurança. Com relação ao princípio da proporcionalidade, deve-se ponderar acerca dos limites à liberdade individual do indivíduo e a os perigos que ameaçam a sociedade. Ferrari (2001) analisa que tal princípio deve ser considerado quando da aplicação da medida de segurança, inclusive como fundamentação para o estabelecimento dos limites temporais da medida.

Conforme exposto, Ferrari (2001, p.181-182) advoga a imposição de limites à medida de segurança e afirma que “não impor limites máximos às medidas de segurança criminais consiste, por outro lado, em uma opção puramente retributiva, social, desligada do bem jurídico penal, inadmissível na medida terapêutico penal”. O autor fundamenta nos arts. 60, §4º e art. 5º, XLVII, da CF/88 quanto à inconstitucionalidade do art.97 do Código Penal brasileiro. Como solução à questão da indeterminação do tempo da medida, o autor cita duas principais correntes doutrinárias: a primeira estabelece os limites mínimos e máximos das medidas de segurança de acordo com os limites mínimos e máximos da pena correspondente ao ilícito-típico praticado. Já a segunda corrente, não atrela aos limites da pena correspondente ao ilícito-típico, mas aos termos aleatórios impostos pelo legislador a todos os tipos, ou seja, o legislador definirá o tempo destinado à medida. Ferrari (2001, p. 184) comenta sobre os limites mínimos:

Em nossa concepção, não faz sentido falar-se na admissibilidade de limites mínimos obrigatórios, quando possível, a qualquer tempo, a cessação da anomalia ao delinquente-doente, figurando inconcebível a existência de limites mínimos obrigatórios em qualquer ilícito-típico praticado pelo enfermo mental. Atualmente, deve-se prevalecer a inexistência de limites mínimos obrigatórios a quaisquer espécies de medidas de segurança criminais, não se adotando nem a primeira nem a segunda corrente, vez que vedada a interferência do legislador.

Sobre os limites máximos, o autor analisa (FERRARI, 2001, p.189):

Em nossa posição, nos inimputáveis os limites máximos quanto aos prazos de duração das medidas de segurança criminais aos inimputáveis deverão ser correspondentes aos marcos máximos das penas abstratamente cominadas aos ilícitos-típicos realizados pelos imputáveis. Inimputável e semi-imputável possuirão, portanto, como limites máximos quanto ao prazo de duração das medidas de segurança, correspondente ao marco máximo da pena abstratamente cominada aos seus ilícitos-típicos cometidos.

Assim, o autor propõe determinações mais claras da legislação a respeito do prazo da medida e também se posiciona contra às prorrogações indiscriminadas do tempo da desta, mesmo que seja sob o argumento da prevenção geral positiva. Ele afirma que a prorrogação pode trazer consequências de tempo da medida de segurança maior que o da pena correspondente ao ilícito-penal, fato que atenta contra as garantias penais e constitucionais do indivíduo que está em medida de segurança.

Quanto à terceira proposta trazida pelo autor, qual seja, a prescrição da medida de segurança, refere-se ao limite do Estado quanto ao poder-dever de punir os inimputáveis e os semi-imputáveis. A prescrição é dividida, conforme o autor, em prescrição da pretensão punitiva e pretensão executória e ambas estão descritas genericamente no art. 96 do Código Penal, prelecionando que, uma vez extinta a punibilidade, não se impõe a medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta, havendo tanto a pretensão punitiva, quanto a executória. Ferrari (2001) cita que na legislação é inexistente o parâmetro para a contagem do prazo prescricional, devendo a lacuna legislativa ser sanada. Sobre o tema, Ferrari (2001, p.202) comenta:

De acordo com nossa aceção, o legislador poderá fixar o parâmetro da prescrição da medida de segurança, com base no limite mínimo, ou máximo, existente na duração das medidas de segurança criminais, podendo, ainda, optar por fixar prazos prescricionais condicionados as espécies das medidas de tratamento, constituindo-se exemplo a legislação espanhola, ao enunciar, no art. 135,1 do Código Penal de 1995, que as medidas de segurança privativas de liberdade superiores a três anos prescreverão em dez anos, prescrevendo em cinco outras espécies de medidas de segurança.

Assim, já que o Código Penal é silente a respeito do tema da prescrição da medida de segurança, de acordo com a majoritária doutrina e jurisprudência, a prescrição das medidas de segurança terão como base o ilícito-penal praticado e os correspondentes prazos inscritos no art. 109 do Código Penal. Ferrari (2001) propõe como futura inovação legislativa, que seja elaborada tabela de prazos prescricionais próprios às medidas de segurança, levando-se em consideração a espécie da medida aplicável ou a prática do ilícito aplicável, levando-se em conta o máximo da pena cominada ao ilícito-típico praticado.

Sobre a última proposição trazida pelo autor, a natureza jurídica da sentença judicial impositiva à medida de segurança criminal, Ferrari (2001) acerca de ser sua natureza absolutória ou condenatória. Prevista no inc. IV, caput e no parágrafo único, inc. III do art. 386 do Código de Processo Penal, a sentença que aplicará a medida de segurança criminal é denominada pela doutrina como absolvição imprópria. A sentença absolutória é uma negação à pretensão punitiva e traz como consequência a improcedência da acusação, assim, é ato decisório sobre a pretensão punitiva, sobre o próprio mérito da causa, rejeitando-o (FERRARI, 2001). Já a sentença condenatória tem como resultado o comando da decisão com eficácia executiva, constituindo título para o Estado impor ao réu o cumprimento da pena ou da medida de segurança.

Ferrari (2001) defende que a medida de segurança sendo considerada como efetiva sanção penal de caráter afliitivo, deve ter sua sentença judicial considerada como de natureza condenatória. Logo, propõe haver a revogação do parágrafo único, inc. III do art. 386 do CPP e a inclusão de inciso no art. 387, contendo a seguinte redação: “o juiz, ao proferir sentença condenatória aos inimputáveis, ou semi-imputáveis, imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível” (FERRARI, 2001, p.214).

Os autores citados anteriormente, Ferrari (2001) e Cia (2011), trazem propostas de mudanças legislativas e de execução, em relação à medida de segurança. Porém, há autores como Lopes e Schutz (2019) que trazem uma proposta de mudança na medida de segurança a partir da análise entre a incompatibilidade que há entre a Lei 10.216 de 06 de abril de 2001, conhecida como a Lei da Reforma Psiquiátrica ou a Lei Antimanicomial e a legislação referente à medida de segurança do Código Penal. A Lei 10.216/2001, dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, estabelecendo novos paradigmas para os cuidados em saúde mental no Brasil, operando a chamada Reforma Psiquiátrica (LOPES e SCHUTZ, 2019).

Como já abordado no capítulo 1 deste trabalho, a Reforma Psiquiátrica e o Movimento Antimanicomial significaram uma grande mudança em todo o mundo, com relação ao tratamento, cuidado e acompanhamento de saúde à pessoa com transtorno mental. Significou uma grande ruptura entre o modelo de tratamento hospitalocêntrico, médico centrado e que priorizava a institucionalização, para um modelo de tratamento multidisciplinar, que trazia diversas técnicas terapêuticas e que pretendia o tratamento no meio social do indivíduo, ou seja, um cuidado “portas abertas”, visando o fortalecimento da autonomia do indivíduo.

Como se percebe pelo relato abordado neste capítulo, há um abismo entre o tratamento dispensado pela Política de Saúde Mental e pelo Sistema Único de Saúde e o modelo

dispensado pela clientela penal da medida de segurança. Ou seja, claramente, o Direito Penal não acompanhou as mudanças trazidas pela Reforma Psiquiátrica. Ocorre que tais mudanças ocorreram justamente pelas inúmeras denúncias a respeito do tratamento dispensado aos pacientes dos hospitais psiquiátricos, pois havia um flagrante desrespeito aos direitos de dignidade humana, com locais insalubres, tratamentos degradantes, assemelhados a verdadeiras torturas, e afastamento social.

Se houve avanço para o tratamento em saúde mental das pessoas com transtorno mental em geral, porque toleramos ainda o tratamento degradante dispensado para os indivíduos com transtorno mental que compõem a clientela penal? Há claro desrespeito aos Direitos Humanos e aos direitos de dignidade humana presentes na Constituição de 1988. Como afirmam Lopes e Schutz (2019, p.215) “não tem mais lugar o modelo estabelecido no Código Penal Brasileiro, de resposta sancionatória ao agente inimputável psíquico que pratica injusto típico”. Os autores analisam acerca da incompatibilidade trazida pela Lei nº 10.216/2001 e o Código Penal (LOPES e SCHUTZ, 2019, p.216):

(...) verifica-se que existe conflito de normas entre o Código Penal e a Lei nº 10.216/2001 em relação às disposições acerca da imposição de medida de segurança ao inimputável psíquico e os novos paradigmas da Lei Antimanicomial. Tal conflito é bilateral, pois a aplicação de uma das normas necessariamente envolve violação da outra, e total, pois a Lei nº 10.216/2001 veda condutas que os arts. 96 a 99 do Código Penal determinam. Por outro lado, se a comparação for realizada entre as normas da Lei da Reforma Psiquiátrica e a totalidade das disposições do Código Penal, o conflito é parcial, por abranger apenas os referidos artigos. No caso específico do presente estudo, verifica-se antinomia jurídica relativamente às disposições contidas nos arts. 96 a 99 do Código Penal – que compõem o Título VI da Parte Geral e disciplinam a medida de segurança – e às disposições da Lei nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e estabelece novos paradigmas para a assistência em saúde mental.

Enquanto o Código Penal estipula medida de segurança com espécie que prevê o encarceramento como um tratamento, a Lei nº 10.216/2001 prevê um modelo não asilar, que busca a multidisciplinariedade e o fortalecimento do indivíduo, priorizando seu convívio social, envolvendo inclusive a comunidade e a família nesse processo. Portanto, como apontado pelos autores, há claro conflito entre normas entre o que dispõe a Lei nº 10.216/2001 e o Código Penal.

Lopes e Schutz (2019, p.217) advogam que deve haver uma inovação através da:

aplicação da Lei Antimanicomial, e não do Código Penal, não mais se impondo medida de segurança ao inimputável psíquico que pratica fato típico e ilícito, e, sim, disponibilizando-lhe cuidado e atenção em saúde mental no contexto da rede de atendimento que a ele é disponibilizada a partir da entrada em vigor da Lei nº 10.216/2001 e seus consectários infralegais. Acredita-se que a permanência da aplicação do Código Penal, apesar de tacitamente derogado pela Lei da Reforma Psiquiátrica, com a consequente imposição de sanção penal a sujeito que não tem

consciência da própria conduta – circunstância que flerta com a responsabilidade penal objetiva –, deve-se à tentativa de aplacar o estado de coisas no qual se encontra o Brasil – insegurança, violências institucionais, ausência de sentimento de pertencimento pelo indivíduo, desesperança. Assim, com a imposição de medida de segurança, é recebida pela sociedade uma resposta do Estado diante da prática de fato típico e ilícito, independentemente da consciência do sujeito praticante e do resultado efetivo da imposição da medida de segurança detentiva. Nesse sentido, a internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, que é, efetivamente, encarceramento humano, em nada contribui para construção e fortalecimento de laços sociais e afetivos do indivíduo internado; pelo contrário, priva-o de tratamento adequado, em meio aberto, na companhia de familiares e amigos e com vistas à sua adaptação social. (...) A virada ética e ideológica representada pela Lei Antimanicomial tornou inequívoca a condição do inimputável psíquico, autor de fato típico e ilícito, de sujeito de direitos à promoção de sua saúde mental, à inclusão social, ao não encarceramento; e tais direitos devem ser respeitados.

Portanto, argumenta-se que a mudança na legislação penal relativa às medidas de segurança se faz urgente, devendo-se abarcar as diretrizes trazidas na Lei Antimanicomial, para que o tratamento dispensado às pessoas com transtorno mental seja o preconizado pelas Políticas de Saúde Mental em todo o mundo, trazendo respeito e dignidade ao indivíduo. As medidas de segurança não devem ser instrumento de vingança social, pois se a legislação decidiu definir tratamento diferenciado aos semi-imputáveis e aos inimputáveis, a eles deve ser dado o tratamento especial preconizado.

Ocorre que, como bem comentam Lopes e Schutz (2019), ainda há um desejo por punição pela sociedade destinado ao infrator, o que gera um clamor por maior rigidez ao tratamento penal dado àquele que comete o delito. Há uma busca da sociedade por leis penais mais rígidas, que considera ruim a diferença de tratamento dada o indivíduo com transtorno mental que comete o ilícito, assim como ocorre com a lei destinada à criança e ao adolescente que comete o ato infracional e tem tratamento especializado.

No entanto, apesar das resistências sociais, é necessário continuar a argumentação a respeito da melhora no tratamento penal dispensado aos grupos mais vulneráveis da sociedade ou, até mesmo, refletir se o sistema penal é o mais adequado para responder às questões sociais. Como argumentam Costa e Machado Júnior (2018, p.81):

A análise do sistema penal, a partir do ambiente carcerário, demonstrou empiricamente que a justiça penal é extremamente seletiva, recrutando seus membros principalmente das zonas periféricas, refletindo uma realidade social extremamente desigual que busca excluir os pobres do seu convívio. A questão, afirma Mathiesen (1997, p. 273), “não é a reabilitação dos transgressores e nem prevenir outros de cometerem atos similares, mas simplesmente retirar os transgressores do circuito social”; esse é o real propósito que a racionalidade penal moderna busca acobertar.

Assim, a sociedade demonstra o desejo de controle dos corpos, como ensina Foucault (1978), utilizando-se dos mecanismos do sistema penal para conter públicos específicos e determinados, como as minorias sociais e os grupos mais vulneráveis, sob discursos que

falseiam este desejo com premissas de que querem o bem social. Como refletem Costa e Machado Júnior (2018, p.82):

a falsa crença de que a reação punitiva é o único instrumento capaz de responder à criminalidade. O imaginário popular acostumou-se a ver na prisão o instrumento de vingança legítima do Estado e da recuperação do apenado, crença coletiva esta que dificulta a superação de um antigo modelo, sobretudo quando o discurso da violência é utilizado no contexto de uma hipercultura midiática.

Assim, é necessário constantemente dialogar acerca do modo como a sociedade tem respondido aos seus conflitos sociais e trazer outros modos de fazer, outras respostas, ainda que se encontre resistências. Neste trabalho, buscou-se refletir criticamente acerca do tratamento penal dado aos indivíduos com transtorno mental e pensar acerca de outras estratégias, pois compreendeu-se que, o modo como vem ocorrendo, fere os direitos desses indivíduos e precisa de mudanças urgentes.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou trazer uma reflexão crítica acerca do modo como a pessoa com transtorno mental que comete o ilícito penal é tratada no Direito Penal brasileiro. Para tanto, no primeiro capítulo, a partir das análises de Foucault (1978), buscou-se refletir como ao longo da história a figura do louco foi abordada. Percebeu-se que a loucura gerava comoção social, encarada como um fenômeno que não se conseguia compreender, que trazia a noção de perigosidade. Para tanto, a sociedade decidiu esconder o louco, contê-lo e restringi-los a espaços de cárcere. O saber médico se interessou pelo louco e começou a estudá-lo, porém foram anos até que se pudesse compreender melhor a doença mental. Antes de se alcançar esse entendimento, os loucos foram trancados em manicômios e submetidos aos mais absurdos tratamentos, distantes de suas famílias.

Com o advento da Reforma Psiquiátrica e do Movimento Antimanicomial houve uma verdadeira revolução e mudança de paradigma a respeito do tratamento dado aos doentes mentais. Tais mudanças fizeram avançar a Política de Saúde Mental em todo o mundo, inclusive no nosso país. O Brasil desenvolveu um processo de fechamento dos manicômios e implementou um modelo de Saúde Mental territorializado, com foco na autonomia do usuário, com terapêuticas multidisciplinares e com a inserção do indivíduo na sociedade.

A perspectiva da Reforma Psiquiátrica foi utilizada pra demonstrar a diferença de tratamento dado ao indivíduo com transtorno mental na Política de Saúde Mental e no Sistema Penal. Há uma grande distância, um abismo, entre um e outro. No segundo capítulo, buscou-se compreender como funciona a lógica penal para adotar a medida de segurança como resposta penal ao indivíduo com transtorno mental que comete o ilícito. Para tanto, buscou-se verificar como a legislação penal aborda o tema, inclusive fazendo-se uma análise histórica dos Código Penais brasileiro. Foi realizada uma análise através da doutrina penal e da legislação penal sobre as principais escolas penais e sobre a teoria das penas, a fim de pensar a respeito da lógica penal que justificou a adoção da medida de segurança. Também foi discutido a respeito da culpabilidade, da inimputabilidade e da irresponsabilidade, trazendo a teoria geral do delito para compreender o porquê do Direito Penal escolher a via da semi-imputabilidade e da inimputabilidade destinada a pessoa com transtorno mental.

No terceiro capítulo buscou-se caracterizar a medida de segurança, o modo como ela é abordada na legislação penal e processual penal. Posteriormente, buscou-se trazer um panorama de como ela ocorre na prática brasileira e percebeu-se que há diversas problemáticas quanto à adoção e a prática da medida de segurança em nosso país, como: HCTPs que são

insalubres e que não tratam efetivamente os pacientes, pois não estão afins com os estudos atuais em saúde mental e desrespeitam a legislação voltada a saúde mental; a busca pelo encarceramento, ao invés da adoção do tratamento socializador e que confere autonomia; prazos da medida de segurança elásticos, que conferem tempos longos dos indivíduos na medida de segurança.

Assim, percebeu-se que a medida de segurança é adotada como um tratamento de saúde, mas na verdade, esconde um anseio da sociedade por vingança e punição através do sistema penal. Aonde na legislação se fala em tratar, na verdade se vê pouco interesse em viabilizar o melhor tratamento. Na verdade, o que se quer é afastar do convívio social, punir e dar uma resposta à sociedade que clama por vingança e punição e que ainda vê o louco como perigoso.

No entanto, conclui-se que, na prática da medida de segurança no Brasil, há claro desrespeito aos direitos humanos e aos direitos de dignidade humana advindos da Constituição Federal (1988), pois os indivíduos são submetidos a tratamento diferenciado do que preconiza a Lei nº 10.216/2001, a Lei da Reforma Psiquiátrica.

Assim, é urgente uma mudança na legislação penal para que os indivíduos possam ter acesso ao tratamento adequado, ou, como preconiza Lopes e Schutz (2019), aplicar a Lei nº 10.216/2001 também ao público com transtorno mental que está inserido no sistema penal. Não se pode aceitar essa diferença de tratamento, pois a legislação, tanto a Constituição Federal (1988), como o Código Penal, prevê o princípio da igualdade

Compreendendo-se que este trabalho não pretendeu abarcar todas as nuances desse tema tão complexo e necessário, sugere-se que novas pesquisas e discussões sejam realizadas, a fim de dar voz a um público tão invisibilizado e marginalizado por nossa sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARANTE, Paulo (coord.). **Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil**. Ed. Fiocruz, 2 ed., Rio de Janeiro, 1998.

AMARANTE, Paulo. **Saúde mental e atenção psicossocial**. Ed. Fiocruz, Rio de Janeiro, 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Ed. Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª ed., 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral 1**. Ed. Saraiva, 17ª ed., rev. e amp., São Paulo, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 22 ED., 5 v. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24/07/2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940: Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25/10/2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941: Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 20/07/2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 25/10/2021.

BRASIL. **Lei 10.216, de 06 de abril de 2001: Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 25/10/2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Subsecretaria de Assuntos Administrativos. **Memória da loucura: apostila de monitoria / Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Subsecretaria de Assuntos Administrativos**. Brasília, Ministério da Saúde, 2008.

BRASIL. **PORTARIA n° 336, de 19 de fevereiro de 2002**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0336_19_02_2002.html>. Acesso em: 01/03/2022.

BRASIL. **PORTARIA n° 665, de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2002/prt0665_25_09_2002.html>. Acesso em: 01/03/2022.

BRASIL. **PORTARIA SAS/MS n° 224, de 29 de janeiro de 1992**. Disponível em: <https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/Portaria_224.pdf>. Acesso em: 01/03/2022.

CIA, Michele. **Medidas de segurança no Direito Penal: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal**. Ed. Unesp, São Paulo, 2011.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; MACHADO JÚNIOR, Elísio Augusto de Souza. **Justiça Restaurativa: um caminho possível na superação da racionalidade penal moderna?** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 65-91, abr. 2018.

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

FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. Ed. Perspectiva, São Paulo, 1978.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. Edições 70, Lisboa, 2013.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da inimputabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. Ed. Impetus, 19ª ed., Niterói-RJ, 2017.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Ed. Perspectiva, São Paulo, 1974.

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

LOPES, Ariadne; SCHUTZ, Gabriel. **A razão pode ser instrumento de inclusão da loucura? Olhares sobre a medida de segurança**. Rev. Saúde e debate, v.43, n. especial 4, pp. 207-218, Rio de Janeiro, dez. 2019.

MAGALHÃES, Rayanne; ALTOÉ, Sonia. **Dentro e fora: tecendo conexões sobre um hospital de custódia**. Rev. Pesquisas e Práticas Psicossociais, 15(1), São João del-Rei, janeiro-março de 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. Ed. Método, São Paulo, 2016.

MATTOS, Virgílio. **Trem de doido: o direito penal e a psiquiatria de mão dadas**. Belo Horizonte: UMA Editoria, 1999.

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

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré *et al.* **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAMPONET, Ana Maria; MATOS, Luciana. **O Direito à Saúde Mental**. ANAIS – II Congresso Internacional Direitos Fundamentais e Alteridade, Salvador, p. 85 - 103, 24 a 26 outubro de 2018.

PERES, Maria Fernanda; NERY FILHO, Antônio. **A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança**. Rev. História, Ciências, Saúde. Manguinhos, Rio de Janeiro, vol. 9(2):335-55, maio-ago. 2002.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Terminologia sobre deficiência na era da inclusão**. In: Revista Nacional de Reabilitação, São Paulo, ano V, n. 24, p. 6-9, jan./fev. 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **APELAÇÃO. TJ-RS - APR: 70083785428 RS**. Relator: Joni Victoria Simões, Data de Julgamento: 22/05/2020, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 12/11/2020.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.** Tradução de Tônia Van Acker, , Ed. Palas, São Paulo, Athena, 2008.