



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA GUIOMAR FREITAS PASSOS

**A COMPATIBILIZAÇÃO DA LEI ANTIMANICOMIAL
10.216/2001 COM AS MEDIDAS DE SEGURANÇA: UMA
QUESTÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Salvador

2015

MARIA GUIOMAR FREITAS PASSOS

**A COMPATIBILIZAÇÃO DA LEI ANTIMANICOMIAL
10.216/2001 COM AS MEDIDAS DE SEGURANÇA: UMA
QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mestre Daniel Nicory do Prado

Salvador

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA GUIOMAR FREITAS PASSOS

A COMPATIBILIZAÇÃO DA LEI ANTIMANICOMIAL 10.216/2001 COM AS MEDIDAS DE SEGURANÇA: UMA QUESTÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

Aos amores da minha vida, Cláudio,
Luiza e Clara.

Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus que, apesar das minhas falhas, permanece comigo a todo instante, me cercando de cuidado. A Ele, toda honra, toda glória e todo louvor.

Ao meu marido Cláudio que me incentivou e me apoiou nesse meu projeto de fazer uma nova faculdade, desde o primeiro dia que lhe falei do meu desejo. Meu eterno amor!

Às minhas filhas Luiza e Clara que me fazem sentir a alegria de ser mãe todos os dias. Amor incondicional.

Aos meus pais, Geraldo e Aparecida. Obrigada pela ajuda diária, pela dedicação incansável, pela imensa generosidade, por compreender a minha ausência, mesmo quando minha presença se fazia indispensável.

Às minhas amigas do Quarteto Fantástico, com quem dividi, diariamente, minhas alegrias, mas também minhas preocupações.

Aos meus amigos de curso que me acompanharam ao longo desse trabalho e me ajudaram sempre que precisei. Minha imensa gratidão.

Ao meu orientador, Daniel Nicory, pelas fundamentais contribuições para a realização deste trabalho. Foi meu porto seguro todas as vezes que as dúvidas e inseguranças batiam-me à porta.

Ao professor de psicologia Gustavo, a quem recorri para rever a temática da loucura, algo que para mim é imensamente desafiador e intrigante. Meu muito obrigado!

“Bem aventurado o homem que acha sabedoria e o homem que adquire conhecimento”.

Provérbios 3:13

RESUMO

O presente trabalho tem como foco o estudo acerca do instituto da medida de segurança criminal, resposta penal sancionatória aplicada pelo Estado a certas categorias de indivíduos que não possuem a capacidade de discernimento, frente à Lei 10.216/2001, a chamada Lei Antimanicomial ou Lei da Reforma Psiquiátrica, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos ou sofrimentos mentais. Para isso, realizar-se-á no primeiro capítulo uma análise sobre as considerações históricas que levaram ao nascimento da medida de segurança no Brasil e no mundo, seu conceito e pressupostos, oportunidade em que será feita uma análise sobre a periculosidade, como um dos pressupostos para a incidência da medida de segurança, assim como a fragilidade da sua avaliação e da sua constatação em determinado agente, já que a tarefa é dotada de imensa carga subjetiva e apenas traduz um mero juízo de probabilidade. Em seguida, serão abordados os conceitos e preconceitos da ideia de loucura, passando pelo nascimento da Psiquiatria e analisando o conceito de loucura, no contexto social e histórico, com o intuito de relacionar a loucura com a dignidade da pessoa humana, a loucura com a culpabilidade e a loucura com a periculosidade, oportunidade em que será feito um paralelo da mesma com o conceito de doença mental. Por fim, será abordado o que levou ao surgimento do Movimento pela Luta Antimanicomial que, por sua vez, gerou a Lei 10.216/2001, momento em que serão debatidas as contradições da referida lei, em face do instituto da medida de segurança presente no Código Penal.

Palavras-chave: Medida de segurança; periculosidade; loucura; direitos fundamentais; movimento antimanicomial; lei 10.216/2001.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	12
2.1 A ORIGEM DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	12
2.2 O SURGIMENTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	17
2.3 CONCEITO E PRESSUPOSTOS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	22
2.4 AS DIFERENÇAS CONCEITUAIS ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA	25
2.5 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS DE SEGURANÇA	29
2.6 ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA	31
2.7 OS PRAZOS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA – DISCUSSÃO ACERCA DOS LIMITES MÍNIMOS E MÁXIMOS	33
2.8 DIREITOS DO INTERNO	36
3 A ANÁLISE CIENTÍFICA DA LOUCURA E A CONSTRUÇÃO DA PERICULOSIDADE	34
3.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A LOUCURA	34
3.1.1 No mundo	37
3.1.2 No Brasil	41
3.2 CONCEITO DE LOUCURA E DOENÇA MENTAL	44
3.2.1 O conceito de loucura na visão da psiquiatria	46
3.2.2 O conceito de loucura na visão jurídico-penal	49
3.2.3 O nascimento da clínica psiquiátrica	52
3.2.4 As reflexões acerca da Criminologia e o criminoso	54
3.3 DISTINÇÃO ENTRE CULPABILIDADE, RESPONSABILIDADE, INCAPACIDADE E SUAS REPECUSSÕES NO ÂMBITO JURÍDICO-PENAL	56
4 REFORMA PSIQUIÁTRICA X MEDIDA DE SEGURANÇA	59
4.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL	61

4.2 DIREITO E DIFERENÇA: A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL /MANICOMIAL	63
4.3 O ALCANCE DA LEI 10.216/2001	67
4.3.1 Surgimento	67
4.3.2 Premissas	73
4.3.3 Lei 10.216/2001 X Medida de Segurança. Existe Compatibilização?	75

5 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas através do qual o Estado exerce a função de prevenir e reprimir os crimes por meio de sanções penais cominadas aos seus autores, contudo, não se pode aplicar o Direito Penal desvinculado da Constituição Federal, pois seu papel garantidor tem de estar afinado com os valores e princípios constitucionais, em especial com o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio tem como função a proteção de bens jurídicos considerados mais importantes e valiosos para a sociedade e que não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito.

Nesse contexto de garantias constitucionais, sobretudo à pessoa humana, a sociedade tem exigido do legislador mudanças na legislação penal em face da proteção dos doentes mentais considerados inimputáveis, a fim de que os mesmos possam ser inseridos no convívio social e não sejam deixados à própria sorte em manicômios judiciários pelo país.

O presente trabalho tem por escopo demonstrar que não basta simplesmente promulgar uma lei que disponha sobre os direitos dos portadores de transtorno mental, Lei 10.216/2001, em face da legislação penal vigente, além disso, é preciso que essa lei seja assimilada através de ações práticas pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário, especificamente na esfera criminal.

Para tanto, o trabalho buscará no primeiro capítulo registrar a estrutura legislativa de construção das medidas de segurança no cenário jurídico-penal, demonstrando a inutilidade e os danos causados pelas mesmas no trato do portador de sofrimento mental que comete um fato definido como crime.

A medida de segurança é a sanção jurídico-penal imposta ao agente que infringe uma norma penal e que, por motivo de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, é considerado incapaz (ou relativamente incapaz) de entender o caráter ilícito do fato ou de se comportar conforme esse entendimento. No entanto, somente a constatação da patologia psíquica/mental não é suficiente para autorizar a aplicação da aludida medida, fazendo-se também necessária a comprovação da periculosidade do agente.

A periculosidade criminal é um conceito subjetivo, vago e indeterminado, que não tem embasamento científico, mas que é usada na aplicação da medida de segurança.

O segundo capítulo deste trabalho tratará da loucura, retratando como a mesma era entendida e punida através da história, fazendo uma abordagem da loucura como condutora para o nascimento da psiquiatria e do entendimento de que a loucura é uma doença mental.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta o debate a respeito da reforma psiquiátrica no Brasil, dando origem à chamada “Lei Antimanicomial”, a Lei 10.216/01. Registra-se em que contexto histórico a lei surgiu e qual foram suas premissas como norma jurídica destinada à proteção dos direitos dos portadores de transtorno mental.

A sua entrada em vigor mudou “teoricamente” a abordagem destinada à pessoa com transtorno mental, assim como o modelo de tratamento que lhe era destinado. Persiste, no entanto, um grande problema, que é compatibilizar os preceitos trazidos pela Lei 10.216/2001, que surgiu como um reclame da sociedade em prol da proteção aos direitos dos portadores de transtornos mentais, com o que preceitua o Código Penal e a Lei de Execuções Penais quanto à aplicação e execução da medida de segurança.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

O Direito Penal moderno demonstrou a ineficácia da execução da pena quanto à prevenção e à recuperação do criminoso. Nesse cenário, buscaram-se outros meios que pudessem trazer melhores resultados. Uma das inovações foi o instituto da medida de segurança, cujos fundamentos sofreram influência da escola positivista.

A aplicação da medida de segurança é bastante antiga. Diante disso, é necessário fazer um percurso sobre a história do seu surgimento, no Brasil e no mundo.

2.1 A ORIGEM DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO MUNDO

A aplicação de medidas com o objetivo de proteger a sociedade dos indivíduos que aparentavam ser perigosos é bastante antiga. Historicamente, desde a Antiguidade, já havia medidas preventivas a serem aplicadas tanto aos menores, como aos doentes mentais.

Os povos primitivos que compunham as sociedades antigas perceberam que não bastava aplicar castigo àqueles indivíduos que delinquiriam, pois eles eram uma ameaça constante à comunidade, dessa forma, eram necessários mecanismos de prevenção, com o objetivo de completar a pena. (PRADO, 2010, p. 641).

No Direito Romano, as medidas cautelares eram prescritas aos menores impúberes de 7 a 12 anos (*infants*) que estavam submetidos à “*verberatio*”, espécie de advertência e aos loucos (*amens* ou *furiosus*) que, não sendo contidos por suas famílias, eram aprisionados. (PANCHERI, 1997, p.105).

A aplicação de medidas corretivas a vagabundos e mendigos começou a ser feita no século XVI e foi nesse período que surgiu a pena de prisão, mas as prisões propriamente ditas não existiam até início do século XVIII, isso em função da situação inadequada das mesmas. (PRADO, 2010, p. 641).

No período que compreendeu o século XVI até o século XIX, o ordenamento jurídico de alguns países europeus, como o Código Penal Francês de 1810, o Código Penal

Italiano de 1889 e o Código Penal Norueguês de 1902, já aplicava providências corretivas e disciplinares não apenas a menores e loucos, mas também a vagabundos, mendigos e ébrios eventuais (RIBEIRO, 1998, p.10-11), mas foi a Inglaterra, em 1860, que primeiro aplicou tratamento psiquiátrico aos doentes mentais que praticassem algum tipo de delito, recolhendo-os a um asilo de internados. Na Inglaterra, inclusive, já havia manicômio judiciário, desde 1800. (PRADO, 2010, p. 641).

O surgimento do movimento iluminista nos fins do século XVII, na Europa, trazendo novas ideias e conceitos, contribuiu para inovações no campo penal. Vários filósofos da época fizeram campanha contra as penas bárbaras, sendo responsáveis pelo advento das escolas penais e da sistematização não só do direito penal, como das demais ciências. (FERNANDES, 2002, p. 68).

As escolas penais dedicam-se ao estudo do crime, do criminoso e de sua responsabilidade penal.

A Escola Clássica tem como precursores Cesare Beccaria e Francesco Carrara e, para tal escola, a pena era um remédio para o delito. Seus pensadores defendiam um tratamento penal igual para todos, sendo a pena proporcional à gravidade do delito cometido. A pena deve ser aplicada para a satisfação da justiça, sendo a mesma a única medida capaz de inibir o delito. (FERNANDES, 2002, p. 653).

Segundo Antônio Moniz Sodré de Aragão (1963, p. 69-70), a Escola Clássica baseava a responsabilidade penal do criminoso na responsabilidade moral e esta, por sua vez, tem como base o livre arbítrio, faculdade inerente à alma humana. Para os criminalistas clássicos, o livre arbítrio é atributo de todos os homens psicologicamente desenvolvidos e mentalmente sãos. Em função disso, possuem poder de escolha entre os motivos mais diversos e opostos e são moralmente responsáveis por todos os seus atos. O homem possui livre arbítrio e, diante disso, é moralmente culpado e legalmente responsável por todos os seus delitos.

Com o surgimento da Escola Positiva, no final do século XIX, os alienados mentais que eram excluídos do âmbito de proteção do Direito Penal clássico passaram a integrar o Direito Penal, merecendo a devida atenção, sendo nesse cenário que ocorre o surgimento das medidas de segurança (KREMPEL, 2004, p. 481).

A Escola Positiva trouxe como uma de suas propostas a substituição da pena por um novo tipo de sanção penal, com o objetivo de tratar o autor da infração penal através da mesma, retirando do convívio social todo indivíduo que, em virtude do seu comportamento e da sua personalidade, apresentasse algum perigo para a sociedade. (MARCHEWKA, 2004, p. 179).

A Escola Positiva é adepta do determinismo psicológico ou volicional e rebate amplamente a existência do livre arbítrio, negando, por sua vez, a responsabilidade moral dos indivíduos. Para a referida escola, o homem não possui o poder arbitrário e soberano de decisão livre, mas está sujeito à causalidade e seus atos são consequência das circunstâncias internas e externas que influenciam sua vontade. Em síntese, aceitar a existência de uma vontade livre seria contestar o valor da herança e a influência que a educação e o meio físico e social exercem sobre os homens. (ARAGÃO, 1963, p. 74).

Um dos criadores da Escola Positiva foi o psiquiatra italiano Cesare Lombroso e atribui-se ao mesmo o desenvolvimento de pesquisas acerca do crescimento social do homem e dos fatores criminológicos que atingem a sociedade. Cabe a ele o estudo que diz que o criminoso possui traços em sua personalidade que indicam a sua criminalidade (RIBEIRO, 2014, p. 455). Após seus estudos, Lombroso concluiu que havia uma analogia entre o criminoso e o doente mental, quanto à falta de responsabilidade das ações por este cometida. (MARCHEWKA, 2004, p. 179).

O positivismo está ligado à busca metódica baseada no experimental, aquilo que não fosse demonstrado materialmente por via da experimentação reproduzível não poderia ser considerado científico. O que verdadeiramente interessava à referida escola é a verificação rigorosa e exata dos fatos que lhe proporcionava o fundamento racional de suas conclusões indutivas. Seus estudos estavam centrados na pessoa real e viva do delinquente e não na figura abstrata e jurídica do crime. O positivismo sustentava que o delinquente se revelava em suas ações e que o mesmo estava impulsionado por forças de que ele mesmo não tinha consciência. (ARAGÃO, 1963, p. 42-43).

Lombroso, como iniciador da Escola Positiva demonstrou, em sua obra “O Homem Delinquente” (2010), um apego aos fatos e fez um estudo acerca das tatuagens e, com base nesse estudo, estabeleceu a classificação dos diversos tipos de criminosos.

Outro apego científico para justificar suas teorias foi sua pesquisa, na Medicina Legal, dos caracteres físicos e biológicos, chegando à conclusão de que a hereditariedade biológica referida como atavismo é causa para o comportamento criminoso. Ele defende que o criminoso sofre uma tendência atávica, hereditária, para o mal, concluindo que o delinquente é doente. Importante registrar que o comportamento criminoso causado por tendências hereditárias não é desculpável, tanto é que ele diz que, para os criminosos natos adultos, não há muitos remédios sendo necessário isolá-los para sempre, nos casos incorrigíveis, e eliminá-los, quando a incorrigibilidade os torna perigosos. (LOMBROSO, 2010, p. 5-7).

Enquanto os clássicos defendiam que o delito era consequência do desejo do infrator, os positivistas defendiam que importava à ciência saber por que o indivíduo cometia um crime. Com isso, o crime deixa de ser visto como um episódio isolado e ganham destaque as características físicas e psíquicas daquele que praticou o mesmo (PRADO, 2010, p. 641). Para os positivistas, o crime era uma doença social que deveria ser tratada ao longo da execução da pena. A ideia central dessa corrente de pensamento se baseia na defesa social, fundando-se ora em proteção, ora em justiça social. (FERRARI, 2001, p. 20).

Para os filósofos da Escola Clássica, o direito de punir estava centrado na responsabilidade subjetiva, ou seja, no livre arbítrio, sendo a pena uma retribuição para aquele indivíduo que livremente resolveu descumprir a lei. Já para os filósofos positivistas, o fundamento do direito de punir estava na preservação do estado de defesa social contra aquele que, em função de sua condição evolutiva, genética ou social, estava pré-determinado a cometer crimes e com isso ameaçar os demais integrantes da sociedade. (JACOBINA, 2008, p. 130).

Em certo momento, ao longo da história do Direito Penal, o mesmo se desfez da abstração que estava incluído ao tempo da Escola Clássica e mergulhou no concretismo das verificações objetivas do delito, especificamente sobre o criminoso. (FERNANDES, 2002, p. 80).

O livre arbítrio foi abandonado como categoria central para aplicação da pena, no entendimento da Escola Positiva. Ao contrário do que defendia a Escola Clássica, de que o criminoso é um ser normalmente constituído e psicologicamente são, a Escola Positiva defendia que o delinquente é um ser anormal e mais ou menos insuscetível de adaptação à vida social, em função de suas anomalias orgânicas e psíquicas,

hereditárias e adquiridas, constituindo uma classe especial da espécie humana. (ARAGÃO, 1963, p. 171).

Uma das principais diferenças entre as duas escolas era que, enquanto, para a Escola Clássica, o homem era um ser racional, agindo livremente no caso do comportamento infracional e, sendo necessário priorizar a relação entre gravidade do delito praticado e o do castigo a ser aplicado, para a Escola Positiva do Direito Penal, a transgressão à norma era vista como um sintoma de uma doença, importando para a mesma descobrir os nexos causais que levavam o indivíduo a praticar o delito. Para o Direito Positivo, o infrator pertence a uma categoria de indivíduos portadores de anomalias bio-psíquicas que se mostram mediante seu comportamento delituoso e se apresentando como indicador de sua periculosidade, ou seja, o crime é doença e o criminoso por extensão é perigoso. (COSTA, 2003, p. 161).

Apesar de a Escola Positiva ser a responsável pelo surgimento das medidas de segurança, as mesmas somente foram sistematizadas em 1893, com o Código Penal Suíço de 1893, elaborado por Carl Stooss. O anteprojeto desse código já possuía disposições sobre as internações de reincidentes, substituindo a pena por internação em casa de trabalho e asilos. (PRADO, 2010, p. 642).

O interesse da Escola Positiva era discorrer sobre a periculosidade ou temibilidade do criminoso, atribuindo-a uma função jurídica, ou seja, uma coisa é considerar o fato criminoso, outra coisa é o homem criminoso. A periculosidade do criminoso independe do perigo objetivo que pode subsistir, ainda que este falte. Dessa forma, a periculosidade do criminoso constitui critério fundamental (subjetivo) que vai substituindo o critério clássico (objetivo) da entidade do crime (FERRI, 2006, p. 117-119). Trata-se aqui do princípio da independência entre a periculosidade do sujeito e a do comportamento criminoso.

Von Liszt, inspirado na doutrina de Rudolf Von Ihering, concebeu ao lado das penas o instituto das medidas de segurança como mecanismo de defesa social. O pensador, tomando por base uma concepção preventiva de sanção penal, desenvolveu a teoria sobre pena-fim/pena-defesa. O objetivo final do Direito Penal é a proteção da vida humana e, sendo assim, toda sanção penal deveria estar voltada a esse fim. Seria a defesa social o que justificaria a pena-defesa, agregando em um só tipo de sanção fins retributivos e preventivos. (apud CRUZ, 2011, p. 8).

Antônio de Aragão (1963, p. 278) é feliz ao dizer que o fim da pena, no pensamento da Escola Positiva, não é a retribuição do mal pelo mal, a expiação da culpa pelo castigo merecido, mas a defesa social pela prevenção dos crimes.

Importante dizer que a medida de segurança como instituto jurídico destinado a defesa social não surgiu como aplicação exclusiva aos inimputáveis, uma vez que ela era frequentemente aplicada aos imputáveis de forma complementar ou mesmo direta.

A periculosidade é o fundamento da aplicação da medida de segurança, ou seja, ao criminoso que se apresenta desajustado socialmente e que, ao se prever que ele volte a delinquir, será aplicada uma medida destinada a impedir seu novo crime, internando-o em estabelecimento especial, para tratamento, ou submetendo-o à vigilância da autoridade pública. O Direito Penal adotou, ao lado da pena, o instituto das medidas de segurança. (BRUNO, 1984, p. 255).

No final do século XIX, já se observava, em vários países, que pena não impedia a criminalidade, assim como a reincidência e, sendo assim, questionou-se a eficácia da sanção-pena e a necessidade de repensar o sistema tradicional (FERRARI, 2001, p. 16). Nesse contexto de aumento da criminalidade e dos índices de reincidência aliados ao desenvolvimento das ciências da natureza e, conseqüentemente, do estudo biopsicológico do homem houve o surgimento do Positivismo Criminológico, que defendia não ser possível a aplicação do Direito Penal com base, apenas, na culpabilidade e na retribuição, era fundamental construir um sistema penal pautado na defesa social e com eficácia prática na segurança da sociedade. (RIBEIRO, 1998, p. 14) Os pensadores positivistas defendem a prevenção especial dos delitos. As penas e as medidas de segurança tinham a dupla finalidade de curar o condenado e/ou segregá-lo, em razão do mesmo ser tido como perigoso. (FERRAJOLI, 2010, p. 248).

A conclusão dos estudiosos foi a de que a pena-sanção era ineficaz e que era necessária a inserção da pena preventiva, como forma de impedir que o delinquentes viesse a reincidir. (FERRARI, 2001, p. 17).

No começo do século XX, o Direito Penal passou a utilizar dois tipos de sanção penal, como resposta a um fato típico e ilícito: a pena e a medida de segurança.

2.2 O SURGIMENTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Apesar de a sistematização das medidas de segurança no Brasil somente ter ocorrido com o Código Penal de 1940, desde as antigas legislações já se percebia a presença das medidas de caráter preventivo, embora todas fossem denominadas de penas.

Antes de 1940, o Código Criminal do Império de 1830, nos seus artigos 12 e 13, prescrevia, respectivamente, que os loucos deveriam ser entregues às suas famílias ou internados em casas destinadas aos mesmos e que os menores de 14 anos, que tivessem agido com discernimento, seriam recolhidos às casas de correção (KREMPEL, 2004, p. 482). O Código Penal de 1890 previa medidas semelhantes ao Código anterior e acrescentou sanções penais para os vadios, para os toxicômanos e para os ébrios habituais que fossem nocivos ou perigosos a si próprios, a outrem ou à ordem pública. (RIBEIRO, 1998, p. 12-13).

Em 1913, surgiu o Projeto do Código Penal de Galdino Siqueira, influenciado pelos estudos de Stooss e pelas teorias de Von Listz, que prescreveu, no seu artigo 25, que os inimputáveis perigosos deveriam ser internados em manicômios judiciários ou em hospitais para alienados, mas esse projeto não foi deliberado pelo Poder Legislativo. (PRADO, 2010, p. 643).

Posteriormente, as medidas de segurança foram apresentadas, ainda que de forma falha, no projeto de Virgílio de Sá Pereira de 1927 que, por sua vez, foi influenciado pelo Código Suíço e pelo Projeto de Rocco (FERRARI, 2001, p. 33). Ficou estabelecido neste projeto que o semi-imputável deveria cumprir, cumulativamente, pena e medida de segurança, adotando-se o sistema duplo binário. (PRADO, 2010, p. 643).

Foi o Código Penal de 1940 que sistematizou as medidas de segurança no Brasil, sendo as mesmas consideradas a maior novidade introduzida no sistema penal brasileiro. Este adotou o sistema duplo binário, que permite a aplicação cumulada de pena e medida de segurança a um único indivíduo.

Conforme dito por Ivana Pancheri (1997, p.105), segundo Nelson Hungria, o Código Penal de 1940 coloca a medida de segurança como um complemento da pena imposta na sentença condenatória, sofrendo o réu uma dupla sanção penal, que era o cumprimento da sentença e a medida de segurança.

O referido código aplicava as medidas de segurança tanto aos imputáveis, como aos inimputáveis, pois vigora, na dita legislação, o sistema duplo binário. Conforme prescrito no artigo 22 da legislação, exigia-se, como critério de verificação da responsabilidade penal, a análise da capacidade do indivíduo de entender o caráter criminoso do fato e de posicionar-se segundo esse entendimento (PRADO, 2010, p. 643). Para que fosse possível aplicar a medida de segurança, era necessário que houvesse, cumulativamente, a prática de um fato típico previsto como crime e a periculosidade do agente que era, por sua vez, presumida. (FERRARI, 2004, p. 34).

O doutrinador Aníbal Bruno (1984, p. 299-300) estabelece que para a aplicação da medida de segurança, é necessária a prática de um fato típico definido em lei como crime, isso porque tal instituto representa um ataque a bens jurídicos de extrema relevância. Não se analisa, na aplicação das medidas de segurança, o princípio da culpabilidade, ou seja, não é preciso que o ilícito se integre com a culpabilidade do agente, basta que se realize objetivamente um injusto típico jurídico, contrário ao direito a que nenhuma causa de justificação exclua o seu caráter de antijuridicidade.

As medidas de segurança eram divididas em patrimoniais e pessoais e estas últimas, por sua vez, eram subdivididas em detentivas e não detentivas, conforme a periculosidade do agente. As detentivas caracterizavam-se pela internação do indivíduo em locais apropriados para tratamento como, por exemplo, nos manicômios judiciais e as não detentivas mantinham o indivíduo em liberdade vigiada, sendo o mesmo proibido de frequentar certos lugares. Nas de cunho patrimonial, mantinham-se a interdição de estabelecimento e o confisco de bens. (FERRARI, 2004, p. 35).

A legislação penal de 1940, ao introduzir o sistema duplo binário, foi vista, inicialmente pelos estudiosos do Direito, como um avanço em matéria penal, no entanto, posteriormente a prática e a eficácia do seu funcionamento trouxeram um sentimento de frustração, no que se refere aos fins propostos pela mesma. (RIBEIRO, 1998, p. 29).

Em 1963, foi divulgado o Anteprojeto elaborado por Nelson Hungria, que tinha por objetivo receber sugestões, proporcionando debates entre a comunidade jurídico-penal. A grande inovação trazida por este Anteprojeto foi a eliminação do sistema duplo binário e a sua substituição pelo sistema vicariante, pois, percebeu-se que, ao mesmo indivíduo, não poderiam ser aplicadas, sucessivamente, duas sanções penais, pena e medida de segurança (DOTTI, 1982, p. 61).

Mesmo tendo fundamentos diferentes, a pena vinculada à culpabilidade e a medida de segurança à periculosidade, não é possível aplicar as duas respostas penais ao mesmo indivíduo, pois, pena e medida de segurança são espécies de consequências jurídicas impostas pelo Estado àqueles que afrontam um bem jurídico penal, possuindo ambas, como pressuposto, a prática de um fato típico, ilícito e prévio, definido normativamente (FERRARI, 2001, p. 67). De Marciso, citado por Ferrari (2001), argumenta que “pena e medidas de segurança são duas estradas, traçadas pela moderna consciência jurídica, sobre terreno comum (a luta pelo direito), com um objetivo único (a defesa social), cada uma com características próprias, mas com não poucos caracteres comuns”.

Quando se fala em um sistema duplo binário, pena e medidas de segurança têm natureza jurídica diversa e é por isso que se podem aplicar ao mesmo indivíduo as duas sanções penais. Já no sistema vicariante, há uma aproximação entre a pena e a medida de segurança e isso possibilita que o juiz substitua a aplicação da pena privativa de liberdade pela medida de segurança, ou seja, aplica-se uma ou outra. (RIBEIRO, 1998, p. 27).

Como diz Cezar Bitencourt (2015, p. 859), em que pese se diga que o fundamento e os fins da pena e da medida de segurança são distintos, a aplicação conjunta desses institutos ao mesmo indivíduo fere o princípio do “*ne bis in idem*”, uma vez que as duas sanções penais são aplicadas à mesma pessoa.

Mesmo entre as penas propriamente ditas, é possível aplicar mais de uma simultaneamente (privação de liberdade e multa; restrição de direitos e multa), apesar de ambas possuírem a mesma natureza. A multa penal pode ser cominada como pena única, como pena cumulativa e multa, como pena alternativa ou multa e, também, de caráter substitutivo. A pena privativa de liberdade não superior a um ano pode ser substituída ou por multa, ou por pena restritiva de direitos. A pena privativa de liberdade superior a um ano poderá ser substituída por uma pena restritiva de

diretos e multa, ou por duas penas restritivas de direitos, desde que possam ser executadas simultaneamente. (BITENCOURT, 2015, p. 663).

Passados seis anos, foi promulgado o Código Penal de 1969, que manteve quase que a totalidade dos dispositivos do Código Penal de 1940, mas trouxe importante alteração para o instituto das medidas de segurança. Inspirado na doutrina trazida por Nelson Hungria, tal Código, no seu artigo 93, proibia a aplicação cumulativa de pena e medida de segurança, cabendo ao juiz escolher entre a imputabilidade ou inimputabilidade. Se o indivíduo fosse considerado imputável, ao mesmo aplicava-se a pena e, sendo considerado inimputável, aplicava-se a medida de segurança (apud CRUZ, 2011, p, 28). Apesar de ser promulgado, o referido Código nunca entrou em vigência, sendo revogado em 1978. Foi mantido o Código de 1940, quase na integralidade, somente houve algumas mudanças pela Lei 6.416 de 1977.

A reforma ocorrida em 1984, na parte geral do Código Penal de 1940, através da Lei 7.209/84, adotou amplamente o sistema vicariante, trazendo grandes novidades quanto ao instituto das medidas de segurança. Estas somente poderiam ser aplicadas aos imputáveis e aos semi-imputáveis. Foi excluída a possibilidade de presunção de periculosidade e criaram-se duas espécies de medidas de segurança, a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e o tratamento ambulatorial.

Como diz Eduardo Ferrari (2001, p. 40-41), o Código de 1984 resgatou o princípio da legalidade de forma absoluta, pois, explicitou, no seu texto, os pressupostos obrigatórios para a aplicação das medidas de segurança, quais sejam, a periculosidade criminal e a prática de um ilícito típico. Passou-se a exigir que fossem aplicadas às medidas de segurança as mesmas garantias que o princípio da legalidade exige para a pena.

Em consonância com a Reforma da Parte Geral de 1984, a Lei de Execuções Penais (LEP) 7.210/84 tratou de colocar em prática tudo aquilo que foi disciplinado como a nova dogmática penal dada às medidas de segurança. Os artigos 171 a 179 da LEP dispuseram sobre a operacionalização das medidas de segurança, afastando por completo os artigos 751 a 770 do Código de Processo Penal. (FERRARI, 2001, p. 42).

O diploma legal supra citado trouxe algumas alterações: passou a exigir a necessidade de expedição de guias de internamento ou tratamento, para que fosse possível a aplicação das medidas de segurança, sendo com isso necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que absolvesse o réu inimputável e lhe aplicasse a medida de segurança, eliminando a possibilidade de interdição provisória da referida medida e conferindo, assim, uma garantia ao réu inimputável ou semi-imputável; a perícia médica a ser realizada obrigatoriamente no prazo mínimo de um a três anos, podendo haver excepcionalmente a antecipação do mesmo; a possibilidade de conversão da pena em medida de segurança se, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental e, por fim, a determinação de que a decisão que liberou o imputável ou semi-imputável deve transitar em julgado, sob pena de a mesma ficar suspensa, persistindo o internamento ou o tratamento ambulatorial até a decisão final do recurso. (CRUZ, 2011, p. 32).

2.3 CONCEITO E PRESSUPOSTOS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

O Direito Penal é a parcela do ordenamento jurídico que regula as relações dos indivíduos em sociedade e tem a finalidade de proteger os bens mais importantes, aqueles necessários à sobrevivência da coletividade e que não puderam ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito, assim como trazer tranquilidade no convívio social.

Para Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 3), “o Direito Penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aos autores das condutas incriminadas”.

A Medida de Segurança é uma resposta do ordenamento jurídico em face da periculosidade do agente, após a prática do fato típico e ilícito e visa impedir que o mesmo volte a delinquir.

O moderno Direito Penal demonstrou de forma habilidosa o insucesso da execução da pena quanto à prevenção e à recuperação do infrator, principalmente, quando temíveis. Foi nesse cenário que surgiram as chamadas medidas de segurança, cujos fundamentos tiveram por base a Escola Positiva (MIRABETE, 2005, p. 363).

Esse infrator “temível” seria inclusive o imputável, sob o ponto de vista da Escola Positiva, pois a mesma entendia que o crime seria oriundo de um episódio de desajustamento social do homem.

Para a autora Ivana Pancheri (1997, p. 106), o instituto supra citado é uma espécie de sanção penal que se concretiza pela privação de bens jurídicos imposta pelo Estado às pessoas que são socialmente perigosas, em virtude de as mesmas terem cometido um ilícito penal típico.

No Direito Penal moderno, o conceito de sanção penal abrange as penas e as medidas de segurança. Dessa forma, é possível afirmar que a medida de segurança é uma consequência jurídica do crime que, por sua vez, é expressa em sanção penal de natureza criminal. (KREMPEL, 2004, p. 485).

Por serem uma consequência jurídica do delito e possuírem caráter penal e não administrativo, as medidas de segurança são orientadas pela prevenção especial e se revelam na reação do ordenamento jurídico, em face da periculosidade criminal do delinquente, após o mesmo ter praticado um delito. As mesmas têm o objetivo de evitar que aquele que delinuiu volte a praticar novos injustos penais (COSTA, 2008, p. 6). Não sendo a medida de segurança criminal um instrumento administrativo e sim, um instrumento sancionatório de que se vale o Estado para a proteção da sociedade, para a aplicação da mesma se exige a prática de um fato típico e ilícito prévio. (FERRARI, 2001, p. 77).

Em síntese, dois são os pressupostos necessários para a aplicação das medidas de segurança: a prática de um injusto penal e a periculosidade do agente. É o que se deduz dos artigos 97 e 98 do Código Penal. Luiz Regis Prado (2008, p. 627) aponta um terceiro requisito que seria, inclusive, um requisito negativo, qual seja, a ausência plena de imputabilidade. O agente imputável somente pode sofrer pena.

Luiz Regis Prado (2010, p. 646) entende que a prática de um delito, como fundamento para a aplicação das medidas de segurança se traduz como um critério limitativo, que visa afastar a imposição de medidas pré-delitivas por motivos de segurança jurídica.

A prática de um injusto penal é condição *sine qua non* para a aplicação da medida de segurança. Mas é importante dizer que o fato previsto como crime, no que se refere ao inimputável, não terá todos os elementos que compõem o fato punível,

quais sejam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, já que no caso do inimputável não estará presente o atributo da culpabilidade. (CRUZ, 2011, p. 46).

Reafirmando aquilo que já foi dito por outros autores, não há que se falar em periculosidade pré-delitual, pois, se a mesma fosse admitida, haveria uma ampliação no âmbito do Direito Penal, constituindo uma séria ameaça à segurança dos direitos individuais. Seria muito difícil controlar o arbítrio das autoridades quanto ao reconhecimento do estado perigoso e muitas injustiças poderiam ser realizadas sem um compensador benefício para a defesa social. (MARTINS, 1974, p. 425).

Como bem fala Júlio Mirabete (2005, p. 364), a aplicação da medida de segurança é regida pelo princípio da legalidade, a mesma não pode ser aplicada se não existem provas que confirmem a imputação de um fato típico punível, se o ato praticado pelo agente não constitui um ilícito penal e se o infrator foi absolvido por ter praticado o fato respaldado por uma excludente de ilicitude.

A periculosidade é o temor, a probabilidade de o agente delinquir ou voltar a delinquir. No caso dos inimputáveis, a lei presume essa periculosidade e determina a aplicação da medida de segurança àqueles que cometeram um ilícito penal e que estão inseridos nas condições previstas pelo artigo 26 do Código Penal, sendo, nesse caso, a aplicação obrigatória. No caso dos semi-imputáveis, o juiz pode vir a reconhecer a periculosidade e em reconhecendo-a, substituirá a pena pela medida de segurança. Ao imputável não se aplica medida de segurança, somente a pena, ainda que o mesmo seja perigoso. (MIRABETE, 2005, p. 365).

A legislação, não apenas a brasileira, historicamente distinguiu duas espécies de periculosidade: a social e a criminal. A periculosidade social se evidencia antes do delito e está fundada no perigo do delito. A periculosidade criminal se apresenta pós-delito e se funda no perigo da reincidência. Em nome de uma suposta defesa social, a Escola Positivista, com o seu paradigma preventivo, apresentou um enorme número de excessos e desvios que deveriam ser reprimidos pelo Estado. Surgia a periculosidade social, enquanto mera possibilidade de o indivíduo cometer fatos socialmente prejudiciais à sociedade. Punia-se o indivíduo pela mera possibilidade de ele cometer ações danosas, fossem elas criminosas ou não. (CRUZ, 2009, p. 53-54).

A periculosidade social, apresentando-se como uma medida de defesa social, vinha, na verdade, restringir à liberdade dos cidadãos que eram considerados socialmente inconvenientes para o Estado, dispensando, inclusive, a própria prática de uma infração penal. A mesma legitimava-se pelo simples indício de comportamento desajustado, impondo àqueles considerados *persona non grata*, na comunidade, tratamento ou segregação social, possibilitando a aplicação de medidas de segurança pré-delitivas. (FERRARI, 2001, p. 154-155).

Enrico Ferri (2006, p.125) entende que a periculosidade criminal consiste em ter cometido ou tentado cometer um delito. Ela fundamenta a defesa repressiva do direito penal e leva consigo o perigo de reincidência. Esta é, de fato, uma periculosidade efetiva e apenas ela possui uma função jurídica na justiça penal. Para ele, somente depois da demonstração processual que o indivíduo cometeu um crime é que a defesa social repressiva se apresenta. Não há o que se falar em resposta penal ao estado de periculosidade pré-delitual.

Luiz Regis Prado, citado por Cláudia Rosane Roesler e Leonardo Almeida Lage (2013, p. 353-354), embora não admita que a periculosidade seja presumida, considera que há, muitas vezes, uma presunção *ex vi legis*, no caso dos agentes inimputáveis. Isso porque, quando se verifica, por meio do exame de insanidade mental, que determinado agente não tem capacidade de entender a ilicitude do fato que praticou, ou de autodeterminar-se, conforme esse entendimento, ele é absolvido e a medida de segurança lhe é aplicada.

Na vigência de um Estado Democrático de Direito, não há o que se falar em periculosidade social. A medida de segurança adquire natureza de sanção penal e somente poderá ser aplicada após a prática de um fato típico e ilícito.

Importante ainda registrar, em que pese se sustente pela inconstitucionalidade do parágrafo 1 do artigo 97 do Código Penal, que estabelece que a internação e o tratamento ambulatorial serão por tempo indeterminado, permanecendo, enquanto não se verificar a cessação da periculosidade via perícia médica, devido à proibição constitucional da prisão perpétua, na realidade, pela letra da lei, a cessação da periculosidade deverá ser averiguada por regra, ao final do prazo mínimo de duração da medida de segurança imposta no julgado. (COSTA, 2008, p. 21).

2.4 AS DIFERENÇAS CONCEITUAIS ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA

Antes de adentrar, propriamente, nas diferenças entre pena e medida de segurança, é necessário apresentar alguns esclarecimentos acerca das teorias do Direito Penal. As teorias do Direito Penal se desdobram em dois grupos, o das teorias da retribuição, também chamadas absolutas, e o das teorias da prevenção, também chamadas relativas.

Aníbal Bruno (1984, p. 33-34) diz que as teorias absolutas partem da exigência de justiça na retribuição da pena. Retribuição justa, em virtude do ato criminoso e, caso haja algum fim prático a ser alcançado, este é secundário. A razão de ser da sanção penal está no crime cometido pelo agente, que merece ser castigado. Já para as teorias relativas ou finalistas, a finalidade de ser da pena está na segurança social, servindo como instrumento de prevenção do crime. A razão de ser das teorias relativas está no futuro, na prática de novos crimes que o Estado deve prevenir.

Segundo Rogério Grecco, (2010, p. 465), a pena deve tanto reprovar o mal praticado, como prevenir futuras infrações. As teorias absolutas defendem a tese da retribuição, sendo a pena uma necessidade que não se pode renunciar, já que a mesma é uma retribuição pela ocorrência de um crime. As teorias relativas defendem a tese da prevenção, em que o castigo deixa de ser um fim e passa a ser um meio tanto para impedir a ocorrência, quanto para impedir a reincidência de um crime. Ainda existe uma subdivisão da prevenção, em geral (negativa e positiva) e especial (negativa e positiva). Na prevenção geral negativa que tem Beccaria como seu defensor, a pena que é dirigida ao autor da infração penal se reflete na sociedade, a fim de evitar que outros pratiquem delitos, já a prevenção geral positiva visa despertar na sociedade o respeito a certos valores.

Kant e Hegel contribuíram para a propagação das teorias absolutas. Kant com seu rigor moralista faz da pena um imperativo categórico, motivo pelo qual a imposição absoluta da justiça se justifica. Já Hegel, através da sua dialética, transforma a retribuição moral em retribuição jurídica, ou seja, o direito negado pelo crime é reafirmado pela pena e, na necessidade dessa reafirmação, é que a pena se torna legítima. (apud BRUNO, 1984, p. 39-40).

Inicialmente, as concepções da pena tinham por finalidade algo retributivo e de cunho metafísico, sem qualquer preparo científico. A sanção penal era aplicada para retribuir um mal causado, tal como previa a lei de Talião. Foi somente a partir de uma finalidade de prevenção ou integração que se questionaram a finalidade e o sentido da pena, a partir de uma análise do contexto social e do direito positivo. Jakobs, defensor da prevenção geral positiva, entendia que a função e o conteúdo da pena somente podem ser determinados, a partir de uma ordem social estabelecida e da compreensão de seu sentido. A pena deve ser defendida positivamente como demonstração da vigência da norma à custa de um ator responsável. (BRITO, 2014, p. 17).

Cesare Beccaria (2009, p. 49) diz que as penas são estabelecidas contra aqueles que infringiram as leis e que o modo de aplicá-las deve ser proporcional aos delitos cometidos. A finalidade das penalidades não é torturar, mas, sim, escolher os meios que provoquem na comunidade a impressão eficaz e mais durável e igualmente menos cruel. Para ele, a pena é um instrumento de defesa social que visa apenas impedir o réu de causar novos danos e remover da sociedade a ideia de praticá-los.

Continuando, há a prevenção especial negativa, que objetiva neutralizar aquele que praticou um ilícito penal, segregando-o ao cárcere, enquanto a prevenção especial positiva é destinada ao autor da infração penal, visando impedir que ele cometa futuros delitos. (GRECCO, 2010, p. 466).

Originalmente as medidas de segurança nasceram para afastar da sociedade aqueles indivíduos tidos como irrecuperáveis, significando uma ideia de prevenção especial negativa, sempre com o intuito de proteção social. O surgimento das ideias iluministas trouxe uma nova concepção para o instituto, a segregação dos irrecuperáveis foi perdendo terreno para o tratamento e a recuperação do doente mental, despontando a ideia da prevenção especial positiva que, por sua vez, atravessou dois momentos distintos: o século XIX, em que o foco era a recuperação moral do indivíduo, e o século XX já vislumbrando um tratamento terapêutico e psicológico. (CRUZ, 2011, p. 42).

Como não existe, no tocante às medidas de segurança, a ideia de retribuição ou de prevenção geral, pois não há sentido em castigar alguém que não tem como compreender seus atos e de autodeterminar-se perante eles, aplica-se o instituto em tese, que tem a finalidade exclusivamente preventiva (CRUZ, 2011, p. 43), mas em

que pese a sanção medida ter como objetivo o tratamento do agente infrator e não a retribuição pelo mal praticado, é inegável dizer que o fim desejado, seja a correção, seja a segregação, deixa evidente que, qualquer que seja o tratamento imposto pelo Estado, somente será possível com a privação ou restrição de direitos fundamentais do cidadão. (FERRARI, 2001, p. 75).

As penas destinam-se aos imputáveis que, por sua vez, são aqueles indivíduos que têm discernimento e capacidade para autodeterminar-se. Já as medidas de segurança aplicam-se aos inimputáveis e semi-imputáveis que praticaram um ilícito penal típico, mas, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, ou retardado, são incapazes de compreenderem que praticaram um ato ilícito, ou de determinar-se de acordo com o seu entendimento (QUEIROZ, 2015, p. 527). Sendo o indivíduo declarado inimputável, o mesmo deve ser absolvido, conforme determina o caput do artigo 26 do Código Penal e, caso seja reconhecido judicialmente que houve a prática de uma conduta típica e ilícita, a ele deverá ser aplicada medida de segurança. (GRECCO, 2010, p. 640).

A imputabilidade não se confunde com a responsabilidade. A imputabilidade é a capacidade de culpabilidade e aquele que não possui esta capacidade não pode ser culpado por seus atos. Sendo o indivíduo inimputável, o mesmo será considerado socialmente temível e, ao mesmo, aplica-se a medida de segurança. A responsabilidade é o princípio em que a pessoa dotada de imputabilidade deva responder por seus atos. Existem três critérios para a fixação da responsabilidade penal, são eles: biológico, psicológico e biopsicológico. O Código Penal adotou o critério biopsicológico, em que se exige que haja nexo causal entre o transtorno mental diagnosticado e o crime praticado. O indivíduo semi-imputável é considerado, ao mesmo tempo, culpado e perigoso. Nesse caso, o juiz avalia se o mesmo é destinatário de pena ou medida de segurança, aplicando uma ou outra. (RAMOS, 2007, p. 104).

Outra importante distinção trazida por Luiz Regis Prado (2010, p. 644) entre a pena e a medida de segurança, é que a pena é limitada pela gravidade do delito. A mesma é proporcional ao valor causal do crime, possuindo prazo de aplicação determinado; já o limite da medida de segurança é medido pela intensidade da periculosidade do sujeito ativo, sendo seu prazo determinado quanto ao mínimo e,

indeterminado, quanto ao máximo. Desse modo, a duração da mesma será estipulada em razão da periculosidade.

A pena e a medida de segurança são consequências criminais que dependem do princípio *nulla poene sine crimine*. Ambas têm como legitimação a necessidade de defesa social, tendo na jurisdicionalização sua característica fundamental. Essa jurisdicionalização se apresenta como proteção aos indivíduos, mas isso não afasta a necessidade de acompanhamento da execução do tratamento da sanção, medida por técnicos especializados. (FERRARI, 2001, p. 78).

Não é possível a aplicação provisória da medida de segurança, uma vez que não existe suporte legal.

Em suma, como se vive em um Estado Democrático de Direito, regido por diversos princípios constitucionais, é necessário tanto para a aplicação da pena, como para a aplicação da medida de segurança, a presença de todos os pressupostos de punibilidade jurídico-penais, à exceção da imputabilidade, que não se exige para a aplicação da medida de segurança, pois, se assim o fosse, o inimputável seria tratado de forma injusta e desigual. (QUEIROZ, 2015, p. 528).

2.5 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A medida de segurança, como sanção penal aplicada àqueles que praticaram um fato típico e ilícito e que não têm capacidade de autodeterminar-se, deve obedecer a certos princípios que são norteadores de sua aplicação.

Dentre os princípios basilares à aplicação da medida de segurança, essencial em um Estado de Direito, está o princípio da legalidade, que estabelece que a mesma está submetida à lei, não podendo ser aplicada discricionariamente. Tal princípio está presente não só na Constituição Federal, no artigo 5, incisos LV e LXVIII, como também, no artigo 1 do Código Penal, que estabelece, *in verbis*: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. (KREMPEL, 2004, p. 487).

Como bem expressa Ferrari (2001, p. 93), o princípio da legalidade constitui uma limitação ao poder de punir estatal, fazendo-se necessária a existência de lei formal

prévia, garantia esta fundamental à preservação dos valores presentes no Estado Democrático de Direito. É a exigência do respeito a este princípio que estabelece que tanto a conduta, como a consequência jurídica da infração penal devam ser claras, certas e definidas previamente, não sendo possível que a norma e a sanção penal sejam indefinidas temporalmente.

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, como bem leciona Álvaro Mayrink Costa (2008, p. 8), indica que a medida de segurança não se aplica a casos insignificantes. A mesma tem que estar relacionada com a gravidade e a periculosidade social. O fato de essa espécie de sanção penal interferir na esfera de liberdade do indivíduo, necessário se faz que haja uma limitação quanto à interferência estatal, contestando atuações desnecessárias, não adequadas ou desproporcionais.

Diretamente relacionado com o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, estão os princípios da subsidiariedade e da necessidade. O entendimento presente é que ambos se referem a manifestações jurídico-constitucionais de proibição do excesso, ou seja, sempre que possível devem ser aplicadas medidas menos gravosas, para garantir a proteção dos bens jurídicos mais relevantes. (FERRARI, 2001, p. 102).

Foi visando salvaguardar os princípios da isonomia e da proporcionalidade que a Sexta Turma estabeleceu que o tempo máximo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena em abstrato cominada ao delito e fez questão de registrar seu entendimento no HC 125.342-RS:

Trata a quaestio juris sobre a duração máxima da medida de segurança, a fim de fixar restrição à intervenção estatal em relação ao inimputável na esfera penal. A turma entendeu que fere o princípio da isonomia o fato da lei fixar o período máximo de cumprimento da pena para o imputável (art. 97, § 1, do CP), pela prática de um crime, determinando que o inimputável cumpra medida de segurança por prazo indeterminado, condicionando seu término à cessação da periculosidade. Em razão da incerteza da duração máxima de medida de segurança, está-se tratando de qual a lei limita o poder de atuação do Estado. Assim, o tempo de duração máximo da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo de pena cominada abstratamente ao delito praticado, em respeito aos princípios da isonomia e da proporcionalidade. (HC 125.342-RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/11/2009).

Como bem dispõe o artigo 5, inciso XL da Carta Magna de 1988, ao dispor que: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, é certo que o princípio da

irretroatividade das leis penais se aplica às medidas de segurança. Na aplicação da lei penal no tempo, a norma a ser aplicada aos inimputáveis será aquela prevista à época da infração e não aquela do momento da execução, somente sendo possível haver alteração se surgir norma mais benéfica, impondo ao delinquente-doente. (FERRARI, 2001, p. 97).

Outra garantia presente no instituto das medidas de segurança é o princípio da individualização da execução, segundo o qual, o indivíduo deverá ser submetido ao tratamento médico-psiquiátrico o mais individualizando possível, compatível com o problema que o indivíduo apresente, sendo permitido que a família contrate um médico de sua confiança, a fim de acompanhar o tratamento. (RIBEIRO, 1998, p. 37).

Finalmente o princípio da humanidade, conforme o qual *“nulla poena sine humanitate”*, em que o Estado deve respeitar a dignidade da pessoa humana, sob pena de ser nula qualquer condenação. Devem as autoridades administrativas conferir ao doente-delinquente condições mínimas de tratamento, a fim de que seja possível, de fato, o cumprimento da finalidade da medida de segurança. que é a possibilidade de recuperação do infrator. (PANCHERI, 1997, p. 110).

2.6 ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

Na legislação penal brasileira, existem duas modalidades de medida de segurança, a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e o tratamento ambulatorial. Dessa forma, a aplicação do instituto em análise poderá iniciar-se em regime de internação, ou através de tratamento ambulatorial.

A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico possui a finalidade detentiva, estando prevista no artigo 96, I do Código Penal. Esses hospitais vieram, ao menos em tese, substituir os antigos manicômios judiciários, presentes na legislação penal de 1940 (PRADO, 2010, p. 648).

A legislação atual estabelece, contudo, que, havendo falta de hospital aparelhado para promover a assistência médica necessária, a medida deve ser cumprida em estabelecimento adequado. Importante dizer que a nova terminologia adotada,

quando da reforma do Código Penal, não mudou absolutamente em nada a situação dos manicômios judiciários, uma vez que, na realidade, os Estados brasileiros não investiram na construção de novos e adequados estabelecimentos. (BITENCOURT, 2015, p. 861).

O agente inimputável ou semi-imputável que venha a praticar um crime e seja punido com reclusão, obrigatoriamente, lhe será aplicada a medida de segurança detentiva, que é a internação em hospital psiquiátrico. Mas, sendo o fato punido com detenção, conforme preceitua o artigo 97 do Código Penal, o juiz poderá, a depender do grau de periculosidade do indivíduo, optar entre a internação, ou o tratamento ambulatorial. (BARROS, 2010, p. 540).

O sujeito que cometeu um fato típico e ilícito e que foi considerado inimputável deve ser absolvido e ao mesmo deverá ser aplicada a medida de segurança. Importante dizer que, há alguns anos, a classe médica vem atuando com o objetivo de restringir a internação, somente aplicando-a, em situações mais graves, quando o doente se mostrar perigoso e a família não puder controlá-lo. Foi, a partir dessa preocupação, que surgiu no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 10.216/2001, a chamada Lei Antimanicominal, que disciplina sobre a proteção e os direitos dos portadores de transtornos mentais (GRECCO, 2010, p. 641).

Mas, uma vez sendo internado, o portador de doença mental deverá ser submetido a exames psiquiátricos, criminológicos e de personalidade, conforme preceituam os artigos 100 e 174 c/c, os artigos 8º e 9º da Lei de Execuções Penais. É possível que médicos da confiança pessoal do internado possam acompanhá-lo, durante o tratamento e, havendo divergência de opiniões entre o médico oficial e o médico particular, cabe ao juiz da execução resolver a situação. (PRADO, 2010, p. 647).

No Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia, Decreto 12247/2010, o direito de acompanhamento do médico particular está presente no artigo 35 e se aplica à execução das medidas de segurança.

O tratamento ambulatorial foi a grande novidade introduzida pela reforma penal de 1984. Trata-se da modalidade de medida de segurança que tem finalidade restritiva. Quando o juiz chega à conclusão de que há um menor grau de periculosidade do doente mental delinquente e, sendo o mesmo punido com pena de detenção, o julgador aplicar-lhe-á a medida restritiva de segurança. Utilizam-se, neste tipo de

tratamento, regras e limitações não detentivas, optando-se pela liberdade do indivíduo, com o objetivo de curá-lo e reintegrá-lo socialmente (FERRARI, 2001, p. 85).

Cumprе salientar que não é a punibilidade com pena de detenção que determina a aplicação do tratamento ambulatorial, são analisadas as condições fáticas e pessoais do sujeito, a fim de se optar ou não por uma medida mais liberal e, optando o juiz pelo tratamento ambulatorial, o mesmo pode a qualquer momento determinar a conversão em medida restritiva, caso entenda que é necessária para fins curativos do sujeito. (BITENCOURT, 2015, p. 862).

A nova legislação trouxe a medida de segurança criminal restritiva, que foi colocada em prática, através do tratamento ambulatorial e que, por sua vez, corresponde às atuais tendências de “desinstitucionalização” ao portador de doença mental, apresentando-se como a técnica terapêutica da psicologia e psiquiatria modernas (FERRARI, 2001, p. 88). Nesse esteio, estabelece Eugênio Raúl Zaffaroni, citado por Mirabette (2005, p. 369): “ É sabido que, na moderna terapêutica psiquiátrica, a internação ocupa lugar cada vez mais reduzido. Existe uma série de análises que tendem a sua abolição, enquanto se fomenta o tratamento ambulatorial”

Desinstitucionalizar significa tirar os loucos do hospital psiquiátrico e oferecer tratamento em outro local. Foi a experiência italiana de desinstitucionalização apresentada pelo psiquiatra Franco Basaglia que inspirou a experiência brasileira. A mesma questionava não só as desumanidades presentes nos manicômios, mas trazia à tona que essas práticas eram reflexo de uma questão social de exclusão. (HEIDRICH, 2007, p. 57).

Como preceitua Álvaro Mayrink da Costa (2008, p.10-11), a internação no hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e a submissão ao tratamento ambulatorial possuem por finalidades: a proteção da macrossociedade de pessoas que, por apresentarem doença mental grave, apresentam risco para a segurança e a paz pública, e a submissão do doente mental a tratamento psiquiátrico específico, com o objetivo de melhorar a sua saúde mental, ou até mesmo curá-lo.

2.7 OS PRAZOS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA – DISCUSSÃO ACERCA DOS LIMITES MÍNIMOS E MÁXIMOS

A discussão relevante diz respeito à duração das medidas de segurança, tanto a de internação em hospital de custódia e tratamento, quanto o tratamento ambulatorial.

O Código Penal brasileiro estabelece, no parágrafo 1 do artigo 97, para ambas as espécies de medida de segurança, um prazo indeterminado, permanecendo a aplicação das mesmas, enquanto não houver a cessação da periculosidade através de perícia médica. A duração mínima, no entanto, é de 1(um) a 3(três) anos e esse prazo é apenas um limite para a realização do primeiro exame de verificação da cessação da periculosidade.

Diante da vigência de um Estado Democrático de Direito, necessária será a existência de limites de intervenção estatal na liberdade do indivíduo e absolutamente fundamental que as medidas de segurança tenham lapsos temporais estabelecidos, a fim de que todo o critério garantístico destinado às penas seja também destinado às medidas de segurança. (FERRARI, 2001, p. 178).

Como bem expõe Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 665), a duração indeterminada das medidas de segurança traduz a perda de liberdade perpétua de indivíduos, o que representa, frontalmente, uma violação da dignidade humana e a ofensa ao princípio da proporcionalidade, já que não há correspondência possível entre perenidade da internação e inconfiabilidade da previsão de periculosidade criminal do exame psiquiátrico.

Enrico Ferri (2006, p. 170-171) sustenta que a pena deve ser indeterminada, para durar o tempo necessário à recuperação do delinquente. Ele faz uma comparação da pena com o tratamento médico e diz que, quando o juiz, após realizar a dosimetria da pena, condena o criminoso a um certo tempo, isto é um absurdo, assim como é um absurdo o médico, na porta de um hospital, definir de antemão quanto tempo um doente permanecerá em seu estabelecimento. Para ele, os efeitos práticos da dosimetria penal são desastrosos e, sendo assim, admite as condenações por tempo indeterminado.

Como a medida de segurança possui natureza jurídica de sanção penal, a característica de perenidade atribuída a essa espécie de resposta penal é uma afronta constitucional, já que a própria Constituição Federal de 1988 estabelece, como uma de suas cláusulas pétreas, a proibição de prisão perpétua. Nesse sentido, o respeito ao dogma que proíbe a pena perpétua consagrar-se-ia, necessariamente, para limitar o cumprimento das medidas de segurança ao prazo máximo de trinta anos, que é, por sua vez, o lapso temporal que a lei permite de privação de liberdade para o agente infrator. (BITENCOURT, 2015, p. 864).

É fato que, por não apresentarem tempo de duração definido, as medidas de segurança acabam por violar o princípio da igualdade, pois procedem de modo desigual, na sua conduta para com os doentes mentais inimputáveis ou semi-imputáveis, quando comparados aos imputáveis, pois estes últimos, quando apenados, possuem seu tempo de pena determinado. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se do seguinte modo:

A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75,97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e a última da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora de prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos. (*Habeas Corpus* 84.219, do relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 16-8-2005, Primeira Turma, DJ de 23-9-2005).

Os Decretos 6706/2008, 7046/2009, 7420/2010, 7648/2011, 7873/2012, 8172/2013 e 8380/2014 dizem que será concedido indulto aos submetidos à medida de segurança, independente de cessação da periculosidade, que tenham suportado privação de liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal, correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no artigo 183 da Lei de Execução Penal, por período igual ao tempo da condenação.

Ferrajoli, citado por Paulo Queiroz (2015, p. 533-534), assinala que a duração indefinida das medidas de segurança revela uma espécie de isolamento da vida dos internados em hospitais psiquiátricos, cárceres-hospitais ou hospitais-cárceres, que, por conseguinte, se consuma em uma dupla violência institucional – cárcere e manicômio.

Diante disso, as medidas de segurança não poderiam ultrapassar o limite máximo de pena, abstratamente, cominada ao delito, já que esse seria o limite da intervenção

estatal, seja a título de pena, seja a título de medida de segurança, na liberdade do indivíduo.

André Copetti, citado por Rogério Grecco (2010, p. 643), afirma ser:

[...] totalmente inadmissível que uma medida de segurança venha a ter uma duração maior que a medida pena que seria aplicada a um imputável que tivesse sido condenado pelo mesmo delito. Se no tempo máximo da pena correspondente ao delito o internado não recuperou sua sanidade mental, injustificável é a sua manutenção em estabelecimento psiquiátrico forense, devendo, como medida racional e humanitária, ser tratado como qualquer outro doente mental que não tenha praticado qualquer delito.

Assim, vencido o prazo correspondente à pena cominada à infração penal imputada, se o indivíduo ainda exibir sintomas da sua enfermidade mental, trata-se de problema de saúde pública e o mesmo deverá ser transferido e tratado em hospitais da rede pública, como qualquer outra pessoa normal. (BITENCOURT, 2015, p. 865).

Na realidade, o que de fato existe no interior dos depreciáveis manicômios judiciários, teoricamente chamados de hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, é uma realidade de desumanidade e violência ao ser humano, que exige do Estado uma atuação enérgica, no sentido de preservação da dignidade humana, fundada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que são assegurados pela atual Constituição Federal da República de 1988.

2.8 DIREITOS DO INTERNO

O internado tem direito de ser tratado dignamente, em local adequado e por profissionais competentes, de ser submetido a tratamento adequado que propicie a sua cura e recuperação e, conseqüentemente, o retorno do mesmo ao convívio social.

Os direitos do internado submetido às medidas de segurança estão determinados no artigo 99 do Código Penal e se resumem à internação e ao tratamento. Este artigo prescreve que “o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento”. O objeto da legislação penal, com o presente artigo, é proteger o inimputável, evitando que ele seja recolhido à cadeia ou ao presídio comum e, assim, deixando de receber o

tratamento psiquiátrico necessário em hospital ou em local com assistência médica adequada. (PRADO, 2010, p. 652).

A Lei de Execuções Penais estabelece no artigo terceiro que “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. O artigo 41 da mesma lei, por expressa previsão do artigo 42, também garante os direitos do internado.

Como bem disserta Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 586), se o infrator doente, submetido à medida de segurança, for colocado em estabelecimento prisional comum sem qualquer tratamento, cabe *habeas corpus*, a fim de fazer cessar seu constrangimento ilegal.

3 ANÁLISE CIENTÍFICA DA LOUCURA E A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA PERICULOSIDADE

O conhecimento sobre a história dos fatos e dos fenômenos sociais é o caminho para que se possam demonstrar as determinações e contradições presentes na história da humanidade.

3.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A LOUCURA

A loucura sempre existiu, assim como o lugar para tratar aqueles “tidos como loucos”.

3.1.1 No mundo

A loucura, como qualquer fenômeno humano, é construída ao longo da história da humanidade. Cada época e cada contexto sociopolítico têm a sua definição acerca da loucura. O tratamento da loucura como doença não é uma adversidade presente apenas na vida do homem moderno, a mesma já existe há muito tempo.

A história da relação do ser humano com a loucura, desde os primórdios da civilização, possui visões diferentes. Para os povos primitivos, o louco era um ser sagrado que merecia respeito e distinção. Seus atos eram considerados manifestações divinas. Se, em outros tempos e lugares, determinados comportamentos eram indicadores do divino, na modernidade, eles são tidos como reveladores ou indicadores de loucura. Portanto, ao avaliar a loucura por meio da história da humanidade, que perfaz o caminho por sociedades diversas, deve-se abstrair o entendimento moderno que se tem da loucura. (JACOBINA, 2008, p. 30-31).

A ideia de um ser perigoso sempre esteve presente no inconsciente coletivo e aqueles despidos da plenitude da razão, seja ela entendida no âmbito clínico, sociológico ou filosófico, sempre ocuparam lugar de destaque nesse rol funesto. Nas várias épocas da humanidade, houve escritos e gravuras dedicados a definir a

loucura, assim como determinar suas causas, tipos ou formas e demonstrar como ela se apresentava na vida cotidiana. Os doentes mentais, ao lado das bruxas, demônios, criaturas mitológicas, leprosos, inimigos de estado e terroristas foram alvo de perseguições, apresentando-se muitas vezes como elementos preferenciais dos mecanismos de poder punitivo ao longo dos séculos. (CRUZ, 2011, p. 65).

A insanidade, seus personagens e as instituições são alvo de grande curiosidade ao longo do tempo. Foucault, na sua obra “ A História da Loucura na Idade Clássica”, ao estudar o nascimento do saber psiquiátrico, estabelece um marco importante na criação de um estudo sobre a loucura e o louco em todas as suas variações de tempo e de espaço. (apud SANTOS, 2011, p. 1).

Na Idade Média, a loucura era vista como parte da vida cotidiana, a mesma circulava livremente pelas ruas. Com o desaparecimento da lepra do mundo ocidental, ao final da Alta Idade Média, os leprosários passaram a ser usados para conter os pobres, os presidiários, os vagabundos e os alienados, iniciando um processo de exclusão dos loucos da sociedade. Na paisagem imaginária da Renascença, os loucos foram colocados em navios chamados de “Nau dos Loucos” e eram levados para lugares distantes, simbolizando uma inquietude em relação à loucura. Na Renascença, a loucura terá diversos significados, a depender da forma como ela se expressa na pintura, na literatura ou na filosofia. No século XVII, na Europa, a loucura se estabelece nas casas de internamento que eram, na verdade, um depósito em que se colocavam as pessoas indesejadas, dentre elas, os loucos. (PEREIRA, 1984, p. 49-55).

Tanto na Idade Média, como na Antiguidade, os alienados eram tratados como animais ferozes e não como seres humanos, tanto é que certos insanos considerados violentos eram acorrentados, proporcionando um cenário de “bestas presas de uma raiva natural”. O entendimento da época é de que a loucura afasta o homem do que pode haver de humano e a animalidade é da natureza da doença. Acreditava-se que os loucos podiam suportar as misérias da existência. (SOARES, 2004, p. 83).

A última das medidas tomadas no final da Renascença foi o internamento que, por sua vez, se fez presente não com o objetivo de cura, mas sim, como força imperativa de trabalho. Inicialmente, a internação tinha o objetivo de impedir a mendicância e a ociosidade, assim como acabar com todas as formas de desordens. O internamento

constitui em toda a Europa uma das respostas dadas pelo século XVII a uma crise econômica que afeta o mundo ocidental, tais como, diminuição do salário, escassez da moeda, desemprego. (FOUCAULT, 1997, p. 73/75).

Independente das naus de loucos atracarem nos portos da Europa, nas cidades europeias existiu ao longo de toda a Idade Média e da Renascença um lugar de detenção para os loucos. O ano de 1656 é uma data que pode servir de marco para o processo de internação em massa dos insanos, em estabelecimentos destinados a este fim. Foi neste ano que foi fundado o Hospital Geral em Paris. (SOARES, 2004, p. 82).

No século XVIII, a loucura aparece de forma isolada, como uma manifestação do ser, dotada de feição própria. Na segunda metade do referido século, a loucura estará associada à crítica dos tempos modernos, ou seja, estará situada em um contexto histórico e social, em que as instituições, o progresso, a frouxidão da religião e de uma civilização que amplia seus pensamentos e desejos são seus elementos determinantes. À medida que o meio construído ao redor do homem se desenvolve e torna mais complexo, as possibilidades de loucura aumentam, ou seja, a loucura é a contrapartida necessária do progresso. (PEREIRA, 1984, p. 74).

Na Europa do século XVIII, iluminada por ideias e pelo trabalho esgotante dos trabalhadores, surgem as denúncias de tortura aos loucos sob a capa de tratamento médico. Era necessário, diante da revolução industrial, regular a loucura, segregar e utilizar a mão de obra barata resultante da precariedade das relações de trabalho, levar os pobres para as fábricas e conter a mendicância. Dessa forma, loucos, pobres e desvalidos em geral eram todos colocados em um mesmo local. Tanto a psiquiatria, como o direito penal criam um vago rótulo e precário conceito de periculosidade. A mesma cumpriria duplo papel: estabeleceria a necessidade de tratamento via imposição de diagnóstico de doença mental, assim como traria a neutralização penal via exclusão e segregação. (MATTOS, 2006, p. 55-57).

A loucura trazida pela ciência e, tendo a psiquiatria como uma especialidade médica, tem como marco fundamental o ano de 1793, quando o médico francês Philippe Pinel libertou os doentes mentais que estavam acorrentados no Hospital de Bicêtre, na França. Foi a partir deste momento que o pensamento psiquiátrico passou a ser fortemente influenciado pelo desenvolvimento da anatomia patológica, fazendo com que se buscassem as causas orgânicas da loucura, assim como se desenvolvessem

procedimentos terapêuticos físicos e medicamentosos. Até esse momento, os loucos eram acorrentados nos hospitais, vivendo em condições precárias de higiene e saúde. Para Philippe Pinel, os loucos eram doentes e deviam ser objetos de estudo da medicina. (PERES; BARREIRA, 2009, p. 639).

A história conta que Pinel (1745-1826) passou a ter interesse profundo pelas enfermidades da mente, quando vivenciou a trágica experiência da perda de um amigo que, sob um surto psicótico, ao entrar em uma floresta, foi dilacerado e devorado por lobos selvagens. O referido médico francês é tido como um divisor de águas na evolução do tratamento dado ao louco, ao enxergá-lo como um ser humano. (BANDEIRA, 2012, p. 159).

Philippe Pinel, ao publicar a sua obra “Tratado Médico-Filosófico sobre a Alienação Mental”, inaugura a psiquiatria como especialidade médica. A loucura passa a ser definida como desarranjo das funções mentais. Foi a partir daqui que se instituiu pela primeira vez de forma empírica uma visão verdadeiramente clínica da loucura, uma vez que seu diagnóstico demanda uma observação e estudo prolongado das transformações na vida biológica, nas atividades mentais e no comportamento social do indivíduo. (CRUZ, 2011, p. 97).

O médico francês Philippe Pinel, quando assumiu o hospital de Bicêtre, em 1793, separou os casos eminentemente sociais daqueles que ele julgava serem anomalias. Paralelo a isso, nos casos que julgava serem anomalias, preocupou-se em observar e descrever os tipos humanos que se apresentavam, criando uma sistematização de fácil manejo, em que estabelecia a seguinte classificação: melancolias, manias sem delírio, manias com delírio e demências. Essa ordem representou o marco inaugural do surgimento da Psiquiatria, transformando a diferença humana em patologia. Nesse sentido, a apropriação da loucura pela ciência fez do louco um doente e da loucura uma doença a ser tratada, no caso, com ocultação e exclusão, objetivando uma “cura”. (COSTA, 2003, p. 138).

O entendimento de que a loucura é uma doença e que deve ser entendida como uma questão médica surge em decorrências das reformas trazidas pela Revolução Francesa que, por sua vez, é o ponto culminante de um movimento de ideias chamado de Iluminismo, que tem raízes não só na França, mas em vários centros do pensamento europeu, nos séculos XVII e XVIII. (SPRICIGO; TAGLIARI; OLIVEIRA, 2010, p. 13).

Michel Foucault, citado por Virgílio de Mattos (2006, p. 55), diz que, em praticamente todo o século XVIII, a figura mais importante que faz emergir na prática judiciária do início do século XIX é a do “monstro”. Esse monstro que é problema e que interroga tanto o sistema médico, como o judiciário. O monstro é figura essencial e é em torno dele que as instâncias de poder e saber se inquietam e se organizam.

Ao longo do século XX, é que se buscou desenvolver outros modelos assistenciais, a fim de promover um maior grau de interação e democracia nas relações existentes entre profissionais e internados em instituição psiquiátrica. De todos os modelos implementados ao longo do século XX, apenas o desenvolvido pelo psiquiatra italiano Franco Basaglia, em 1969, conhecido como “Psiquiatria Democrática”, de fato efetivou a ruptura com o hospital psiquiátrico. O referido psiquiatra conseguiu superar o modelo asilar/carcerário herdado dos séculos anteriores e substituí-lo por uma rede diversificada de Serviços de Atenção Diária em Saúde Mental de Base Territorial e Comunitária. Nesse momento, o hospício pineliano tornou-se algo do passado. Basaglia criticava a postura tradicional da cultura médica que transformava o indivíduo e seu corpo em meros objetos de intervenção clínica. (COSTA, 2003, p.140).

3.1.2 No Brasil

Foi longo no Brasil o espaço de tempo que a loucura percorreu para ser vista como um assunto médico.

Durante quase todo o período colonial, a loucura ficou silenciada no Brasil. Nos relatos que descrevem os costumes e a vida social desta época, não há referências sobre os doentes mentais. Antes da Proclamação da República, os loucos pobres e mansos viviam nas ruas em liberdade, convivendo com a vizinhança sem qualquer interferência, sendo muitas vezes até aplaudidos. Os violentos eram presos em cadeias e os abastados eram trancafiados em casa, aos cuidados de criados. (HEIDRICH, 2007, p. 71).

O que hoje se conhece como Medicina, no Brasil Colônia, era exercido por vários sujeitos: curandeiros, pajés, pais-de-santo, cirurgiões-barbeiros. A prática da cura se dava muitas vezes através de atos religiosos, como confissões e exorcismos. Os hospitais e casas de misericórdia eram lugares onde os religiosos recebiam os

enfermos, loucos, excluídos e miseráveis, com o intuito de minorar seu sofrimento. (JACOBINA, 2008, p. 61-62).

Após a abdicação do imperador D. Pedro I, em 7 de abril de 1831, o Brasil passou por um acelerado processo de mudanças sociais. A elite dirigente da época buscou construir um Estado imperial brasileiro, através da adesão à ideia de civilização. O objetivo desta elite era criar um processo normativo civilizacional que viria a atuar sobre a população da época de modo a discipliná-los. Nesse processo civilizatório, os loucos representavam um obstáculo concreto à realização dos objetivos sociais de trabalho e ordem estabelecidos pela elite imperial. (CHAVES, 2010, p. 27-28).

Na realidade brasileira, durante muito tempo a doença mental ficou silenciada. Nos séculos XVI e início do século XIX, em que pese existirem os hospitais e as Santas Casas de Misericórdia, os ocupantes desses estabelecimentos eram mendigos, velhos, doentes, órfãos. A abolição da escravatura e o incremento da Revolução Industrial brasileira provocaram um grande acréscimo populacional nas pequenas capitais brasileiras, levando, por sua vez, a um estágio de mendicância e ociosidade, já que havia mais pessoas desocupadas do que ofertas de emprego. A consequência desse quadro foi o aumento da marginalidade e, para contê-la, criaram-se mecanismos de repressão mal estruturados que, muitas vezes, apreendiam, junto com os indivíduos desviantes, aqueles considerados loucos e ambos eram colocados em um mesmo lugar. (MARTINS, SOARES, OLIVEIRA, SOUZA, 2011, p. 29).

Foram os primeiros povoadores portugueses, auxiliados pelo padre jesuíta José de Anchieta que, no século XVI, fundaram, em meados do século XVI, na cidade do Rio de Janeiro, a Santa Casa de Misericórdia. Nesse período, a Santa Casa de Misericórdia agia com exclusividade no atendimento da população ao tratamento médico-hospitalar, uma vez que o Estado não participava no campo da assistência médica. (PERES; BARREIRA, 2009, p. 637).

O estabelecimento da Corte Portuguesa no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, transformando-a em capital do reino, gerou um demasiado e desordenado crescimento da população. Isso repercutiu de forma negativa para a saúde da população, principalmente em termos de saúde mental, aumentando o número de doentes mentais confinados nas prisões das horrorosas enfermarias da Santa Casa de Misericórdia (RAMOS; GEREMIAS, [2004?], p. 04).

Na década de 30 do século XIX, se estabeleceu um movimento para a criação de um local específico a fim de abrigar a loucura no Brasil. Esse movimento se espelhou no modelo Francês e envolveu diferentes instituições, como a Santa Casa de Misericórdia oriunda de Portugal, a Congregação das Filhas da Caridade de São Vicente de Paulo e a medicina alienista, ambas de origem francesa e o Estado Imperial, através do seu projeto civilizador da sociedade brasileira, na qual se inseriu a criação de um hospício para alienados. (PERES; BARREIRA, 2009, p. 636).

A partir do início do século XIX, com toda a influência europeia quanto às questões ligadas à loucura, verificam-se o confinamento dos desviantes e a instalação da ideologia manicomial no Brasil. O processo de institucionalização do louco nacional muito se aproximou do europeu que colocava todos, loucos, mendigos e ociosos, em um mesmo local. O hospital psiquiátrico surge não com foco terapêutico, mas sim, segregatório, durando essa realidade em torno da assistência psiquiátrica até a Proclamação da República. (CAVALCANTI, 2008, p. 124).

O início da assistência psiquiátrica pública no Brasil tem início na segunda metade do século XIX, ainda na vigência do período imperial. Antes disso, a assistência era realizada de forma leiga por instituições asilares pertencentes à Igreja Católica. Importante ressaltar que nesta época havia uma linha divisória de natureza econômica e social, ou seja, os tidos como loucos oriundos de classe economicamente dominante eram recolhidos por suas famílias em suas residências. Aqueles tidos como loucos e que pertenciam a camadas sociais desfavorecidas eram recolhidos nos asilos, padecendo de maus tratos, fome e frio. A sociedade via o louco como uma ameaça à segurança pública e a maneira de lidar com ele era recolhê-lo aos asilos. (COSTA, 2003, p. 141).

O Decreto 82-A/1841 criou, em meados do século XIX, o primeiro manicômio brasileiro, chamado de Hospício D. Pedro II, na cidade do Rio de Janeiro, capital do Império. Importante dizer que esse estabelecimento asilar, mesmo com a presença de médicos, tinha seu controle objeto do discurso religioso praticado na Santa Casa de Misericórdia. (VECHI, 2004, p. 490).

A Proclamação da República, em 1889, foi um marco no que diz respeito à psiquiatria empírica e à psiquiatria científica no Brasil. O Hospício D. Pedro II foi desvinculado da Santa Casa de Misericórdia, passando a ser subordinado ao poder público e a ser chamado de Hospital Nacional de Alienados. O tratamento

apresentado por Pinel aos doentes mentais chegou ao Brasil com quase um século de atraso, os representantes da classe médica passaram a ter o controle das instituições psiquiátricas e todas as admissões passariam por um crivo médico, pois os médicos alçaram à categoria de legítimos porta-vozes do Estado, no que se refere à assistência do doente mental. (HEIDRICH, 2007, p. 76).

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, houve um desvinculamento entre Igreja e Estado. A administração dos hospícios passou a ser da competência dos médicos, que passaram a ser representantes oficiais do poder estatal. Os médicos buscaram apropriar-se dos espaços onde pudessem acompanhar e assistir aos internados e desenvolver pesquisas, conforme o processo iniciado com a criação da primeira cadeira de Clínica Psiquiátrica da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, por meio do Decreto número 8.028 de 12 de março de 1881. (COSTA, 2003, p. 142).

O processo que permeou a loucura como objeto de discurso científico no Brasil passou por três momentos. No primeiro momento, houve o discurso manicomial que vigorou no Brasil de meados do século XIX até meados do século XX, propondo substituir o gerenciamento religioso da loucura identificado como primitivo e desumano por um discurso científico firmado em valores humanitários. No segundo momento, veio o discurso da saúde mental, que se estabeleceu de meados do século XX até 1980 e que não afastou o discurso científico, mas procurou introduzir uma perspectiva multicausal, denominada biopsicossocial, agregando ao tratamento do doente mental outras disciplinas. Por último, houve o discurso da desinstitucionalização, já no final da década de 1980, com grande influência de Foucault e Basaglia, que inseriram neste processo o respeito da assistência à saúde mental. (VECHI, 2004, p. 2-5).

Em 1930, o então Presidente da República Getúlio Vargas criou o Ministério da Educação e Saúde e este Ministério passa a gerir a assistência a psicopatas do Distrito Federal, à época sediado no Rio de Janeiro. A principal medida adotada por Vargas quanto aos “doentes mentais” foi a edição do Decreto 24.550/1934, que dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e a proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, assim como a respeito da fiscalização dos serviços psiquiátricos.

Este Decreto estabelece, dentre outros aspectos, que a doença mental é caso de polícia e de ordem pública, que o louco perderá a sua cidadania, que a psiquiatria

atuará como uma sociedade política repressiva e como uma sociedade civil criadora de ideologia, legando aos psiquiatras poderes sobre o doente mental e até mesmo o direito de questionar uma ordem judicial. (COSTA, 2003, p. 142).

3.2 O CONCEITO DE LOUCURA E DE DOENÇA MENTAL

O conceito de loucura e de doença mental, seja do ponto de vista médico, seja do ponto de vista jurídico, enfrenta, ao longo do tempo, as mais diversas controvérsias que, por sua vez, trazem grandes consequências e reflexos sobre os direitos humanos, a cidadania e a liberdade individual.

Como bem registra Paulo Vasconcelos Jacobina (2008, p. 29-30), o conceito de loucura não é uniforme, “A loucura sempre foi, em todas as sociedades, uma questão de como a pessoa se relaciona consigo mesma, com os outros e principalmente de como vê o mundo e por este é vista”. As noções de personalidade e de indivíduo são construídas em cada civilização, daí que o desajuste de personalidade não pode ser compreendido fora do contexto cultural e social em que esteja inserida.

As diversas ciências que estudam o comportamento humano se completam, abrangendo diversos aspectos: fisiológicos, psicológicos, sociológicos, dentre outros. A Psicologia focaliza sua atenção sobre o indivíduo, estudando as suas atividades durante toda a sua vida. A Psicologia Criminal foca seu estudo nas manifestações psíquicas do homem delinquente.

A Psiquiatria é um ramo da Medicina que se dedica ao estudo e ao tratamento das doenças mentais, procurando prevenir, diagnosticar e reabilitar os distúrbios da mente. Já a Psiquiatria Forense tem por objetivo o estudo do delinquente alienado do ponto de vista de sua constatação como tal, para efeitos de responsabilidade penal e da aplicação do tratamento adequado. (SOARES, 2004, p. 79).

Orlando Soares (2004, p. 79) diz que o estudo da personalidade humana, por sua vez, apresenta pontos de contato com os princípios da Antropologia Criminal. Aponta que existem certos instintos ancestrais que se manifestam no homem a par da sua consciência moral e juízo ético. O homem os fiscaliza ou os restringe, mais ou menos, e dessa intervenção do juízo maior ou menor é que resulta a boa ou má

conduta do ser humano. Do desequilíbrio ou antagonismo entre o instinto ancestral e o juízo ético é que surgem as psiconeuroses, as angústias, as doenças da psique, levando o indivíduo para o sofrimento e até mesmo para uma conduta reprovável.

Com a publicação, a partir da década de 1830, das primeiras teses alienistas (a primeira delas foi defendida pelo Dr. Antônio L. da Silva Peixoto, em 1837, na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro e tinha como título “Considerações Gerais sobre a Alienação Mental”), a loucura começa a ser apropriada e passa a ser transformada pelos médicos em doença mental.

A loucura como caracterização de doença mental trouxe nova relevância à figura do médico alienista, principalmente no que diz respeito à sua atuação como perito, conferindo ao mesmo a qualidade de detentor da capacidade técnica e do conhecimento adequado para diagnosticar a loucura ou a sanidade de um indivíduo, o único capaz de entender a verdade objetiva dos fatos presentes no aspecto subjetivo da loucura. Iniciou-se aqui um processo de articulação entre o aparelho médico e o jurídico-penal, para abordar e entender o criminoso louco. (CHAVES, 2010, p.101-102).

Fábio Cesar Chaves, em sua dissertação de mestrado (2010, p. 58), estabelece que após a tese defendida pelo médico Dr. Antônio L. da Silva Peixoto os doutores brasileiros da época que assimilaram os ensinamentos dos médicos alienistas Pinel e Esquirol passaram a defender que a loucura era uma doença que se enraizava no cérebro e que tinha ali a sua sede. Trata-se de uma patologia causada por uma lesão específica a este órgão e que era à época de difícil demarcação em função dos primitivos estudos.

A grande inovação ocorrida na virada do século XVIII para o XIX foi conferir à loucura uma especificidade, concebendo-a como uma doença e buscando com isso transformá-la em objeto de conhecimento e intervenções exclusivas do médico. Robert Castel, citado por Magali Gouveia Engel (2001, p. 118-119), diz:

Entretanto, a medicalização não significaria apenas “a simples confiscação da loucura por um olhar médico”, mas, principalmente, a “definição, através da instituição médica, de um novo *status* jurídico, social e civil do louco”, transformando-o em alienado e fazendo da loucura uma “problemática indissociavelmente médica e social.

3.2.1 O conceito de loucura pela psiquiatria

No decorrer dos dois últimos séculos, era muito comum a loucura ser vista como suspeita, um estado perigoso por si só, no qual aquele considerado insano, por não ser “dono de si”, era visto como uma ameaça potencial. Essa presunção de que toda loucura possui um perigo latente levou tanto o alienismo francês, quanto a moderna psiquiatria a construírem uma relação muito estreita com a justiça criminal.

Os primeiros códigos penais já demandavam da medicina não apenas responder em que situações uma pessoa pode responder por seus atos, como também descrever aqueles estados mentais ou disposições da personalidade que por si só poderiam conduzir a uma conduta criminoso. (ALMEIDA, 2007).

O psicólogo João Augusto Frayze-Pereira (1984, p. 15-18) apresenta duas perspectivas teóricas contemporâneas sobre a natureza da loucura. A primeira delas traz uma visão organicista da loucura e consiste em reduzir as doenças mentais a fenômenos produzidos por distúrbios cerebrais. Nesse sentido, a doença mental qualquer que seja a sua forma, se situa entre as doenças orgânicas, sendo essa visão organicista o dogma da Psiquiatria clássica. A segunda perspectiva traz uma visão psicofuncional da loucura, colocando a doença mental como uma desorganização da chamada personalidade individual. A personalidade do indivíduo será o habitat natural da doença e o critério segundo o qual ela será julgada. Nesse posicionamento, as doenças mentais irão se estabelecer conforme o grau de funcionamento da personalidade, dividindo-se em neuroses e psicoses.

Importante dizer que ambas as visões se complementam e pressupõem uma norma objetiva de saúde que permite avaliar as doenças.

Segundo Orlando Soares (2004, p. 78-79), o termo loucura é gênero com o qual se designam alguns tipos de doença mental, estes estão agrupadas conforme o grau de perturbações do funcionamento da personalidade, a saber, duas categorias: psicoses, que são situações em que o enfermo se aliena da realidade e neuroses, que são situações psicoafetivas de intensidade variadas, capazes de perturbar o comportamento.

Nerio Rojas, citado por Hilário Veiga de Carvalho e Marco Serge (1978, p. 32), define doença mental com o seguinte enunciado:

[...] a alienação mental é o transtorno geral e persistente das funções psíquicas, cujo caráter patológico é ignorado ou mal compreendido pelo enfermo, e que impede a adaptação lógica e ativa às normas do meio ambiente, sem proveito para si mesmo, nem para a sociedade.

Vários são os conceitos que os médicos e filósofos apresentam da loucura, mas é possível reunir duas principais tendências sobre o tema. Por um lado, há a loucura, sendo demonstrada como uma experiência corajosa de desmontagem e recusa do mundo real instituído, ou seja, a loucura é saber. De outro lado (e esta é a tendência mais forte), há a loucura descrita como uma falha consciente, equilibrada e sadia do ser, um desvio do grupo social, ou seja, o louco é perigoso para os outros e para si mesmo. (PEREIRA, 1984, p. 10-11).

João Augusto Frayze-Pereira (1984, p. 12), conclui dizendo:

[...] quer se conceba o louco como um doente, a loucura como uma degenerescência do ser humano e, portanto como ausência de lucidez (ou de conhecimento), quer se encare a loucura como forma de conhecimento da verdade e o louco como aquele que sabe olhar o mundo com os olhos da realidade, tanto num caso, como no outro, o louco se encontra excluído do universo comum dos mortais.

O entendimento do conceito de loucura ainda perfaz a compreensão do que se entende por normalidade e anormalidade.

O psiquiatra Charcot já dizia, no início do século XIX, que é bem fronteira a definição e distinção exata entre normal e anormal. Roque de Brito Alves (1998, p. 61-65) estabelecia normal como o homem mentalmente são e desenvolvido, aquele típico homem médio, de padrão comum, ajustado psíquica e socialmente, em uma integração psico-social. Esse conceito parece o mais razoável a abranger inúmeras concepções científicas: psicológicas, psiquiátricas e sociológicas. Mas, para a Criminologia e para o Direito Penal, a normalidade deve ser entendida pelo seu significado biológico ou psiquiátrico, sendo excluído o significado sociológico de anormalidade, já que a mesma entende a anormalidade como uma “conduta desviada”, não podendo ser apreciada e/ou ser produto sempre de uma anormalidade biopsíquica, de uma causa patológica. Dessa forma, o crime pode ser a conduta de um homem clinicamente normal, embora anormal sociologicamente.

Para o filósofo Emile Durkheim (2007, p. 72), a normalidade possui ligação com a generalidade, sendo um fenômeno encontrado em todas as sociedades ao longo dos tempos ou em sociedades semelhantes. Para ele, a normalidade e a patologia têm que ser analisadas a partir de cada momento da história. Nessa visão é que ele diz que o crime está presente em todas as sociedades, sendo sua inexistência um fenômeno anormal. Ele entende que o crime é um fenômeno social normal e a infração da lei pode ser indício de uma moralidade futura,

Nada é bom indefinidamente e sem medida. É preciso que a autoridade que a consciência moral possui não seja excessiva, caso contrário, ninguém ousaria contestá-la e muito facilmente ela se cristalizaria numa forma imutável. Para que ela possa evoluir, é preciso que a originalidade individual possa vir à luz [...] além dessa utilidade indireta, o próprio crime pode desempenhar um papel útil nessa evolução.

O pensamento de Durkheim era que jamais existiu sociedade sem crimes. Para ele; delito não é sintoma de doença. Seu entendimento é de que o crime seria um fenômeno que traz importantes benefícios à organização social, primeiro, porque provoca a reação do grupo, trazendo ilações de solidariedade entre a coletividade, assim como possui o condão de antecipar transformações morais e tecnológicas. Exemplificando, há as histórias de Jesus Cristo, Sócrates, Galileu, dos abolicionistas, dos comunistas e de todos os revolucionários. (XIMENES, 2012, p. 50-51).

Importante deixar claro que a moderna Psiquiatria (ou Psicopatologia) entende que não há uma relação necessária entre o estado de anormalidade mental do agente e o crime, ou seja, não se pode concluir que todo criminoso é um doente mental, como inclusive era sustentado no passado. Um doente mental pode cometer um crime e um crime pode ser um sintoma ou manifestação de uma doença mental, mas nem todo criminoso é sempre um indivíduo anormal. (ALVES, 2004, p. 25).

3.2.2 O conceito de loucura na visão jurídico-penal

Quando o jurista passa a ter um saber crítico sobre a loucura, sua contextualização e as formas com as quais a sociedade têm lidado com ela, é possível uma maior facilidade na interpretação e aplicação da legislação, adequando-a aos princípios humanistas inseridos na Constituição Federal de 1988, mas nem sempre levados

em conta na gestão jurídica da insanidade realizada na prática pelos operadores do direito. (JACOBINA, 2008, p. 27).

Foi o positivismo criminológico que estabeleceu a necessidade de tratamento psiquiátrico ao portador de transtorno mental infrator, com o objetivo de substituir a pena por um novo tipo de sanção criminal desvinculada da ideia de castigo, para satisfazer a concepção de retirada do convívio social de todo indivíduo que apresentasse risco, quer por seu comportamento, quer por sua constituição biopsicológica. Para a visão positivista, o criminoso já nascia criminoso, seria um criminoso nato. (MATTOS, 2006, p. 81).

Como diz Michel Foucault (1972, p. 153), “Não há exclusão entre loucura e crime, mas uma implicação que os une. O indivíduo pode ser um pouco mais insano, ou um pouco menos criminoso, mas até o fim a loucura mais extremada será assombrada pela maldade”. Para ele, loucura e crime estão inseridos no interior de uma consciência que será tratada conforme a situação que a determine com a prisão ou com o hospital.

O Código Civil, no seu artigo 5, inciso II, diz que o louco é a denominação genérica de um indivíduo que perdeu o discernimento e a razão, sendo o mesmo incapaz para os atos da vida civil, assim como para o exercício da cidadania.

Se, no âmbito da psiquiatria, o diagnóstico de que uma pessoa é portadora de uma doença mental traz grandes repercussões sobre a forma como esse indivíduo será visto na coletividade e por si mesmo, no âmbito do Direito, o diagnóstico de um transtorno mental pode gerar efeitos profundos sobre a liberdade do indivíduo. Perter Bartlett e Ralph Sandland, citados por Cláudia Rosane Roesler e Leonardo Almeida Lage (2013, p. 349), dizem que esse diagnóstico

[...] serve como uma linha divisória entre o reconhecimento de que os indivíduos são responsáveis por seus atos e têm autoridade para tomar decisões acerca do que lhes acontece e uma possível intervenção privando o indivíduo de direitos básicos de cidadania.

Hilário Veiga de Carvalho e Marco Segre (1978, p. 11-12) entendem que, na etimologia dos crimes, admite-se a influência de um fator biológico (endógeno) que seria determinado pela própria constituição individual do criminoso, e de um fator mesológico (exógeno) que seria proveniente do meio externo e social. Trata-se da influência perniciosa do meio. Vale ressaltar que, na gênese do crime, além desses

fatores, existe a própria personalidade do criminoso, à qual, dizem os autores “compete um predicado de discernimento, de deliberação, sob a forma de livre arbítrio, sobre a qual repousa a responsabilidade moral”.

Cada indivíduo possui não só um perfil físico próprio, como também um perfil psicológico que é característico de sua personalidade. O conhecimento de qual seja esse perfil psicológico é interesse forense, pois, para fins de um correto julgamento, no caso criminal, e para um eficiente tratamento jurídico-penal, na hipótese de condenação, é fundamental a configuração psicológica do examinado.

Vale ressaltar que, havendo patologia mental, é importante não só o diagnóstico e prognóstico possível do transtorno mental, como também a avaliação da capacidade de imputação e da capacidade civil. É através das normas estabelecidas por um exame psiquiátrico que se chega ao perfil psicológico do indivíduo, para se concluir acerca das suas faculdades mentais. (CARVALHO; SEGRE, 1978, p. 41-42).

Rafson Ximenes, em seu artigo “Exame Criminológico, Execução Penal e a Legislação” (2010, p. 31-32) cita uma passagem do filme *Minority Report*, dirigido por Steven Spielberg, que gira em torno da possibilidade de antever a prática das condutas criminosas para assim evitá-las e puni-las, antes que ocorram: “ Por ordem da Divisão Pré-Crime, está preso pelo assassinato futuro da senhora Marks e do senhor Dubin, previsto para hoje, 08 horas e 04 minutos”. Em sua interpretação, ele diz que médicos, sociólogos e legisladores também buscaram meios de prognose e cura, fazendo nascer os exames criminológicos que têm por objetivo dissecar o íntimo do periciado, para determinar qual seria o seu tratamento e se o mesmo tem tendência a cometer delitos.

Roque de Alves Brito, na sua obra “Crime e Loucura” (1998, p. 63), estabelece que a expressão legal “doença mental”, em um conceito amplo, abrangeria todas as anormalidades psíquicas, todas as alterações patológicas das faculdades mentais, compreendendo inclusive os estados anormais passageiros, como por exemplo, o sonambulismo, as perdas momentâneas da consciência e memória, etc. etc. Já o conceito psiquiátrico, científico de “doença mental” abrange exclusivamente a psicose e neuroses.

Se se adentrar no exemplo do sonambulismo há que se considerar que alguns doutrinadores, como por exemplo, Fábio André Guaragni (2005, p. 185), entendem

que se trata de estado de inconsciência e que, estando o indivíduo inserido nesse contexto e praticar ato danoso a terceiro, não há o que se falar em conduta humana, excluindo a tipicidade e, conseqüentemente, qualquer responsabilização.

Importante registrar, como bem aponta Zaffaroni, que existem casos em que a doença mental afasta a conduta humana, mas não a imputabilidade na forma do artigo 26 do Código Penal. Essas situações trazem problema sob o aspecto legislativo, pois a lei só prevê a aplicação da medida de segurança para o caso de absolvição imprópria por inimputabilidade. Não é possível por imposição legal aplicar medida de segurança, se a absolvição é própria, ou seja, se não há crime porque não há conduta humana e isso, por sua vez, é um contra senso pois a psicopatologia mais profunda que, em certos casos, pode dotar o agente de maior periculosidade não será objeto de controle estatal voltado para a prevenção especial. (apud GUARAGNI, 2005, p. 186).

Importante registrar que as relações entre psiquiatria e justiça penal, desde o início do século XIX, têm sido bastante estreitas. A justiça penal necessitava da psiquiatria, pois ela não dispunha de recursos para dar conta de certo tipo de criminosos, cujas características pareciam fugir completamente à razão. Enquanto a justiça penal só agia sobre o delito, quando este já havia sido cometido, a psiquiatria surge como capaz de prevê-lo em função de critérios de periculosidade definidos cientificamente. Culpado ou louco era uma questão deixada em aberto pela justiça criminal e estudada cientificamente pela psiquiatria. (RAUTER, 2003, p.113).

Cristina Rauter (2003, p. 44) coloca que é a psiquiatria que vai apontar para a Justiça o grau em que a capacidade de discernimento do criminoso está afetada. Nesse processo, é destruída a ideia de que, para haver loucura, é preciso haver perda da razão. Aparecem aqui as loucuras sem delírio, as loucuras quase imperceptíveis aos olhos do leigo e do juiz, mas detectáveis para o perito médico psiquiatra. Há diversos graus de loucura que estão associados a diversos graus de responsabilidade.

Ivana Pancheri (1997, p. 108-109) sustenta que o critério hodierno para a aplicação da medida de segurança é a periculosidade, ou seja, o cálculo probabilístico quer de natureza criminológica, quer de natureza normativa de recidiva, e complementa: "com preocupação acerca da certeza do direito, é a valoração, por vezes, aleatória pela simples razão de que não se pode com precisão antever o futuro do indivíduo".

No sistema vicariante, a periculosidade é usada, porque o autor do fato não é culpável e, portanto, não é submetido a uma pena.

3.2.3 O nascimento da Clínica Psiquiátrica

O nascimento da clínica psiquiátrica ocorreu no século XIX, como um outro espaço fechado, além da já existente prisão judiciária. Michel Foucault dizia que o aparecimento desse espaço fez o doente deixar de ser sujeito de sua doença para se tornar apenas o “acidente”, através do qual se leem os diversos males. Para ele, prisão, asilo, clínica, todos eles são lugares em que a palavra dos indivíduos é silenciada pelo discurso de um poder-saber que aprisiona seus corpos. (apud SOARES, 2004, p. 84).

Orlando Soares (2004, p. 86) cita que, desde o nascimento da clínica psiquiátrica, a mesma passou por quatro fases. Inicialmente, por quase um século, viveu uma fase meramente descritiva, que consistiu em descrição e classificação das diversas doenças mentais. Nos fins do século XIX, a mesma esteve inserida na fase psicológica, nesse momento, o objetivo era descobrir e analisar os mecanismos psicológicos e funcionais que produzem ou organizam os sintomas da enfermidade. O século XX trouxe a fase psicodinâmica, que teve por finalidade descobrir as motivações mais profundas ligadas a acontecimentos antigos, ou recalcados na subconsciência. A fase contemporânea consiste em técnicas terapêuticas.

Erving Goffman (1974, p. 16-17), diz que toda instituição (entendida como estabelecimento social) tem tendência de fechamento, seja ela em menor ou maior grau. Seu fechamento ou seu caráter total é simbolizado pelo impedimento à relação social com o mundo externo e por proibição à saída, aspectos esses que muitas vezes estão incluídos no próprio estabelecimento de regras da instituição. A esses estabelecimentos, ele dá o nome de instituições totais e classificam-nas em diferentes grupos, conforme a natureza ou finalidade, tais como: sanatórios para tuberculosos, hospitais para doentes mentais, leprosários, reformatórios, orfanatos, penitenciárias e outros. O ritual das instituições totais é deveras rígido, todos os atos são realizados em um mesmo local e sob a supervisão de uma autoridade. O referido autor ainda diz que a condição do doente mental se insere em três

momentos: o período anterior à fase de internação no hospital ou manicômio, o período de internação e o período posterior à alta de tratamento.

Foi do professor e médico Heitor Carrilho (1891-1954) a ideia de criar o primeiro Manicômio Judiciário do Brasil, em 1921, na cidade do Rio de Janeiro. Ele percebeu que a assistência aos criminosos psiquiátricos era uma questão de cidadania, que o portador de transtorno mental merecia um tratamento adequado e digno, não podendo ser tratado como um criminoso comum, uma vez que não tinha capacidade de entender e compreender seus atos. (CARAVELAS, 2004, p. 64).

Heitor Carrilho foi um dos maiores nomes da psiquiatria forense mundial e o mesmo dedicou a sua vida à assistência e à recuperação dos pacientes psiquiátricos, tendo a coragem de contrariar aquilo que foi dito por Erasmo de Rotterdam: “quem cuida de louco, louco é, e se houver na face da terra uma única cabeça sã, que se retire para um deserto, a fim de gozar à vontade dos frutos de sua sabedoria”. (DELGADO, 2004, p.114-117).

A ideia de criar um manicômio judiciário foi dar um tratamento digno aos doentes mentais, ou retardados, que, “vítimas” de suas patologias, praticaram um fato penal típico e ilícito e que, aos olhos da justiça, eram vistos como perigosos e precisavam ser segregados para a segurança da sociedade. Infelizmente, os manicômios não cumpriram a função para o qual foram criados. Os mesmos tornaram-se depósitos de seres humanos e pouco diferindo das prisões comuns. (PORTO, 2004, p. 49).

A realidade é que é desolador o quadro das instituições destinadas ao tratamento dos doentes mentais, sejam os hospitais, sejam os manicômios judiciários, com repetição de maus tratos e práticas cruéis.

3.2.4 As reflexões acerca da Criminologia e o criminoso

Com o advento do positivismo criminológico, em fins do século passado, surgiu o Direito Penal, baseado na ideologia de defesa social, que se fundamentava, por sua vez, nas ciências, inicialmente, nas ciências da natureza e posteriormente nas ciências do homem. A ideologia de defesa social seria supostamente neutra e objetiva, para erguer as bases jurídicas de um Estado intervencionista e atentatório

à liberdade individual (ainda que sob o disfarce de proporcionar segurança e ordem) e ao princípio da isonomia. (RIBEIRO, 2006, p. 189).

Entre fins do século passado e princípios deste século, predominou a criminologia positivista, inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista. Nesta época, vigia as teorias patológicas da criminalidade, ou sejam, as teorias baseadas nas características biológicas e psicológicas que diferenciavam os sujeitos criminosos dos indivíduos normais. A criminologia positivista buscava a explicação dos criminalizados, partindo da criminalidade como um dado ontológico pré-constituído à reação social e ao direito penal.

Como registro, Alessandro Baratta (2002, p. 29-30) diz:

Em sua origem, pois, a criminologia tem como específica função cognoscitiva e prática, individualiza as causas desta diversidade, os fatores que determinam o comportamento criminoso, para combatê-los com uma série de práticas que tendem, sobretudo, a modificar o delinquente. A concepção positivista da ciência como estudo das causas batizou a criminologia.

O autor acima continua, em sua exposição, dissertando que, apesar de a criminologia contemporânea pós-anos 30 deslocar a atenção dos fatores biológicos e psicológicos para os sociais, dando predomínio a estes últimos, o modelo positivista da criminologia como estudo das causas e dos fatores da criminalidade permanece dominante dentro da criminologia contemporânea. Esse pensamento permaneceu, até que ele foi posto em dúvida por um novo paradigma científico, o do *labeling approach* (paradigma da reação social ou teoria do etiquetamento), ou seja, não é possível considerar a criminologia como um dado pré-constituído às definições legais de certos comportamentos e de certos sujeitos.

A nova criminologia trazida pelo paradigma científico busca a consideração do crime como um comportamento definido pelo Direito e também o repúdio do determinismo e da consideração do delinquente como um indivíduo diferente. Para os representantes do *labeling approach*, o que distingue a criminologia tradicional da nova criminologia crítica é que esta considera criminoso e criminalidade como uma realidade social, que é constituída mediante os processos de interação que a caracterizam. (BARATTA, 2002, p. 30).

Salo de Carvalho (2013, p. 292), de forma brilhante, diz que o deslocamento do objeto de investigação do desviante para a estrutura político-econômica e para as

estruturas do poder criminalizador permitiu a aproximação do pensamento criminológico crítico com a presença de inúmeros movimentos sociais de defesa dos direitos humanos. Foi justamente na luta pelos direitos civis e contra o poder militar da década de 60 que emerge a criminologia crítica.

O estudo das causas que levam o homem a agir contra as normas sociais é o interesse da criminologia e esse estudo deve preceder o julgamento. Existem dois campos de atuação que procuram compreender as razões fundamentais que levaram o indivíduo a agir antissocialmente: o primeiro campo é o da Criminologia, que vai examinar o crime e o criminoso, ou seja, o ato e o seu autor. Estuda-se o homem e o seu ato, da maneira mais completa possível. O segundo campo é o de atuação, é o Direito que vai julgar, em face da lei, procurando saber se o indivíduo é ou não responsável pelo ato que cometeu e se esse ato seria ou não justificável, para, enfim, ser punido o autor. (CARVALHO, 1978, p. 7).

Os criminólogos diziam que o Direito Penal teria saído de um estágio rudimentar e embrionário, em que o mesmo assumia formas semi-selvagens e não civilizadas para, posteriormente, chegar a um período em que passou a aplicar métodos científicos. Inicialmente, aplicavam-se penas cruéis e tortura, confundia-se crime com pecado. Em um período intermediário, o Direito Penal torna-se mais humano e justo, Beccaria (2009) inaugurou um período ético humanista. A terceira fase seria o advento da criminologia, da ascensão do direito penal ao seu período científico, em que a lei corresponde a uma avaliação científica da sociedade e da mente humana. (RAUTER, 2003, p. 25-26).

3.3 DISTINÇÃO ENTRE CULPABILIDADE, RESPONSABILIDADE, INCAPACIDADE E SUAS REPERCUSSÕES NO ÂMBITO JURÍDICO-PENAL

Segundo Hilário Veiga de Carvalho (1978, p. 21), os seres humanos “ditos normais” do ponto de vista mental, ou seja, aqueles que não possuem transtornos mentais e que apresentam desenvolvimento mental de acordo com sua faixa etária, possuem em decorrência de sua correta atividade psíquica, a capacidade de poder entender os atos que praticam, sejam eles no âmbito civil, sejam eles no âmbito penal. É essa qualidade de entender e compreender os atos que praticam que permite a correta responsabilização.

A capacidade de imputação é um atributo pertinente a todo ser humano normal, dentro de sua atividade psíquica. Logo, se, diante de um fato concreto, houver o questionamento em saber se o autor de determinado ato tem ou não capacidade de poder receber a imputação dessa ação, faz-se necessária a aferição da capacidade de imputação (análise do estado mental do imputado, para a verificação do grau do seu desenvolvimento e da sua sanidade) e da sua responsabilidade (saber se o autor da ação pôde exercer ou não seu poder deliberativo e se teve o exercício de sua vontade dirigido para a realização efetiva do ato praticado). (CARVALHO, 1978, p. 22).

Os institutos da incapacidade de natureza civil e o da inimputabilidade de natureza penal envolvem, por um lado, coincidências analógicas e, por outro lado, consequências adversas quanto aos seus efeitos. De acordo com a lei civil, a incapacidade é de fato e não de direito, ou seja, aqueles considerados incapazes no sentido jurídico possuem direitos, mas não podem exercer ou de modo absoluto. ou de modo relativo certo número de atos. Isso quer dizer que, sendo a incapacidade um instituto de natureza civil, a mesma não isenta da obrigação de reparação do dano causado pelo incapaz por intermédio do seu representante legal, enquanto que nem sempre o autor do delito, no caso de insanidade mental, se livra do cumprimento da pena, conforme seja o seu grau de entendimento sobre o ilícito cometido. (SOARES, 2004, p. 77).

A partir do pensamento da Escola Positiva do Direito Penal, dos estudos da Psiquiatria, da Sociologia e da Antropologia Criminal se deu a criminalização da doença mental e a patologização do ato infracional. Essa realidade fez com que, no final do século XIX, surgisse a imputabilidade como um dos conceitos fundamentais para a discussão acerca da culpabilidade. A formulação do conceito de culpabilidade colocou a imputabilidade como sua base teórica e fez trazer a lume uma questão que, por habitar uma zona de transição entre Religião e Moral, até aquele momento permanecia oculta. Era a questão dos diferentes que, como diz Foucault, citado por Augusto Cesar de Farias Costa (2003, p. 160), “estes homens não são considerados nem completamente como doentes, nem completamente como criminosos, nem feiticeiros, nem inteiramente como pessoas normais. Há neles algo que fala da diferença e chama a diferenciação”.

A imputabilidade, definida como a capacidade de alguém entender o caráter ilícito do fato e de atuar e agir conforme este entendimento, é considerada pela doutrina penal moderna como um dos pressupostos da culpabilidade. Imputável penalmente é quem age consciente do que faz, com plena e normal capacidade volitiva e cognitiva. Diante disso, é *conditio sine qua non*, para tornar alguém culpável penalmente, a sua capacidade psíquica de compreensão da ilicitude de seu ato e da possibilidade de sua punição. (ALVES, 1998, p. 17).

Roque de Brito Alves (1998, p. 20-21) lamenta a confusão que a legislação penal de 1940 fez entre os termos responsabilidade e imputabilidade. Por sua vez, a responsabilidade é como se fosse um momento posterior, subsequente do agente imputável de responder ou prestar contas do seu ato ilícito ao Estado. Logo, quem é responsável é sempre antes imputável e, assim, o inimputável nunca será responsável. Situa-se a imputabilidade como antecedente e a responsabilidade como subsequente, da mesma forma que a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade. Sendo assim, responsabilidade significará a consequência jurídica da conduta criminosa, a obrigação de sofrer os efeitos da prática do crime.

Maria Regina Rocha Ramos (2007, p. 109) afirma que as capacidades de entendimento e autodeterminação permitem que se possa avaliar adequadamente a situação na qual se esteja inserido e possa se posicionar diante dela, sem que se venham ferir os estatutos legais. Para isso, é necessário que se esteja com a consciência lúcida, atento, orientado no tempo e no espaço e, quanto a si, com perfeito juízo da realidade, ou seja, sem atividade delirante.

Os autores se dividem quanto ao conceito de responsabilidade e imputabilidade. Para alguns, a responsabilidade seria a obrigação de o agente responder *in concreto*, ou sofrer a pena por um fato determinado, ou seja, a responsabilidade seria pressuposto da imputabilidade. Já a imputabilidade, segundo Heleno Cláudio Fragoso, citado por Orlando Soares (2004, p. 77), “é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de estender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento.”

Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, em sua obra “Comentários ao Código Penal” (1978, p. 320) dizem que a distinção terminológica entre responsabilidade e imputabilidade é inútil, pois esses termos apresentam conceitos que, de certo modo, são equivalentes, podendo em idêntico sentido corresponder a situações

consideradas *in abstracto* ou *in concreto*, *a priori* ou *a posteriori*. Na terminologia jurídica, esses vocábulos podem ser empregados tanto para exprimir a capacidade penal *in genere*, quanto a obrigação de responder penalmente pelo fato concreto, já que ambas são aspectos da mesma noção.

A primitiva redação da Parte Geral do Código Penal de 1940 trazia no Título III, *Da Responsabilidade*, referindo-se ao artigo 22 com o termo *Irresponsáveis*, no entanto a Lei 7.209/1984 modificou-a, empregando a expressão *Da Imputabilidade Penal*, no referido Título III, adotando também o termo *Inimputáveis*, para o artigo 26. que corresponde, com ligeira alteração, ao texto anterior do artigo 22 do Código de 1940. O fato é que os Códigos Penais não definem a imputabilidade, mas apenas trazem as condições de imputabilidade, como as previstas nos artigos 26 a 28 do Código Penal de 1984. (SOARES, 2004, p. 78).

4 REFORMA PSIQUIÁTRICA X MEDIDA DE SEGURANÇA

A Reforma Psiquiátrica é um processo político e social complexo, uma vez que a mesma envolve uma combinação de pessoas e instituições de diferentes áreas do conhecimento.

O processo que envolve a Reforma Psiquiátrica no Brasil divide-se em duas fases: a primeira fase, que vai de 1978 até 1991, e que vem a estabelecer uma crítica ao modelo hospitalocêntrico visto como desumano, violento e segregatório, e a segunda fase, que começa em 1992 e vai até os dias atuais, mas que tem seu grande ápice com a promulgação da Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção dos portadores de transtornos mentais.

4.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL

Antes de adentrar no questionamento sobre os direitos fundamentais a que todos os homens têm direito, necessário se faz uma breve retrospectiva sobre cada constituição e sua relação direta com o modelo de Estado, no qual ela esteja inserida. A Constituição estabelece premissas fundamentais sobre o Estado que a mesma quer reger.

A história da humanidade presenciou uma mudança enorme no modelo de Estado dos séculos XVIII e XIX, para o modelo do Estado contemporâneo, ou seja, do Estado Liberal para o Estado Social. Trata-se de duas realidades distintas ordenadas, por sua vez, por Constituições também distintas. Uma, a liberal, que limitava o Estado e suas funções, onde o poder público não podia interferir no exercício das liberdades, cabendo-lhe apenas regulá-las. A outra amplia o Estado e suas funções, situação em que o poder público é chamado a intervir ativamente, a fim de fornecer prestações exigidas pelo indivíduo. Na história das constituições brasileiras, as Constituições de 1824 e 1891 foram liberais e as de 1934, 1946 e 1967 são consideradas sociais. (JÚNIOR, 2010, p. 128).

Foi a passagem do Estado Mínimo para o Estado Social que fez com que este assumisse também funções positivas e prestacionais. Nesse contexto, se redimensiona a ideia liberal de segurança, fazendo nascerem as noções contemporâneas de prevenção. O Direito Penal foi chamado a gerir políticas preventivas de controle dos riscos, assim como assegurar a efetivação dos direitos, fugindo do pensamento liberal de *ultima ratio*, possibilitando a produção de instrumentos idôneos à identificação e à gestão da periculosidade do meliante. Como diz François Ost, citado por Marcelo Lebre Cruz (2009, p. 124), “na linha de um Estado social preventivo, multiplicam-se as políticas sociais suscetíveis de conter o crime antes de acontecer”. Consolida-se, assim, a nova mecânica de poder, fundada na disciplina que se legitimou no conceito de periculosidade e brilhou com a construção e incorporação ao direito penal das medidas de segurança. (CRUZ, 2009, p. 123-124).

A Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, não se contenta em definir um estatuto de poder-dever, tem como objetivo estabelecer programas e metas a serem cumpridas pelo Estado e pela sociedade. A mesma veio instituir um Estado Democrático de Direito, ampliando o rol de direitos fundamentais e isto é perfeitamente identificado pelo seu preâmbulo que disserta o seguinte texto:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

O entendimento que é possível extrair do conceito de Constituição dirigente é o sentido de um texto que objetiva a mudança social, deixando de representar um simples elenco de instrumentos de governo, haja vista o estabelecimento de fins, metas e programas a serem buscados pelo Estado e pela sociedade. O doutrinador José Joaquim Gomes Canotilho, citado por Sebastião Botto de Barros Tojal (2003, p. 23), evidencia que a Constituição não é um estatuto jurídico do político, mas um plano global normativo, que é endereçado ao Estado e a toda a sociedade.

Menelick de Carvalho Netto e Virgílio de Mattos, ao escrever um artigo intitulado “O Novo Direito dos Portadores de Transtorno Mental” dissertam que

[...] um país que se estabelece como um Estado Democrático de Direito necessário se faz que haja a transformação do princípio da igualdade formal, que diz que o indivíduo pode fazer tudo o que no mínimo a lei não lhe proíba, para uma igualdade tendencialmente material, mediante o reconhecimento em lei das diferenças materiais entre as pessoas, buscando proteger o lado mais fraco das várias relações. (CARVALHO NETTO; MATTOS, 2005, p. 12).

Essa transformação da liberdade formal em material se fez necessária porque a experiência constitucional, sob o prisma do Estado que se julga de Direito, demonstrou de forma dolorosa o crescente e violento potencial de exclusão social presente na afirmação, de início, inclusiva do reconhecimento dos direitos de igualdade e liberdade formais a todos os membros da sociedade.

Na vivência atual do constitucionalismo, sob o paradigma do Estado de Direito, afirma-se que todos os homens são livres e iguais. Diante disso, é possível um ordenamento jurídico único, constituído por leis abstratas e gerais, válidas para a sociedade como um todo. Todos são iguais, porque agora são proprietários de si próprios, ninguém mais poderá ser propriedade de ninguém, pois a escravidão, a servidão e as ordens de privilégio, assim como os ordenamentos hierarquizados e excludentes entre si das distintas castas e corporações de ofício foram abolidos. Como cita o autor, fazendo referência a John Locke, em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo”, ele reconhece que os homens são diferentes, mas ao abraçar o princípio universal da igualdade não mais importa as diferenças, pois todos devem ser iguais perante a lei, diante das oportunidades da vida. (CARVALHO NETTO; MATTOS, 2005, p. 9).

Necessário ainda se faz demonstrar que a Carta Magna de 1988 restou estabelecido como valor básico da ordem jurídico constitucional o respeito à dignidade da pessoa humana, como bem está descrito, no artigo primeiro da Constituição Federal de 1988.

Segundo Marcos André Couto Santos (2004, p. 51), a dignidade da pessoa humana pode ser sintetizada na implementação de um tratamento igualitário destinado a todos os indivíduos, independente de quais sejam a sua condição social, capacidade mental e estado, cor, raça e credo, garantindo um mínimo existencial para que possam viver e conviver em harmonia e felicidade. Nesse sentido, objetivando a implementação da igualdade material, deve-se ter uma atenção especial a certas categorias de indivíduos, tais como as pessoas portadoras de transtorno mental.

A sociedade, diante das recorrentes denúncias de violência e outras formas de desrespeito aos Direitos Humanos, tem tomado consciência da importância de se lutar pela preservação do direito à singularidade e à diferença. Nessa perspectiva e no desenvolvimento constante de ações que possam garantir tais direitos, o hospital psiquiátrico tornou-se a imagem da exclusão e do sequestro da cidadania e, até mesmo, da vida daqueles que padecem de doenças mentais, ao longo dos últimos duzentos anos. Por tudo isso, é que o modelo assistencial difundido pelo mundo, desde o final da década de 1940, vem padecendo de severas críticas, em função do seu anacronismo e improdutividade. (COSTA, 2003, p.135).

Nesse processo de proteção aos Direitos Humanos, foi que, na década de 50, a Organização Mundial de Saúde (OMS), órgão pertencente à Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de cuidar da saúde dos povos do mundo, passou a definir a saúde como um bem estar físico, mental e social. Tal organização, tomando como base estudos que revelaram o elevado custo da doença mental, recomendou o investimento em ações de saúde mental. (COSTA, 2003, p. 143).

No âmbito da proteção assistencial no Brasil, a Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, representa um grande avanço quanto à forma de tratar e conviver com as pessoas portadoras de doenças mentais, levando verdadeiramente a igualdade material a estas pessoas.

A Lei 10.216/2001, chamada de “Lei da Reforma Psiquiátrica” demonstra que não se pode encarar a violação dos direitos humanos como um problema sem importância, quando a própria Constituição Federal Democrática concebe, no seu artigo primeiro, a dignidade do homem como um dos seus principais fundamentos, à sombra de uma sociedade discriminatória. Estabelece, assim, que aquele que coloca o direito da pessoa humana em segundo plano afeta as garantias do homem. A verdadeira legitimação da democracia se faz por meio da proteção dos direitos humanos. (MARCHEWKA, 2004, p. 176).

A violação dos direitos humanos pode ser claramente vista através da história trágica e do desenvolvimento do caso jurídico que dela decorreu, pois, apesar de ter ocorrido em 1999, o processo de Damião Ximenes teve repercussão no debate da cidadania e da proteção dos direitos dos portadores de sofrimento ou transtorno mental. Em função da violência cometida em um hospital psiquiátrico, em Sobral,

interior do Ceará, o paciente Damião Ximenes Lopes morreu. O Brasil, então, foi levado a julgamento na Corte Internacional de Direitos Humanos da Costa Rica, por violação dos direitos humanos no campo da saúde mental. Esse caso apresentou-se como um paradoxo, pois o mesmo país que se esforçava para construir uma política de saúde mental, ancorada na defesa dos direitos humanos e na cidadania, foi levado ao tribunal internacional por afronta a esses direitos.

Sob o espírito da lei 10.216/2001, na Corte Internacional de Direitos Humanos da Costa Rica, o Brasil reconheceu a responsabilidade do Estado Brasileiro pela morte do referido paciente, argumentando que vinha tomando medidas e providências para que o agravo aos direitos humanos não se repetisse. Essas medidas se caracterizaram pela própria edição da lei. (DELGADO, 2011, p. 114-117).

Em face da reforma psiquiátrica, é necessário que a Justiça Criminal faça uma reflexão, partindo dos direitos fundamentais previstos na Carta da República de 1988, a fim de alcançar melhorias para os portadores de transtornos mentais, e quais poderiam ser os mecanismos novos a serem criados para garantir o direito à saúde mental daqueles que sofrem com enfermidades psíquicas.

4.2 DIREITO E DIFERENÇA: A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL E MANICOMIAL

Jean-Jacques Rousseau (1754), em sua obra “A Origem da Desigualdade” já dizia que as desigualdades são fruto da própria instituição da sociedade e independente do regime político adotado. Enquanto houver sociedade, haverá desigualdades.

O mesmo autor acima concebe na espécie humana dois tipos de desigualdade, uma que ele chama de natural ou física, pois é estabelecida pela natureza, consiste nas diferenças de idade, saúde, forças do espírito e outra, que ele chama de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção que deve ser autorizada ou estabelecida pelos homens. Esta última consiste em diferentes privilégios que alguns possuem em prejuízo de outros, como serem mais ricos, poderosos e honrados do que outros. (ROUSSEAU, 1754, p. 38-39).

Durante a história da humanidade, o louco infrator foi visto de diferentes maneiras. Inicialmente, eram considerados bruxos, sendo torturados e queimados vivos.

Depois passaram a ser vistos como criminosos, sendo lançados às celas. Em seguida, eram dispostos como agitadores intoleráveis e presumidamente perigosos, passando a serem anulados mediante drogas, “tratamento” este ainda ativo no âmbito do tratamento judicial dispensado ao louco. (CORREIA, 2004, p. 71).

César Roberto Bitencourt escreveu um interessante artigo (1991, p. 241), em que fala que, durante muito tempo, já no decorrer do século XX, esteve presente um otimismo de que a prisão seria o meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que seria possível reabilitar o delinquente. No entanto, esse otimismo inicial desapareceu e hoje predomina uma atitude pessimista, já que os resultados apontados na análise da criminalidade apontam que nada daquilo que se previa de fato aconteceu. O que vigora então é a presença de uma crise do sistema prisional, e sem medo é possível afirmar que ela atinge também o sistema manicomial. O autor complementa, dizendo que uma efetiva demonstração de que o sistema prisional/manicomial está em crise é o elevado índice de reincidência, apesar da presunção de que, durante a reclusão, os internos são submetidos a um tratamento ressocializador.

Contra o que escreveu o autor acima, Michel Foucault (1997, p. 220) dissertou em sua obra “Vigiar e Punir” que, desde sempre, existiu um movimento de reformar as prisões. O movimento de reformar as prisões, segundo ele, é mais ou menos contemporâneo da própria prisão. Ele diz:

A prisão se encontrou, desde o início, engajada numa série de mecanismos de acompanhamento, que aparentemente devem corrigi-la, mas que parecem fazer parte de seu próprio funcionamento, de tal modo têm estado ligados a sua existência em todo decorrer de sua história.

Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 294-295) registra de forma muito sábia que a história da prisão como local de cumprimento de penas privativas de liberdade e de execução do projeto técnico corretivo de indivíduos condenados é a história de 200 anos de fracasso, reforma, novo fracasso e assim por diante. Para ele, o sistema carcerário é marcado por uma eficácia invertida, ou seja, ao invés de reduzir a criminalidade, introduz os condenados em carreiras criminosas, produzindo reincidência e organizando a delinquência.

A grande realidade é que o modelo manicomial/prisional segrega os indivíduos aí internados. Foi diante de uma realidade de abandono, identificada no estado de

Goiás, pelo promotor de justiça Haroldo Caetano da Silva, na execução das medidas de segurança, que o mesmo instaurou um inquérito civil público, em que se realizou o levantamento de casos de pessoas submetidas à medida de segurança e que se encontravam recolhidas na penitenciária, na época chamada de CEPAIGO. Foram identificados quase trinta homens com transtornos psiquiátricos severos e que estavam presos, há vários anos, décadas muitas vezes. Pessoas humanas esquecidas e abandonadas à própria sorte, submetidas a todos os tipos de abuso na prisão. Essa investigação feita gerou duas consequências importantes que foram: a primeira foi a proibição de novos pacientes submetidos à medida de segurança na penitenciária e a segunda foi a soltura dos pacientes psiquiátricos que se encontravam ilegalmente presos. (SILVA, 2009, p. 9).

Haroldo Caetano da Silva (2009, p. 11), promotor de justiça do estado de Goiás, diz:

Se a medida de segurança não tem caráter punitivo – e de direito não tem – a sua feição terapêutica deve preponderar. Eis o argumento elementar levado à mesa de discussões. Muda-se o paradigma. A questão deixa de ser focada unicamente sob o prisma da *segurança pública* e é acolhida definitivamente pelos serviços de *saúde pública*. Não será a cadeia, tampouco o manicômio, o destino desses homens e dessas mulheres submetidos à internação psiquiátrica compulsória. A imagem do sofrimento e da exclusão dos imundos depósitos de loucos – ainda recente na memória dos goianos e presente em outros cantos do país – não mais tem espaço nesta época de proteção aos direitos fundamentais dos que padecem de transtornos psiquiátricos. Será o Sistema Único de Saúde o espaço democrático de atendimento a esses pacientes.

A Reforma Psiquiátrica vai além de uma mera reforma da assistência psiquiátrica. Ao ser promulgada uma lei que “Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”, Estado e Sociedade assumem o esgotamento do modelo assistencial anteriormente vigente. O modelo até então utilizado que se caracterizava por ser asilar, carcerário, manicomial, violento, desumano, segregador, iatrogênio e utilizado como uma prática de silenciamento não merece mais qualquer crédito. Necessária se fez a criação de um novo modelo que substituísse o asilar por uma rede de Serviços Substitutivos ao hospital psiquiátrico a fim de que seja possível recuperar a dignidade e a cidadania do usuário. (COSTA, 2002, p. 149).

Desde o fim da década de sessenta do século passado, a Reforma Psiquiátrica representa a construção de uma mudança na cultura de exclusão presente no imaginário da sociedade e do modelo assistencial asilar/carcerário para o tratamento

da pessoa com transtorno ou sofrimento mental. Como dizia Goffman (1974), a substituição do hospital psiquiátrico como instituição total por uma rede de serviços diversificados, regionalizados e hierarquizados, orientada não simplesmente para uma supressão de sintomas, mas também para a reabilitação psicossocial do louco, resgata a tolerância com a diferença entre os seres humanos.

Esse processo de reforma vem sendo implementado de forma progressiva, mas irreversível, através de um número crescente de iniciativas que orientam os novos serviços, constituídos por: Centros de Amparo e Núcleos de Assistência Psicossocial, Oficinas Terapêuticas, Ambulatórios de Saúde Mental, Moradias Terapêuticas, Centros de Convivência e Equipes de Saúde Mental e Hospitais Gerais. (COSTA, 2003, p. 154-155).

A existência dos Manicômios Judiciários no Brasil é um grande desafio para a Reforma Psiquiátrica que prega uma sociedade sem manicômios, uma vez que já se comprovou que esses estabelecimentos na verdade são espaços de exclusão e violência, em que a mortalidade é uma presença constante. As medidas de segurança são aplicadas em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs), também conhecidos como manicômios judiciários, ou em Alas de Tratamento Psiquiátrico (ATP), localizadas em presídios comuns, em Estados que não possuem HCTPs. O Brasil possui 23 HCTPs e 3 ATPs, em 20 unidades federativas diferentes. Esses hospitais não são geridos pelo Sistema Único de Saúde, mas por órgãos da Justiça e, sendo assim, não estão submetidos às normas gerais de funcionamento do SUS. (ANIS, 2011, p. 11).

A legislação penal brasileira estabelece que as pessoas com transtornos mentais que cometem fato típico e ilícito são consideradas inimputáveis e, assim sendo, são isentas de pena. Tais pessoas submetem-se à medida de segurança, cuja principal consequência é a segregação por longo período, através da internação. A publicação da Lei 10.216/2001 vem fomentando mudanças das práticas na assistência ao louco infrator. Uma dessas mudanças é a busca da superação do modelo de tratamento/custódia, através do envolvimento entre os atores da área de saúde e da justiça. O Ministério da Saúde vem apoiando experiências bem sucedidas que buscam tratar o louco fora do manicômio judiciário, levando-o para a rede SUS extra-hospitalar de atenção à saúde mental. Não se exige, para que se procedam essas experiências, que haja a cessação da periculosidade como critério

para a desinstitucionalização (desospitalização) dos pacientes, sendo assim, a rede extra-hospitalar de saúde mental, com seus dispositivos como residências terapêuticas, centros de convivência ou Centro de Amparo Psicossocial é chamada a oferecer tratamento a estes indivíduos antes excluídos pelo Sistema Único de Saúde. Esse processo de desospitalização, em que pese esteja se iniciando de maneira muito embrionária, pode ser considerado um passo importante na luta pela garantia à assistência, à saúde pública e à proteção aos Direitos Humanos de um grupo social que, historicamente, é vítima de preconceito e exclusão. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 23).

Nesse processo de desinstitucionalização, vale registrar o programa instituído pelo estado de Goiás, em 26 de novembro de 2006. Foi criado o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI), que tem por fundamento as disposições humanizadoras trazidas pela Lei 10.216/2001, a chamada Lei Antimanicomial ou Lei da Reforma Psiquiátrica. Esse programa contempla uma mudança de paradigma na execução das medidas de segurança, fazendo com que o assunto deixe de ser tratado unicamente sob o prisma da segurança pública, para ser acolhido pelos serviços de saúde pública, através da participação da rede de clínicas psiquiátricas conveniadas ao Sistema Único de Saúde (SUS) e aos serviços substitutivos (CAPS). O PAILI supervisiona o tratamento conferido ao paciente nas clínicas psiquiátricas conveniadas ao SUS e nos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e, ao mesmo tempo, faz a mediação entre o paciente e o juiz, em canal direto de comunicação que favorece, simplifica e desburocratiza o acesso permanente à Justiça. (SILVA, 2009, p. 7).

4.3 O ALCANCE DA LEI 10.216/2001

A reforma psiquiátrica no Brasil, concretizada pela Lei 10.216/2001, é um movimento histórico, político e social. Ela vem dispor sobre os direitos daqueles portadores de transtorno mental.

Triste realidade é ainda hoje se verificar, com base em legislações passadas e revogadas, que ainda existe um modelo assistencial que busca a hospitalização e o

asilamento do doente mental, visando atender sobretudo a ordem, a segurança e a moral e que este modelo já se comprovou estar falido.

4.3.1 Surgimento

Desde o nascimento da psiquiatria, que as expressões “reforma” e “psiquiatria” andam juntas. Foram os reformadores da Revolução Francesa que delegaram ao médico francês Philippe Pinel a tarefa de humanizar e dar sentido terapêutico aos hospitais gerais, onde os loucos estavam recolhidos junto com outros marginalizados pela sociedade. Existe um episódio contado pelo filho de Pinel, Scipion Pinel, que, em 1793, Georges Couthon (uma das autoridades da Revolução Francesa) teria inspecionado o hospital de Bicêtre, recentemente assumido por Pinel, e, após os primeiros contatos com os loucos, encerrou a inspeção e disse a Pinel que ele também era louco por desacorrentar aqueles “animais”. Pinel teria respondido que os alienados que ali estavam só eram intratáveis porque foram privados de ar e de liberdade. O gesto de Pinel de desacorrentar os loucos, a fim de implementar meios diferentes de tratamento, demonstra que a ciência psiquiátrica já nasceu como reforma. (TENÓRIO, 2002, p. 26).

A história da psiquiatria, ao longo do tempo, representa a semente da assistência psiquiátrica e seus princípios teriam influenciado e inspirado o pensamento dos alienistas brasileiros, moldando a organização e o tratamento a ser dado ao doente mental no Brasil. No entanto, a razão e a objetividade científica falharam por não proporcionar a melhora efetiva, respeitando as diferenças daqueles vistos como “outros”, levando não só as penitenciárias, como os encarceramentos nos manicômios judiciais a uma situação de depósitos de pessoas. Daí se fazer necessária, no campo das ciências penais, uma legislação específica de proteção dos direitos do doente mental e de seus tratamentos, sendo esta a Lei 10.216/2001. (MARCHEWKA, 2004, p. 183).

Até os anos 60 do século passado, a assistência psiquiátrica pública no Brasil se utilizou basicamente dos mecanismos hospitalares, possuindo uma insuficiente rede ambulatorial que, por sua vez, não consegue filtrar aqueles que realmente necessitam de internação. (CAVALCANTI, 2008, p. 125).

Bezerra Jr., citado por Patrícia Barreto Cavalcanti (2008, p. 126) diz “[...] que embora desde os anos 60 houvesse uma política oficial de saúde mental inspirada no preventivismo, não havia uma real e efetiva preocupação com o setor”.

Após o golpe militar de 1964, verifica-se uma ruptura com a existente psiquiatria diluída e amorfa e começam a surgir indícios de programas mais articulados de assistência psiquiátrica no campo das políticas de saúde. Em meados dos anos 70 do século passado, verificam-se de forma clara as investidas do regime autoritário em se legitimar frente à sociedade. O agravamento da saúde mental dos trabalhadores produziu efeitos em torno da assistência psiquiátrica até então prestada, levando as instituições, os serviços de saúde e até mesmo as universidades a iniciarem uma discussão mais profunda sobre os rumos da saúde mental no país. Surgiam aqui algumas sementes em torno da Reforma Sanitária Brasileira e, no seu interior, insurge o debate acerca da Reforma Psiquiátrica. Mas essa realidade durou pouco devido à crise econômica pela qual o país atravessava. (CAVALCANTI, 2008, p.125-126).

Heitor Resende (1987, p. 66) com pertinência redige em sua obra que: “o ano de 1974 veio marcar o fim desse período de “relativa” prioridade dada à psiquiatria”. O crescimento econômico gerou um desgaste da força de trabalho, provocando um saldo negativo nas condições de vida dos trabalhadores e das classes populares em geral, levando ao aparecimento de doenças crônico-degenerativas e casos de tuberculose, assim como aumento da mortalidade. Diante desse quadro, as ações de psiquiatria perderam relevância, voltando a ter uma posição secundária no campo da saúde pública e mental.

O modelo assistencial vigente, durante a década de 1970, período seguinte ao golpe militar de 1964, especialmente no campo da Saúde, estava carregado de contradições e injustiças. Essa situação fez com que os trabalhadores deste setor iniciassem a elaboração e o encaminhamento de críticas à instituição e paralelo a isso comesçassem a propor mudanças àquele modelo. Esse movimento conhecido como Movimento da Reforma Sanitária representou na história sanitária brasileira uma revolução entre Sociedade e Estado, buscando a democratização do acesso à saúde. Um dos frutos, resultado desse movimento, foi a formulação e construção do Sistema Único de Saúde (SUS), que foi incluído na Constituição Federal, no

Capítulo da Seguridade Social e que estabeleceu que a saúde é “direito de todos” e “dever do estado”. (COSTA, 2003, p. 145).

O Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental que surgiu, em 1978, é um movimento plural formado por trabalhadores integrantes da reforma sanitária, associações de familiares, membros de associações de profissionais e pessoas com longo histórico de internações psiquiátricas. Em função desse movimento social, é que se costuma dizer que foi neste ano o efetivo início da luta pelos direitos dos pacientes psiquiátricos no Brasil. Esse movimento tanto passou a denunciar a violência dos manicômios, a mercantilização da loucura e a hegemonia de uma rede privada de assistência, como se preocupou em construir uma crítica do saber psiquiátrico vigente e ao modelo hospitalar de assistência aos portadores de transtornos mentais. Passa-se a lutar por uma sociedade sem manicômio. (BRASIL – MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 7).

Como diz o médico italiano Franco Basaglia (1992, p. 29), “Quando dizemos não ao manicômio, estamos dizendo não à miséria do mundo e nos unimos a todas as pessoas que no mundo lutam por uma situação de emancipação”.

No contexto do final dos anos 80 e início dos anos 90, o Brasil saiu de um longo e doloroso processo de ditadura militar, através de um processo político que culminou na Assembleia Nacional Constituinte. A instituição do Sistema Único de Saúde, em 1988 (o mesmo foi normatizado em 1990), marca a vitória do movimento sanitário que trouxe normas para garantir o atendimento à saúde para toda a população brasileira, estabelecendo-a como direito de todos e dever do Estado. Desvinculou-se o direito à saúde da Previdência Social, todos passam a ter direito e não apenas aquele que contribui para o sistema. (HEIDRICH, 2007, p. 97).

Até o final do primeiro meado do século XX, predominava o modelo hospitalocêntrico. Foi o médico italiano Franco Basaglia que, em 1961, ao assumir a direção do Hospital Psiquiátrico de Gorizia, na Itália, trouxe críticas para a psiquiatria clássica e hospitalar, por esta se centrar no princípio do insulamento do alienado. Ele defendia que aquele que sofria de transtornos mentais deveria voltar a viver com sua família. Seu pensamento influenciou o Brasil, fazendo ressurgirem diversas discussões que tratavam da desinstitucionalização do portador de sofrimento mental e da humanização do tratamento destinado a estas pessoas, visando promover sua reinserção social. (MESQUITA; NOVELINO; CAVALCANTI, 2010, p. 4).

A década de 80 presenciou, além do amadurecimento da crítica ao modelo asilar segregador, o surgimento de três processos de muita relevância para a consolidação das características do movimento da reforma: a ampliação das pessoas envolvidas no processo da reforma, a iniciativa da reformulação legislativa e o surgimento de experiências institucionais bem sucedidas nos cuidados da saúde mental. Dois importantes eventos no ano de 1987 contribuíram para o já denominado Movimento pela Reforma Psiquiátrica Brasileira: I Conferência Nacional de Saúde Mental e, em seguida, o II Encontro Nacional dos Trabalhadores em Saúde mental. A I Conferência representa o início da trajetória de desconstruir no cotidiano das instituições e da sociedade as formas conservadoras de lidar com a loucura, buscou-se a desinstitucionalização. Já o Encontro que se seguiu à Conferência veio instituir um novo lema que foi por uma sociedade sem manicômios. (TENÓRIO, 2002, p. 35).

A Constituição Federal de 1988 representa uma mudança de direção definitiva no campo dos direitos sociais e políticos e uma nova etapa do longo processo que, no campo da saúde mental, pode ser chamado de Reforma Psiquiátrica. Desde os anos 80, o campo da saúde mental como política pública vem construindo um processo que ficou conhecido como Reforma Psiquiátrica. Foi nesse cenário de mudança social e de paradigmas que se tornou clara a necessidade de uma lei nacional que sustentasse a nova concepção psiquiátrica pública, pautada nos direitos humanos, na liberdade e nos modernos métodos de tratamento. O então deputado Paulo Delgado do PT de Minas Gerais apresentou à Câmara dos Deputados, em dezembro de 1989, um projeto de lei que propõe a regulamentação dos direitos da pessoa com transtornos mentais e a extinção progressiva dos manicômios no país. Foi esse projeto de lei que após doze anos veio a resultar na Lei 10.216/2001. (DELGADO, 2011, p. 114-117).

Como bem disserta Tânia Maria Nava Marchewka (2004, p. 175-176), nos últimos anos, a política de saúde mental foi alvo de atenção e objeto de grandes discussões no âmbito governamental. A crise de paradigma na área da psiquiatria foi ouvida pelos meios de comunicação e ganhou especial foco, apresentando-se como questão prioritária para a sociedade brasileira com a promulgação da Lei 10.216/2001, a chamada “Lei da Reforma Psiquiátrica”.

O advento da Lei 10.216/2001 marca uma nova etapa na luta pela cidadania e pelo direito dos portadores de transtornos mentais. Ela estabelece um verdadeiro marco

à necessidade de se respeitar a dignidade daqueles que sofrem com enfermidades mentais.

A trajetória que perpassa a luta pela Reforma Psiquiátrica no Brasil busca uma mudança de princípios no trato da loucura, criando novas modalidades de assistência que levam em consideração as particularidades de cada caso. Esse processo de reforma caracteriza-se por se pautar em conceitos tais como: cidadania, atenção integral e busca por colocação de referencial saúde no lugar até então dominante e excludente da doença. A reforma mira a desinstitucionalização e a humanização das relações entre profissionais de saúde mental, famílias, comunidade e usuários. Propõe o fechamento dos hospícios substituindo-os por outros serviços, como, o questionamento das admissões involuntárias, a vigilância, avaliação e o acompanhamento das ações pelas comissões locais de saúde. (CORREIA, 2004, p. 73).

O processo que se denomina Reforma Psiquiátrica tem como marco fundamental o reclame à cidadania do louco. Paulo Amarante, citado por Fernando Tenório (2002, p. 27), define a reforma psiquiátrica da seguinte forma:

Está sendo considerada reforma psiquiátrica o processo histórico de formulação crítica e prática que tem como objetivos e estratégias o questionamento e a 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 1970, fundado não apenas na crítica conjuntural ao subsistema nacional de saúde mental, mas também, e principalmente, na crítica estrutural ao saber e às instituições psiquiátricas clássicas, no bojo de toda a movimentação político social que caracteriza esta mesma conjuntura de redemocratização.

O Movimento da Reforma Psiquiátrica Brasileira que nasceu do reclame à cidadania do louco desdobrou-se em um amplo e diversificado escopo de práticas e saberes. O foco na cidadania como valor fundante desse processo é visto, sobretudo, na presença de um campo heterogêneo que abarca a clínica, o social, o cultural e as relações com o jurídico, sendo obra de muitos atores diferentes entre eles. (TENÓRIO, 2002, p. 28).

Somente após doze anos de tramitação no Congresso Nacional é que, no ano de 2001, a Lei Paulo Delgado é sancionada no país. Dessa forma, a Lei Federal 10.216/2001 redireciona a assistência em saúde mental, privilegiando o oferecimento de tratamento em serviços de base comunitária, dispondo sobre a

proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais, mas infelizmente não institui de forma clara os mecanismos para a progressiva extinção dos manicômios. Mesmo assim, a sua promulgação traduz um novo impulso para o processo da Reforma Psiquiátrica no Brasil. (BRASIL–MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 8).

O advento do Movimento da Reforma Psiquiátrica estabelece a superação do modelo hegemônico asilar/carcerário de caráter excludente e segregatório por uma rede diversificada de serviços de atenção diária em saúde de base territorial e comunitária. Cria-se o CAPS (Centros de Atenção Psicossocial), um serviço de saúde aberto e comunitário do SUS (Sistema Único de Saúde). Trata-se de um lugar de referência no tratamento de pessoas com transtornos mentais, cuja severidade e/ou persistência justifiquem sua permanência em um dispositivo de cuidado intensivo, comunitário e personalizado, criado para substituir as internações em hospitais psiquiátricos. (LIMA; CORREIA, 2012, p. 147).

Com o advento dessa lei, o Ministério da Saúde passa a implementar uma Política de Saúde Mental, visando a uma reforma psiquiátrica e várias Portarias Ministeriais são publicadas, normatizando a criação, a organização e o funcionamento de vários dispositivos extra-hospitalares de cuidado e atenção ao portador de sofrimento mental. (HEIDRICH, 2007, p. 138).

A destacada Lei Federal 10.216/2001 dispõe que as pessoas portadoras de transtorno mental sejam tratadas, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental e que as internações somente ocorram quando os recursos extra-hospitalares, tais como: comunidades terapêuticas, hospitais-dia, lares abrigados, dentre outros, forem insuficientes. Em sendo insuficientes, caberá ao hospital geral ou psiquiátrico fornecer uma assistência multiprofissional à pessoa, com vistas à sua reinserção social. (BUSCHEL, 2004, p. 94).

Segundo dispõe a Psicóloga Joelma de Sousa Correia, em seu artigo “Saúde Mental na Contemporaneidade” (2004, p. 74),

Os aspectos principais da Reforma Psiquiátrica no Brasil, caracterizada por novas leis operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS), priorizam a municipalização dos serviços, a criação de equipes de saúde necessariamente multiprofissionais e assessoria de familiares e usuários (não mais loucos ou pacientes) como auxiliares no acompanhamento e vigilância do novo modelo assistencial.

4.3.2 Premissas

Várias foram as premissas trazidas pela Lei 10.216/2001. Uma delas foi a reinserção social do paciente, ou seja, a internação e o tratamento ambulatorial aplicado ao inimputável, que tem como objetivo a reinserção do sujeito em seu meio e não a expiação de castigo. Outra premissa é a que estabelece que, quando o juiz determinar a aplicação da medida de segurança ao agente inimputável ou semi-imputável, o mesmo deve dar preferência ao tratamento ambulatorial, somente determinando a internação, quando os recursos extra-hospitalares forem insuficientes. Nesse sentido, impõe-se uma nova interpretação da regra do parcialmente derogado artigo 97 do Código Penal, conjuntamente com o artigo quarto, caput da Lei 10.216/2001, de forma que mesmo que o fato seja punível com reclusão, o juiz deve proferir, preferencialmente, a medida de segurança não detentiva, decidindo pela internação, apenas nos casos que se mostrassem realmente necessários. Vale ressaltar que, não havendo recursos extra-hospitalares suficientes e, determinando o juiz a internação do inimputável infrator, esta internação deve respeitar os limites legais trazidos pela Lei. Cumpre lembrar que a humanização do atendimento é regra absoluta, devendo o tratamento em regime de internação ser estruturado no sentido de promover assistência integral à pessoa com transtornos ou sofrimento mental, sendo totalmente vedada a internação em instituições com características asilares e que violem os direitos enumerados pelo artigo segundo da lei. (SILVA, 2006, p. 15-16).

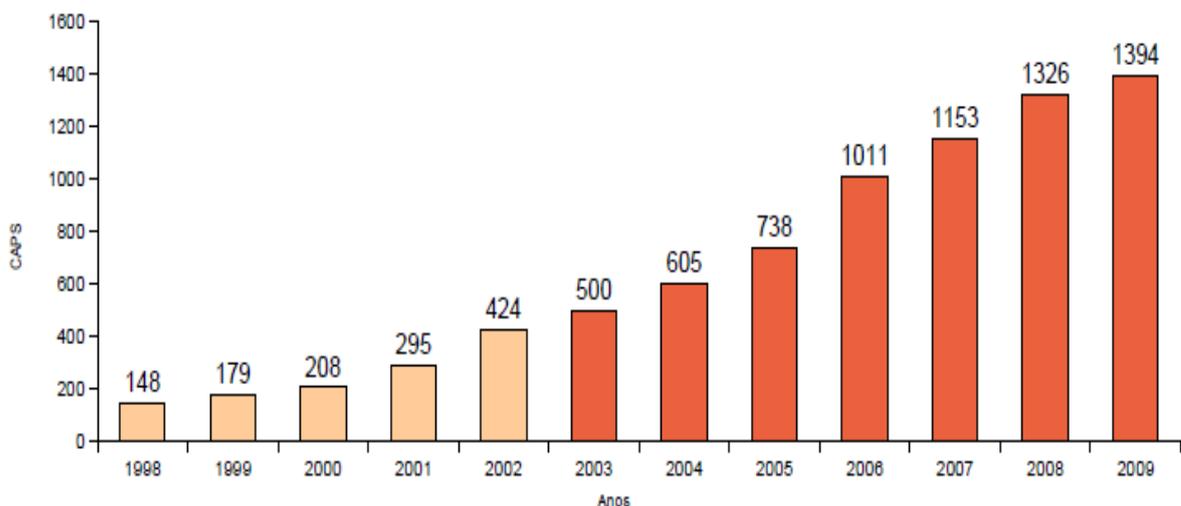
Outra importante regra trazida no artigo 4º, § 3º, da Lei 10.216/2001 é a impossibilidade do recolhimento de pessoa com transtorno mental submetida à medida de segurança, em cadeia pública, ou qualquer outro estabelecimento prisional. A violação a tal dispositivo legal, além de afrontar o modelo assistencial instituído pela referida lei, ainda constitui-se como crime de tortura, na modalidade prevista no artigo 1º, § 1º, da Lei 9.455/97, por ele respondendo também aquele que se omite, quando tinha a obrigação de evitar a conduta, podendo a mesma ser agravada se praticada por agente público. Nesse contexto, são chamadas à responsabilidade para fazer valer as disposições da lei várias autoridades públicas ou não: juiz, promotor, autoridade penitenciária e médicos que prestam assistência a pacientes psiquiátricos. Todos devem zelar pelos direitos da pessoa portadora de

transtornos mentais, submetida à medida de segurança, sob pena de responder em caso de omissão. (SILVA, 2006, p. 18).

A Lei Federal 10.216/2001 apresenta como premissa fundamental o redirecionamento no amparo em saúde mental, privilegiando o oferecimento de tratamento em serviços de base comunitária, em que pese não trazer estruturas claras para a progressiva extinção dos manicômios, sua publicação trouxe novo ritmo e avanços para o processo da Reforma Psiquiátrica no Brasil, como a criação de programas assistenciais, tal como o “De volta pra casa”, que foi instituído pela Lei Federal 10.788/2003, e dispõe sobre a regulamentação do auxílio-reabilitação psicossocial a pacientes que tenham permanecido em longas internações psiquiátricas e os Centros de Amparos Psicossocial (CAPS). (MESQUITA; NOVELINO; CAVALCANTI, 2010, p. 6).

O gráfico abaixo ajuda a visualizar a expansão dos Centros de Amparo Psicossocial, até 2009. Em 2002, havia 424 CAPS, com 21% da população coberta em saúde mental e, em junho de 2009, já havia 57% de cobertura, um aumento significativo, enquanto instrumento de desinstitucionalização psiquiátrica.

Gráfico 1 - Série histórica da expansão dos CAPS (1998 a 4 de junho de 2009)



Fonte: Coordenação Geral de Saúde Mental/DAPES/SAS/MS. Antes de 2001: Levantamento CAPS Disque-Saúde 2001.

4.3.3 Lei 10.216/2001 X Medida de Segurança. Existe compatibilização?

Paulo Vasconcelos Jacobina, em sua obra “Direito Penal da Loucura” (2008, p. 98-99), evidencia que estabelecer a constitucionalidade de um Direito Penal dirigido ao inimputável, baseado na periculosidade (juízo para o futuro) e não na culpabilidade (juízo para o passado), é muito complicado, quando se analisa a Constituição vigente, e complementa, dizendo que submeter este a um processo penal para aplicar-lhe a medida de segurança é igualmente complicado. Pergunta o autor: “Onde encontrar a culpa de quem é legalmente irresponsável? Como garantir o devido processo legal a quem não pode sequer entender seus termos?”.

O mesmo autor acima, complementando o seu raciocínio, diz que somente seria considerado constitucional julgar alguém, após reconhecê-lo mentalmente enfermo, sob o fundamento da periculosidade social, se a Constituição dissesse que: “ninguém será considerado culpado ou perigoso socialmente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória que reconheça tal periculosidade, nos termos da lei”. Mas em que pese não ser este o texto constitucional, o mesmo vem sendo aplicado para aqueles tidos como loucos perigosos pela Justiça, como se tivesse esta redação, sem que nem penalistas e nem constitucionalistas jamais questionassem a absolvição imprópria.

De forma pertinente, Marcelo Lebre Cruz, em sua dissertação de mestrado “A Inconstitucionalidade da Medida de Segurança Face a Periculosidade Criminal” (2009, p. 125) registra que, mesmo havendo um avanço legislativo no tema criminalidade-loucura, é claro que a história que acompanhou a formatação do instituto da medida de segurança, assim como as injustiças praticadas em nome de uma suposta segurança social permitem concluir que o critério da periculosidade sempre foi danoso à proteção dos direitos fundamentais. Isso se torna evidente, quando se verifica que legalidade, igualdade, presunção de inocência, devido ao processo legal e humanidade são preceitos colocados pelo referido instituto diante da abstração inerente à ideia de perigo que, por sua vez, possibilita inúmeras arbitrariedades e abusos por parte daqueles que exercem o poder punitivo. Diante dessa abstração que envolve o conceito de periculosidade, registra-se uma das

inconstitucionalidades do instituto da medida de segurança, que é a afirmação do respeito da legalidade estrita.

De acordo com o Novo Dicionário da Língua Portuguesa, citado por Leonardo Isaac Yarochevsky e Thalita da Silva Coelho (2013, p. 25-26), a periculosidade é o estado ou a qualidade do que é perigoso, sendo um conjunto de circunstâncias que indicam a probabilidade de alguém praticar ou tornar a praticar um crime. A avaliação e a constatação da periculosidade de um determinado agente são uma tarefa dotada de alta carga subjetiva, que se traduz em um mero juízo de probabilidade, sem qualquer critério científico apto a conferir segurança jurídica quando da sua aferição. Como registra Fragoso, citado por Leonardo Isaac Yarochevsky e Thalita da Silva Coelho (2013, p. 25-26), a periculosidade é um juízo de probabilidade de que novos crimes sejam praticados, um juízo sobre o comportamento futuro do agente, constituindo-se uma verdadeira “ficção Jurídica”, pois não existe fórmula científica que possa identificar com precisão a periculosidade do indivíduo.

A periculosidade, estabelece Virgílio de Mattos (2006, p. 181):

É um conceito indefinível, de caráter quase oracular e impregnado de condições a priori, sem qualquer possibilidade de mensuração. Produz as respostas padronizadas a comportamentos padronizados de crise, violência, fato definido como crime e reclusão para sempre no espaço manicomial/prisional. Quando possuem laudo de cessação de periculosidade, mas sem amparo familiar ou serviços substitutivos ao modelo hospitalocêntrico, os portadores de sofrimento ou transtorno mental infratores são remanejados e permanecem inseridos na mesma lógica hospitalar/prisional. A medida de segurança constitui-se na criação de um instituto, pretensamente protecionista, mas que, na verdade, produziu apenas mais exclusão e tão somente uma dupla exclusão, baseada, ou, se preferirem, justificada, em uma “garantia” jurídica especial, que não trata o “diferente”, reconhecendo o seu direito à diferença, mas, ao contrário, ao tratá-lo “diferentemente”, o subsume a uma dupla inserção que, antes de inserir segrega duplamente.

A verdade clara é que o portador de sofrimento ou transtorno mental é encarado como um objeto e não como um sujeito de direitos. Vários são os direitos e benefícios negados aos inimputáveis destinatários da norma penal que foram submetidos ao cruel tratamento da medida de segurança, como a possibilidade de detração, progressão de regime, livramento condicional, suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo. Por tudo isso, resta clara a diferença que se faz entre o indivíduo infrator que, por patologia, não tem capacidade de

discernimento, daqueles agentes culpáveis que receberam uma pena criminal. (MATTOS, 2006, p. 17-18).

A doutrina penal, desde a Reforma de 1984, é praticamente unânime em dizer que a medida de segurança respeita o princípio da legalidade. Mas, quando se analisam alguns artigos constitucionais frente à legislação infraconstitucional, observa-se que o instituto da medida de segurança atende apenas a uma legalidade meramente formal, identificada tão somente como reserva relativa de lei, exigindo apenas que o instituto esteja previsto em ato legislativo e anterior ao fato, mas sem realmente igualar os desiguais, como prevê a Constituição Federal de 1988. (CRUZ, 2009, p. 126).

O comprometimento da capacidade de entender o caráter ilícito do fato típico e de posicionar-se perante este entendimento trouxe para o infrator portador de sofrimento mental, além da medida de segurança que, quanto mais quer se distanciar da pena mais se aproxima dela, uma possibilidade pior que é a exclusão *ad vitam*, inclusive vedada pela Constituição brasileira de 1988, na proibição de prisão perpétua. Na realidade, o instituto em tela trouxe exclusão e segregação travestidas de tratamento. (MATTOS, 2006, p. 147).

Grave consequência do estabelecimento da medida de segurança é a emergência do que se pode chamar de “problema social”, como são denominadas aquelas pessoas que, mesmo possuindo laudo de cessação de periculosidade favorável, acabam por não sair dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, por não terem nem família e nem para onde ir. Exemplo dessa realidade violenta é a figura do paciente Almerindo do documentário “A Casa dos Mortos”, dirigido por Débora Diniz, em 2009. Esse documentário mostrou as mazelas vividas por quem ali se encontra internado, no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, em Salvador. Almerindo, na época em que foi filmado esse documentário, estava internado há quase três décadas, por ter atirado uma pedra em um jovem. A justiça entendeu que o mesmo teria incorrido no tipo penal descrito no artigo 129, caput do Código Penal: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, três meses a um ano”. (ROESLER; LAGE, 2013, p. 378).

Essa realidade, apresentada no documentário “A Casa dos Mortos” (DINIZ, 2009), não é uma situação isolada presente no manicômio judiciário em Salvador. Uma pesquisa feita pela Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, em

2011, nos Estados de Minas Gerais e Bahia, registrou que 35% das pessoas que permaneciam internadas nos Hospitais de Custódia e Tratamento já haviam tido a cessação da periculosidade diagnosticada de forma favorável. Esse censo apresentado na pesquisa vai de encontro ao que a Lei 10.216/2011 prega, principalmente, quando os artigos segundo e quarto proíbem as internações de longo prazo. (ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – 2010)

O estudo do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero ainda traz outro dado encontrado nos estados de Bahia e Minas Gerais:

Das 228 pessoas em medida de segurança, 80 (35%) já possuem o laudo de cessação de periculosidade, mas ainda permanecem internadas. Dessas 80 pessoas com laudo de cessação de periculosidade, 33 delas já possuíam inclusive a carta de desinternação, ou seja, autorização do juiz para a liberdade. A permanência do paciente, mesmo atestada a cessação da periculosidade, pode ser explicada principalmente pela ausência de políticas públicas de assistência que os auxiliem no momento da reinserção social, somado a isto o fato de muitos não terem contato familiar e possuir graus variados de vulnerabilidade social, como pobreza, baixa escolaridade e não possuir profissão. Embora a Lei 10.216 preveja instituições de abrigo e políticas assistenciais para a população em transtorno mental oriundas de hospitais psiquiátricos, tais serviços ainda não alcançam a população em medida de segurança, o que acaba por gerar cada vez mais os problemas sociais.

Impor alguém a uma intervenção manicomial, sem prazo definido e independente de sua vontade, é um sancionamento de natureza penal e fazê-lo no âmbito de um processo penal, em obediência a uma legislação penal, é uma condenação penal a uma sanção ainda que sob o disfarce de uma sanção terapêutica. (JACOBINA, 2008, p. 99).

À medida que a comunidade científica e o Sistema Único de Saúde (SUS) vêm negando o caráter terapêutico ao internamento, resta claro dizer que a medida é estritamente punitiva e, conseqüentemente, de problemática constitucionalidade. Além disso, quando se estudam os princípios atinentes ao direito sanitário abraçados pelo Sistema Único de Saúde é que se observa claramente a contradição entre medida de segurança penal e o discurso ideológico que os lastreia e que os considera de natureza sanitária. Tanto é que os estabelecimentos, onde se cumprem as medidas de segurança, são consideradas pelo artigo 99 do Código Penal estabelecimentos hospitalares públicos, mas eles não integram o Sistema Único de Saúde (SUS), mas sim, o sistema penitenciário, significando que não são

regidos pelos princípios do SUS, mas sim, pelos princípios da lei de execução penal. (JACOBINA, 2008, p. 99).

Segundo estabelece o médico psiquiatra e psicoterapeuta Augusto Cesar de Farias Costa em uma coletânea de textos trazidos pelo Ministério da Saúde (2003, p. 148):

Apesar do importante acervo de mudanças que vem se operando desde a última década, com redução de cerca de 37.000 mil leitos de internação psiquiátrica e criação de aproximadamente 266 Serviços Substitutivos, o modelo tradicional ainda prevalece. Constituindo, este grupo de morbidade, o quarto maior nos gastos do SUS e tendo consumido no ano de 2001, aproximadamente R\$ 470 milhões, apenas 10% do total de recursos financeiros são dispendidos com os Serviços Substitutivos. O restante, cerca de 90%, ainda destinam-se ao financiamento das internações”.

É possível dizer que existe incoerência normativa entre as leis penais que disciplinam as medidas de segurança e a Lei 10.216/2001 que dispõe sobre os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, uma vez que as mesmas subordinam-se a valores diferentes. Enquanto o Código Penal tem como objetivo atender ao valor da segurança pública, a Lei 10.216/2001 é uma concretização do valor da igualdade material e da saúde, igualdade porque vem estabelecer um tratamento diferenciado a um grupo de pessoas (portadores de transtornos mentais) que historicamente tiveram sua cidadania negada, reconhecendo aos mesmos direitos materialmente constitucionais e saúde, porque responde à denúncia do movimento social da luta antimanicomial de que a institucionalização dos doentes mentais, ao invés de curá-los, aprisiona-os.(ROESLER; LAGE, 2013, p. 377).

Essa incoerência normativa é bem caracterizada no caso decidido no STF. através do HC 98.360/RS. O mesmo extinguiu a medida de segurança e determinou a transferência do paciente para um hospital psiquiátrico, com base na Lei 10.216/2001. A medida de segurança havia sido imposta, em 1977, e o paciente posto em liberdade em 1991, sendo que, no ano seguinte, voltou a ser internado. Essa situação esteve presente até o julgamento do *habeas corpus*, em 4 de agosto de 2009, quando já haviam passado mais de trinta anos desde a determinação da medida de segurança, fazendo-se necessária sua extinção, de acordo com a própria jurisprudência do STF, que entende que a duração máxima das medidas de segurança é de trinta anos, em razão da proibição constitucional às penas de caráter perpétuo.

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator do acórdão, decidiu que o paciente deveria ficar sob a custódia do Estado, uma vez que no laudo psiquiátrico mais recente não constava cessação da periculosidade. Registra-se aqui uma fala do mesmo: “Não, nos termos da Lei 10216/2001, porque amanhã deixamos, aí, um paciente dessa natureza solto e ele comete um desatino, o Supremo Tribunal Federal será responsabilizado. Eu não quero assumir essa responsabilidade” (LEWANDOWSKI, 2009, p. 1124 do processo, p. 30 do acórdão). Diante de todo o exposto, é possível concluir que a decisão imprimiu à Lei 10.216/2001 um valor que não lhe cabe e que é incompatível com a história da sua criação. que foi o valor de segurança pública. (ROESLER; LAGE, 2013, p. 377).

Em que pese a Lei Federal 10.216/2001 não fazer referência expressa quanto à derrogação da Lei de Execução Penal, no que concerne à medida de segurança, é fato que existe um conflito aparente de normas no tempo (lei posterior revoga a anterior), uma vez que a Lei 10.216/2001 é aplicada em seu inteiro teor aos pacientes que cometeram ou não um fato descrito como crime na lei penal. Diante disso, devem ser revogados os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execuções Penais que estejam em conflito com a Lei da Reforma Psiquiátrica. Exemplos evidentes dessa incompatibilidade são os dispositivos do sistema penal que estabelecem a presunção de periculosidade do louco e o seu tratamento, em função do delito que cometeu (se punido com reclusão, ou com detenção), baseando-se em prazos fixos e rígidos com as normas sanitárias presentes na lei 10.216/2001, que determina que o tratamento tenha como finalidade a reinserção social do paciente e que o internamento só se dará se os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. (JACOBINA, 2008, p. 110).

Em que pese a Lei 10.216/2001 ter criado condições jurídicas e aparato normativo às políticas públicas de assistência em saúde, capazes de atender às pessoas com sofrimento ou transtorno mental, sendo inclusive apontada como uma possibilidade de orientar as sentenças de medida de segurança como uma alternativa à internação em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, o que na realidade se verifica é que os hospitais para “loucos infratores” resistiram à Reforma Psiquiátrica, sendo alguns deles inaugurados após a lei.

Ainda existem pessoas internadas em regime de abandono perpétuo, sendo que o limite da pena imposta pelo Estado aos imputáveis é de trinta anos, assim como é

de trinta anos a duração máxima de uma medida de segurança, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal. (DINIZ, 2011, p.13)

Débora Diniz em sua obra “A Custódia e o Tratamento Psiquiátrico no Brasil” (2001, p. 15) registra que:

Não há evidências científicas na literatura internacional que sustentem a periculosidade de um indivíduo como uma condição vinculada à classificação psiquiátrica para o sofrimento mental. Periculosidade é um dispositivo de poder e de controle dos indivíduos, um conceito em permanente disputa entre os saberes penais e psiquiátricos. É em torno desse dispositivo, no meu entender antes moral que orgânico ou penal, que o principal resultado do censo se anuncia. Diagnóstico psiquiátrico e tipo de infração penal não andam juntos: indivíduos com diferentes diagnósticos cometem as mesmas infrações.

A autora acima, após longa pesquisa através um censo feito nos Hospitais de Custódia e Tratamento dos estados de Bahia, Minas Gerais e Goiás, chegou à conclusão de que o diagnóstico psiquiátrico não é determinante para a infração penal cometida pelo “louco”. Para a mesma, é possível supor que a ausência de tratamento de saúde, o abandono de redes sociais de cuidado e proteção, a carência de políticas sociais eficazes para essa população podem ser fatores desencadeantes do ato infracional e tudo isso poderia ser evitado se a Lei 10.216/2001 fosse de fato colocada em prática. (DINIZ, 2011, p. 15).

Por fim, cabe ainda questionar sobre a constitucionalidade das medidas de segurança. O modelo trazido pela lei de que a atenção psiquiátrica deve ser estruturada de forma a oferecer uma assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais questiona quanto a execução penal das medidas de segurança respeita as garantias constitucionais de individualização da pena, de proibição de pena perpétua, de respeito aos direitos fundamentais das pessoas em sofrimento mental. E conclui pela inconstitucionalidade das medidas de segurança, principalmente, quando se analisa o conceito de periculosidade, que é visto como a probabilidade de alguém voltar a delinquir no futuro e não a avaliação do crime cometido no passado. (DINIZ, 2011, p. 47).

5 CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, é possível concluir que a medida de segurança veio a lume no final do século XIX, sob forte influência da Escola Positiva. Desde o começo, esse instituto se fundou em um instrumento de defesa social, visando excluir, conter e segregar do meio social aquelas pessoas vistas como inconvenientes, que não se adaptavam à vida em sociedade. Para o Direito Positivo, o crime era uma doença social e a cura poderia ser alcançada com o tratamento que seria obrigatoriamente aplicado durante a execução da sanção.

Na legislação penal brasileira, a sistematização da medida de segurança somente ocorreu com o Código Penal de 1940. Inicialmente, adotou-se o sistema binário em que se aplicava a pena e a medida de segurança. Posteriormente, esse sistema foi rompido, com a reforma penal de 1984, passando a vigor desde então o sistema vicariante.

Malgrado a reforma penal de 1984 ter trazido importantes mudanças no tratamento legal destinado às medidas de segurança, necessário registrar a manutenção do já ultrapassado critério da periculosidade para a aplicação do referido instituto.

Com o passar do tempo, ao contrário do que se imaginou, quando do surgimento das medidas de segurança, a sua utilização, através da lei penal, produziu mais segregação e violência. O uso do critério da periculosidade, visto ser um conceito abstrato e fluído, sem fundamentação científica, impede que haja limitação ao poder punitivo do Estado. Com base naquilo que se pode denominar de “rotulação de periculosidade”, o Estado não só determina a necessidade de tratamento, via imposição de diagnóstico de doença mental, como também cuida de neutralização penal, via exclusão.

Ainda hoje, a legislação penal entende que o inimputável por doença mental é presumidamente perigoso, sendo obrigatória a aplicação de medida de segurança, seja ela de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, seja ela de tratamento ambulatorial.

Paralelo a isso, a defesa social, à qual se fundou a medida de segurança desde a sua criação, é um conceito amplo e indefinido que vem ao longo do tempo sendo utilizado para imposição de limites a todo e qualquer comportamento desviante, sendo mais fortemente aplicado, quando se trata de portador de transtorno ou sofrimento mental. A permanência da segregação é evidente no caso do delinquente portador de sofrimento mental, no entanto, não existe qualquer racionalidade nisso, uma vez que qualquer pessoa imputável pode vir a delinquir e um inimputável que delinuiu pode não vir a reincidir.

É movido pelo preconceito e pela excessiva preocupação com a eficácia da defesa social que o legislador considera que o inimputável que pratica fato típico e ilícito é sempre perigoso, até que se prove o contrário, prova que, por sua vez, só será realizada após o decurso do prazo mínimo de duração da medida de segurança, salvo se o juiz da execução penal determinar de forma diferente. Registra-se aqui, que insanidade mental não é sinônimo de periculosidade, até porque, como já foi dito anteriormente, a periculosidade é um conceito sem embasamento científico.

Fato é que o uso da periculosidade como critério de aplicação de um instituto penal somente encontra razão de ser em um Estado autoritário.

Em face das recorrentes denúncias de violência e outras formas de desrespeito aos direitos das pessoas portadoras de transtorno ou sofrimento mental, a sociedade, inclusive os próprios afetados se manifestaram no sentido de lutar pela preservação do direito à singularidade e à diferença. Foi nesse contexto que nasceu a Lei 10.216/2001, a chamada Lei da Reforma Psiquiátrica.

A referida lei veio dispor sobre a proteção e o direito das pessoas portadoras de sofrimento ou transtorno mental, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental até então oferecido a esta classe. Através dela, foi possível reconhecer ao portador de transtorno mental a condição de titular do direito fundamental à igualdade, impondo que todos respeitem a sua diferença, considerando a internação medida excepcional e sempre de curta duração quaisquer que sejam as suas modalidades.

Diante de dispormos, desde 2001, de uma legislação que protege indivíduos mais vulneráveis, a lei 10.216/2001, é que hoje quando se questiona a medida de

segurança o que mais se escuta é sobre a necessidade de humanizá-la, dotá-la de limites claros e precisos, sem qualquer carga de subjetividade.

A aplicação das medidas de segurança justificadas legalmente, em virtude da presunção de periculosidade dos inimputáveis, em função de eles possuírem transtorno mental, não mais tem cabimento diante dos modernos tratamentos psiquiátricos existentes, tanto terapêuticos, como medicamentosos, e que, portanto, possibilita que o paciente fique controlável, evitando longas internações.

A Lei 10.216/2001 veio denunciar o uso da noção de periculosidade como conceito utilizável juridicamente para a aplicação da medida de segurança. Esta lei preconiza a reinserção social do portador de sofrimento mental, ainda que em conflito com a lei penal.

Fazendo um paralelo com o que estabelece a Constituição Federal, quando diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é possível dizer, sem receio, que todos os cidadãos devem ser considerados imputáveis para fins de julgamento penal, tendo direito a todas as garantias a ele devidas, mas essa realidade não está presente, quando se trata dos inimputáveis, e exemplos não faltam.

O sistema atual de execução da medida de segurança no Brasil configura uma das maiores violações aos direitos humanos no mundo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Crime e loucura**. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches: FASA, 1998.

_____. Inimputabilidade penal por anormalidade mental. In: MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. **Saúde mental e direito**: ensaios em homenagem ao professor Heitor Carrilho. São Paulo: Método, 2004. p. 23-29.

ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Medidas de segurança, loucura e direito penal**: uma análise crítica das medidas de segurança. Brasília: Secretária de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), 2011. Série pensando o direito, v. 35.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica: estudo comparativo. 7. ed. desenv. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARREIRA, Ieda de Alencar; PERES, Maria Angélica de Almeida. **Desenvolvimento da assistência médica e de enfermagem aos doentes mentais no Brasil**: os discursos fundadores do hospício. Universidade Federal de Santa Catarina: Texto & Contexto Enfermagem, out.-dez. 2009. p. 635-642,

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 10. reimpressão, 2009.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. A falência da pena de prisão. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: ano 80, v. 670. ago 1991.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Lei 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a lei de execução. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Lei 10.216**, de 6 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: 15 set. 2015

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2015

_____. Ministério da Saúde. Secretária de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. **Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil**. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, 2005. Disponível em: www.saude.gov.br. Acesso em: 07 set. 2015.

_____. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus: 98360 RS. Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski Disponível em: [stf/jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712303/habeas-corpus-hc-98360-rs](http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712303/habeas-corpus-hc-98360-rs) Acesso em: 07 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Federal. Habeas Corpus HC 84.219/SP. Relator Ministro Marco Aurélio Disponível em: www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=hc+84.219-4+stf Acesso em: 30 set. 2015.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo 2. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BUSCHEL, Inês do Amaral. A casa verde. In: MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. **Saúde mental e direito**: ensaios em homenagem ao professor Heitor Carrilho. São Paulo: Método, 2004. p. 93-96.

CARAVELAS, Luciana. A loucura nos dias atuais. In: MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. **Saúde mental e direito**: ensaios em homenagem ao professor Heitor Carrilho. São Paulo: Método, 2004. p. 61-64.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

CARVALHO, Hilário Veiga de; SEGRE, Marco. **Compêndio de medicina legal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

CARVALHO NETTO, Menelick de; MATTOS, Virgílio de. **O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da Lei 10.216/2001**. Conselho Federal de Psicologia. Disponível em: site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2005/10/brochura_banalizacao.pdf. Acesso em 10 set. 2015.

CAVALCANTI, Maria Tavares; MESQUITA, José Ferreira de; NOVELLINO, Maria Salet Ferreira. **A reforma psiquiátrica no Brasil**: um novo olhar sobre o paradigma da saúde mental. Disponível em: www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2010/docs.../abep2010_2526.pdf. Acesso em: 10 out, 2015

CAVALCANTI, Patrícia Barreto. Apontamentos sobre o despertar da assistência psiquiátrica nacional. **Revista eletrônica de periódicos da Universidade Federal da Paraíba**. v.1, n.1, p. 123-130, dez. 2008. Disponível em: periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/tps/article/download/2956/2517. Acesso em: 21 set. 2015.

CHAVES, Fábio César. **Crime e loucura**: as relações entre medicina e justiça penal no Rio de Janeiro (1830-1903). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Franca, 2010. Disponível em: www.google.com.br. Acesso em: 15 ago. 2015.

COELHO, Thalita da Silva; YAROCHEWKY, Leonardo Isaac. Periculosidade criminal: conceito, tratamento e consequências. **Revista Interdisciplinar da PUC Minas no Barreiro**. Percurso Acadêmico, Belo Horizonte, v.3, n.5, p. 22-34, jan./jun.2013.

CORREIA, Joelma de Sousa. Saúde mental na contemporaneidade. In: MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. **Saúde mental e direito**: ensaios em homenagem ao professor Heitor Carrilho. São Paulo: Método, 2004. p. 69-74.

CORREIA, Ludmila Cerqueira; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Sofrimento mental e os desafios do direito à saúde. **Revista Eletrônica de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo**, v.12, n.3, p. 139-160, nov.2011/fev.2012. Disponível em: www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/693. Acesso em: 21 set. 2015.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Medidas de segurança. **Em estudos criminais em homenagem Weber Martins Batista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-24

COSTA, Augusto Cesar de Farias. **Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica**. Ministério da Saúde. Direito Sanitário e Saúde Pública. Coletânea de texto. v. 1., Brasília, DF, 2003. p. 135-169.

CRUZ, Marcelo Lebre. **A inconstitucionalidade da medida de segurança face a periculosidade criminal**. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade Integradas do Brasil. Curitiba. Disponível em: www.google.com.br. Acesso em: 15 ago. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2010.

DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. Saúde mental e direitos humanos: 10 anos da Lei 10.216/2001. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Brasil. v. 63, n. 2, p. 114-117, 2011.

DINIZ, Débora. **A casa dos mortos**. Brasília: Imagens Livres: 23 min.

_____. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil**. Censo 2011. Brasília: Editora UNB, 2011.

DOTTI, Renê Ariel. Penas e medidas de segurança no Anteprojeto de Código Penal. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, ano 78, v. 280, p. 55-66, out./dez. 1982.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGEL, Magali Gouveia. **Os delírios da razão: médicos, loucos e hospício**. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed.rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRARI, Eduardo Reali. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRI, Enrico. **Delinquente e responsabilidade penal**. Tradução Fernanda Lobo. São Paulo: Rideel, 2006.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Tradução José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. 2.

FRAYZE-PEREIRA, João Augusto. **O que é a loucura?** 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

GEREMIAS, Luiz; RAMOS, Fernando A. da Cunha. **Instituto Philippe Pinel: origens históricas**. Instituto Philippe Pinel. Rio de Janeiro. Disponível em: www.sms.rio.rj.gov/pinel/media/pinel_origens.pdf Acesso em: 20 set. 2015.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1974.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. v.1.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo humano do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HEIDRICH, Andréa Valente. **Reforma psiquiátrica à brasileira: análise sob a perspectiva da desinstitucionalização**. Porto Alegre: PUC-RS, 2007. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2007.

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

LAGE, Leonardo Almeida; ROESLER, Cláudia Rosane. A argumentação do STF e do STJ acerca da periculosidade de agentes inimputáveis e semi-imputáveis. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, n. 104, set./out. 2013.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução e Seleção Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

KREMPEL, Luciana Rodrigues. As finalidades das medidas de segurança de internamento em Portugal e no Brasil. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, v. 828, p. 478-502, out. 2004.

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. **Revista da associação brasileira de professores de ciências penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 175-179, 2004.

MARTINS, Álissan Karine Lima; OLIVEIRA, Francisca Bezerra de; SOUZA, Ângela Maria Alves e; SOARES, Flaviana Dávila de Sousa. Do ambiente manicomial aos serviços substitutivos: a evolução nas práticas em saúde mental. **Sanare**, Revista de Políticas Públicas, Sobral, Ceará, v.10, n.1, p. 28-34, jan./jun. 2011.

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

MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Manual de direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Walter Ferreira; SPRICIGO, Jonas Salomão; TAGLIARI, Luciana Vilela. **Saúde mental e dependência química** [Recurso Eletrônico] Disponível em: www.unasus.ufsc.br, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010. Acesso em: 15 set. 2015.

PANCHERI, Ivanira. Medidas de segurança. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 20, p. 105-113, out./dez. 1997.

PORTO, Paulo César Maia. Manicômios (prisões?). In: MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. **Saúde mental e direito**: ensaios em homenagem ao professor Heitor Carrilho. São Paulo: Método, 2004. p. 47-50.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.1.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

RAMOS, Maria Regina Rocha Ramos. Considerações acerca da semi-imputabilidade e da inimputabilidade penais resultantes de transtornos mentais e de comportamentos associados ao uso de substâncias psicoativas. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 55, v. 362, dez. 2007.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RESENDE, Heitor. Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica. In: **Cidadania e loucura**: Políticas de saúde mental no Brasil. Organização: Silvério Almeida Tundis e Nilson do Rosário. Petrópolis: Vozes, 1990. p.15-73.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Medidas de segurança**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. Defesa social, ideologia do tratamento e o direito penal do inimigo. **Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais**, ano 3, n.5, p. 188-213. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2006

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade**. Tradução Maria Lacerda de Moura. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigt Mores, (1754).

SANTOS, Bruna Ismerim Silva. **A loucura interdita**: processo de interdição como fontes para uma história social da loucura. Disponível em: www.snh2011.anpuh.org/.../1300921912_ARQUIVO_ArtigoAnpuh.pdf. Acesso em: 15 set. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

_____. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 14, n. 58, jan./fev., 2006.

SANTOS, Marcos André Couto. Transtornos mentais e dignidade da pessoa humana. In: MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. **Saúde mental e direito**: ensaios em homenagem ao professor Heitor Carrilho. São Paulo: Método, 2004. p. 51-56.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Implementação da reforma psiquiátrica na execução das medidas de segurança**. Ministério Público do Estado de Goiás. Centro de Apoio Operacional de Defesa do Cidadão. Goiás, 2006.

SOARES, Orlando. Incapacidade, inimputabilidade e preservação da saúde mental. **Revista Forense**. ano 90, v. 325. Rio de Janeiro: Revista Forense, jan./mar. 1994.

TENÓRIO, Fernando. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceito. **Revista História, Ciências e Saúde**. Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 9, t.1, p. 25-59, jan./abr. 2002.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A Constituição dirigente e o direito regulatório do estado social: o direito sanitário. In: MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. **Saúde mental e direito**: ensaios em homenagem ao professor Heitor Carrilho. São Paulo: Método, 2004. p. 22-37.

VECHI, Luís Gustavo. **latrogenia e exclusão social**: a loucura como objeto do discurso científico no Brasil. Estudos de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, v. 9, n. 3, p. 489-495, set./dez. 2004.

XIMENES, Rafson Saraiva. O mito da modernidade. A execução penal brasileira e a criminologia. In: PRADO, Daniel Nicory; XIMENES, Rafson Saraira (Coord.). **Redesenhando a execução penal 2**: por um discurso emancipatório democrático. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 35-90.

_____. Exame criminológico, execução penal e a legislação. In: PRADO, Daniel Nicory; XIMENES, Rafson Saraira (Coord.). **Redesenhando a execução penal** : a superação da lógica dos benefícios. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 31-55.

