

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

RENATA PORTELLA DORNELLES

“O CÍRCULO ALIENISTA”:
REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE PENAL DA LOUCURA

BRASÍLIA
2012

RENATA PORTELLA DORNELLES

**“O CÍRCULO ALIENISTA”:
REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE PENAL DA LOUCURA**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção de título de Mestre na área de concentração Direito, Estado e Constituição.

Orientadora: Prof. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho

**BRASÍLIA
2012**

RENATA PORTELLA DORNELLES

**“O CÍRCULO ALIENISTA”:
REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE PENAL DA LOUCURA**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito a aprovada em sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, na área de concentração Direito, Estado e Constituição.

Brasília, 9 de abril de 2012.

Banca examinadora:

Presidente: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho; UnB.

Membro: Professor Doutor Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto; UnB.

Membro: Professor Doutor Pedro Gabriel Delgado; UFRJ.

Membro Suplente: Professora Doutora Cláudia Rosane Roesler; UnB.

Ao Arthur, meu filho querido,
porque tudo que faço é por você.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à professora Ela Wiecko por sua dedicação e disponibilidade. Encontrei na sua orientação e na sua sensibilidade humanitária o apoio que precisava para desenvolver esta dissertação. Ao pessoal da secretaria de pós-graduação da Faculdade de Direito, sobretudo à Lia e à Maria Helena, sempre solidárias e amigas. Foram as facilitadoras das minhas experiências junto à Universidade de Brasília.

Meus agradecimentos ao professor José Geraldo de Sousa Júnior que, desde os anos de graduação, acreditou que eu seria capaz de seguir adiante. À professora Tânia Marchewka, o incentivo e as orientações iniciais no percurso das minhas dúvidas.

Ao Augusto, meu companheiro, agradeço pela interlocução privilegiada com quem dedica a vida aos cuidados do sofrimento mental. Obrigada por seu amor e por seu apoio incondicional aos sentidos da minha *loucura*.

Agradeço à minha mãe os ensinamentos de independência para lutar pelo que acredito e para enfrentar os desafios da vida. Ao meu pai e aos meus irmãos pelo inabalável acolhimento e pelo interesse constante.

Sou grata aos meus amigos pela compreensão por minhas ausências demoradas durante o período de dedicação ao mestrado. À amiga e parceira de longa data professora Bistra Apostolova, agradeço as preciosas palavras de estímulo.

Meus sinceros agradecimentos a todos os professores da Faculdade de Direito pela inspiração e pelo amadurecimento que proporcionaram às minhas reflexões. Aos colegas de mestrado, pelos valiosos diálogos. Finalmente, agradeço a todas as pessoas que acreditaram no valor deste trabalho e que me ajudaram, de várias formas, a construí-lo.

“O legislador pode fazer muitas coisas; mas, entre outras, não tem o poder para dizer que o doloroso não dói.”

Eugenio Raúl Zaffaroni

RESUMO

A presente dissertação analisa as experiências que formulam e constituem o controle penal da loucura no contexto atual da sociedade brasileira. Recupera elementos essenciais da história da psiquiatria e da criminologia para verificar como os seus conceitos integram-se à doutrina da medida de segurança e fundamentam práticas de internação compulsória no âmbito do sistema penal. O trabalho pretende demonstrar que a subjetividade dos portadores de transtorno mental não é suficientemente considerada pelas instâncias do controle penal. Transformada em doença mental, a loucura sofre um processo de objetivação que reduz a pessoa a mero objeto de conhecimento científico. A redução objetivante é exacerbada pelas práticas judiciais e exames forenses por meio de classificações e avaliações que deixam de apreender a integralidade dos sentidos subjetivos do paciente. O comportamento criminoso é visto como sintoma de periculosidade, justificando providências preventivas de tratamento ambulatorial e de internação em hospital de custódia por tempo indeterminado. A Lei de Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216/01, resgata e assegura os direitos e a cidadania do paciente mental, proibindo internação com características asilares. No entanto, ainda não se chegou a um consenso sobre o alcance desta lei no campo penal. O trabalho conclui que as formulações criminológicas positivistas estão arraigadas na sistemática normativa da medida de segurança e que elas não podem ser totalmente superadas por meio de interpretações e adaptações normativas.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Penal da Loucura; Medida de Segurança; Manicômio Judiciário; Internação Compulsória; Doença Mental; Reforma Psiquiátrica.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the experiences that formulate and constitute madness criminal control in the current context of Brazilian society. Retrieves the essential elements of psychiatry and criminology's history to verify how their concepts integrate into means of security order's doctrine and substantiate compulsory hospitalization practices within the criminal justice system. The essay aims to demonstrate that the subjectivity of mental disordered individuals is not sufficiently considered by criminal control instances. Changed into mental illness, madness undergoes an objectification process that reduces the person to a mere scientific knowledge object. This objective reduction is exacerbated by judicial practices and forensic examinations through classifications and evaluations that fail to grasp the entire patient's subjective sense. Criminal behavior is seen as a symptom of danger, justifying indefinite clinical treatment and hospital custody as preventive actions. In mental health' field, the new psychiatric law, n. 10.216/01, rescues and guarantees patient's rights and citizenship, prohibiting his admission to hospitals with asylum characteristics. However, there is not yet a consensus about this law validity in criminal justice system. The dissertation concludes that positivistic criminological formulations are rooted in the means of security order system and that they can not be completely surpassed by interpretations and normative adaptations.

KEY WORDS: Madness Criminal Justice Control; Means of Security Order; Forensic Hospital; Compulsory Admission, Mental Disorder, Psychiatric Reform.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- ABP__ Associação Brasileira de Psiquiatria
- ATP__ Ala de Tratamento Psiquiátrico
- CAPS__ Centro de Atenção Psicossocial
- CERSAM__ Centro de Referência e Saúde Mental
- CID__ Classificação Internacional de Doenças
- CF__ Constituição Federal
- CP__ Código Penal
- CFM__ Conselho Federal de Medicina
- CNJ__ Conselho Nacional de Justiça
- CNPCP__ Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
- CNSM__ Coordenação Nacional de Saúde Mental
- CPP__ Código de Processo Penal
- DINSAM__ Divisão Nacional de Saúde Mental
- DSM__ *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*
- EVCP__ Exame de Verificação de Cessação de Periculosidade
- ISM__ Instituto de Saúde Mental
- LIBRAS__ Língua Brasileira de Sinais
- LEP__ Lei de Execução Penal
- MTSM__ Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental
- NAPS__ Núcleo de Atenção Psicossocial
- HC__ *Habeas Corpus*
- HCTP__ Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico
- ONU__ Organização das Nações Unidas
- OMS__ Organização Mundial de Saúde
- OPAS__ Organização Pan-Americana de Saúde

PAILI __ Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator

PAI-PJ __ Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário

PDI __ Psiquiatria Democrática Italiana

SISNAD __ Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

SPA __ *Substances Psychoactives*

STF __ Superior Tribunal Federal

STJ __ Superior Tribunal de Justiça

SUS __ Sistema Único de Saúde

TJDFT __ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJGO __ Tribunal de Justiça de Goiás

TJMG __ Tribunal de Justiça de Minas Gerais

UIDC __ União Internacional de Direito Criminal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 POR UMA INTERPRETAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA	
1.1 Do <i>Homo Mente Captus</i> ao <i>Homo Psychologicus</i>	19
1.2 Da Criminologia à Dogmática Penal.....	33
1.3 A Construção Conceitual da Periculosidade e da Medida de Segurança.....	52
1.4 A Construção Normativa da Medida de Segurança.....	64
2 A MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO BRASILEIRO	
2.1 Reflexões sobre a Natureza Jurídica da Medida de Segurança e sua Inconstitucionalidade.....	72
2.2 A Medida de Segurança na Legislação Brasileira:	
2.2.1 A Aplicação das Medidas de Segurança.....	86
2.2.2 A Execução das Medidas de Segurança.....	106
2.2.3 As Internações Psiquiátricas Compulsórias.....	112
3 UMA NOVA SENSIBILIDADE JURÍDICA AOS PACIENTES JUDICIÁRIOS	
3.1 Os Movimentos Reformistas da Psiquiatria Contemporânea.....	120
3.2 A Construção da Reforma Psiquiátrica Brasileira.....	135
3.2.1 O Impacto da Lei de Reforma Psiquiátrica no Sistema Penal.....	140
3.3 A Reconstrução da Identidade Humana dos Portadores de Transtorno Mental: novas experiências de atenção integral ao paciente judiciário.....	147

4 O NOVO INSTITUTO DA MEDIDA CAUTELAR PESSOAL DIFERENTE DA PRISÃO E O REVIGORAMENTO DA PERICULOSIDADE

4.1 As Medidas Cautelares e o Aumento da Rede de Controle Penal.....	161
4.2 A Periculosidade como Fundamento das Medidas Cautelares.....	168
4.3 A Internação Provisória: Renascimento da Medida de Segurança Provisória.....	180
4.3.1 O Usuário de Drogas Ilícitas, Medida de Segurança e Internação Provisória.....	187
4.4 A Insuficiência da Medida Cautelar como Fundamento da Prisão Preventiva.....	199
CONCLUSÃO.....	206
REFERÊNCIAS.....	214

INTRODUÇÃO

A motivação para desenvolvermos o tema do controle penal da loucura deve-se à esperança de um destino melhor aos portadores de sofrimento mental cujas vidas perdem-se inutilmente nos processos de institucionalização desse controle extremo.

Acreditamos que a sensibilização à questão tenha emergido de um olhar construído ao longo dos anos de formação em ciências sociais. A abordagem sociológica permite a observação de que o controle penal dos pacientes mentais não é somente um discurso jurídico, mas essencialmente um fenômeno político e cultural.

Nossa vivência pessoal também ficou marcada pela experiência no papel do próprio sujeito executor desse controle. Há alguns anos, na função de delegada da Polícia Civil, participamos da administração do Sistema Penitenciário do Distrito Federal. A aproximação diária com a realidade do cárcere mobilizou nossa atenção para a situação das pessoas submetidas à medida de segurança de internação.

Imagens lastimáveis. Os internados permaneciam na Ala de Tratamento Psiquiátrico (ATP) que se resumia a um corredor de celas coletivas com acesso a um pátio para banho de sol. Não tinham acesso regular à assistência e, muitas vezes, o atendimento era garantido por médicos voluntários. Em momentos de crise, concorriam com os presos por viaturas e escoltas policiais a fim de serem levados aos hospitais. As atividades especializadas eram raras, de forma que a sua rotina praticamente não se diferenciava do regime fechado de cumprimento de pena. A distância do Complexo Penitenciário, e o fato de a ATP situar-se dentro de uma penitenciária de segurança máxima, desencorajava a aproximação da comunidade e relegava sua problemática à invisibilidade social. As mulheres seguradas não contavam com ala reservada, permanecendo nas celas com as demais detentas. Vivenciavam a medida de segurança como verdadeira pena de prisão.

Hoje, como oficiala de justiça do TJDF, continuamos convivendo rotineiramente com a realidade prisional. Testemunhamos que a marca da assistência à população segregada ainda é o imprevisto. Existem algumas iniciativas que buscam incluí-los em programas especializados dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS). Todavia, são esforços isolados que não contam com a garantia de continuidade. A situação geral é substancialmente a mesma. Chama a atenção que a ATP continue sendo um espaço exclusivamente masculino, embora tenha sido transferida, há mais de dez anos, para a Penitenciária Feminina.

As dificuldades não se restringem à realidade local. A vivência profissional nos mostra que os internados não costumam ser prioridade diante de situações que afligem o cotidiano do sistema prisional. Aspectos relativos à segurança, à superlotação, à assistência básica da massa carcerária são demandas urgentes que se sobrepõem às necessidades da minoria segurada.

Nossa intenção é poder contribuir com uma pequena dose de sensibilidade pessoal para o processo coletivo de construção de uma nova consciência social. Nos últimos anos, observamos um interesse crescente pelo tema e uma importante produção acadêmica que esclarece e aprofunda a discussão em diversas áreas do conhecimento. Pensamos que a relevância maior dessa produção seja a formação de um novo olhar jurídico e social para os pacientes judiciários. A institucionalização não permite que os segurados contem com a força da própria voz. É o conjunto dessa nova geração de ideias que, neste momento, pode falar por eles.

Antes de tudo, o texto pede alguns esclarecimentos. Existem obras importantes dedicadas à pesquisa das experiências da loucura na antiguidade, no período medieval e no renascentista. Contudo, ficamos com os limites mais recentes da era clássica por entender que estão mais próximos do objeto da nossa reflexão.

A loucura da Idade Média e do primeiro período da Renascença indicava uma diferença. Porém, diferença integrada por uma multiplicidade de sentidos e formas. Séculos mais tarde, a modernidade recusou decisivamente essa noção aberta, preferindo a estreita via da significação objetiva. Por esse motivo, em vários momentos do nosso trabalho preferimos utilizar a expressão *loucura* ou *louco* a outras classificações que lhe sucederam. Afastamos qualquer sentido pejorativo para, ao contrário, evidenciar a dimensão humana esquecida dentro das categorias nosológicas.

A expressão *louco-infrator* é utilizada algumas vezes em preferência a terminologias mais contemporâneas para afirmar o conteúdo criminológico positivista que carrega e impregna todo o sistema de controle penal.

Outra redução presente no texto é o emprego do termo *manicômio judiciário*, ao invés do atual hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Entendemos que a ideia do manicômio está mais próxima etimológica e conceitualmente do espírito da psiquiatria alienista que designou este espaço aos seus *maníacos*. A palavra hospital, por sua vez, remete ao sentido de hospedaria ou de assistência que não acreditamos ser a vocação desta instituição. Além disso, a referência a *tratamento psiquiátrico* opõe-se ao termo *custódia*.

Feitas essas observações, podemos prosseguir mencionando que o aspecto administrativo da execução da medida de segurança é o momento mais visível e crítico do sistema, mas não o único. As contradições do instituto atingem todo o seu conjunto normativo.

Partimos da hipótese de que a subjetividade das pessoas portadoras de transtorno mental não é suficientemente considerada pelas instâncias do controle jurídico-penal. Indagamos se essa dificuldade pode ser superada por meio de adaptações funcionais e normativas circunscritas à doutrina que lhe deu origem e aos limites do Sistema Penal ou se, ao contrário, demandam a recepção de novos paradigmas científicos. O objetivo geral do nosso trabalho é buscar elementos que permitam responder ou ao menos redimensionar essas intuições e indagações iniciais.

O tema nos trouxe, a princípio, muitas possibilidades de abordagem. Mencionamos a perspectiva dos direitos humanos; das teorias constitucionais; do sujeito de direito; dos discursos da criminologia contemporânea, entre várias outras. Esse panorama nos colocou a preocupação de saber qual seria o melhor caminho para desenvolver nossa hipótese e nosso problema. Assumimos o desafio de estabelecer prevalentemente um diálogo com o campo da psiquiatria por entender que as suas formulações passadas e presentes constituem a base do discurso jurídico, seja para aprisionar, seja para verdadeiramente libertar a loucura.

Na segunda metade do século XVIII, a emergência de uma nova ordem social favoreceu o processo de objetivação da loucura. O movimento resultou na sua redução à doença mental, passível de tratamento e cura. Desde então, medicina e direito construíram um sistema de legitimação recíproca, estabelecendo uma síntese paradigmática: a loucura do homem social deve coincidir com a alienação do sujeito de direito.

Essa síntese foi potencializada para projetar o sequestro do corpo dos doentes criminalizados. Para tanto, algumas pontes tiveram que ser erguidas entre os universos do direito penal e da medicina.

O pensamento do século XIX refletia a preocupação com a desorganização social e com a crise moral que emergiam dos processos de consolidação da sociedade industrial. O contexto epistemológico era marcado pelo prestígio do determinismo mecanicista e do método experimental das ciências naturais. A teoria positivista apropriava-se dessa metodologia para afirmar que a investigação científica deveria voltar-se para o estudo das *leis* que regem os fenômenos naturais e sociais, abandonando a pretensão inútil de conhecer

as suas *causas* teleológicas ou metafísicas – no campo do direito penal, a noção de responsabilidade moral.

As ideias contagiavam todo o pensamento científico e permitiam que aquela preocupação social se desdobrasse em novos campos de conhecimento. A nascente criminologia adquiria *status* científico, incorporando o discurso positivista. O positivismo assumia duas premissas principais: o monismo mecanicista e o evolucionismo. Assim como a natureza, a sociedade era regida por leis universais de causalidade mecânica e estava integrada em um processo constante de evolução. A criminologia traduzia essas matrizes em dois enunciados próprios: o homem era formado por uma unidade psíquica que reunia aspectos físicos e psicológicos; e essa unidade galgava níveis evolutivos na direção do seu aperfeiçoamento moral. O comportamento criminoso relacionava-se com o estágio evolutivo individual.

Esses enunciados transcendiam o plano do discurso jurídico e importavam conceitos da psiquiatria. A criminologia e a psiquiatria forense uniam-se para afirmar um parentesco genealógico entre crime e loucura e derivar consequências necessárias de emenda e neutralização por meio das medidas de segurança.

Mas, antes que a psiquiatria do século XIX chegasse à noção de *unidade psíquica evolutiva*, e antes que a psiquiatria forense constituísse o seu campo especializado de ação, os períodos anteriores tiveram que abrir esse caminho. Da mesma forma, depois de séculos de consolidação do controle jurídico da loucura, os movimentos da psiquiatria precisaram desfazer aquelas construções originais para buscar a sua libertação.

Partindo dessas observações, a argumentação do nosso trabalho orienta-se pelo diálogo entre três referenciais teóricos principais: as análises da loucura de Michel Foucault, a doutrina do direito penal e processual penal brasileiro e a experiência italiana de reforma psiquiátrica.

Quanto à metodologia de pesquisa, utilizamos fontes bibliográficas entre obras completas, artigos científicos, teses e dissertações acadêmicas. No capítulo 2, seção 2.2.2 e no capítulo 3, seção 3.2, nos referimos particularmente a duas dissertações como fontes indiretas de pesquisa empírica.

Estruturamos nossa exposição em torno de quatro eixos temáticos. O primeiro eixo de abordagem está concentrado principalmente no capítulo 1, seção 1.1, e início da seção 1.2. Recorremos às obras de Foucault sobre a loucura para compreender como os vários discursos se entrecruzaram e se sucederam, atribuindo, em cada época, uma

sensibilidade social diferenciada aos loucos. O autor mostra como na era clássica o projeto de assistência geral uniu-se ao projeto político de isolamento da loucura. Revela como no século XIX esse projeto assumiu o discurso assistencial formulado pela psiquiatria alienista. Demonstra que no final daquele século o controle político da loucura alcançou o campo do direito penal por meio dos discursos da psiquiatria forense.

O referencial foucaultiano revela uma dimensão reflexiva entre a loucura e a razão. Desde a Renascença, a loucura participou dos jogos da racionalidade, ora sendo chamada a compô-la, ora traduzindo a sua negação. Nessa dinâmica entre interioridades e exterioridades, ela foi objetivada e passou a designar um modo de ser da racionalidade científica moderna. Ser racional significa em grande medida ser capaz de dominar a loucura, não apenas de conviver com ela.

Tomamos também o pensamento de Foucault no sentido teórico-metodológico. Por meio do processo a que ele próprio chamou de *arqueológico*, desenvolveu uma metodologia que compreende a história por meio de descontinuidades culturais. A investigação envolve a pesquisa de enunciados particulares de determinados discursos a fim de recuperar regularidades em meio às dispersões. O método não procura sínteses historicistas. É na realidade multifacetada e descontinuada que busca os seus sistemas de sentidos.

Nosso objetivo não é enfrentar uma reflexão sobre o conceito de história, tampouco sobre metodologia científica. Apenas recorreremos aos traços gerais do método investigativo de Foucault sem, com isso, abrir mão de outras possibilidades de interpretação.

Os referenciais teóricos da dissertação são tomados como três discursos que dialogam em torno do controle penal da loucura. Sem a pretensão de esgotar cada campo, ficamos com alguns enunciados que dizem respeito diretamente ao tema. Essa comunicação discursiva pode acontecer dentro da mesma conjuntura temporal, mas também em cortes transversais, possibilitando o diálogo entre passado e presente. Nas seções dedicadas à interpretação histórica da loucura, da medida de segurança, da periculosidade, da reforma psiquiátrica, entre outros, nosso objetivo é buscar enunciados que possam dialogar com a atualidade.

O segundo eixo da dissertação é dedicado a uma abordagem jurídica do tema e está desenvolvido nos dois primeiros capítulos. Incluímos aqui os discursos criminológicos que elaboraram as doutrinas da medida de segurança e da periculosidade, tendo em vista que, em grande medida, acabaram incorporados à própria doutrina penal.

A contextualização no campo do positivismo criminológico nos permite trabalhar de forma crítica com a dogmática jurídica da medida de segurança e das internações compulsórias. Viabiliza a apreensão dos problemas lógico-formais que acompanham o instituto. Revela também que o discurso preventivo alcança a essência do direito penal por meio da incorporação de uma finalidade correicional à própria pena.

Traremos para nossa argumentação vários aspectos da dogmática do instituto. O indeterminismo temporal da medida de segurança é um dos pontos mais sensíveis do tema. Porém, a ilegitimidade da medida de segurança pode e deve ser flagrada em inúmeros outros aspectos. As dificuldades apresentam-se desde a discussão sobre a sua natureza jurídica, da qual decorrem consequências fundamentais de proteção constitucional.

O eixo temático concetrado no capítulo 3 aborda os movimentos reformistas da psiquiatria contemporânea e a construção da reforma psiquiátrica brasileira. O objetivo dessa argumentação é ressaltar a possibilidade de uma nova sensibilidade jurídica aos pacientes judiciários.

As experiências de Basaglia projetaram para o plano internacional um novo paradigma em Saúde Mental. O Brasil tomou a experiência italiana como referência para a construção de um novo modelo de atenção aos portadores de sofrimento mental. Argumentamos que a atual Política Nacional de Saúde Mental deve alcançar também o campo do controle penal. Mais do que isso, pretendemos demonstrar que se trata de um novo paradigma científico que atinge a doutrina da medida de segurança em toda a sua extensão.

No capítulo 4, nos dedicamos a demonstrar a existência de um movimento paralelo que, em sentido contrário às diretrizes da Lei de Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216/01, tem promovido o aumento da rede de controle penal sobre os pacientes mentais. Recentemente, o legislador reincorporou a internação psiquiátrica provisória ao direito brasileiro. Há décadas já se havia superado essa discussão no nível normativo e no plano da política criminal, mas o seu reaparecimento vem com a aparência de modernidade e humanitarismo diante do discurso da descarcerização.

Os enunciados da nova doutrina da liberdade provisória dialogam com as experiências da loucura do final do século XVIII. Em que possa parecer insistente, nos tempos atuais, uma discussão sobre a categoria da *loucura moral*, entendemos que parte dos problemas sociais brasileiros tem sido enfrentada com esse parâmetro. Assistimos a investidas sobre os dependentes de drogas ilícitas em situação de rua com o argumento “humanista e terapêutico” da internação forçada, reeditando a síntese estabelecida pela

psiquiatria alienista. Essas práticas dialogam também com o discurso do preventivismo psiquiátrico que autoriza intervenções antecipadas sobre indivíduos e grupos de risco.

Nas conclusões do nosso trabalho recuperamos os enunciados mais representativos de cada um desses eixos temáticos para recompô-los diante da hipótese e do problema inicial. Mostramos como as experiências passadas e presentes colocam-se aos Poderes Públicos nacionais como uma escolha fundamental: seguir institucionalizando o *louco-infrator* ou garantir-lhe os direitos de *portador de transtorno mental*.

1 POR UMA INTERPRETAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

1.1 Do *Homo Mente Captus* ao *Homo Psychologicus*

O instituto da medida de segurança sintetiza o pensamento do final do século XIX, partindo da premissa de que o homem é formado por uma *unidade psíquica* integrada por aspectos físicos e psicológicos, e que esta unidade é *hereditariamente determinada*. Mas, antes que a criminologia e a psiquiatria chegassem a estas noções, os períodos anteriores precisaram restringir os sentidos da loucura humana.

Os elementos de reflexão trazidos por Michel Foucault esclarecem esse percurso. O filósofo mostra que a ideia de loucura, bem como os mecanismos institucionais criados para lidar com o louco, refletem em cada momento histórico um *fundo de sensibilidade social*.¹ Sensibilidade que emerge de manifestações culturais carregadas de simbolismos nas artes e na literatura; enfrenta questões religiosas; traduz necessidades econômicas; e coloca-se refletida para o pensamento filosófico.

É possível apreender, no conjunto desses discursos, a experiência da loucura de cada época. Entretanto, Foucault menciona que não se pode falar em uma continuidade histórico-evolutiva:

Verdade trivial à qual é hora de voltar: a consciência da loucura, pelo menos na cultura europeia, nunca foi um fato maciço, formando um bloco e se metamorfoseando como um conjunto homogêneo. Para a consciência ocidental, a loucura surge simultaneamente em pontos múltiplos, formando uma constelação que aos poucos se desloca e transforma seu projeto, e cuja figura esconde talvez o enigma de uma verdade. Sentido sempre despedaçado.²

A primeira grande partilha no mundo da loucura aconteceu no período da Renascença; partilha que excluiu da experiência ocidental uma dimensão importante e constitutiva.

Durante a Idade Média, a loucura era percebida como uma unidade sacralizada por valores cristãos. Ela era uma oportunidade oferecida por Deus para o exercício da caridade - já se via na maioria das cidades europeias casas de detenção destinadas ao abrigo dos loucos.

Na Renascença, ela se viu dividida entre a consciência trágica presente no discurso das artes plásticas, e a consciência crítica do discurso da literatura e da filosofia.

¹ FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*, 1999, p. 80.

² FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 165.

Na pintura, a figura da loucura aparecia a partir do declínio do simbolismo gótico. “E seu poder não é mais o do ensinamento, mas o do fascínio.”³ A loucura fascinava porque reunia um saber ao qual somente o louco tinha pleno acesso. Ela predizia uma espécie de apocalipse onde toda a sabedoria, toda a razão seria aniquilada. O elemento trágico ligava o homem à instância maior do seu destino.

De outro lado, surgia uma literatura que reduzia a loucura a um aspecto inteiramente moral. Ela era fruto do excessivo encantamento do homem por si mesmo: a pretensão da razão conduzia ao erro, ao defeito, à ilusão. Percebia-se intuitivamente que ela tinha algo a ver com os caminhos da verdade. A filosofia mantinha a loucura em uma relação dialética com a razão, fazendo com que se recusassem e se fundamentassem reciprocamente.

A moda na literatura da Renascença era a composição de *naus*, inspiradas no mito grego dos Argonautas, que refletiam aquela inquietação. A *Narrenschiff* (Nau dos Insensatos) de Sebastian Brant, sátira publicada em 1497, era a única que tinha existência real. O espaço social reservado aos insanos não era uniformizado. Além das casas de detenção, havia práticas de desterramento. Era costume escorraçar os loucos das cidades, deixando-os soltos nos campos ou entregando-os a barqueiros. Os barcos que levavam sua carga insana de uma cidade para outra eram presenças rotineiras. Além do aspecto prático, a navegação trazia o simbolismo da entrega do louco à incerteza da sorte e a uma existência eternamente errante: “É o Passageiro por excelência, isto é, o prisioneiro da passagem.”⁴

A Renascença acabou privilegiando a experiência crítica. Excluída dos jogos com a razão, a consciência trágica desvaneceu-se na percepção da loucura.

Essa exclusão leva Foucault a afirmar que a suposta linha reta entre o pensamento racional do século XVI e a análise moderna da loucura como doença mental só pode existir naquilo que oculta: a dimensão trágica. A modernidade costuma apresentar a verdade positiva da loucura como resultado de uma progressão contínua. Todavia, desde a partilha crítica da Renascença, ela tornou-se uma figura fragmentada.

A consciência trágica foi apenas obscurecida. Foucault menciona que ela sempre esteve presente na consciência crítica e nas suas formas filosóficas, científicas, morais ou médicas. As últimas palavras de Nietzsche, as últimas visões de Van Gogh, a luta mitológica

³ FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*, 1999, p. 19.

⁴ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 12.

entre a libido e o instinto de morte de Freud, “[...] são suficientes testemunhos de que as outras formas de consciência de loucura ainda vivem no âmago de nossa cultura.”⁵

De qualquer maneira, importa perceber que a Renascença acolhia as expressões da loucura por meio da reflexão crítica; a loucura estava implicada na razão humana. No século XVI nunca se tinha certeza de não se estar louco. René Descartes, no século XVII, adquiriu essa certeza.

O racionalismo cartesiano percebia a loucura como ausência abstrata e absoluta da razão, portanto, como negação da condição humana. Os loucos não tinham nada a comunicar a não ser a linguagem do delírio; apenas sobreviviam no nível da animalidade. A loucura era também ilusão, erro, falta, merecendo castigos brutais. Durante todo o período clássico, loucos e marginalizados foram mantidos em grandes estruturas de internamento como um gesto de assistência e uma forma de penitência.

Na segunda metade do século XVIII, o “grande internamento” recuou. A prática não se adaptava às exigências de mercado e não se legitimava perante a nova consciência humanística e o ideal de liberdade universal do iluminismo. Os loucos, diferentemente da marginalidade libertada, não encontravam espaço próprio; demandavam outra solução. Os médicos aproximavam-se do universo da loucura principalmente para responder a esse problema social.

A aproximação com a sociedade e com a medicina favoreceu uma nova consciência à loucura que preparou, durante algumas décadas, o que viria a ser a sua experiência moderna.

Antes de tudo, foi preciso atribuir uma significação positiva ao espaço de internamento para transformá-lo em algo assimilável. Formulou-se a noção original de que o próprio internamento era fator de tratamento e de cura.

O problema passou também a ser abordado do ponto de vista da liberdade individual. A loucura significava abolição de liberdade no plano psicológico, o que autorizava e naturalizava a coação física do doente mental. Ela não estava mais entre os jogos da razão e da ausência de razão, mas entre os limites da liberdade.

A missão de avaliar e justificar aquela restrição foi delegada a médicos, juristas e homens experientes. O novo olhar compreendia o louco como um *objeto* a que se atingia com uma verdade discursiva já formulada; o louco aparecia como um amadurecimento da

⁵ FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*, 1999. p. 71.

abstração da loucura. Não era apenas o nascimento da *doença mental*, mas também do *doente mental*.

A verdade discursiva que fazia do louco também um “prisioneiro do asilo” refletia o julgamento moral da consciência social. O homem racional, especialmente o homem do discurso psicológico, respondia ao escândalo, formulando que a loucura resultava de determinismos psicológicos. Pretendia oferecer um “saber” sobre a interioridade humana, sobre a loucura que estava dentro do homem.

A consciência do final do século XVIII libertou os loucos das coações brutais das casas de internamento, mas criou em seu lugar o asilo. Ao transformar a loucura em objeto, a psiquiatria possibilitou que fosse conhecida cientificamente; conhecimento que lhe trouxe o poder de dominação.

Ao lado de médicos importantes de seu tempo como Tuke, Esquirol, Tenon, Cabanis, entre outros, Pinel iniciou em toda a Europa o movimento da *psiquiatria alienista*. Elaborou o conceito fundamental de *alienação mental*, consolidando a especialidade do alienista.

Amarante observa que a expressão *alienado* tem a mesma origem etimológica de alienígena, estrangeiro, fora do mundo.⁶ Na concepção clássica, a loucura definia-se essencialmente como delírio. Observando alguns pacientes agressivos que não apresentavam qualquer comprometimento cognitivo, Pinel deu o passo decisivo para a nova ciência alienista.

Segundo Carrara, esse foi um momento decisivo para a história da psiquiatria, pois a partir dessa observação chegou-se à noção de alienação mental, isto é, de doença mental *sem delírio*.⁷ Foi também precisamente por meio desta ideia que se alcançou a objetivação da loucura e a constituição da psiquiatria como saber científico.

A doutrina alienista foi sintetizada em torno de duas formulações essenciais: a percepção de que o distúrbio mental era uma contradição temporária da razão; e a noção de que a alienação mental era um problema de ordem moral. Propunha a ideia central e legitimadora do modelo asilar, reunindo aquelas premissas às suas consequências lógicas. Em primeiro lugar, a doença tornava-se curável. Em segundo, tornava-se tratável por terapêuticas morais que exigiam o internamento. O asilo era o único espaço que permitia a observação e a descrição de sintomas e que proporcionava a aplicação do *tratamento moral*.

⁶ AMARANTE, Paulo. Rumo ao fim dos manicômios. *Mente e Cérebro*. n. 164, 2006.

⁷ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998, p. 75.

O fundamental no discurso daquela psiquiatria inicial foi tornar toda a dinâmica de reconhecimento, tratamento e cura da doença centralizada na figura do alienista. O doente devia literalmente alienar-se no saber e no poder do médico – o único que podia “consertar” o seu senso moral, a sua razão. Estabeleceu entre o médico e o paciente uma relação unívoca do sujeito com o seu objeto de conhecimento e de sujeição.

O discurso alienista legitimou a nova exclusão social da loucura, não somente diante da consciência social, mas perante a racionalidade jurídica. Robert Castel menciona, no mesmo sentido de Foucault, que o humanismo filantrópico atuava no internamento, garantindo a continuidade de uma subordinação regulada que a nova ordem legal não conseguia alcançar. “A piedade indica o lugar da lei lá onde a lei não pode se manifestar sob sua forma própria.”⁸

O humanismo construía um aspecto fundamental: conduzia os insanos à condição de tutelados. A tutela legitimava a internação perante a consciência social, ao tempo em que a revestia da legalidade necessária e palatável às garantias de liberdade individual. O sentimento de escândalo em relação ao louco passou também a limitar sua existência jurídica; o homem alienado passou a ser reconhecido como louco e incapaz ao mesmo tempo.⁹

Foucault lembra, na sua *Microfísica do Poder*, que naquela época também se problematizava a questão da saúde geral. O poder político assumia para si o objetivo de garantir a saúde dos cidadãos: uma necessidade diante do crescimento demográfico e uma estratégia para integrá-los ao processo produtivo. A medicina adquiria uma importância central. Ela intermediava a economia da assistência e a política geral de saúde, assumindo um lugar cada vez mais relevante nas estruturas administrativas e nas relações de poder.¹⁰ Regulamentada, remunerada e altamente prestigiada, a medicina passou a reivindicar para si o corpo da loucura. A psiquiatria conquistava à loucura um estatuto médico-social que se adiantava algumas décadas ao movimento de socialização da medicina geral.

Nascia o homem psicológico esboçado em algumas doenças classificadas na primeira metade do século XIX. Enquanto a loucura era puro delírio, a interioridade do homem parecia inatingível. Mas, diante de uma *loucura sem delírio*, os mecanismos automáticos que regiam os processos mentais expunham-se ao conhecimento. Não era a inteligência que estava suprimida, impossibilitando qualquer fluxo de significação, mas a

⁸ CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*. 1978. p. 44.

⁹ FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*, 1999. p. 132.

¹⁰ CASTEL, Robert. Op. cit., p. 44.

consciência. Ana Venâncio menciona que: “Ser alienado mental significava ser um indivíduo de paixões excessivas, afetos intensos, que se sobrepunham à vontade.”¹¹

A loucura interiorizava-se; perdia os sinais que a tornavam publicamente reconhecível. Por sua vez, tudo que a interioridade humana revelava era tomado pela psiquiatria como objeto de apreensão científica. A loucura torna-se pura objetividade.

O homem deixava de ser a entidade metafísica, moral e igual do Iluminismo. Psicologizado, ele revelava a diferença do homem alienado. A busca pela verdade da natureza humana convocava a psiquiatria a sair dos limites do asilo e enfrentar problemas colocados à justiça penal. Atribuía-se aos alienistas a missão de oferecer respostas aos impasses jurídicos que certos crimes provocavam.

Observamos um paradoxo: ao tempo em que as formulações alienistas garantiam a contenção e a interdição civil dos alienados mais “brandos”, as suas nosografias apontavam para a não-responsabilização e a absolvição dos loucos violentos e criminosos.

De acordo com Carrara, o discurso que associa crime e doença mental já se fazia presente desde o surgimento da sociedade liberal. Entretanto, na era clássica, essa noção derivava de uma associação virtual. A organização política assentava-se sobre o princípio do contrato social. O crime era tido como uma ruptura desse contrato e um ataque à sociedade, logo, como um erro, uma atitude irracional: “[...] a sociedade burguesa, liberal, democrática, progressista, representação do próprio paraíso reconquistado [...] não parece aceitar que alguém possa agredi-la em sua consciência.”¹²

No século XIX, o problema era apresentado aos alienistas de forma real. A justiça penal distinguia muito bem as consequências aos criminosos e aos loucos. Mas uma *loucura racional*, que não afetava as faculdades intelectivas, obscurecia aquela fronteira jurídica.

Crimes violentos, sem motivos aparentes, cometidos por pessoas intelectualmente preservadas eram incompreensíveis porque não refletiam qualquer valor de moralidade. Punham em dúvida a própria humanidade do criminoso, que mais parecia ser um animal selvagem. Tais criminosos tornavam-se mais afeitos às ciências biológicas e naturais do que aos assuntos do direito, justificando a exigência dos alienistas nos tribunais.¹³

¹¹ VENANCIO, Ana Teresa A. A construção social da pessoa e a psiquiatria: do alienismo à “nova psiquiatria”. *PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva*. v. 3, n. 2, 1993. p. 122.

¹² CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 69.

¹³ CARRARA, Sérgio. Op. cit., p. 71.

Pinel já havia observado uma *mania sem delírio* em pacientes que, embora inteligentes, manifestavam súbita violência física. O conceito foi um escândalo à época, pois, eram justamente a demência ou o delírio que definiam e constituíam o estado de loucura. Pretendendo resolver esse impasse, Esquirol desenvolveu a categoria nosológica da *monomania*, marcando uma reflexão significativa entre crime e loucura.

Na primeira fase, Esquirol falava em *monomania intelectual*, definida por um *delírio parcial*. A doença manifestava-se apenas em uma ideia, em um momento da vida da pessoa que, todavia, mantinha-se coerente e lúcida em todos os outros aspectos. Havia várias monomanias como as religiosas, eróticas, suicidas, homicidas, entre outras. Com essa nosografia, os alienistas argumentavam que os monomaníacos eram *doentes mentais*, pois, apesar de oculto, o delírio estava presente.

Aos poucos a categoria da monomania foi ampliada para alcançar pacientes que não apresentavam nenhuma perturbação cognitiva. De qualquer modo, permanecia a noção de que a enfermidade era parcial. Falava-se em *tendências* à alienação, e a noção era desdobrada em duas vertentes: as *monomanias instintivas*, que atingiam a ordem da vontade, e as *monomanias raciocinantes*, que implicavam em desordens do afeto, do sentimento.¹⁴

A *monomania raciocinante* dos franceses apareceu na Inglaterra com o nome de *loucura moral*. O alienista Prichard falava em *moral insanity*: uma doença do senso moral, sem lesão da inteligência ou da capacidade de raciocínio.

Muitos autores afirmam que as duas categorias são coincidentes, outros, salientam diferenças importantes. Para Prichard, a loucura moral era um defeito socialmente repreensível, não apenas uma patologia. Ela alcançava um espectro muito mais amplo de comportamentos do que a monomania raciocinante, tais como a mendicância, a prostituição, etc, abrindo caminho para a noção mais generalizante da degeneração, que se popularizaria no século XIX.¹⁵

Foucault menciona que na experiência clássica a loucura estava envolvida em uma dialética entre ser e não ser, entre ser louco (desprovido de razão) e não ser louco (provido de razão). Diante das nosografias da modernidade, as discussões passaram para outra dialética que envolvia o *mesmo* e o *outro*. A loucura incluía a razão, logo, a polarização deslocava-se para o eixo da sua contradição: ou o louco agia como louco (determinado pelo

¹⁴ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 73-75.

¹⁵ ALMEIDA, Francis Moraes de. Máscaras da insanidade: emergências e ressurgências do conceito de psicopatía na psiquiatria contemporânea. *Psychiatry on line Brasil*. v. 16, dezembro de 2011.

núcleo contraditório da sua razão), ou o louco não agia como louco (determinado pelo núcleo não-contraditório da sua razão).

Este era o grande dilema que se apresentava à responsabilidade criminal. Como saber se o louco agiu como louco (inocente) ou como não-louco (culpado)? Alguns se adiantavam ao problema e diziam que a monomania podia ser “[...] ‘muito cômoda para subtrair os culpados à severidade das leis, ou para privar os cidadãos de sua liberdade. Quando não se puder dizer: ele é culpado, se dirá: ele é louco.’ [...]”¹⁶

Carrara acrescenta:

Assim, de um lado, na monomania instintiva, o processo mórbido libertaria as paixões de toda a vigilância zelosa da razão e da consciência, enquanto, na loucura moral, o processo mórbido libertaria a inteligência ou a razão de todos os freios limitantes e direcionadores que lhe seriam impostos pelas paixões, afetos e sentimentos. No primeiro caso, teríamos uma espécie de culpa sem razão; no segundo, uma razão sem culpa.¹⁷

Exemplo conhecido desse impasse é o Caso Pierre Rivière, amplamente analisado em trabalhos coordenados por Foucault.¹⁸ Em 1835, um rapaz jovem, de origem camponesa, degolou a mãe grávida, a irmã adolescente e o irmão de sete anos de idade. Rivière foi logo preso e acusado pela selvageria dos crimes cometidos. Nos primeiros meses de detenção, escreveu detalhadamente sua história, relatando que havia planejado os homicídios motivado pelo senso de justiça: a mãe era responsável pelo infortúnio e pela morte do pai. Rivière assumiu sua culpa e pediu condenação.

O manuscrito, inusitadamente juntado aos autos do processo, revelava eloquência, consciência e remorso. Rivière não dava sinais de delírio, mas parecia ter a consciência moral deturpada. As opiniões médicas dividiam-se. O parecer do grupo de Bouchard limitava-se a afirmar a responsabilidade de Rivière, pois não encontrava qualquer etiologia orgânica do crime. O parecer do grupo de Vastel tentava inocentá-lo, recorrendo às teorias de Pinel e Esquirol. Contudo, não abria mão da figura do delírio ou da demência para compreender a doença mental; sequer desenvolvia o tema da monomania. Em meio a essas discussões, Rivière foi condenado à morte pelo Tribunal do Júri.

O caso havia levantado interesse popular e polêmica médica. Grandes especialistas da escola parisiense, entre eles o próprio Esquirol, foram convidados a falar pela defesa em razão do prestígio e do peso político dos seus nomes. Elaboraram uma petição em forma de parecer, pedindo indulto a Rivière.

¹⁶ SÉMELAIGNE, R. *apud* FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*, 1999. p. 520.

¹⁷ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 74-75.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. (Org.), *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*, 1977.

Estavam conscientes da sua atuação política, de forma que não enfrentaram abertamente o diagnóstico da monomania. Limitaram-se a conferir preponderância às causas morais sobre as causas orgânicas da loucura, levantando argumentos e testemunhos sobre a personalidade do condenado. Ao final, a pena de morte foi substituída por prisão perpétua. Pierre Rivière, no entanto, enforcou-se na cela cinco anos mais tarde.

Castel ressalta um aspecto importante: embora os médicos tivessem conseguido evitar a pena capital, não livraram Rivière da estrutura penitenciária. A questão deslocava-se, já naquela época, para um projeto mais ambicioso. Era preciso que o discurso médico tivesse em suas próprias mãos, de forma regulamentada, uma instituição para o controle físico da loucura. Era necessário também contar com um instrumento jurídico capaz de determinar a internação dos loucos perigosos, antes ou independentemente da sua interdição civil. Aparecia a demanda política para que a medicina tivesse o poder e o instrumento para conter a loucura criminal.

Castel percebe que nos jogos de poder entre aquelas duas estruturas de controle a “má loucura” estava fadada, em qualquer caso, a uma condenação absoluta.

A facilidade de manobra que a medicina mental alcança nesta época fica pois bem firmemente circunscrita no quadro de um mandato social preciso. É uma delegação de poder que recebe para administrar, em compatibilidade total com as normas dominantes, um setor particularmente difícil no domínio do que se chama hoje a “desviância”. Disso resta que a sanção que ameaça alguns destes "desviantes" se desdobra. De um lado o aparelho da justiça penal que domina a sombra da guilhotina. Do outro, o isolamento médico e a sombra do asilo.¹⁹

A aproximação da psiquiatria com o campo jurídico-penal, naquele momento, era de complementaridade. Sua intervenção não se prestava a questionar os fundamentos do sistema penal como um todo. A intervenção da medicina dava-se a *posteriori* somente para auxiliar os juristas a adequarem melhor as sanções com o sentido de humanizá-las.²⁰

Carrara observa que por meio do conceito amplo de alienação moral “os psiquiatras, na realidade, ‘criminalizavam’ o louco, no sentido de incorporarem à sua figura um novo perfil marcado pela crueldade, indisciplina, amoralidade e periculosidade.”²¹ Apesar disso, os alienistas não faziam uma relação explícita entre crime e loucura, limitavam-se a diferenciar o responsável do irresponsável.

¹⁹ CASTEL, Robert. Os médicos e os juízes. In: FOUCAULT, Michel (Org.), *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*, 1977. p. 275.

²⁰ CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*, 1978. p. 37-38, 170.

²¹ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p 79.

Nos casos de distúrbio moral, a loucura só era apreensível por meio da avaliação dos *atos* do paciente. A diferença era significativa em relação à abordagem clássica que circunscrevia a loucura ao plano ontológico do não-ser, abstendo-se às suas manifestações. Atos que, antes, eram objeto somente do julgamento punitivo e moral passavam para uma zona de interseção que não podia mais prescindir do alienista.

Lembramos que a alienação não era vista como uma doença do corpo, mas da alma. Aquele período histórico ainda estava sob influência dos postulados cartesianos que distinguiram radicalmente corpo e espírito. Segundo Castel, esse era o motivo para que aquela psiquiatria inaugural mantivesse uma racionalidade puramente fenomenológica. O alienismo não se dedicava a localizar a doença no organismo ou a especular sobre suas causas; era uma atividade meramente classificatória.²²

Ana Teresa Venâncio afirma que:

No interior do movimento de práticas e idéias emergentes dessa época, conformava-se a psiquiatria, marcadamente distanciada, no entanto, da medicina anátomo-patológica. Isto não quer dizer que não estavam sendo elaboradas teorias sobre a fundamentação orgânica das "perturbações fisicomorais", mas somente que esse conhecimento anátomo-patológico foi subtraído à própria constituição da psiquiatria nascente, alienista.²³

De acordo com a filosofia dualista, não era possível buscar explicações no corpo para uma enfermidade que se projetava no espírito. As doenças do espírito deviam ser explicadas pelo próprio espírito, logo, pelo contraste com a moral social. Igualmente, o dualismo religioso e metafísico não permitia que uma doença do espírito, vista como pecado, estivesse relacionada com distúrbios orgânicos do pensamento.²⁴

Paralelamente ao movimento alienista da psiquiatria, a medicina geral da primeira metade do século XIX afirmava-se com o espírito e o prestígio da história natural, baseada no Sistema de Lineu.²⁵ Buscava as causas orgânicas da doença por meio do estudo das

²² CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*, 1978. p. 103.

²³ VENANCIO, Ana Teresa A. A construção social da pessoa e a psiquiatria: do alienismo à "nova psiquiatria". In: *PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva*. Vol. 3, n. 2, 1993. p. 122.

²⁴ VENANCIO, Ana Teresa A. Op. cit. p. 120.

²⁵ A epistemologia da medicina do século XVIII compreendia a doença a partir dos modelos e classificações da botânica. No conjunto maior da história natural, Lineu classificava os organismos vivos em uma taxonomia hierárquica. Os reinos eram divididos em filos e os filos, em classes. Cada classe continha ordens, famílias, gêneros, espécies e respectivas subdivisões. Da mesma forma, as doenças tinham espécies, características observáveis e desenvolvimento como toda planta. Isso levava à concepção da doença como algo que pertencia à ordem natural, porém, deturpada pela ação do meio, assim como as plantas mudavam o curso do seu desenvolvimento também pela ação do ar, da água da alimentação, etc. O foco da medicina não se dirigia propriamente à doença; sua cura era buscada por meio de intervenção no meio que a circundava. Ver: FOUCAULT, Michel. O nascimento do hospital. In: *Microfísica do poder*, 2006.

patologias. A medicina geral propunha um modelo explicativo que, por princípio, opunha-se à concepção da doença mental como um distúrbio moral.

O chamado *pensamento vitalista*, com um discurso conciliador, defendia a superação do impasse dualista: “O vitalismo é um monismo cujo ponto de aplicação situa-se na junção do espírito e do corpo, uma inteligência unitária que chama uma nova fenomenologia e uma nova interpretação dos signos normais ou patológicos.”²⁶

Afirmava que os distúrbios do espírito humano obedeciam às mesmas leis que regiam o corpo. O organismo, aspecto físico observável em primeiro plano, era também o substrato sobre o qual se apreendia as qualidades morais, vícios e virtudes dos indivíduos. O vitalismo tomava o homem como uma totalidade biológica e moral, operando uma redução ao nível fisicalista.

Esse pensamento questionava as concepções do alienismo e apontava na direção de uma psiquiatria organicista. O alienismo havia trazido uma grande novidade: a certeza da cura. Mas a eficácia terapêutica pretendida não foi alcançada, mesmo para os padrões e critérios da época, especialmente em relação aos distúrbios morais.²⁷

A existência de uma doença de ordem moral sugeria que a morbidade era intrínseca ao sujeito. Se a doença estava na incapacidade de assimilação das regras sociais, os loucos morais eram, por definição, refratários a qualquer tratamento moral. A crítica confirmava-se pela revelação de um aspecto até então pouco conhecido: a *cronicidade*. Tratava-se de uma incurabilidade de fato que não estava relacionada com a recusa ao tratamento terapêutico. Ela era o contraponto da promessa de cura. A psiquiatria alienista encontrava seus limites, ao tempo em que surgia uma nova tendência de abordagem da doença mental.

Observando esse processo, Castel divide a história da psiquiatria clássica em dois períodos. A fase inicial, que surge em 1780 e estende-se até meados do século seguinte, a que chama de *idade de ouro do alienismo*. E outra fase que se inaugura em 1860, a que se refere como *aggiornamento*, quando a psiquiatria finalmente insere-se no modelo causal das ciências naturais, marcando o nascimento da psiquiatria contemporânea.²⁸

Em meados do século XIX, o conceito de monomania começava a ser problematizado. Uma das objeções era que a monomania pretendia um distúrbio mental

²⁶ VENANCIO, Ana Teresa A. A construção social da pessoa e a psiquiatria: do alienismo à “nova psiquiatria”. In: *PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva*. Vol. 3, n. 2, 1993. p. 121.

²⁷ VENANCIO, Ana Teresa A. Op. cit., p.125.

²⁸ CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*, 1978.

parcial. Influenciados pelo pensamento vitalista, muitos cientistas argumentavam que o ser humano era definido por uma *unidade psíquica*. Havendo adoecimento da *parte*, o *todo* também ficava comprometido.²⁹

A psiquiatria voltava-se às descobertas biomédicas, especialmente ao campo da neurofisiologia. Os estudos sobre o sistema nervoso eram tão prestigiados que Duarte chega a falar em uma *configuração do nervoso*: os nervos tinham o poder de reordenar a individualidade humana como um princípio totalizador das perturbações físico-morais. O sistema nervoso reduzia reciprocamente o nível orgânico ao nível moral. Além disso, estabelecia a unificação etiológica das doenças mentais, isto é, todos os distúrbios passavam a ter, ainda que indiretamente, uma causa nervosa.³⁰

Estes princípios biomédicos fundamentavam os postulados gerais do novo conceito de degeneração: a hereditariedade mórbida e o monismo físico-moral. A neurofisiologia afirmava que a *perturbação nervosa* era fator de transmissão hereditária que evoluía no sentido da decadência. Ao longo do tempo, a perturbação assumia aspectos sintomáticos diferenciados. Os sintomas, por sua vez, podiam ser físicos ou mentais, pois o homem era uma unidade indissociável.

Morel sistematizava a doutrina da degeneração, desenvolvendo a tese de que a hereditariedade era um fator constitutivo de tipos antropológicos desviados do tipo normal da humanidade. Propunha o abandono da noção de *disfuncionalidade*, afirmando que grande parte das doenças mentais derivava da *má conformação* do sistema nervoso.

Morel elaborava uma distinção básica entre as doenças mentais: as que tinham causa degenerativa eram incuráveis, as não-degenerativas, curáveis. Para fazer essa distinção, o médico devia atentar para aspectos da vida moral do paciente e de sua família, pois, a imoralidade produzia degeneração nervosa. O diagnóstico envolvia também a observação do corpo do paciente a fim detectar a presença de *estigmas da degeneração* como, por exemplo, deformações anatômicas e alterações fisiológicas. A psiquiatria organicista tornava o distúrbio mental fisicamente observável e passível de explicação etiológica como todas as doenças.

Em realidade, os estigmas da degeneração designavam como *doença* uma variedade muito grande de comportamentos sociais. Alcançavam estados que, antes, sequer

²⁹ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 80.

³⁰ DUARTE, Luis Fernando. *Da vida nervosa nas classes trabalhadoras urbanas*, 1986.

eram tidos como distúrbios mentais. A abordagem fazia com que a fronteira entre alienados e sãos se turvasse novamente.

A doutrina apresentava uma nova conformação do comportamento criminoso. Para a psiquiatria physicalista, o crime era sinal de degeneração da espécie, não somente uma atitude imoral. Dada a unidade psíquica entre o aspecto físico e moral, o delito, na maioria dos casos, manifestava uma *anomalía* do sistema nervoso. Exteriorizava, de forma mecânica e positiva, que o criminoso era um degenerado, um doente.

No entanto, mesmo na doutrina da degeneração, não havia unanimidade sobre a questão. O criminoso era geralmente diagnosticado como degenerado. Mas isso demandava que ele se enquadrasse na classificação da *tendência precoce para o mal*, que incluía o sintoma de *déficit intelectual*. Não sendo possível ou legítimo esse enquadramento, ele passava para a categoria da *tendência à alienação* – que era também uma doença mental, porém, determinada por causas não-degenerativas. Dessa forma, mantinha-se o dilema sobre sua responsabilidade penal. Não se sabia ao certo se o seu destino deveria ser a prisão ou o asilo. Segundo o próprio Morel, não estava claro se seriam “mais pertinentes à ciência ou ao direito criminal”.³¹

De todo modo, a doutrina da degeneração tornava o próprio crime em objeto de abordagem psicopatológica. Esboçava-se uma primeira criminologia. Em tese, grande parte dos delinquentes era também doente, portanto, merecedora de tratamento, não de punição. Como mencionam Foucault e Castel, aquele movimento da psiquiatria significava acima de tudo uma legitimação do sequestro do corpo físico do alienado, muito mais do que uma abordagem propriamente médica.

A psiquiatria organicista herdava dos alienistas a estrutura do asilo como forma de assistência aos doentes mentais. No entanto, o internamento perdia sua autoridade como tecnologia única de cura. Especialmente na primeira metade do século XX, observava-se a prevalência de terapias físicas como a *lobotomia*, a *eletroconvulsoterapia*, a *malarioterapia*,³² bem como da *psicofarmacoterapia* que, após a década de 50, possibilitava

³¹ GENIL-PERRIN *apud* CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 94.

³² A lobotomia é uma técnica de psicocirurgia, idealizada pelo neurologista português Egas Moniz, em 1935. Consiste em uma intervenção cirúrgica para desligar os lobos frontais direito e esquerdo de todo o encéfalo, visando modificar comportamentos ou curar doenças mentais. Ver: MASIERO, André Luis. *A lobotomia e a leucotomia nos manicômios brasileiros. História Ciência e Saúde-Manguinhos*. v. 10, n. 2, Rio de Janeiro, 2003.

A eletroconvulsoterapia (ECT), desenvolvida na década de 1930, consiste na indução de convulsões generalizadas, com duração de 20 a 150 segundos, pela passagem de corrente elétrica pelo cérebro. A técnica é

o uso dos *psicofármacos*. Naquela mesma época difundia-se amplamente a psicanálise freudiana que, contudo, não era ainda utilizada como recurso terapêutico nos asilos públicos.³³

O conjunto das formulações da fase do *aggiornamento* é visto por Foucault como o início de um *círculo antropológico*. Em contraposição à estrutura binária do desatino clássico, o pensamento antropológico apresentava-se em uma estrutura de três termos: o homem, sua loucura e sua verdade. A novidade, portanto, era a presença do homem nessa dialética, ou melhor, de toda a espécie humana. Os discursos sobre a loucura eram ao mesmo tempo discursos sobre o ser humano, seus limites, suas condições.

O louco se oferecia como objeto do conhecimento, mas também, por via reflexa, como forma de reconhecimento. Ele entregava ao sujeito que o apreendia interseções com a identidade humana que pertencia a ambos. Entretanto, Foucault demonstra que houve uma resistência do pensamento reflexivo em acolher aquele *reconhecimento de si* oferecido pela loucura. Ele permaneceu no nível da objetivação, transformando-a cada vez mais em uma “coisa”, uma “coisa” médica.

A psiquiatria confirmava sua importância política no cenário social, ampliando seu campo científico. Porém, como lembra Foucault, aquela expansão foi possível graças aos conceitos e valores que Pinel e Tuke esboçaram na construção do modelo asilar: a culpa - o louco deveria reconhecer sua culpa e libertar-se dela; a verdade – o louco deveria deixar transparecer a verdade de sua doença e suprimi-la; e a alienação – o louco readquiriria sua liberdade entregando-a ao querer médico. Essa estrutura tornou-se um *a priori* da percepção médica da loucura.

Michel Foucault sintetiza em poucas palavras o sentido maior da argumentação que desenvolvemos até este ponto do nosso trabalho. A história do louco é a reunião de experiências que possibilitaram o aparecimento das ciências da *psyché*: “[...] o *homo*

indicada para pacientes com transtorno depressivo maior, episódios maníacos, esquizofrenia, entre outros transtornos psiquiátricos. Ver: PERIZZOLO, Juliana. [et. al.] Aspectos da prática da eletroconvulsoterapia: uma revisão sistemática. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*, v. 25, n. 2. Porto Alegre, 2003.

A paralisia geral era uma manifestação classificada pelo campo da psiquiatria desde o final do século XVIII. No entanto, somente no início do século XX a medicina provou a sua natureza sífilítica a partir da descoberta da bactéria *Treponema pallidum* no cérebro de paralíticos gerais. Wagner Von Jauregg foi o primeiro médico a observar que a febre podia tratar ou curar doenças mentais. Em 1917, desenvolveu a malarioterapia no tratamento da sífilis cerebral. A técnica consistia em inocular no enfermo uma forma benigna de malária a fim de provocar-lhe febres altas, inativando a mencionada bactéria. Ver: GASTAL, Fábio Leite. [et. al.] Tratamento etiológico em psiquiatria: o modelo da neurosífilis. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, n. 21, 1999. p. 29-35.

³³ VENANCIO, Ana Teresa A. A construção social da pessoa e a psiquiatria: do alienismo à “nova psiquiatria”. In: *PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva*, v. 3, n. 2, 1993. p. 127.

psychologicus é um descendente do *homo mente captus*.”³⁴ Expressão que parafraseamos no título desta primeira seção da nossa dissertação.

O homem psicológico nascido dentro do pensamento antropológico é a figura que será apresentada ao campo do direito penal em finais do século XIX. A antropologia criminal irá apropriar-se desse novo personagem condicionado por determinismos biopsicossociais para propor um rompimento paradigmático às formulações do direito penal. O campo da criminologia constituir-se-á por meio de uma tese fundamental: a concepção de homem tomada pelo direito tradicional é uma ficção iluminada pelas “Luzes” do século XVIII.

Retomaremos adiante deste ponto, mantendo em perspectiva todas essas experiências que prepararam, justificaram e legitimaram a noção de que a loucura para ser libertada deve ser antes aprisionada.

1.2 Da Criminologia à Dogmática Penal

Na transição do século XIX para o século XX, a problemática do crime e do criminoso ultrapassava a fronteira da argumentação jurídica e ganhava as ruas. As preocupações giravam em torno do aumento da criminalidade nas grandes metrópoles, fenômeno em geral atribuído à intensa urbanização das sociedades em processo de industrialização. Na América, havia as dificuldades de incorporação da mão-de-obra escrava libertada e das grandes correntes migratórias estrangeiras e nacionais que concentravam um aumento populacional desordenado nas cidades. Em 1890, a cidade norte-americana de Chicago já concentrava um milhão de habitantes; em 1910, dois milhões.³⁵

Formava-se naquela época o que Foucault chamou de *meio delinquencial fechado*. Ele era o efeito da prática prisional que caracterizava o sistema penal desde o final

³⁴ FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*, 1999. p. 522.

³⁵ Nas primeiras décadas do século XX, a sociologia criminal da Escola de Chicago (EUA) concebia a criminalidade urbana como um fenômeno social. Sua *teoria ecológica* argumentava que a desorganização social dos grandes núcleos urbanos deteriorava as relações interpessoais; provocava a perda das raízes culturais locais; expunha os desfavorecidos à tentação da proximidade com a riqueza; e impunha o enfraquecimento geral do controle social. No conjunto, a grande cidade era um ambiente criminógeno. A *ecologia sócio-criminal* identificava zonas privilegiadas para o crime (*ganglands; delinquency areas*) em razão da sua localização geográfica. A abordagem “ecológica” indicava ainda uma proximidade com os esquemas conceituais das ciências naturais. Ver: GARCÍA-PABLOS, A. de Molina; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*, 1997. p. 239-248.

do século XVIII. Os longos períodos de reclusão faziam com que o crime se organizasse e se profissionalizasse no meio urbano, aumentando os números da reincidência.³⁶

O fenômeno da reincidência era um dos argumentos mais convincentes para que os discursos sociais e jurídicos reivindicassem a modernização das técnicas de controle e repressão social. Mezger afirmava ser inegável: “[...] que em relação a esses grupos de delinquentes (reincidentes habituais, profissionais) fracassa o sistema tradicional de penas edificado sobre o pensamento de retribuição.”³⁷ O pensamento jurídico tradicional era questionado sobre a finalidade das leis penais e dos castigos, sobre o conceito de delito, sobre a importância da figura do delincente e muitos outros aspectos.

Sérgio Carrara menciona que a reincidência foi um dos fatores que levou a antropologia criminal a afirmar a existência de um *tipo natural de criminoso*. Antes de ser uma especulação filosófica ou científica, a percepção do criminoso como um *tipo natural* (anômalo) derivou da sua constituição como um *tipo social* (também anômalo).³⁸

Aquela passagem de século caracterizava-se ainda por uma crise do liberalismo como doutrina e filosofia política e também como modo de organização social. Carrara afirma que:

Através do crime, juristas, criminalistas, criminólogos, antropólogos criminais, médicos-legistas, psiquiatras, todos fortemente influenciados por doutrinas positivistas ou científicas, discutiam uma questão política maior: os limites ‘reais’ e necessários da liberdade individual, que, excessivamente protegida nas sociedades liberais, era apontada como causa de agitações sociais, ou, ao menos, como empecilho à sua resolução.³⁹

O crime refletia a evidência da desigualdade entre os homens, pois o tipo social do criminoso possuía uma natureza diferenciada. Os princípios universais da igualdade jurídica e da liberdade individual não se mostravam suficientes para uma intervenção social mais ampla e eficaz. Uma verdadeira reforma institucional demandava uma ressignificação da noção de liberdade individual. Assim, de acordo com Carrara, Castel, Foucault, entre outros autores, o privilégio do crime como centro das reflexões naquela passagem de século colocava-se fundamentalmente como síntese de um pensamento antiliberal.

Nascia a criminologia científica. As discussões entrecruzavam dois campos: a psiquiatria e a antropologia criminal. Em conjunto, formavam a base da doutrina criminológica da Escola Positiva de Direito Penal. As formulações de fundo eminentemente

³⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, 1996.

³⁷ MEZGER, S. *apud* ANÍBAL BRUNO. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, 1977. p. 131.

³⁸ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 64.

³⁹ CARRARA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 65.

biológico reuniam forças para confrontar os paradigmas jurídicos clássicos. A nascente criminologia positivista propunha-se a oferecer uma solução diferenciada e eficiente ao problema da criminalidade, especificamente à reincidência. Essa solução encontrava sua síntese no instituto da medida de segurança.

Nossa intenção é seguir o encadeamento de questionamentos que se iniciou na fase pré-científica da criminologia, desenvolveu-se sob a égide da epistemologia positivista e chegou à doutrina jurídica colocando-se como um dilema sobre os próprios objetivos do sistema penal. Torna-se inevitável utilizarmos alguns conceitos e termos técnicos que não serão desenvolvidos como tema central nesta seção do nosso trabalho, mas em outros momentos adiante.

Frequentemente se diz que a criminologia nasceu em 1876, com a publicação do Tratado Antropológico Experimental do Homem Delinquente, de Cesare Lombroso. Entretanto, esse é o marco inicial da fase científica da criminologia. Antes, já havia outras abordagens sobre a criminalidade que se diferenciavam das meras especulações pelo rigor e pelas pretensões generalizantes, formando o conjunto de ideias da etapa pré-científica da criminologia.⁴⁰

García-Pablos divide as teorias criminológicas pré-científicas em dois grandes grupos segundo sua matriz metodológica: a criminologia clássica e a criminologia empírica ou pré-positivista.

A criminologia clássica é identificada com as formulações do próprio direito penal clássico - termos que se referem ao universo epistemológico dos séculos XVII e XVIII do período histórico conhecido como era clássica. A doutrina inspirava-se nos ideais iluministas, concebendo o homem como ser racional, livre e igual. De forma geral, havia uma clara opção pelo jusnaturalismo que assumia o postulado de que a lei é sempre justa, acertada e igual para todos. A teoria do contrato social de Rousseau era tomada como fundamento da organização do poder e da sociedade.

Beccaria construía uma nova filosofia jurídica para o direito penal à luz das conotações liberais. O crime era um fato individual contraposto à norma jurídica. Era fruto de uma decisão livre e soberana do homem que se rebelava contra a vontade sempre justa da lei. As causas do crime e a pessoa do delinquente não eram consideradas; o delito era uma abstração jurídico-formal. O direito penal deduzia seus postulados da especulação: sistemas

⁴⁰ GARCÍA-PABLOS, Antônio de Molina; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*, 1997. p. 133.

filosóficos e metafísicos impregnados de conteúdos éticos para os quais o castigo era uma utilidade social.

A *criminologia empírica*, desenvolvida principalmente a partir da segunda metade do século XVIII, utilizava o método empírico-indutivo na observação da pessoa do delinquente e no seu meio social, ramificando-se em diferentes campos do saber, todos voltados à busca das causas do crime. Somava influências variadas da psiquiatria e da medicina geral, utilizando as nosografias que também se confirmavam cientificamente sob as bases do naturalismo causal.

Aquele substrato médico-psiquiátrico era redirecionado por uma outra disciplina emergente: a antropologia criminal. Concentrada nos criminosos, a confirmação daquela disciplina confundia-se com o próprio nascimento da criminologia científica.

No final do século XIX, o surgimento da *Scuola Positiva* italiana ou Escola Positiva de Direito Criminal marcava o início da etapa científica da criminologia. Tinha à sua frente três nomes bem conhecidos: Cesare Lombroso, na área médica; Rafael Garófalo, no direito; e Enrico Ferri que, embora jurista, direcionava seus estudos para uma abordagem sociológica.

Em trabalho publicado no ano de 1890, Garófalo utilizou pela primeira vez a expressão *criminologia*, referindo-se a uma subdivisão da antropologia geral que se dedicava ao estudo dos delinquentes: a antropologia criminal.⁴¹ A *filosofia do castigo* foi sua tese mais importante. Era um patrocinador radical da defesa da ordem social, entendendo que, assim como a natureza eliminava os indivíduos que não se adaptavam ao meio, o Estado deveria eliminar os criminosos que não se adaptavam à vida em sociedade. Chegava, inclusive, a admitir a pena de morte em alguns casos, além de penas por tempo indeterminado. Garófalo descartava o critério da retribuição, eliminando a ideia de proporção na aplicação das penas, bem como as noções de responsabilidade e de liberdade.

Mas foi Lombroso quem deu corpo à disciplina da antropologia criminal, estatuidando o crime como fenômeno natural. Foi responsável também pela sedimentação do método experimental na criminologia. Em suas pesquisas sobre o criminoso nato, por exemplo, procedeu a mais de seis mil análises de delinquentes vivos e quatrocentas

⁴¹ GAROFALO *apud* CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 101.

necropsias.⁴² Sua técnica consistia em conjugar procedimentos de antropometria e cranioscopia com estatísticas criminais.

Lombroso tornou-se conhecido pela *teoria do atavismo*. Partia de uma definição próxima da categoria psiquiátrica da degeneração, embora desenvolvida de forma independente e paralela. Diferentemente da psiquiatria, que atribuía caráter patológico à variação da espécie que produzia a loucura, Lombroso não compreendia o desvio antropológico que originava o crime como uma enfermidade.

O atavismo era o atributo da forma humana primitiva, selvagem; o homem antes da civilização. O comportamento atávico era desencadeado por fatores biológicos determinantes e hereditários. O homem, que já estava inserido em um processo civilizatório, irrompia um comportamento bruto, animalizado que não era próprio de seu estágio evolutivo. Estava em uma rota regressiva de evolução. O crime era simplesmente a exteriorização do comportamento primitivo da espécie. Dessas noções derivava o conceito de criminoso nato, uma espécie de *Homo criminalis*.

Carrara ressalta que o criminoso nato, o degenerado e o monomaníaco eram categorias que explicavam a diferença manifesta de certos indivíduos por meio da biologia. Na monomania, essa diferença dizia respeito a um estado mórbido – lembramos que o traço natural era apresentado no nível da disfunção dos nervos. A degeneração era uma condição patológica permanente e inata, hereditariamente determinada. O criminoso nato indicava uma inferioridade biológica, não uma enfermidade. Entretanto, as disfunções orgânicas, as anomalias anatômicas, juntamente com aspectos psicológicos, características fisionômicas, sensibilidade a metais, à eletricidade, às mudanças atmosféricas, pederastia, entre outros, formavam o conjunto dos *estigmas do criminoso nato*.⁴³

Lombroso elaborou uma tipologia criminal que distinguia seis grupos de delinquentes. As classificações apontavam em geral para causas sociais e morais. Somente o criminoso nato e o criminoso-louco eram biologicamente determinados. Enquanto o criminoso-louco, atingido por uma patologia, podia ser tratado, o criminoso nato era impermeável a qualquer tratamento médico.

⁴² Os números são relatados por Luiz Rodrigues Manzanera. O autor sistematiza toda a produção de Lombroso, utilizando suas próprias obras como fontes de pesquisa direta. Ver: MANZANERA, Luiz Rodrigues. *Criminologia*, 2 ed., México: Editorial Porruá, 1981. p. 274.

⁴³ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 101-107.

Na interface com o sistema penal, era o criminoso nato quem provocava os maiores questionamentos aos paradigmas do direito penal liberal. Ele não podia ser responsabilizado moralmente por uma condição que lhe era superior, atávica, hereditária. Sua tendência para o crime estava cristalizada no próprio conceito, não importando inclusive que houvesse de fato praticado crime. A regressão evolutiva no sentido do atavismo era dada.

A questão assumia também um aspecto simbólico que justificava, em grande medida, as proposições positivistas em relação ao tratamento penal. O criminoso nato era um *outro*, pertencia a outro mundo, a outra espécie. No plano externo, essa simbologia excluía o criminoso nato da sociedade ocidental – fato que explicava as incursões “civilizatórias” coloniais, pois, os criminosos natos não se distinguiam dos povos “selvagens”. No plano interno, Carrara observa que o criminoso nato

[...] justificava a negação de quaisquer direitos (até mesmo dos chamados “universais”) aos delinquentes e transgressores ou a qualquer indivíduo que, membro das sociedades ditas “civilizadas”, discordasse de suas regras e valores. Estrangeiros em sua própria pátria, expulsos da “comunhão social”, e até mesmo da humanidade, os criminosos tornavam-se seres estranhos e alheios ao grupo social em que viviam, quer tal grupo fosse compreendido como fruto de um contrato, quer como um organismo natural. Tornavam-se “inimigos internos”, sobre os quais qualquer intervenção legal, mesmo a eliminação física, poderia se exercer sem pejo.⁴⁴

Todos esses discursos médicos, antropológicos e simbólicos formavam o ponto de partida para que o núcleo fundamental do direito liberal fosse questionado. É importante retomar que, à exceção do criminoso nato, os demais criminosos apresentavam tendências catalisadas por causas sociais, portanto, podiam ser objeto de “tratamento”.⁴⁵ Disso decorria que as intervenções sugeridas pelos positivistas por meio das medidas de segurança tinham aplicação universal entre os delinquentes; não se restringiam aos doentes mentais e aos incorrigíveis.

De qualquer maneira, o princípio do determinismo biológico chocava-se com o livre-arbítrio. Se o criminoso agia por impulsos de sua própria natureza, não era responsável; também não era lícito ou eficiente impor-lhe os rigores e castigos das penas. Por outro lado, ser refratário à pena significava ser muito mais perigoso. A nocividade do ato criminoso não era dada por sua contradição com a lei, mas porque ele era incompatível com as exigências da vida em sociedade. Se não era coerente lançar mão dos instrumentos jurídicos tradicionais, como preservar a sociedade do perigo constante que os criminosos representavam?

⁴⁴ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 108.

⁴⁵ CARRARA, Sérgio. Op. cit., p. 109.

Respondendo a essa indagação fundamental, os criminólogos do positivismo elaboravam suas críticas ao direito tradicional e formulavam os seus programas de prevenção. O objetivo da lei deveria ser a defesa da sociedade por meio do combate ao fenômeno social do crime. O foco de análise deveria ser o próprio delinquente, não a abstração do crime. A etiologia do crime tornava-se importante para combater as causas em sua origem através de programas científicos de prevenção.

A criminologia estabelecia um sentido positivo para a sanção penal. O fundamento do castigo era a responsabilidade social, que derivava do mero fato de viver em sociedade. No lugar das penas, propunha um conjunto de *medidas de defesa social*. Os criminosos comuns deveriam ser assistidos por programas de emenda. Os criminosos natos ou degenerados deveriam ser submetidos a medidas de neutralização, segregação.

O critério da gravidade do crime não integrava a lógica do sistema proposto. Os magistrados deveriam trabalhar com uma equipe de especialistas, antropólogos criminais e médicos, que os ajudassem a formar o juízo de periculosidade de forma individualizada. Segundo Carrara, este conceito era uma espécie de “índice de criminalidade virtual ou índice pessoal de expectativa de realização de novos delitos”.⁴⁶ Os índices de periculosidade e de regenerabilidade indicavam a modalidade de medida a ser aplicada e a sua duração.

A antropologia criminal argumentava que o direito deveria acompanhar os movimentos que a psiquiatria havia conquistado em seu campo. Deveria abandonar o estudo do crime (sintoma) e buscar as suas causas (orgânicas e psicológicas) no próprio criminoso. Para o positivismo, os criminosos eram inocentes. Assim, o direito deveria garantir-lhes o estatuto jurídico de irresponsabilidade penal, submetendo-os a outro tipo de controle necessário para a proteção social.

Essas formulações abalaram toda a tradição jurídica e, desde o início, foram muito criticadas. De outro lado, afinaram-se aos paradigmas científicos da época, de orientação positivista. Iniciou-se um amplo processo de discussão e debate que articulou argumentos para conjugar os dois interesses: a manutenção da ordem jurídica, temperada com as novas “descobertas” da antropologia criminal e com as necessidades de prevenção ao delito.

Um primeiro interesse era resgatar sentido ao princípio do livre-arbítrio. O homem diferenciava-se no reino animal por reunir o aspecto natural à dimensão cultural. Mesmo que herdasse condicionamentos biológicos, o homem era capaz de subjugar-los e adaptá-los às suas necessidades sociais. Essa capacidade de gerir sua dimensão natural

⁴⁶ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 111.

conferia ao homem a sua verdadeira condição de liberdade. Surgia o argumento de que: “As instituições jurídicas seriam a realização mais plena desse ‘nadar contra correntes’, pois sua função era justamente contrariar as leis da natureza, defendendo os fracos contra os fortes; gerindo, administrando, limitando a luta pela vida.”⁴⁷

A fim de atenuar os radicalismos da antropologia criminal, muitos criminólogos recorriam a formulações de ordem sociológica – a disciplina da sociologia também se constituía sob a orientação positivista. A ideia era substituir o determinismo biológico pelo determinismo social. Este, como não impregnava o corpo, apenas a alma, podia ser atenuado ou revertido por meio de técnicas de controle social.

Ferri inclinava-se a uma diretriz sociológica do positivismo, embora fortemente influenciado pela antropologia criminal de Lombroso. O delito não resultava somente de uma patologia individual, mas da reunião de diversos fatores criminógenos: antropológicos, físicos e sociais. Entretanto, assumindo o postulado do determinismo biopsicológico, não considerava o princípio do livre-arbítrio.

Ferri notabilizou-se pela criação de um programa político-social conhecido como Teoria dos Substitutivos Penais que, de certa forma, prescindia do direito penal. O instrumento de luta contra a criminalidade não era o direito penal convencional, e sim a sociologia criminal integrada pela psicologia positiva, pela antropologia criminal e pela estatística social. A prevenção criminal demandava ações integradas dos poderes públicos que incidissem sobre fatores criminógenos da esfera econômica, política, legislativa, religiosa, familiar, etc. Desacompanhada de reformas no espaço social, a pena por si só era ineficaz.

O pensamento de Ferri inaugurava uma nova corrente criminológica integrada às Escolas Intermediárias. Inspiradas na sociologia criminal, essas teorias opunham-se às escolas de cunho eminentemente biologicista do seu tempo.

A Escola de Lyon ou Escola Antropossocial era conhecida pela teoria ambientalista: os fatores criminógenos determinantes e decisivos eram de ordem social. Reconhecia a existência de predisposições de caráter somático, mas contrariava radicalmente as teses lombrosianas e tecia críticas ao positivismo.

Havia também o grupo das chamadas Escolas Ecléticas que procurava harmonizar os postulados do positivismo com os dogmas clássicos do direito penal. García-Pablos

⁴⁷ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 117.

destaca três correntes principais: a *Terza Scuola*, a Escola Alemã Sociológica e a Escola da Defesa Social.

A *Terza Scuola* italiana defendia o dualismo penal: sistema de convivência das penas com as medidas de segurança, conjugando as exigências de retribuição com o caráter ressocializador. Esse posicionamento derivava de uma postura eclética em relação ao livre arbítrio: ao lado da ideia de temibilidade do agente criminoso, conservava a noção de responsabilidade moral como fundamento da pena.

Franz von Liszt, em 1872, fundou a Escola Alemã de Política Criminal. Postulava pela análise “científica” das causas do crime, tendo em vista que as abordagens jurídica, dogmática e filosófica deveriam ser complementadas pela ótica empírica. Da mesma forma que a corrente italiana, relativizava o problema do livre arbítrio, compatibilizando culpabilidade e periculosidade, penas e medidas de segurança dentro de um mesmo sistema penal.

A principal função da lei penal era a defesa social, embora também devesse conter aspectos de prevenção especial. Não obstante, diferentemente dos positivistas, von Liszt mantinha a preocupação em garantir os direitos individuais dos cidadãos, pois, a função do direito penal era assegurar a defesa intransponível dos direitos individuais contra qualquer ação da política criminal.

Liszt contrapunha-se à ideia de retribuição penal do direito clássico, adotando uma *concepção finalista da pena*: a pena deveria ajustar-se à fase de evolução individual. Sua teoria criminológica assumia as teses deterministas do positivismo, mas tentava conciliar os fatores de predisposição individual ao crime com a influência exercida pelo meio social.

Formava-se uma contraposição entre o grupo de escolas intermediárias, de orientação sociológica, e o grupo da antropologia lombrosiana. Sérgio Carrara menciona que a teoria de Lombroso causava polêmicas entre os psiquiatras. A ideia do determinismo biológico era íntima da psiquiatria daquele final de século. Contudo, o recurso a essa formulação só se justificava para explicar a origem orgânica das *doenças mentais*. Muitos psiquiatras observavam que, em termos médico-legais, criminosos e loucos não se distinguiam; os conceitos de criminoso nato e de degenerado estavam sobrepostos.

Havia o aspecto de preservação de poder e de campo de trabalho. A ideia de que os criminosos fossem tratados como doentes descaracterizava a medicina mental e seu arcabouço teórico secular. Ademais, as pessoas eram tomadas como irresponsáveis e enviadas aos hospitais sem que a autoridade central do psiquiatra avalizasse aquela condição.

Em 1885, no I Congresso Internacional de Antropologia Criminal, o médico-legista Lacassagne declarou que o atavismo era um conceito perigoso, uma falsa interpretação e um exagero.⁴⁸ Argumentou-se que os *estigmas do atavismo* podiam ser observados em grande parte da população e que Lombroso havia sido tendencioso na interpretação das suas estatísticas.

De acordo com Carrara, Lombroso inclinou-se a rever sua teoria. Sua principal estratégia foi aproximar o criminoso nato do degenerado, isto é, aproximar o conceito de atavismo do conceito de degeneração antropológica. Entretanto, manteve-se convicto de que a variação antropológica do criminoso não era uma doença, mas uma anomalia degenerativa, uma teratologia.

A aproximação entre os dois conceitos foi inevitável. Operou-se uma dissolução prática do criminoso nato no tipo degenerado, resultando em consequências importantes às discussões entre juristas, médicos legistas e criminólogos.

Nos debates internacionais, configurava-se uma tendência a considerar todos os criminosos como tipos degenerados. As diferenças eram apenas de variação gradativa individual. Os estigmas lombrosianos cediam lugar para uma estigmatização criminosa de ordem psicológica e psiquiátrica. De certa forma, a disciplina da criminologia positivista buscou sua legitimação científica no terreno consolidado da psiquiatria. Pedro Delgado menciona que:

A degeneração responde à exigência de uma explicação sobre as causas das enfermidades mentais, fornecendo uma chave etiológica capaz de englobar tanto as doenças nitidamente orgânicas como os distúrbios morais. Supera a exigência de identificação da base orgânica da doença, alojando as causas numa “constituição” ora visível, ora invisível, e que atravessa gerações. [...] No discurso sobre o crime e o louco infrator, o uso recorrente do conceito auxilia no deslizamento do patológico para o normal, possibilitando a eficácia da argumentação psiquiátrica sobre a periculosidade.⁴⁹

A degeneração remetia sempre à questão da herança mórbida, o que favorecia horizontes ilimitados para uma intervenção psiquiátrica precoce. Contudo, a própria teoria da degeneração apontava que nem todas as patologias mentais tinham causas hereditárias e que a degeneração não resultava necessariamente em indivíduos criminosos, podendo variar entre todos os graus descritos nas classificações. Essas questões contrapunham-se àquela

⁴⁸ FAUCONNET *apud* CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 119.

⁴⁹ DELGADO, Pedro Gabriel G. *As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil*, 1992. p. 80-81.

tendência do discurso criminológico e dissipavam uma das maiores ameaças às garantias jurídicas: a afronta ao princípio da legalidade. Em tese, afastavam do discurso criminológico a pretensão de uma intervenção antecipada do Estado sobre a liberdade dos cidadãos com base em um diagnóstico de estigmas necessariamente criminógenos.

Não obstante, a questão não formava consenso geral. De acordo com Delgado, alguns psiquiatras brasileiros do início do século XX recorriam ao conceito para confirmar a teoria da periculosidade pré-delitual. O psiquiatra Heitor Carrilho afirmava que as delicadezas do diagnóstico eram fundamentais porque delas decorriam “as providências de vigilância, de interdição, de restrição da liberdade e de internação precoce, necessárias para salvaguardar o meio da ação perigosa destes doentes.”⁵⁰

Criminologia e direito enfrentavam uma ambiguidade que se refletia no destino dos então classificados *criminosos degenerados*. Passaram a ser designados como *fronteiriços* – expressão que refletia a indefinição do seu estado entre a loucura e a simples maldade. Obscurecida a diferença entre são e louco, não se sabia ao certo qual deveria ser o seu tratamento legal. Carrara menciona que caíram em uma espécie de vazio institucional. Esses personagens eram os candidatos ao que se transformaria também no seu correlato híbrido institucional: o manicômio judiciário e a medida de segurança.

Abordaremos o processo de construção doutrinária da medida de segurança nas próximas seções deste trabalho. Antes, porém, consideramos relevante fixar que os discursos da criminologia atuaram de forma muito mais ampla, provocando o deslocamento do eixo paradigmático de todo o direito penal tradicional.

No final do século XIX, a criminologia já estava bastante consolidada sob as bases de uma ciência positiva e autônoma. Como qualquer ciência, abrigava diferentes teorias sobre o delito e a pena. No entanto, todas as correntes desaguavam em um ponto comum: a prevenção criminal. Parecia ser inegável que o direito penal devesse agregar um sentido positivo às penas e atuar de forma mais eficaz. Entendemos que foi por meio desta ideia que os diálogos entre juristas e criminólogos tornaram-se possíveis e necessários.

A noção de prevenção não só foi o centro em torno do qual se desenvolveu a doutrina da medida de segurança, como também precipitou uma nova abordagem sobre os limites e finalidades de todo o sistema penal. A prevenção criminal incorporou-se ao sistema punitivo por meio de uma finalidade correicional estabelecida à própria pena e a outras

⁵⁰ DELGADO, Pedro Gabriel. *As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil*, 1992. p. 66.

medidas de caráter punitivo como, por exemplo, a internação compulsória determinada pela Justiça Penal.⁵¹

A referência à prevenção não é de fácil assimilação, haja vista a pluralidade de sentidos que pode assumir de acordo com a matriz ideológica adotada. Em primeiro lugar, é importante mencionarmos que a ideia já estava presente no direito penal clássico, embora não houvesse uma doutrina propriamente correicional. O pensamento iluminista havia agregado à pena um sentido positivo em substituição ao valor eminentemente retributivo das práticas autoritárias do Absolutismo.

De acordo com Ferrajoli, o pensamento do século XVIII dividia-se entre duas grandes correntes doutrinárias sobre a pena: as *teorias absolutas* e as *teorias relativas*.⁵² As teorias absolutas ou retributivistas concebiam a pena como um valor axiológico intrínseco: um castigo, uma retribuição ao crime. Subdividam-se de acordo com o valor *moral* ou *jurídico* que emprestavam à retribuição penal. Projetavam-se para a ação passada e não almejavam qualquer finalidade extrapenal.

As teorias relativas ou utilitaristas, ao contrário, consideravam a pena como um meio para atingir a finalidade utilitária de prevenção a novos delitos. De um lado, viam-se as teorias da *prevenção especial* que afirmavam a utilidade da pena em relação à pessoa do delinquente. De outro, as teorias da *prevenção geral* que buscavam sua utilidade para os cidadãos em geral. Pretendiam alcançar o futuro e relacionavam as penas com objetivos externos ao direito. Neste grupo das doutrinas utilitaristas havia também outra diferenciação: a *prevenção positiva* e a *prevenção negativa*. A prevenção positiva manifestava-se sob a forma de disciplina dos cidadãos (na prevenção geral) e de emenda dos delinquentes (na prevenção especial). A prevenção negativa, sob a forma de intimidação dos cidadãos (na prevenção geral) e neutralização do agente (na prevenção especial).

As doutrinas retributivistas eram influenciadas pela crença secular *na justiça da retribuição do mal com o mal*; noção impregnada por antigos valores religiosos de vingança, expiação e reequilíbrio. Relacionavam-se com o princípio arcaico do talião, fundamentado na ilusão de que havia uma correspondência natural entre pena e delito.

O retributivismo penal havia sido questionado e minimizado pelo pensamento iluminista. No entanto, foi retomado no século XIX em duas versões laicas. As teorias de origem kantiana justificavam a pena como uma aspiração *ética*, ou seja, a própria lei penal

⁵¹ A Lei de Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216/2001, artigo 6º, parágrafo único, menciona três tipos de internação: voluntária, involuntária e compulsória. Enquanto a internação involuntária ocorre a pedido de terceiro, a compulsória demanda ordem judicial.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2002.

carregava um valor moral que, violado pelo culpado, legitimava a imposição de um castigo. As teorias influenciadas por Hegel afirmavam que a pena era uma retribuição *jurídica*, justificando-se como um meio para o restabelecimento da ordem legal violada.

A insistência do século XIX na tese retributivista relacionava-se com a preocupação de que o postulado civilizatório do *nulla poena sine crime* pudesse ficar comprometido pela inclusão de um fundamento diverso à pena. Essa preocupação, segundo Ferrajoli, derivava de um equívoco: uma confusão entre a *finalidade* da pena – metajurídica, utilitária e voltada para o futuro - e a *motivação* para a imposição de uma pena - de ordem retributiva e voltada ao passado. O autor ressalta que, em realidade, a primeira garantia do direito penal é o princípio retributivo, que exige a prática de um delito como condição necessária à imposição de uma sanção.

De outro lado, as teorias utilitaristas estabelecem uma dissociação entre os meios penais e os fins extrapenais que os justificam - uma espécie de ponderação entre o custo da pena e o benefício da prevenção ao dano. Ferrajoli observa que o utilitarismo é o pressuposto de qualquer doutrina penal que se ocupe em estabelecer limites ao poder punitivo do Estado. Entendemos que essa é a racionalidade subjacente aos princípios constitucionais penalógicos, em especial ao princípio implícito da proporcionalidade.

Todavia, a concepção utilitarista da pena serviu a práticas opostas. Em uma versão autoritária, a prevenção chegou a legitimar o poder do Estado. Serviram a pensadores como Maquiavel e Carl Schmidt que defenderam a primazia da política sobre a moral e o direito, assumindo o critério do interesse e do poder do Estado. Inspiraram-se na máxima de que *os fins justificam os meios*, justificando sistemas de direito penal ilimitado, de caráter inquisitório.

Não seria demais afirmar que, ainda nos dias atuais, versões do preventivismo autoritário justificam a ampliação do controle penal sobre a sociedade. No Brasil, um exemplo é a ampliação do rol de medidas cautelares pessoais no âmbito do processo penal, entre as quais se verifica a internação psiquiátrica provisória. As novas cautelares têm sido legitimadas por discursos preventivistas que as apresentam como uma alternativa legítima para a política criminal, ainda que traduzam um avanço antecipado do controle penal na esfera de liberdade individual dos cidadãos.

Ferrajoli ressalta que o utilitarismo pode conter uma ambivalência em relação à finalidade atribuída à pena. Pode significar *máxima utilidade possível para a maioria dos não-delinquentes*; ou um *mínimo de sofrimento necessário à minoria dos delinquentes*. A

primeira versão relaciona-se com interesses de segurança social que, por serem diferentes dos interesses dos que devem suportar a sanção, tornam a avaliação entre custo e benefício da pena impossível. A segunda versão está relacionada com os interesses dos destinatários da pena e permitem aquela avaliação. A primeira corrente não pode ser uma garantia contra o poder de intervenção do Estado. A segunda é uma doutrina que impõe limites ao direito penal, justificando sua intervenção somente no limite mínimo necessário. Enquanto esta se liga à concepção de um direito penal mínimo, aquela é idônea para fundar um direito penal máximo.

A tradição penal assumiu, majoritariamente, o postulado da utilidade da defesa social. Todas as doutrinas utilitaristas passaram a conferir à pena o objetivo único da prevenção a delitos futuros, tutelando a maioria dos não-delinquentes. As doutrinas utilitaristas do século XIX voltaram-se para modelos correicionais e intimidativos de direito penal.

As prevenções geral e especial combinavam-se com os critérios de prevenção positiva e negativa, resultando em quatro tipos de doutrinas utilitaristas. A doutrina da *prevenção especial positiva* ou da *correição* conferia à pena a função positiva de corrigir o réu. A doutrina da *prevenção especial negativa* atribuía à pena a utilidade de eliminá-lo ou neutralizá-lo. A *prevenção geral positiva* indicava o reforço da fidelidade à ordem constituída por meio da aplicação de pena. A *prevenção geral negativa* ou da *intimidação* conferia a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça da pena.

Em todos os casos, a prevenção era concebida exclusivamente para evitar a reiteração criminal por parte do réu ou dos cidadãos. Na visão de Ferrajoli, isso fez com que o utilitarismo penal moderno ficasse exposto à tentação da autolegitimação e a desdobramentos autoritários. A heterogeneidade entre os custos penais suportados pelos apenados e a utilidade obtida pela sociedade, leva a que a pena se justifique a partir da defesa social.

A partir da segunda metade do século XIX, as doutrinas preventivistas projetaram-se definitivamente para o campo do direito penal. Doutrinas e legislações correicionais transformaram o projeto iluminista e humanitário do *punir menos* no projeto disciplinar e tecnológico do *punir melhor*. O preventivismo correicional dizia respeito, não ao crime, não aos fatos, mas aos seus autores. Cultivava a intenção de uso do direito penal para prevenir delitos e, sobretudo, para transformar personalidades desviadas.

A segunda vertente do preventivismo formou-se a partir das doutrinas criminológicas positivistas do final do século XIX. Vimos acima que as formulações da antropologia criminal e da psiquiatria formaram o substrato dessas teorias a partir da assunção dos conceitos de criminoso nato e de degeneração. Entendemos que essas apreensões biologicistas do *tipo criminoso* estabeleceram-se em função de um projeto político-criminal que precisou encontrar para a sanção penal uma racionalidade à moda científica do positivismo.

As doutrinas positivistas atribuíam uma função preventiva especial à pena. À medida de segurança, a finalidade dupla de também curar. As penas assumiam o caráter técnico apropriado às exigências terapêuticas da defesa social: higiênico-preventivas; terapêutico-repressivas; cirúrgico-eliminatórias, dependendo da classificação do tipo de criminoso.

A terceira orientação correicionalista da pena foi desenvolvida por Franz von Liszt no seu Programa de Marburgo. Liszt propunha uma diferenciação dos instrumentos punitivos a fim de adaptá-los aos casos concretos. Sua doutrina tinha uma orientação eclética que conciliava a finalidade de defesa social e neutralização para os irrecuperáveis; a emenda para que necessitavam ser ressocializados; e a intimidação especial e geral para os delinquentes ocasionais e às pessoas em geral.

Ferrajoli menciona que, na prática, a doutrina eclética de von Liszt não se diferenciava das orientações positivistas da defesa social. Ela refletia um projeto autoritário do liberalismo que identificava a finalidade de defesa social do direito penal com a estrutura de classe. Considerava como “criminosos irrecuperáveis” ou delinquentes habituais os mendigos e vagabundos, os indivíduos alcoolizados e dados à prostituição, os degenerados física e espiritualmente, enfim, as manifestações patológicas do proletariado.

A doutrina eclética de von Liszt forneceu as bases para o correicionalismo moderno, fomentando o desenvolvimento das instituições totais e custodiais. Transformou a pena em “tratamento” e multiplicou as medidas punitivas pré e ultradelituais em todos os sistemas penais. Incluiu as medidas de segurança, mas também estabeleceu uma vocação reeducativa às penas. As estruturas carcerárias adquiriram a função disciplinar de submeter o condenado aos valores dominantes e à disciplina da fábrica. Ferrajoli menciona que:

Consequentemente, tais doutrinas, em supondo uma concepção do poder punitivo como “bem” metajurídico – o Estado pedagogo, tutor ou terapeuta – e, simetricamente, do delito como “mal” moral ou “doença” natural ou social, são as menos liberais e antigarantistas que historicamente tenham sido

concebidas, e, deste modo, justificam modelos de direito penal máximo e tendencialmente sem limites.⁵³

Há criminólogos que entendem que a prevenção tradicional é uma intervenção tardia no problema, tratando apenas de evitar novos delitos. Para essa corrente crítica, a prevenção deve ser mais ampla, deve ser uma prevenção social que intervenha nos fatores criminógenos a fim de neutralizá-los. Ressalta que o crime é um problema social que convoca todos os setores comunitários ao seu combate, e não somente os poderes públicos. Diferentemente da prevenção especial que se restringe ao campo jurídico penal, a criminologia deve optar por uma *prevenção geral e social*.⁵⁴

Outra classificação divide a prevenção em primária, secundária e terciária. A prevenção primária dirige-se às causas do crime com o fim de neutralizá-lo antes que se manifeste. Busca minimizar os fatores criminógenos, diminuindo carências no âmbito da educação, da casa, do trabalho etc. Corresponde às estratégias políticas, culturais, econômicas e sociais cujo objetivo é oferecer aos cidadãos capacidade para superar conflitos. A prevenção secundária atua em momento posterior, não na gênese do delito, mas no momento de sua manifestação. Opera em setores específicos da sociedade que apresentam maior potencial para produzir conflitos criminais. Ela está ligada à política legislativa penal e à ação policial: programas de prevenção policial, controle dos meios de comunicação, ordenação urbanística etc. A prevenção terciária destina-se à população carcerária e tem por objetivo evitar a reincidência.⁵⁵

Em que pesem todas essas diferentes concepções, o mais importante é perceber que a noção de prevenção especial passou a integrar definitivamente o campo do direito. Desde que a criminologia positivista apresentou a problemática da criminalidade pelo viés do pragmatismo e da utilidade das sanções penais, a doutrina jurídica se viu confrontada por questionamentos acerca do sentido das penas.

Entendemos relevante mencionar a polêmica atual que envolve a prevenção já incorporada ao direito penal. Para uma corrente doutrinária, o objetivo da lei penal deve ser a promoção da *segurança jurídica*; meta que se atinge por meio da tutela de bens jurídicos ou de valores ético-sociais. Essa corrente de pensamento propugna por uma prevenção geral: os efeitos preventivos da pena devem dirigir-se a toda sociedade. À prevenção geral corresponde a finalidade retributiva da pena.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2002. p. 218.

⁵⁴ GARCÍA-PABLOS, Antônio de Molina; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*, 1997. p. 306.

⁵⁵ GARCÍA-PABLOS, Antônio de Molina; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 307-308.

Outra corrente entende que a finalidade da lei penal é a proteção da sociedade, a *defesa social*. Coloca-se ao lado da prevenção especial: os efeitos preventivos da pena devem dirigir-se ao delinquente. À defesa social corresponde o caráter reeducativo e ressocializador da pena.

O ecletismo penal alcançou o direito contemporâneo, atribuindo à pena o duplo caráter retributivo e ressocializador. Segundo Zaffaroni, ao contrário do que pensam os partidários das teorias unicistas, esses dois sistemas não são absolutamente excludentes. A sua aparente dissociação se deve a falsos dilemas colocados à razão jurídica.⁵⁶

O primeiro falso dilema diz respeito ao *objetivo do direito penal*. Para Zaffaroni, o direito penal deve ter necessariamente a meta de promover a segurança jurídica. Não como mera satisfação de exigências formais, mas como proteção de bens jurídicos (direitos) essenciais à existência humana em sociedade. A pena imposta a um delinquente é necessária, não como um castigo, mas para assegurar que os bens jurídicos dos demais membros da sociedade lhes sejam garantidos.

Por outro lado, a privação de bens jurídicos imposta pela sanção penal não pode exceder certos limites culturalmente determinados. Do contrário, ao invés de reforçar a segurança jurídica, causaria mais alarme social do que o próprio delito. É preciso que o direito garanta os direitos sem lesionar o sentimento de segurança jurídica da comunidade.

Na visão do autor, o objetivo de segurança jurídica não exclui a ideia de defesa social. Enfatiza que o conceito de defesa social depende do conteúdo que se empresta à própria noção de sociedade. Para Zaffaroni, sociedade só pode ser entendida como coexistência humana – não como um ente que lhe é superior. Nesse sentido, a defesa da sociedade e a proteção da sociedade por intermédio da garantia da segurança jurídica expressam conteúdos muito semelhantes, vez que a defesa é a expressão de uma prevenção que opera quando um bem jurídico tutelado é afetado.

O segundo falso dilema diz respeito ao questionamento sobre *como o direito deve cumprir seu objetivo de segurança jurídica*. Todo direito deve ter uma aspiração ética, como afirma Zaffaroni. A coerção penal é a materialização dessa aspiração ética, não como um fim em si mesmo, não como castigo, mas como prevenção de futuras lesões a bens jurídicos. É a tutela de bens jurídicos que empresta racionalidade a esse sistema.

A coerção penal *stricto sensu*, isto é, a pena, não pode ter outro objetivo que não seja aquele perseguido pelo direito penal: a segurança jurídica. Sua finalidade é a prevenção

⁵⁶ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 2004. p. 90-91.

de futuras ações delitivas. Essa finalidade, para alguns, é alcançada por meio da prevenção geral, para outros, por meio da prevenção especial.

Zaffaroni entende que um Estado de Direito não deve acolher os mecanismos de prevenção geral tal como são entendidos usualmente. Diante da seletividade do Sistema Penal, a prevenção geral serve de instrumento legitimador da dominação de um grupo social privilegiado sobre outros mais humildes, subjugando-os com a ameaça da pena.

Por sua vez, a prevenção especial penal não pode consistir em constrangimento físico como na pena de morte, controles eletrônicos ou químicos, e também no encarceramento como mero constrangimento. As coações materiais impedem que uma conduta delitiva seja realizada, não transformam a determinação do delinquente. Igualmente, a prevenção penal não pode consistir em “reeducação” ou “tratamento”. Mesmo porque, a intervenção na esfera de autonomia ética do homem feriria o parâmetro cultural de todo o direito. Zaffaroni chama a atenção para o fato de que há muita confusão entre o plano moral e médico, uma vez que “[...] o tratamento psiquiátrico costuma ter um conteúdo moralizante ainda que encoberto pela terminologia técnica.”⁵⁷

Cada delito tem um sentido social diferente e particularidades próprias. A prevenção especial não deve ser rígida. Deve incorporar uma pluralidade de soluções, permitindo que cada situação concreta receba a prevenção mais adequada.

No caso dos *pré-candidatos à criminalização*, a função da prevenção penal deve ser a redução da vulnerabilidade do criminalizado frente ao próprio Sistema Penal, fazendo com que ele adquira consciência desses condicionamentos. Essa tomada de consciência deve ser estimulada pela assistência social, pela instrução e por terapias aconselhadoras – que não se confundem com tratamentos médicos nem com a internação em uma instituição total.⁵⁸

Resta saber qual deve ser a medida da pena, o limite de quantificação da prevenção especial penal. Sua finalidade não deve ser somente impedir que o criminoso não volte a delinquir. Se assim fosse, sua medida seria o grau de periculosidade do agente. Para Zaffaroni, é a própria segurança jurídica que deve determinar o limite da pena, e a lei deve garantir que seja proporcional ao fato delituoso e à culpabilidade do agente, evitando que seja aplicada de forma ilimitada.

De maneira geral, tem-se que os partidários da segurança jurídica e da teoria retributiva da pena defendem um *direito penal de culpabilidade*, enquanto os partidários da

⁵⁷ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 2004. p. 106.

⁵⁸ Ver: GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*, 1996.

defesa social e da teoria ressocializante defendem um *direito penal de periculosidade*. Zaffaroni assevera que este é outro falso dilema em que se debate o direito penal.

O autor posiciona-se pela culpabilidade, mas não acolhe a teoria retribucionista. Ressalta que a culpabilidade não pode ser nem o único objetivo nem o único limite da pena. O objetivo da pena pode ser a prevenção especial (finalidade ressocializante) sem negar ao agente a sua autonomia moral. Por outro lado, o seu limite deve ser a segurança jurídica que se traduz pela imposição legal de guardar uma relação com a gravidade da lesão ao bem jurídico e com o grau de reprovabilidade da conduta.

A pena tem uma finalidade preventiva especial, mas a necessidade de prevenção não pode ser o seu único limite. A inclinação ao delito não é demonstrável, como certifica Zaffaroni. Além disso, essa inclinação frequentemente é o resultado da ação prévia do próprio Sistema Penal que, ao invés de atuar de forma preventiva, acaba operando de forma condicionante de “carreiras criminais”, estigmatizando e inserindo o apenado em instituições totais. Esses condicionamentos criminalizantes criados pelo próprio Sistema Penal não podem ser interpretados em desfavor do apenado como demonstração de maior reprovabilidade. Ao contrário, indicam antes um grau menor de culpabilidade que deverá ser levado em conta diante de cada caso concreto para a quantificação da pena.

Zaffaroni esclarece que todo direito penal de periculosidade é um direito penal do autor, um direito que não proíbe o ato em si, mas uma *forma de ser* do agente. O ato criminoso não é fruto de uma escolha racional, mas mero sintoma de uma personalidade reprovável e perigosa. Ressalta, com muita propriedade, que independentemente do fundamento, o direito penal de autor é uma aberração no direito penal, porque sendo o direito uma disciplina que regula condutas, não se pode admitir, jamais, que se penalize o *ser* de uma pessoa, apenas o seu *agir*.⁵⁹

A partir do entendimento de que o sistema unitário fundamentava-se em falsos dilemas, surgiram os sistemas pluralistas, buscando soluções conciliatórias entre as duas posições. Eles combinam pena e medida de segurança que, na compreensão de Zaffaroni, são ideias incompatíveis. “Trata-se de um desdobramento esquizofrênico do direito penal, no qual uma parte trata o homem como uma pessoa que deve ser castigada e a outra como uma coisa perigosa que deve ser neutralizada.”⁶⁰

De uma forma ou de outra, é verdade que o preventivismo incorporou-se ao sistema punitivo para emprestar-lhe legitimidade interna e externa. No entanto, o argumento

⁵⁹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 2004. p. 115-116.

⁶⁰ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 118.

da prevenção criminal tem servido usualmente para justificar práticas de intensificação e de ampliação do controle penal, quando na verdade deveria servir a uma finalidade oposta. Por definição, qualquer prevenção deveria ser capaz de evitar a atuação do sistema penal.

O discurso preventivo é também a pedra fundamental do sistema da medida de segurança. Consideramos importante acompanhar mais de perto os debates que permitiram esta integração como consequência e desdobramento da doutrina positivista da defesa social.

1.2 A Construção Conceitual da Periculosidade e da Medida de Segurança

Até o final do século XIX, os postulados do direito penal tradicional da era clássica predominaram na prática jurídica do mundo europeu.⁶¹ Mas desde meados daquele mesmo século, o discurso tradicional deparava-se com questionamentos levantados por uma nova teoria metodológica, genericamente representada pelo pensamento positivista. O crime devia ser entendido como produto da ação humana, portanto, sujeito às leis que regem seu comportamento.

A expressão mais fiel daquele pensamento positivista era a noção de periculosidade criminal. O crime era manifestação de um grave desajustamento às normas de convivência social. O agente representava um perigo permanente para a sociedade, uma ameaça constante aos interesses do grupo. Os positivistas propunham um novo binômio: periculosidade criminal e defesa social

No dizer de Aníbal Bruno, por um instinto gregário natural de auto-preservação, a sociedade deveria defender-se dos homens perigosos através de medidas mais eficazes do que a pena.

O movimento de defesa, um dos mais poderosos impulsos nos seres vivos, que nos animais superiores dispõe de um complexo de atividades que põem

⁶¹ Direito penal tradicional é entendido como o conjunto de teorias elaboradas principalmente por Cesare Beccaria e sistematizadas por Francesco Carrara. Essas teorias fundamentavam-se no paradigma jusnaturalista que assumia a noção de justiça universal e de livre-arbítrio. O crime era uma abstração, era concebido como mera infração à norma penal. Seu método derivava do silogismo formal: a pena era a consequência lógica da subsunção do comportamento aos preceitos da norma incriminadora. O sistema punitivo acolhia uma concepção utilitária da pena: alcançava-se o restabelecimento da ordem jurídica por meio do exemplo do castigo. Ver: GARCÍA-PABLOS, A. M.; GOMES, L. F. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*, 1997. p. 133-135; e ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 2004p. 249-258.

em função todos os valores psico e psíquicos do indivíduo, é fundamental em toda organização social.⁶²

Observamos que esse enunciado estabelece uma redução historicista. O que Aníbal Bruno afirma como verdade acabada, portanto como premissa para realizar sua defesa da teoria da periculosidade, decorre de uma abordagem positivista. O “homem perigoso” é uma *versão de verdade* construída pelos sentidos utilitários do preventivismo criminal. Ele traduz apenas uma outra forma de a sociedade relacionar-se com a loucura e com os desajustamentos do homem social.

Não acreditamos que o positivismo tenha agregado racionalidade ao sistema penal. As ciências naturais e experimentais configuraram-se como instrumentos importantes para a legitimação de uma determinada moral social. Uma moral que se apropriava do delinquente e do louco como expressões daquilo que *não deveria existir* diante do escândalo que manifestavam. Na realidade, a criminologia etiológica construía o retrato daquilo que a sociedade rejeitava como expressão da subjetividade humana. Sua ética estava circunscrita a uma moralidade contextualizada, portanto, sem valor universal.

No final do século XIX, não se ousava mais assumir a face eminentemente punitiva das sanções penais. Era preciso que o direito se unisse a outras ciências, prometendo ressocialização, tratamento e cura dentro de um mecanismo de dominação e exclusão. Iniciava-se a construção da doutrina da periculosidade criminal como fundamento para a imposição de medidas de segurança.

Aníbal Bruno atribui a fórmula mais remota da periculosidade a Ludwig A. Feuerbach (1804-1872) para quem ela era “aquela qualidade da pessoa que serve de fundamento à probabilidade de que ela violará efetivamente o direito.”⁶³ Mais recentemente, sua origem estaria no conceito de *temibilidade* de Garófalo: “a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do mesmo delinquente.”⁶⁴

No final do século XIX, essa ideia veio a ocupar o centro do problema criminológico em sucessivas reuniões da União Internacional de Direito Criminal (UIDC). De acordo com Aníbal Bruno, de um lado viam-se alemães e belgas partidários da teoria eclética - que buscava conciliar a periculosidade com a culpabilidade; de outro, a corrente

⁶² ANÍBAL BRUNO de O. F. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. 1977. p. 12.

⁶³ FEUERBACH *apud* ANÍBAL BRUNO de O. F. Op. cit., p. 134.

⁶⁴ GARÓFALO, Rafael. *La criminologia: estudio sobre el delito y sobre la teoria de la represión*, 2008.

francesa que resistia a incorporar o critério do *estado perigoso* diante do argumento da garantia dos direitos individuais conquistados pelo direito penal desde a era clássica.⁶⁵

A ascensão do tema da periculosidade ao cenário principal deu-se no Congresso do grupo belga, em 1892, quando o francês Adolphe Prins defendeu a tese de que os magistrados deveriam apreciar o caráter mais ou menos anti-social do acusado.

No Congresso de Hamburgo, 1905, concluiu-se que os juizes poderiam declarar o estado perigoso do condenado quando se tratasse de imputabilidade diminuída. No congresso húngaro, entre 1907 e 1908, a teoria não progrediu, apesar dos debates sobre a periculosidade de enfermos e defeituosos mentais.

Em 1910, no Congresso do grupo francês, realizado em Rennes, a corrente francesa reconheceu que alguns delinquentes deveriam ser considerados em *estado perigoso* em razão de sua condição mental ou de sua vida criminosa. Por outro lado, afirmou que o indivíduo perigoso não poderia ser privado das garantias da liberdade individual. A lei deveria determinar o *estado perigoso* somente nos casos de gravidade objetiva ou de repetição dos crimes. A assembleia posicionou-se firmemente contra o *estado de perigo pré-delitual*.

O Congresso Geral de Bruxelas, em 1910, definiu claramente o debate entre os grupos. Incorporou o *estado perigoso* em um sistema de garantias da liberdade individual. Garçon, von Liszt, entre outros, assinaram uma resolução, estabelecendo que a lei prescreveria medidas de segurança especiais contra os delinquentes perigosos: os reincidentes legais; aqueles cujo hábito de vida a lei recomendasse; aqueles cujos antecedentes hereditários apontassem para o perigo; aqueles que houvessem praticado determinados crimes previstos pela lei.

No Congresso Russo, de 1912, os debates demonstraram receio de que a declaração de *estado perigoso* ameaçasse as liberdades individuais. Ressaltaram também a sua falta de clareza conceitual. Ao final, admitiram que a atividade penal do Estado não deveria apoiar-se somente na apreciação da natureza e da gravidade do delito, mas também nas peculiaridades pessoais do delinquente, taxativamente previstas pelo código penal e constatadas em processo judicial.

No último Congresso internacional da UIDC, em 1913, o *estado perigoso* foi tema exclusivo. Em trabalhos preparatórios, decidiu-se definir certas categorias de indivíduos perigosos. As teses sobre os alcoólicos e deficientes não despertaram interesse. A questão

⁶⁵ ANÍBAL BRUNO de O. F. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. 1977.

dos mendigos e vagabundos não prosperou. O próprio relator sugeriu que se tornassem novas figuras delitivas. Concluiu-se somente sobre os reincidentes. A análise da reincidência de hábito e perigosa deveria combinar os indícios formais da recidiva com a sua apreciação subjetiva.

De acordo com Aníbal Bruno, não obstante todo o trabalho dos congressos da UIDC, pouco se avançou sobre o conceito de periculosidade. De qualquer forma, o *estado perigoso* ultrapassou a fronteira do louco-infrator para alcançar infratores de outras categorias. Afastou-se a possibilidade de uma fórmula geral do *estado perigoso*, preferindo-se uma tipificação de *situações perigosas*. A periculosidade deveria referir-se somente àqueles “para os quais deve combinar-se a noção do perigo público que representam com a noção de ato criminoso.”⁶⁶

Os positivistas italianos deram maior sistematização à matéria. Para Grispigni, periculosidade era a capacidade de uma pessoa de tornar-se, com probabilidade, autora de delito.⁶⁷ No mesmo sentido, Florian entendia que a periculosidade era o estado, a atitude, a inclinação de uma pessoa a cometer, com grande probabilidade, quase certeza, delitos.⁶⁸ Mas foi o espanhol Jiménez de Asúa quem ofereceu a fórmula geral a partir da qual se constituiu a teoria da periculosidade, afirmando que periculosidade era a probabilidade de que um indivíduo cometeria ou voltaria a cometer um delito.⁶⁹

Formaram-se duas correntes doutrinárias. Uma corrente entendia que a periculosidade era aplicável somente a determinada categoria de delincente: os inimputáveis. Para Aníbal Bruno, esta corrente chocava-se com a teoria do *estado perigoso* que não admitia distinção entre imputáveis e inimputáveis, mas somente entre perigosos e não perigosos. Segundo o autor, a aberração teórica foi percebida nos congressos da UIDC, ampliando-se a periculosidade para algumas categorias de imputáveis.

Outra corrente entendia que a periculosidade era o único pressuposto da sanção criminal. Só a periculosidade justificava a imposição de sanção, pois a finalidade desta era a defesa social. O delito por si só não estava incluído nessa relação. Ademais, os delinquentes não perigosos estavam excluídos do seu alcance. Enfim, nenhuma sanção criminal se justificava fora da periculosidade.

A conclusão lógica do conceito leva a ver que, inversamente, mesmo não havendo delito algum, mas presente a periculosidade, a aplicação da medida de segurança estava

⁶⁶ ANÍBAL BRUNO de O. F. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. 1977. p. 19.

⁶⁷ GRISPIGNI, Filippo. *La responsabilità giuridica dei cosiddetti non imputabili*, 1921.

⁶⁸ FLORIAN, Eugenio. *apud* Aníbal Bruno de O. F. Op. cit., p. 21.

⁶⁹ ASÚA, Luis Jiménez de. *O estado perigoso: nova fórmula para o tratamento penal e preventivo*, 1933.

legitimada. Foi o resultado a que chegou Aníbal Bruno, defendendo a tese da periculosidade pré-delitual. Para o autor, o delito é mero sintoma de periculosidade, é a sua crise aguda. A periculosidade precede e acompanha a ação criminosa. Afirma que a corrente unicista - que defende a adoção do critério único da periculosidade – é a única doutrina verdadeira. Nas suas palavras, a corrente dualista põe em choque princípios doutrinários divergentes, embora a sua adoção seja compreensível do ponto de vista da Política Criminal.⁷⁰

Aníbal Bruno menciona que a periculosidade é um juízo individual e está sujeito a graus de variação. As análises de personalidade deveriam considerar fatores externos e internos. Os fatores internos, diagnosticados por exames clínicos e antropológicos, seriam os melhores indícios do caráter real do sujeito. Quanto mais influentes e, dentre eles, os permanentes e hereditários, maior seria a periculosidade. Para o autor – jurista e médico -, a personalidade biossociológica é o primeiro fundamento do juízo da periculosidade. Mas seria preciso complementar o estudo da personalidade, avaliando o comportamento do indivíduo no meio em que vive e as estratégias que adota para resolver os problemas da vida. Seria necessário analisar o reflexo produzido pelo comportamento do indivíduo no ânimo público: sua temibilidade.⁷¹

O autor afirma que não se deve dar importância demasiada ao delito. O comportamento criminoso é um sintoma da periculosidade, mas somente o exame dos motivos, circunstâncias, personalidade, podem confirmá-la. Não há uma relação direta entre a gravidade deste e a intensidade do estado perigoso. Inversamente, é possível vislumbrar-se uma periculosidade gravíssima diante de pequenos delitos e até sem delito.

Na visão de Aníbal Bruno, há uma confusão entre *aptidão para delinquir* e *probabilidade de vir a delinquir* – confusão feita principalmente por Ferri. O juízo de periculosidade deve ser um juízo de probabilidade. A prática de um delito não induz por si só à periculosidade, à probabilidade de que venha a repetir-se.

Grispigni preteu que a lei fixasse o valor sintomático de cada delito a fim de evitar tratamento diferenciado a autores de crimes idênticos. Queria conciliar a concepção causal do delito com a concepção sintomática da periculosidade.⁷² Segundo Aníbal Bruno, essas abordagens são inconciliáveis e resultam no julgamento do delito, não da periculosidade. A teoria da periculosidade não aceita essa tese, pois a análise *do estado perigoso* deve considerar também os aspectos subjetivos do delito.

⁷⁰ ANÍBAL BRUNO de O. F. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, 1977. p. 22-26.

⁷¹ ANÍBAL BRUNO de O. F. Op. cit., p. 29-32.

⁷² GRISPIGNI, Filippo. *La responsabilità giuridica dei cosiddetti non imputabili*, 1921.

Ao excluir qualquer consideração sobre responsabilidade moral, a teoria da periculosidade dissolve a clássica distinção entre imputáveis e inimputáveis. Porém, várias legislações acolheram a periculosidade somente aos inimputáveis, fazendo com que os dois critérios coexistam. Esse ecletismo, de acordo com Aníbal Bruno, é absolutamente sem sentido no campo teórico. Ressalta que a clara fronteira entre inimputáveis e imputáveis está obscurecida diante dos vários graus intermediários de perturbações psíquicas. O delito manifesta quase sempre uma essência mais ou menos anômala do ponto de vista biopsicológico.

O problema era colocado nos seguintes termos: ou se incluía a multidão de anômalos (criminosos natos ou degenerados) na categoria dos loucos, ou na categoria dos sãos. No primeiro caso, todos se tornariam inimputáveis, portanto, excluídos do alcance da pretensão punitiva. No segundo, todos se tornariam imputáveis, falseando o fundamento da periculosidade. Diante do impasse, o pensamento eclético tratou de se adaptar: criou a categoria da *imputabilidade atenuada*, os chamados semi-imputáveis.

As medidas de segurança deveriam cumprir funções variadas e adaptadas a cada caso concreto. Nas palavras do jurista, abstraída a função expiatória da pena, nada mais a diferencia da medida de segurança. Esta, como a pena, tem sempre um conteúdo restritivo de bens jurídicos. Neste núcleo persiste uma função de intimidação geral: a prevenção geral da doutrina clássica.

Não obstante o protagonismo pretendido pela teoria da periculosidade, ela suscitou muitas dúvidas e temores em razão de sua incursão no campo da subjetividade humana. Duas sérias objeções levantaram-se contra ela. Uma apresentava dúvidas sobre a possibilidade de se determinar com segurança a existência e a cessação da periculosidade. Outra apontava que a aplicação prática dessa teoria punha em risco as garantias dos direitos individuais.

Aníbal Bruno ressalta que os elementos que fundamentam o juízo de periculosidade não são mais frágeis do que aqueles que o juiz leva em conta para avaliar a capacidade psíquica do agente: entendimento sobre o caráter ilícito do fato e autodeterminação.

Concorda com a imprecisão relativa dos exames, mas afirma que há condições inatas de desajustamento, de indisciplina social que são perfeitamente aferíveis. Além disso, o juízo de periculosidade não se baseia exclusivamente nesses exames, busca todas as circunstâncias de fato. A periculosidade verifica-se no plano fático, plenamente alcançável pela capacidade média de observação e de julgamento do homem.

Aníbal Bruno entende que a teoria da periculosidade não representa ameaça aos direitos individuais. Para ele, a crítica não prospera no campo da periculosidade pós-delitual. Uma vez praticado o delito, aplica-se uma sanção ao delinquente, qualquer que seja a doutrina adotada. Afirma que a teoria do *estado perigoso* tem a vantagem de ser menos prejudicial ao agente diante de um erro judiciário, dado que não almeja fins retributivos.

Quanto à periculosidade sem delito, não se pretende lançar um juízo de periculosidade sobre qualquer cidadão, mas somente sobre aqueles cujo modo de vida por si mesmo já é um perigo social. No particular entendimento do autor, para os indivíduos perigosos a medida de defesa social é antes de tudo um benefício, pois o seu objetivo é reconduzi-los a um estado de integridade. Também é um benefício para a sociedade porque a medida de defesa visa neutralizar o prognóstico de periculosidade criminal, interferindo, em tempo hábil, nos fatores criminógenos individuais.⁷³

Menciona, ainda, que não haveria violação das garantias individuais, pois tanto a periculosidade pós-delitual como a pré-delitual tomariam disposições reguladas pelo sistema normativo. A teoria da periculosidade não prescindiria da lei ou do direito criminal. Somente a lei poderia estabelecer as circunstâncias que caracterizariam esses fatos. A lei também regularia as sanções criminais e as condições de sua aplicação.

Não obstante os bons argumentos de Aníbal Bruno, ainda hoje a teoria da periculosidade está longe de alcançar unanimidade entre os doutrinadores. Pensamos que assiste razão a Zaffaroni quando afirma que as medidas de segurança pré-delitais são inadmissíveis por afronta ao princípio da legalidade. Se a lei previsse condutas reveladoras de periculosidade, estaria de todo modo criando novas figuras típicas diante do sistema penal, apenas com outro nome. Aquelas situações passariam a reclamar igualmente imposição de sanção, com um conteúdo restritivo de direitos semelhante às penas. Entendemos também, como grande parte da doutrina brasileira, que as medidas de segurança pós-delitais implicam sempre em penalidade diante da privação forçada de bens jurídicos, ainda que se tente justificá-las como tratamento.

Em que pesem as dificuldades para sua definição, a periculosidade integrou-se aos ordenamentos jurídicos contemporâneos, fundamentando a necessidade da medida de segurança. A lei penal brasileira seguiu essa orientação. Retomaremos o tema da periculosidade criminal no segundo capítulo desta dissertação ao tratarmos da sua

⁷³ ANÍBAL BRUNO de O. F. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, 1977. p. 43.

sistematização na legislação brasileira. Antes, porém, entendemos igualmente importante acompanharmos a construção doutrinária da medida de segurança.

Na escola clássica do direito penal, o drama criminal fechava-se em torno do delito e da pena. A racionalidade daquele sistema manifestava-se através de silogismos jurídicos em que a conclusão lógica pela aplicação da pena derivava da fórmula abstrata da subsunção do fato à norma incriminadora, intermediada por um juízo de culpabilidade. Francesco Carrara pretendia que sua doutrina tivesse caráter acabado e invariável, pois, a seu ver, derivava de uma razão eterna.⁷⁴

A inquietação do espírito humano não quis homologar a sentença de Carrara. O positivismo surgiu com seu *Homo psychologicus*, dotado de personalidade predeterminada por fatores hereditários, portanto, sem liberdade de escolha moral. Toda a problemática criminológica deslocou-se para a dinâmica entre a periculosidade e a defesa social. O instituto da medida de segurança surgiu como uma síntese daquele sistema.

Não podemos deixar de mencionar que antes da construção doutrinária da medida de segurança, havia fragmentos legislativos cujo conteúdo se diferenciava das sanções penais em razão de circunstâncias especiais relativas às pessoas a quem se dirigiam.

De forma genérica, Aníbal Bruno chama a esses fragmentos de *medidas preventivas*. De acordo com o autor, há vestígios dessas medidas em legislações arcaicas que coexistiram com o Talião. Por sua vez, os romanos excluía os *furiosi* do campo da ação penal e reconheciam a necessidade de impor-lhes um estado de custódia.⁷⁵ Em tempos mais próximos, menciona a existência de diversos fragmentos legislativos que impõem medidas preventivas de forma esporádica.

De acordo com o jurista essas legislações surgiram de exigências de ordem prática. Sua necessidade se impunha a partir do entendimento de que certas pessoas, consideradas incapazes de responsabilização perante o direito penal, não podiam ser deixadas em liberdade sem que representassem uma ameaça aos interesses de segurança social. Afirma que a ideia genérica de defesa social, como fundamento do direito de punir, já estava presente na doutrina clássica do direito penal, atribuindo a Romagnosi a autoria do critério como fundamento da pena.

Todas as *medidas preventivas* anteriores parecem representar para o autor o mesmo sentido de proteção social que se encontra no centro das formulações da doutrina da

⁷⁴ CARRARA, Francesco. *apud* ANÍBAL BRUNO de O. F. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, 1977. p. 11.

⁷⁵ ANÍBAL BRUNO de O. F. *Op. cit.*, p. 128; 209.

medida de segurança.⁷⁶ Mais do que isso, o autor nos dá a impressão de que sempre se falou da mesma *loucura* e do mesmo *louco*; que sempre estiveram cercados por mecanismos de segregação, ainda que determinados por formas rudimentares de uma razão pré-científica.

Vimos por meio da argumentação desenvolvida por Foucault, que não é possível extrair desses fragmentos legislativos ou dessas tantas *medidas preventivas* uma continuidade descritiva. Pensamos ser um equívoco operar essa síntese historicista, buscando em várias épocas e em vários contextos da experiência da loucura um parentesco tal que autorize afirmar um mesmo sentido unívoco de proteção social.

Os fragmentos legislativos que tratavam de *medidas preventivas* surgiram para atender situações de difícil solução prática diante dos paradigmas jurídicos da época. Diante do silogismo jurídico, não havia pena sem culpa, sem liberdade de escolha moral. Não sendo possível aplicar pena aos doentes mentais, eram submetidos a outras providências de prevenção criminal.

Fora do quadro definido da alienação mental, havia outros estados em que o discernimento apresentava-se comprometido. Para estes, o direito clássico oferecia a solução de uma responsabilidade mitigada: aplicação de pena diminuída. De acordo com Aníbal Bruno, a solução não é satisfatória nem do ponto de vista dogmático nem prático. Sendo a pena mais curta, expõe a sociedade mais rapidamente à ação dos “homens perigosos”. Sendo eles mentalmente deficitários, não apreendem a força intimidatória e inibidora da pena. Na opinião do autor, os *fronteiriços* deveriam receber medidas que visassem sua cura e a segurança da sociedade, portanto, medidas mais adequadas às condições de sua personalidade. O princípio da prevenção especial encontraria ali o seu melhor campo de aplicação.⁷⁷

Os postulados da nascente criminologia positivista não reuniam força suficiente para fazer desaparecer toda estrutura dogmática anterior, pois a ideia de pena sem culpabilidade não era facilmente assimilável. Liszt, à frente da escola eclética, afirmava que era preciso criar providências de emenda e segregação em relação ao *estado perigoso* para alcançar o objetivo da defesa social. Essas providências viriam a ser chamadas de medidas de segurança. De acordo com Aníbal Bruno, a doutrina medida de segurança nasceu na teoria de

⁷⁶ Em um mesmo tópico de texto, Aníbal Bruno menciona desde os regulamentos romanos até as codificações modernas. Ver: ANÍBAL BRUNO de O. F. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, 1977. p. 128.

⁷⁷ ANÍBAL BRUNO de O. F. Op. cit., p. 128-129

von Liszt por segmentação da pena: com esta ficava o atributo da intimidação, com a medida de segurança, a emenda e a segregação.⁷⁸

A construção da doutrina das medidas de segurança seguiu a inspiração eclética. Os grandes debates teóricos tiveram lugar naqueles mesmos congressos da União Internacional de Direito Criminal (UIDC) em que se discutia, de forma paralela, a teoria da periculosidade. De forma semelhante, o grupo alemão e belga era partidário de um sistema normativo pluralista onde conviveriam penas e medidas de segurança. O grupo francês, de tendência unicista, mostrava-se resistente ao novo instituto.

O I Congresso da UIDC aconteceu em Bruxelas, no ano de 1889. No seu programa inaugural, já se lia que a pena não era o único meio de enfrentamento do crime e que as medidas preventivas deveriam ser incluídas. Debateram sobre o tema da reincidência e concluíram que o sistema era defeituoso pela uniformidade de tratamento que dava aos delinquentes habituais e ocasionais, bem como pelo abuso de penas muito curtas.

O II Congresso realizou-se em Berna, em 1890. Trouxe à tona a questão dos criminosos habituais incorrigíveis. Concluíram que para determinados criminosos a pena ordinária era insuficiente. Incluíram também nesta categoria os reincidentes inveterados (criminosos de profissão), que deveriam ser submetidos a medidas especiais em razão da sua degeneração e perigo.

O III Congresso aconteceu em 1891, em Cristiania - hoje Oslo. Aprovaram duas resoluções principais. A primeira tratou da promoção de um estudo pormenorizado sobre o caráter e a nocividade dos delinquentes habituais incorrigíveis, bem como da elaboração de uma estatística da reincidência. A segunda resolução estabeleceu que, após o julgamento do último delito cometido, a decisão seria remetida a uma nova instrução a fim de se apurar dados passados e presentes sobre o indivíduo e submetê-lo à observação durante um *período de ensaio* a ser determinado.

Os IV e V Congressos realizaram-se em Paris (1893) e em Anvers (1894). Seguindo aquelas resoluções, trataram prioritariamente da promoção das estatísticas da reincidência. Além disso, retiraram os mendigos e vagabundos do grupo dos reincidentes.

Seguiu-se um período em que por várias assembléias esses temas foram postos de lado. Somente no Congresso de Hamburgo, em 1905, o assunto assumiu relevância novamente. Prins destacou a problemática: “Deve-se punir o delinquente pelo que fez, pelo

⁷⁸ ANÍBAL BRUNO de O. F. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, 1977. p. 125-126.

que quis fazer, ou pelo que é?”⁷⁹ Liszt chamou a atenção para a mudança na abordagem da questão: não se discutia mais a noção jurídica de reincidência e de criminoso habitual incorrigível, mas o *estado perigoso* do delinquente; esta individualidade determinaria a medida cabível. De acordo com Aníbal Bruno, naquele momento os temas do *estado perigoso* e das medidas de segurança passaram a ocupar o centro das atenções.

No Congresso de Bruxelas de 1910, Garçon, representante da facção francesa mais resistente às novas medidas, reconheceu o *estado perigoso* de alguns indivíduos. Porém, enfatizou que, como a assistência seria forçada, deveria submeter-se às normas de direito público a fim de assegurar aos infratores a proteção da liberdade individual. Igualmente, nenhuma medida que implicasse em privação de liberdade poderia ser ordenada por outra autoridade que não a judiciária, diante de debate público e contraditório, respeitando-se o princípio da anterioridade da lei penal.

Na Assembléia Geral (Bruxelas, 1910) von Liszt propôs suas teses. O *estado perigoso* evidenciava-se quando a ameaça da pena ordinária não era capaz de impedir que uma pessoa de capacidade intelectual especial cometesse crimes. Sendo assim, as medidas de defesa social alcançariam vários tipos de delinquentes. Elas estariam divididas entre duas espécies: de adaptação (para jovens, para os de má conduta ou ociosos, para os movidos pela embriaguez), ou de eliminação (para os inimputáveis alienados mentais, para os de imputabilidade reduzida e para os casos de reincidência grave). As medidas de adaptação deveriam ter prazo determinado. As de eliminação deveriam ser aplicadas por tempo indeterminado, persistindo enquanto durasse o estado perigoso. Todas as medidas de defesa poderiam ser aplicadas a título provisório ou definitivo e também no lugar da pena ou acessoriamente a ela.

Liszt afirmou também que o *estado perigoso* poderia existir mesmo sem a prática de um delito. Afirmou a necessidade de que juízes civis ordinários impusessem medidas de defesa social aos não delinquentes: crianças e adolescentes abandonados e os que se davam ao hábito da embriaguez. Entendia que a liberdade individual não estaria ameaçada pela adoção destas medidas, tendo em vista que seriam aplicadas sob o amparo da lei e do Judiciário, ao qual caberia fixar seu termo inicial e final. Ao final, a Assembléia decidiu que a lei deveria estabelecer medidas especiais de segurança social contra os delinquentes perigosos, mas não aprovou a adoção de medidas de defesa contra não-delinquentes.

⁷⁹ ANÍBAL BRUNO de O. F. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, 1977. p. 191.

No XII Congresso da União, reunido em Copenhague, em 1913, decidiu-se que a duração mínima da *medida de internação* seria pelo menos a mesma da pena privativa de liberdade. Este mínimo poderia ser aumentado de dois anos ou mais. Uma comissão especial decidiria se ao final da expiração do tempo mínimo a medida deveria permanecer ou cessar.

Após a Primeira Guerra Mundial, a UIDC foi extinta em razão do acirramento de ânimos entre as nações européias. Fundou-se em seu lugar a *Association Internationale de Droit Penal*.

O I Congresso da Associação aconteceu em Bruxelas, em 1926, e contou com a adesão dos positivistas italianos que tinham permanecido alheios aos trabalhos da UIDC. O tema das medidas de segurança era o segundo na pauta do programa e abordava um problema de fundamental interesse: se as medidas de segurança deveriam substituir a pena ou apenas complementá-la. De acordo com Aníbal Bruno, naquele momento chagou-se ao ponto de estrangulamento entre as doutrinas lógico-jurídica e positivista.

O próprio Ferri, grande chefe da Escola Positiva italiana, compareceu à reunião. Contudo, não defendeu o ponto de vista tradicional do positivismo criminológico. Naquele congresso, abandonou suas posições originais e aderiu a uma postura conciliadora. Afirmou que a pena clássica, embora insuficiente como meio de defesa social, deveria ser conservada e complementada pela medida de segurança.

Acirraram-se as discussões. Os tradicionalistas só admitiam as medidas de segurança para os inimputáveis; os positivistas entendiam que pena e medida de segurança eram aspectos da mesma sanção penal; e os ecléticos queriam que a pena fosse complementada pela medida de segurança. Ao final, aprovou-se a proposta eclética.

Segundo Aníbal Bruno, o congresso mais importante para o tema da medida de segurança foi a conferência de Roma, de 1928. A importância não se deveu tanto à originalidade, mas à sistematização da matéria, baseada no projeto de código penal do criminalista italiano Arturo Rocco.

No X Congresso Internacional Penal e Penitenciário (Praga, 1930) dois temas destacaram-se: quais seriam as medidas de segurança mais aptas, como classificá-las e sistematizá-las; e se era possível aplicar-lhes o *sursis*.

O XI Congresso Internacional Penal e Penitenciário (Berlim, 1935) tratou do aspecto mais árduo do tema: sua execução. Suas principais conclusões foram no sentido de que as medidas de segurança fossem cumpridas em estabelecimentos especiais, distintos dos penitenciários; que os internados recebessem tratamento diferenciado dos condenados a

penas graves. Concluiu-se também que as experiências ainda não permitiam saber se era recomendável aplicar-lhes o sistema progressivo. A resolução mais importante recomendou assistência aos liberados, entendendo que a readaptação à vida comum era central para o objetivo da medida.

Seguindo a orientação da criminologia européia, em 1936, no Rio de Janeiro, aconteceu a I Conferência Brasileira de Criminologia em torno do projeto Sá Pereira de código criminal brasileiro. Levantaram-se duas questões sobre o tema: saber se era aconselhável entre nós o uso das medidas de segurança, e saber se as garantias constitucionais relativas à liberdade individual não ficariam sacrificadas. Os tradicionalistas estavam indecisos em relação ao novo instituto e os positivistas não tinham a firmeza necessária para defender sua posição.

De acordo com Aníbal Bruno, o maior defensor das medidas de segurança à época foi o professor Demóstenes Madureira de Pinho. Propôs que as medidas fossem aplicadas em caso de *estado perigoso* e que este estado poderia ser averiguado em razão de prática de ato não delituoso. Para este efeito, a lei os equipararia aos delitos. Concluíram que as medidas de segurança não afetavam as garantias das liberdades individuais, mas só aceitaram as de caráter pós-delitual.⁸⁰

No IV Congresso Internacional de Direito Penal de Paris (1936), exigiu-se a intervenção das autoridades judiciárias sob a forma de vigilância e de certo poder de decisão sobre as medidas de segurança, mas manteve-se a autonomia da administração penitenciária. Decidiu-se também que o princípio da legalidade, que interditava a analogia em relação à pena, aplicar-se-ia às medidas de segurança.

Em linhas gerais podemos dizer que este foi o percurso das primeiras discussões doutrinárias em torno do tema da medida de segurança. Sabemos que o corolário da “luta entre escolas” foi a incorporação progressiva do instituto aos ordenamentos jurídicos de quase todos os países, inclusive do Brasil. Veremos adiante esse percurso legislativo.

1.4 A Construção Normativa da Medida de Segurança

Os primeiros esboços legislativos de *medidas de preventivas* surgiram de forma esporádica. O código penal francês previa que o menor delinquente, entre treze e dezoito

⁸⁰ ANÍBAL BRUNO de O. F. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. 1977. p. 206.

anos de idade, podia ser internado em colônia penitenciária. No direito inglês, em relação aos alienados, havia o *Criminal Lunatic Asylum Act* (1860) e o *Mental Deficiency Act* (1913). Quanto aos menores, existia os *Children Act* (1908 e 1933). O *Prevention of Crime Act* (1908) destinava-se aos criminosos habituais. O Código norueguês de 1902 assumia uma posição mais clara sobre as medidas de defesa social. A autoridade judiciária podia ordenar o internamento de agentes perigosos, irresponsáveis totais ou parciais, em asilo de alienados, de saúde ou de trabalho, ou ainda impor interdição de domicílio ou residência.⁸¹

De acordo com Aníbal Bruno, o mérito de ter organizado um verdadeiro sistema de medidas de segurança foi do suíço Carl Stooss, no seu projeto de código penal unitário. O projeto inspirou vários projetos legislativos posteriores e incentivou o debate doutrinário sobre o novo instituto. A grande inovação foi ter atribuído às medidas um caráter jurisdicional. Podiam ser aplicadas juntamente com as penas ou em sua substituição, inclusive aos imputáveis. Destinavam-se aos irresponsáveis, aos de responsabilidade atenuada, aos criminosos habituais, alcoólicos, vagabundos e adolescentes.

O projeto Rocco, que se transformou no Código Penal italiano em 1939, seguiu a mesma tendência dualista do projeto suíço. Traçou fortes limites entre pena e medida de segurança, inspirado no princípio clássico da responsabilidade moral. Na visão de Aníbal Bruno, este projeto deu organicidade ao instituto, sistematizando as medidas sob o critério da periculosidade. As medidas de segurança resultavam da periculosidade, mas só deviam ser aplicadas pelos juízes diante do cometimento de crimes ou atos que a lei equiparasse aos crimes. Para o autor, o projeto Rocco foi um modelo para outras legislações. Os juristas entendiam-no como definitivo, mas os sociólogos-naturalistas o viam como uma etapa do processo evolutivo do instituto. Daí em diante as medidas de segurança foram incluídas em quase todos os códigos penais modernos.

Os projetos de códigos positivistas, de natureza unicista, tal como o de Ferri, deram outro tratamento ao instituto. Estabeleceram a fórmula única da sanção penal sem fazer diferença entre pena e medida de segurança. Pretenderam que o conceito de periculosidade prevalecesse sobre o de responsabilidade moral.⁸²

Em geral, esses projetos só admitiram a periculosidade pós-delitual. Aníbal Bruno – partidário também do critério pré-delitual - afirma que certamente a doutrina se encaminhará nesse sentido.

⁸¹ ANÍBAL BRUNO de O. F. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, 1977. p. 209.

⁸² ANÍBAL BRUNO de O. F. Op. cit., p. 210-212.

Entende que a corrente dualista abriga uma contradição, visto que os postulados clássicos e positivistas são absolutamente inconciliáveis. Para o autor, é impossível fazer conviver, sem prejuízo da lógica, a liberdade moral e o determinismo psicológico. Entretanto, a razão houve por bem curvar-se diante das exigências práticas que não toleravam a pena sem culpa e sem retribuição. Quase todos os sistemas legislativos acolheram o dualismo.

No Brasil, antes do Código Penal de 1940, não se podia falar em um sistema de medidas de segurança. As Ordenações Filipinas, de 1603, sequer mencionavam a situação dos insanos, apenas referiam-se aos menores infratores, aos quais se aplicavam penas reduzidas.

O Código Penal do Império, de 1824, deixava à livre convicção do juiz a decisão sobre as medidas a serem aplicadas aos loucos criminosos: poderiam ser entregues à família ou encaminhados a instituições para alienados.

O Código Penal Republicano, de 1890, designava aquelas mesmas medidas aos menores e loucos infratores e determinava a reclusão de vadios reincidentes em colônias penais. Na visão de Aníbal Bruno, representou avanço ao exigir que a decisão judicial fosse fundamentada na periculosidade do agente e na defesa da ordem pública.

Seguiram-se várias leis esparsas. O Decreto nº 145/1893 impunha o internamento em colônias de correção e tratamento aos vadios, vagabundos e capoeiras. O Decreto nº 1.132/1903 organizava a assistência aos alienados e preconizava a construção dos manicômios judiciários. Diversos regulamentos seguidos do Decreto 24.505/1934 determinavam internação aos ébrios e dependentes químicos.

O projeto de código Sá Pereira, baseado no Código Rocco, apresentou o ensaio da primeira sistematização das medidas de segurança. Adotou o critério da periculosidade como pressuposto das medidas de segurança, recepcionando somente a periculosidade pós-delitual. Estabeleceu detalhadamente os critérios para a averiguação do *estado perigoso*. Mencionou uma medida de segurança de caráter patrimonial: a caução de bom comportamento. As demais medidas detentivas e não-detentivas eram de caráter pessoal.

Aníbal Bruno considera este projeto criticável por não levar em conta a personalidade do agente e as circunstâncias do crime entre os fundamentos da periculosidade. Outro deslize teria sido a determinação da duração da medida, pois acredita que devem estar sujeitas apenas ao critério da cessação do *estado perigoso* do agente.⁸³

⁸³ ANÍBAL BRUNO de O. F. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, 1977. p. 218-219.

Em 1938, Alcântara Machado elaborou um projeto de código que, no entender de Aníbal Bruno, apresentou uma ótima sistematização do instituto, superando, inclusive, a fonte inspiradora do Código Rocco. O sistema foi informado e unificado pelo critério da periculosidade criminal, embora se curvasse às exigências da política criminal, assentando-se sob a base dualista da pena e da medida de segurança.

O projeto serviu de base ao Código Penal de 1940 cuja elaboração fora confiada a uma Comissão Revisora. Na Exposição de Motivos, o Ministro Francisco Campos ressaltou a tendência mundial pela adoção de medidas de segurança, pois as medidas puramente repressivas eram insuficientes na luta contra a criminalidade. O projeto consagrou a expressão *medidas de segurança* no direito brasileiro em substituição à antiga *internação para segurança do público*, mencionada no art. 29 do Código Penal de 1890. A medida de segurança foi a grande novidade trazida pelo diploma penal.

Embora o Brasil tivesse adotado uma postura eclética, excluindo a possibilidade de substituir integralmente o sistema de penas, o Código de 1940 ainda abrigava muitos aspectos do pensamento criminológico positivista.

Isso se verificava principalmente no pressuposto da periculosidade. Fosse ela presumida ou avaliada, sempre autorizava a aplicação de medida de segurança independentemente de se tratar de imputável ou inimputável. A norma estendia a presunção absoluta de periculosidade a um grande número de casos: inimputáveis, semi-imputáveis; condenados por crime cometido em estado de embriaguez habitual; reincidentes em crime doloso; condenados por crime praticado em associação, bando ou quadrilha (CP/1940, art. 78). Nestes dois últimos casos, percebe-se a influência direta das formulações dos fóruns internacionais de direito criminal em que as figuras do criminoso habitual e do criminoso profissional ocuparam o centro dos debates.

Quanto à verificação de periculosidade, era preciso considerar se a personalidade do indivíduo, os antecedentes, motivos e circunstâncias do crime autorizavam a presunção de que viria ou tornaria a delinquir. Ainda que a pessoa tivesse a sua capacidade cognitiva e volitiva preservada, poderia ser submetida a uma medida de segurança (artigo 77).

Em relação ao pressuposto da prática de crime, embora tivesse excluído a medida pré-delitual, o Código mantinha seus resíduos. Estabelecia a possibilidade de aplicação de medidas de segurança nos casos de *quase crime*, isto é, de crime impossível ou de tentativa frustrada (artigo 1º).

De forma geral, a prática de crime era uma exigência. Aos inimputáveis - porque já isentos de pena - aplicavam-se somente medidas de segurança. Aos de responsabilidade diminuída (semi-imputáveis) adotava-se o sistema duplo binário: aplicavam-se penas e medidas de segurança sucessivamente. Da mesma forma aos imputáveis. Entendeu-se que, mesmo diante do *estado perigoso*, ninguém poderia furtar-se ao sentido intimidador da pena, pois o objetivo da medida de segurança era apenas preventivo e terapêutico.

Merece ainda registro a previsão de aplicação provisória de medidas de segurança em fase de instrução processual. No entanto, isso só era permitido aos inimputáveis, aos ébrios habituais e aos toxicômanos (artigo 80).

Quanto às espécies de medida de segurança, dividiam-se em dois grandes grupos: *patrimoniais e pessoais*. As medidas pessoais subdividiam-se em *detentivas e não-detentivas* (artigo 88).

Seguindo a linha cronológica da legislação, não poderíamos deixar de mencionar o Código Penal de 1969, embora tenha sido revogado ainda na *vacatio legis*. Ele havia revogado o duplo binário para os agentes de responsabilidade diminuída, adotando o sistema vicariante. Chegou também a dar um passo significativo ao suprimir a presunção absoluta de periculosidade dos inimputáveis, permitindo que não fossem submetidos à internação nos casos não comprovados.

Finalmente, o Código Penal de 1940, reformado em grande parte pela Lei nº 7.209, de 1984, traz a sistematização atual das medidas de segurança em quatro artigos de lei. O capítulo seguinte está dedicado à discussão sobre esta sistematização.

Antes de prosseguir, chamamos a atenção para o fato que, em nosso País, o manicômio judiciário antecedeu a própria regulamentação do instituto da medida de segurança. Isso revela uma característica importante da consciência brasileira sobre a questão dos loucos-infratores. A necessidade social de mantê-los em instituições típicas do controle penal já se manifestava antes que a doutrina jurídica e as instâncias judiciárias consolidassem essa conclusão.

Carrara relata que no Brasil do final do século XIX, enviavam-se os criminosos degenerados para os hospícios. O médico alienista João Calos Teixeira Brandão, que à época administrava o Hospício Nacional, ficou conhecido por questionar a presença dos degenerados envolvidos com a Justiça Penal junto aos alienados comuns. Em um ofício endereçado ao então Ministro da Justiça, dizia: “[...] o Hospício Nacional, estabelecimento destinado a alienado comum, não oferece a segurança necessária, nem tão pouco tem pessoal

em número suficiente par asilar alienados perigosos, alienados criminosos e condenados alienados.”⁸⁴

O que estava em jogo direta e indiretamente eram as formulações da Escola Positiva de Direito Penal. A confusão entre loucura e crime não incomodava só os juristas, mas também os psiquiatras:

Muito inocentes para ficarem nas prisões, mas muito perversos para ficarem no hospício, esses seres ambíguos deveriam, aos olhos de Brandão, ter seu destino absolutamente desvinculado do Hospício Nacional. Mais que um simples pavilhão em seu interior, seria necessária uma nova instituição. Aparece, então a demanda por um ‘manicômio criminal’, como já vinha sendo erguido em outros países ‘civilizados’. Mas, se por um lado existe uma loucura que é perigosa e violenta, propriamente perversa, há também uma criminalidade que, através dos degenerados e criminosos natos, não é mais reconhecida plenamente como simples transgressão moral ou legal. Era também para ela que se destinava o manicômio criminal [...] ⁸⁵

O determinismo biológico contido nas categorias de degeneração e de criminoso nato colocava-se ao campo da prática psiquiátrica como uma anomalia que não podia ser contida e tratada pelos mesmos meios que a doença mental dos não-criminosos. Os degenerados - doentes perversos e violentos - eram um encargo insuportável para os hospícios comuns. Desde o final do século XIX, o discurso de grande parte da psiquiatria brasileira demandava a criação de um espaço próprio para abrigar a “loucura perversa”. Falava-se na criação de um hospício com características prisionais capaz de responder à necessidade de custódia dos loucos-criminosos.

Nas primeiras décadas do século XX, a prática judiciária enfrentava um acúmulo de impasses que levava psiquiatras e magistrados a lutar pelo asilo criminal. Em um contexto influenciado pelo pensamento de Teixeira Brandão, editou-se o Decreto nº 1.132, de 22 de dezembro de 1903, preconizando a construção de manicômios judiciários em cada estado, ou ao menos a separação de pavilhões dentro dos hospícios públicos.

Delgado lembra que o alienista Franco da Rocha, em 1911, no Hospício da Várzea do Carmo, São Paulo, tentava administrar o problema dos loucos criminosos mantendo-os em enfermarias separadas. Como muitos alienistas da época, Franco da Rocha enfrentava problemas com as instâncias judiciárias: “aí vinham os habeas-corpus e até

⁸⁴ TEIXEIRA BRANDÃO, J. C. *apud* CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 148.

⁸⁵ CARRARA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 153.

requerimentos ao Supremo Tribunal Federal: ninguém sabia o que fazer, e tudo por falta de um lugar especial para colocação de tais pacientes.”⁸⁶

O autor menciona que a psiquiatria da época estava voltada para a etiologia do crime. Entre vários nomes influentes, Heitor Carrilho era quem sistematizava e desenvolvia os fundamentos clínicos da psiquiatria forense brasileira, influenciado pela Escola Antropológica de tradição lombrosiana. Dedicava-se a estudos de categorias nosológicas que serviam à confirmação da periculosidade dos loucos criminosos, bem como à recomendação da criação do hospício criminal. Carrilho acabou assumindo a direção do primeiro Manicômio Judiciário brasileiro, afastou-se das preocupações clínicas e aderiu “claramente a defesa da sociedade, contra tais inimigos cuja ‘clínica’ nem vale mesmo a pena estudar, mas que se tornarão vitais para a consolidação do núcleo temático da periculosidade.”⁸⁷

Carrara lembra dois acontecimentos de grande repercussão nacional que precipitaram a construção do primeiro manicômio judiciário. Em 1919, um taquígrafo *degenerado* do Senado Federal matou a mulher de um senador influente na sociedade carioca. A imprensa mobilizou-se pela criação do manicômio judiciário como forma de garantir, não um tratamento terapêutico, mas uma repressão mais eficaz. Diante da repercussão do caso, no mesmo ano o Congresso Nacional posicionou-se pela sua construção.

Em janeiro de 1920, na Seção Lombroso do Hospício Nacional, ocorreu uma grande rebelião. Várias autoridades compareceram ao local, inclusive o então Ministro da Justiça, Alfredo Pinto. Juliano Moreira, Diretor do Hospício Nacional, declarou à imprensa a necessidade de que os criminosos loucos fossem alojados em prisões de caráter especial: “[...] não se julgando loucos, porque raciocinam e discernem, acham que sequestrar-lhes a liberdade é um crime e por isso se rebelam com os médicos e a administração do hospital que os conservam detidos.”⁸⁸

Os acontecimentos reforçaram a campanha e, em 30 de maio de 1921, nos fundos da Casa de Correção da cidade do Rio de Janeiro, inaugurou-se o primeiro manicômio judiciário brasileiro.

Os fatos mostram que o Brasil literalmente *edificou* um controle penal sobre a loucura a partir de movimentos e ideologias próprias – embora a referência a manicômios

⁸⁶ ROCHA, Franco. *apud* DELGADO, Pedro Gabriel G. As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil, 1992. p. 61.

⁸⁷ DELGADO, Pedro Gabriel G. *Op. cit.*, p. 72.

⁸⁸ JULIANO MOREIRA *apud* CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, 1998. p. 193-194.

judiciários estrangeiros fosse constante. Antes que a doutrina da medida de segurança se consolidasse fora e dentro do Brasil, o discurso da psiquiatria brasileira já vaticinava que o destino dos loucos-infratores não era o hospício público, mas o hospital-prisão. Essa compreensão - corroborada pelos juristas e pela opinião pública - enraizou-se também na percepção social.

Pensamos que essa experiência ainda esteja culturalmente presente na sensibilidade brasileira, oferecendo obstáculos às proposições que recomendam tratamento aos pacientes judiciários na rede pública de assistência em Saúde Mental. Talvez essa experiência também esteja no fundo das consciências jurídicas e médicas que resistem em acolher as diretrizes da Reforma Psiquiátrica no campo do controle penal da loucura.

2 A MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Reflexões sobre a Natureza Jurídica da Medida de Segurança e sua Inconstitucionalidade

A medida de segurança incorporou-se ao direito brasileiro com a promulgação do Código Penal de 1940. Desde então, as dificuldades de integrar princípios teóricos diferentes e muitas vezes conflitantes têm desafiado a lógica e colocado uma questão de fundo à ciência do direito: a constitucionalidade do instituto.

Observamos que grande parte dessa discussão envolve o entendimento sobre a natureza jurídica da medida de segurança. Opiniões dividem-se, atribuindo-lhe natureza penal ou extrapenal. Esta relativa indefinição reflete as antinomias que sempre acompanharam o instituto. A construção doutrinária e legislativa da medida de segurança viu-se confrontada, desde o início, com os paradigmas da teoria constitucional, tal como apreendidos na passagem do século XIX ao século XX.

De acordo com Carvalho Netto, o constitucionalismo ocidental pode ser reconhecido em três tendências históricas paradigmáticas que assumem o nome da organização política que as próprias constituições instituíram: o Estado de Direito, o Estado Social ou do Bem-Estar Social, e o Estado Democrático de Direito.

O paradigma do Estado de Direito foi influenciado por duas grandes tradições do pensamento europeu: a tradição liberal, de Jonh Locke (século XVII), e a tradição republicana, de Rousseau (século XVIII). Afirmava-se, pela primeira vez na história, que todos os homens eram livres e iguais por nascimento e que, por isso, todos deveriam ser reconhecidos como iguais perante a lei. Essa concepção permitia, também pela primeira vez, um ordenamento jurídico único, com leis gerais e abstratas, válidas para toda a sociedade. Segundo ao autor, a grande função do princípio constitucional da igualdade foi colocar fim aos privilégios das castas e das corporações de ofício do período histórico precedente. Outro aspecto importante era a articulação do princípio da igualdade com a concepção de liberdade. Uma vez que todos eram iguais, a convivência social não precisava ser regulada por muitas leis. Fomentava-se a ideia de Estado Mínimo, isto é, quanto menos leis, mais liberdade, ou o máximo de liberdade formal aos indivíduos.⁸⁹

⁸⁹ CARVALHO NETTO, Menelick; MATTOS, Virgílio de. *O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da Lei n. 10.216/2001*. Parecer ao Conselho Federal de Psicologia (CFP), 2005. p. 8-10.

O constitucionalismo do Estado de Direito refletiu-se em uma grande reforma do direito penal por meio das formulações de Cesare Beccaria (século XVIII), mais tarde sintetizadas por Francesco Carrara (século XIX), entre outros. As preocupações voltaram-se para a questão da liberdade individual e da igualdade. As penas deveriam ser reguladas de forma geral e abstrata, sem distinções de origem, e não poderiam impor meras “vinganças privadas”, suplícios brutais e ilimitados como no Antigo Regime. Deveriam guardar relação com o grau de culpa moral (culpabilidade) e com o mal causado à sociedade. A supressão da liberdade justificava-se somente nos limites do necessário e do aceitável pela nova consciência humanista.

Em relação às experiências da loucura, Foucault menciona que uma de suas *figuras de conhecimento*, formada na segunda metade do século XVIII, foi a atribuição de uma significação positiva ao internamento. O internamento dos loucos passou a ser pensado também como um problema de liberdade e de igualdade jurídica. Ao contrário do autoritarismo absolutista, o Estado de Direito precisava legitimar o internamento diante da nova consciência social. Essa legitimação foi buscada no discurso da psiquiatria alienista que atribuiu função de tratamento e cura ao asilo. A ausência de liberdade no plano psicológico (a alienação do sujeito moral) passou a autorizar a supressão do sujeito de direito, justificando a ausência de liberdade no plano material: a submissão a um regime tutelar no internamento manicomial.⁹⁰

No entanto, o problema da responsabilidade penal dos loucos não era facilmente resolvido. No século XIX, não se sabia ao certo se deveriam ser aprisionados ou internados. De todo modo, do ponto de vista dos direitos de liberdade e igualdade do Estado de Direito o seu isolamento social estava garantido, ou melhor, duplamente legitimado: ou prisão ou hospício.

Segundo Carvalho Netto, o Estado de Direito já apresentava sinais de superação desde meados do século XIX como resultado das experiências acumuladas. Ao promover apenas a *igualdade formal*, o Estado de Direito potencializou a exclusão social por deixar de assegurar a *igualdade material* aos cidadãos e de garantir-lhes oportunidades semelhantes.⁹¹

No contexto geral da “crise do liberalismo”, a criminologia positivista surgiu no final do século XIX com uma proposta pragmática que acusava a falência das instituições do direito penal tradicional. Acusou o excesso de proteção aos direitos individuais promovido

⁹⁰ Ver: seção 1.1; FOUCAULT, Michel. *História da loucura da idade clássica*, 1999.

⁹¹ CARVALHO NETTO, Menelick; MATTOS, Virgílio de. *O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da Lei n. 10.216/2001*. Parecer ao Conselho Federal de Psicologia (CFP), 2005. p. 11.

pelo Estado de Direito que, no campo penal, refletia-se na ineficiência da pena para a contensão da criminalidade e para a solução do problema da reincidência e do crime habitual. Propunha a substituição integral do sistema punitivo (penas) pelo sistema preventivo (medidas de segurança).

Para aquela doutrina, a natureza jurídica da medida de segurança não poderia ser outra que a de uma sanção criminal *lato sensu*, isto é, entendida exclusivamente como consequência jurídica. Abolindo-se o sistema punitivo, ela seria a única resposta jurídica ao comportamento antissocial ou delitivo. A medida de segurança não guardaria qualquer relação com os balizamentos, quantificações e limitações que a lei empresta às penas, configurando-se em instituto autônomo ao qual se deveriam aplicar normas e princípios próprios.

A teoria da periculosidade inclinou-se a uma “psicologização” do espaço social, propondo *tratamento preventivo* ou *neutralização* por tempo indeterminado a todos os que demonstrassem personalidade antissocial, fossem ou não doentes mentais, houvessem ou não praticado crimes.

Como vimos, a grande preocupação dos fóruns de debates criminais naquela passagem de século foi amenizar o radicalismo dessa proposição. Buscou conciliar a necessidade de prevenção criminal com a proteção aos direitos individuais garantida pelo sistema das penas.

No início do século XX, após a Primeira Guerra Mundial, o paradigma liberal cedeu lugar aos ideais do Bem-Estar Social. Para Carvalho Netto, o Estado Social emergiu como uma mudança paradigmática ao redefinir os direitos fundamentais de liberdade e igualdade, ampliando-os e materializando-os no que se costuma chamar de *direitos de segunda geração: direitos sociais e coletivos*. Redefiniu o conceito de direitos individuais, formulando que a liberdade exige igualdade material; exige reconhecimento em lei das diferenças materiais entre as pessoas e a proteção do mais fraco.⁹²

Diante dos novos paradigmas, a corrente eclética liderada pela escola alemã, principalmente por von Liszt, pretendeu ter encontrado a fórmula ideal para operacionalizar aquela conciliação. O fez justamente distinguindo a natureza jurídica das penas e das medidas de segurança. Sustentou que ambos os institutos poderiam conviver em um mesmo Código Penal sem que os direitos individuais dos cidadãos fossem violados. As penas, de natureza retributiva, deveriam permanecer limitadas pelos princípios da legalidade, da

⁹² CARVALHO NETTO, Menelick; MATTOS, Virgílio de. *O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da Lei n. 10.216/2001*. Parecer ao Conselho Federal de Psicologia (CFP), 2005. p. 13.

anterioridade, da proporcionalidade, etc. As medidas de segurança, de natureza meramente preventivo-assistencial, poderiam pautar-se exclusivamente por análises de personalidade, sendo aplicadas pelo tempo necessário à “cura”.

Equivale a dizer que, embora o constitucionalismo liberal estivesse em crise, o direito penal não acolheu a ideia de uma intervenção estatal ilimitada em relação à pena. Por outro lado, justificou que certos indivíduos, tidos como “materialmente diferenciados em termos biológicos e psicológicos”, recebessem tratamento diverso e fossem submetidos (isolada, cumulativa ou sucessivamente) ao regime da medida de segurança. A ideologia da defesa social parece ter sido interpretada como uma vertente do Estado Social. A noção de periculosidade ganhou prestígio e fomentou a necessidade de garantir, ao preço da liberdade individual, a proteção da sociedade. Em última instância, significou o mesmo que promover o “bem-estar social” por meio da ampliação da atuação do Estado no campo penal.

A corrente eclética tornou-se majoritária e a medida de segurança – juntamente com o seu correlato institucional, o manicômio judiciário – foi absorvida pelo direito penal de quase todos os países. Desde 1940, o direito brasileiro opera com um sistema dualista: o sistema punitivo – que aplica penas com base no juízo de culpabilidade -, e o sistema preventivo-assistencial – que impõe medidas de segurança fundado no juízo de periculosidade.

Porém, no Brasil, o ecletismo não se restringiu ao dualismo, isto é, à convivência entre pena e medida de segurança. Muitos balizamentos do sistema punitivo foram – e são - chamados a emprestar contornos ao próprio sistema preventivo, implicando na conjugação de postulados teóricos e filosóficos que contrastam radicalmente entre si. Ocorre que essa sobreposição de sistemas e teorias deu-se por conveniências político-criminais do início do século XX, não por uma verdadeira possibilidade teórica. No campo do constitucionalismo, significou, de certa forma, uma tentativa de reinterpretar os paradigmas do Estado de Direito diante das demandas do Estado do Bem-Estar social, sempre à luz da ideologia da defesa social. Em outras palavras, a sistematização dada à medida de segurança traduziu um esforço de garantir certa proteção aos direitos de liberdade e igualdade por meio dos limites impostos às penas.

Em sua sistematização original, o Código de 1940 realçava esse ecletismo, relacionando a aplicação de medidas de segurança ao *quantum* de pena cominada ao delito em abstrato (art. 91, §§ 1º e 2º; art. 92; art. 93; art. 98), além de presumir a periculosidade dos imputáveis a partir de critérios relacionados com motivos e circunstâncias do crime praticado (art. 78, III, IV e V).

A grande abrangência do instituto provocou mudanças que resultaram em uma depuração da sistemática original, implementada pela reforma legislativa de 1984. Sem abandonar o dualismo, mas minimizando o ecletismo, o Código Penal atual mantém vivo o debate sobre a verdadeira natureza jurídica da medida de segurança.

A prática de crime punível, entre outros elementos do sistema punitivo, foi conservada como condição de aplicabilidade da medida de segurança, sugerindo natureza penal ao instituto.

Consciente do que representa este ecletismo e aproximando-se da concepção positivista, Luiz Regis Prado destaca que:

[...] o Direito Penal deve organizar um sistema de medidas de segurança desvinculado e independente da culpabilidade e não limitado pelas exigências do princípio da culpabilidade. O fundamento das medidas de segurança é exclusivamente a periculosidade criminal do autor, ou seja, a probabilidade de que volte a delinquir futuramente. Desse modo, a sua duração deve ser estipulada em razão dessa periculosidade.⁹³

No entanto, a maior parte da doutrina brasileira atribui às medidas de segurança natureza jurídica de sanção criminal *stricto sensu*.⁹⁴ Partem do pressuposto de que, como representam privação forçada de direitos fundamentais, não podem furtar-se aos limites impostos pelo ordenamento penal constitucional. Devem submeter-se aos princípios constitucionais que regem as penas, ainda que a sua finalidade não seja retributiva.

Se no campo da doutrina verificamos essa tendência geral, não podemos afirmar que seja o posicionamento pacífico do legislador. De um lado, a sistemática normativa cerca a medida de segurança de aspectos relacionados com o silogismo penal. Exige a prática de ilícito-típico e punível como pressuposto para sua aplicação e execução (CP, art. 96, parágrafo único). Relaciona a modalidade da medida com a gravidade do delito concreto, a exemplo do *caput* do artigo 97 que impõe diferenciação entre pena de reclusão e de detenção. A norma enxerta, de várias formas, princípios da teoria da culpabilidade na doutrina da periculosidade. Com isso, sinaliza o entendimento de que a natureza jurídica da medida de segurança é de sanção penal.

Entretanto, em outros dispositivos o Código adota princípios da teoria original da periculosidade. Podemos mencionar, em particular, o § 1º do artigo 97 onde se lê que as

⁹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1º a 120*. 2005. p. 748.

⁹⁴ Nesse sentido: FERRARI, Eduardo Reali. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, 2001. p. 77; ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2004. p. 120; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. V. 1, 2005. p. 743; CELSO DELMANTO [et. al.] *Código penal comentado*. 2010. p. 360; GOMES, Luiz Flávio. *Medidas de segurança e seus limites*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano I, n. 2, 1993. p. 64.

medidas de segurança serão impostas por *tempo indeterminado*, perdurando até a cessação da periculosidade do agente. Observamos que no momento da *aplicação* da medida o legislador impõe critério relacionado com a punibilidade do crime praticado, mas, para a delimitação do termo final da execução, não faz qualquer referência ao fato-delito nem aos limites exigidos às penas. Essa norma pode levar facilmente a que o autor de um delito de menor gravidade seja sancionado com restrição de liberdade mais duradoura do que a prevista pelo sistema penal.⁹⁵

Por outro lado, a lei estabelece o intervalo mínimo de duração da medida, prescindindo da análise da gravidade do delito. Podemos pensar na situação em que o delito praticado seja de menor potencial ofensivo e, ainda assim, o segurado tenha que se submeter a medida de segurança por pelo menos um ano.

Verificamos que no plano legislativo, a natureza da medida de segurança oscila entre a sanção penal *stricto sensu* e *lato sensu*, isto é, ora como verdadeira penalidade, ora como mera consequência jurídica da periculosidade. Esta ambiguidade projeta-se ao campo dos direitos fundamentais que, desde a promulgação do Constituição Federal de 1988, assumiu o paradigma do Estado Democrático de Direito.

O acúmulo das experiências não tardou a evidenciar que o paradigma do Estado Social também não poderia cumprir suas promessas. A cidadania continuava sendo um objetivo distante. Havia a concepção de que para exercer a plena cidadania era preciso, antes, que os direitos coletivos e sociais como saúde, educação, trabalho, etc, houvessem sido efetivamente materializados. Carvalho Netto observa que:

[...] o paternalismo subtrai dos cidadãos nada menos do que a sua autonomia, do que o respeito à sua capacidade de autogestão, não lhes permitindo aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de não-cidadania), manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se apresentam como os seus tutores, como os seus defensores.⁹⁶

Em tema de medida de segurança, significou sempre a supressão da autonomia moral dos cidadãos, submetendo-os a procedimentos correicionais e neutralizadores. A

⁹⁵ A fim de atenuar esta contradição do sistema normativo, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) vem fixando limites temporais à execução da medida de segurança (de internação e de tratamento ambulatorial). Desde 2008, ampliou os efeitos dos decretos de Indulto Natalino para alcançar também os segurados. Os decretos recorrem aos balizamentos da pena para estabelecer que o limite da medida deva ser o *máximo da pena cominada* ao delito correspondente. No caso de superveniência de doença mental, a medida substituída à pena deve limitar-se ao *máximo da pena concretamente aplicada* (Decreto n. 7.648/2011, art. 1º, XI).

⁹⁶ CARVALHO NETTO, Menelick; MATTOS, Virgílio de. *O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da Lei n. 10.216/2001*. Parecer ao Conselho Federal de Psicologia, 2005. p. 13.

“depuração” trazida pela reforma de 1984, reservou o sistema da medida de segurança ao controle dos loucos-infratores. Com isso, reforçou estigmas seculares que atribuem aos portadores de transtorno mental o estatuto jurídico da incapacidade e da irresponsabilidade penal e o *status social* da periculosidade.

De acordo com Carvalho Netto, o Estado de Democrático de Direito representa uma retomada crítica das experiências anteriores, reconhecendo-as como opostas, mas não antagônicas. Compreende que a tutela paternalista do Estado Social elimina a possibilidade real de construção e de exercício da cidadania, mas evita a mera retomada das tradições liberais e republicanas.

O novo paradigma promove um diálogo constante e complexo entre os dois movimentos constitucionalistas anteriores. Assume que os espaços públicos e privados são interdependentes, e que os direitos privados à diferença têm por finalidade última preservar o respeito público às diferenças individuais e coletivas na vida social. O autor ressalta que, se a igualdade e a liberdade são reciprocamente reconhecidas de modo constitucional a todos e por todos, a igualdade só pode significar a igualdade do respeito às diferenças.⁹⁷

Especialmente após a edição da Lei de Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216/2001, a cidadania dos portadores de transtorno mental projetou-se ao campo constitucional como um novo direito fundamental. Janaína Penalva menciona:

um novo direito fundamental que se convencionou chamar de direito à **singularidade do portador de sofrimento mental**. Esse direito exige que os portadores de sofrimento mental sejam tratados com igual respeito e consideração mesmo diante de toda a diferença que a loucura representa. A forma diferenciada de se lidar com a loucura, agora imposta por lei, determina como diretriz principal do tratamento em saúde mental o respeito à singularidade do portador de sofrimento mental que, em última instância, significa uma garantia de igualdade.⁹⁸ (grifo da autora)

No capítulo 3, seção 3.3 desta dissertação, desenvolvemos a discussão sobre o alcance da Lei de Reforma Psiquiátrica no campo penal. No momento, ficamos com a observação de que não há consenso doutrinário e jurisprudencial sobre a sua aplicação em matéria de medida de segurança. Há uma tendência a limitar alguns de seus aspectos, como a abrangência temporal e a internação com características asilares. Mas, de outro lado, verificamos novas autorizações legislativas para o internamento compulsório determinado pela Justiça Penal.

⁹⁷ CARVALHO NETTO, Menelick; MATTOS, Virgílio de. *O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da Lei n. 10.216/2001*. Parecer ao Conselho Federal de Psicologia, 2005. p. 15.

⁹⁸ PENALVA DA SILVA, Janaína L. Algumas considerações sobre a influência da saúde nos contextos de inclusão social: o caso dos portadores de transtorno mental. In: *O Direito Achado na Rua*, v. 4, 2009. p. 184.

Os paradigmas do Estado Democrático de Direito projetem a discussão para o nível muito mais amplo do direito à diferença como direito fundamental dos portadores de transtorno mental e como condição de exercício da sua cidadania. Contudo, na interface com o sistema penal a questão tem permanecido, de modo geral, restrita ao entendimento sobre a natureza jurídica da medida de segurança.

Ao vincular o tempo de execução das medidas ao critério único da periculosidade, o legislador de 1984 manteve um impasse e um problema. Muitos têm dedicado-se a verdadeiros malabarismos de interpretação a fim de salvar o instituto à luz dos princípios básicos de um Estado Democrático de Direito.

Nossa Constituição Federal proíbe penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b). Mais que isso, tal vedação foi erigida à cláusula pétreia quando da leitura do art. 60, §4º, inciso IV conclui-se pela proibição de proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais. Pensamos que essa limitação, ainda que tomada de empréstimo ao sistema das penas, deve alcançar também as medidas de segurança - ao menos enquanto o legislador nacional insistir em perdurar essas antinomias. Do contrário, estar-se-á homologando um paradoxo inaceitável diante de qualquer Estado que preze a proteção dos direitos humanos dos cidadãos. Um sistema que reconhece os imputáveis como sujeitos de direitos individuais garantidos pelos princípios penalógicos, ao tempo em que não reconhece esses mesmos direitos aos portadores de transtornos mentais.

Os positivistas já haviam objetado interpretações semelhantes a esta, alegando que as medidas de segurança também se pautariam por um sistema jurídico que asseguraria direitos fundamentais aos infratores perigosos. Elas estariam previstas em lei e seriam aplicadas diante do devido processo legal e suas garantias. Porém, em um sistema dualista como o nosso, o problema apenas se desloca de lugar: todos os infratores têm seus direitos preservados, mas há direitos distintos para “pessoas distintas”.

Alessandro Baratta observa que “O sistema penal de controle do desvio revela, assim como todo o direito burguês, a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos [...]”⁹⁹ Ao fazer esta afirmação, Baratta refere-se a ação seletiva do sistema penal que tende a dirigir o processo de criminalização para formas de desvio típicas das classes sociais desfavorecidas, privilegiando e imunizando os interesses das classes dominantes. Ainda que haja um discurso jurídico que afirme o princípio constitucional da igualdade, na prática e na realidade, o sistema penal cria

⁹⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*, 2002. p. 164.

uma enorme desigualdade entre os indivíduos com base na posição que ocupam na escala social. Baratta ressalta que aquilo que grande parte da criminologia aponta como *causas* da criminalidade, na verdade são as características e modo de vida dos menos favorecidos.

No nosso tema específico, pensamos que há ainda uma outra seletividade que se sobrepõe àquela mencionada por Baratta. Os portadores de sofrimento psíquico tornam-se mais vulneráveis frente ao Sistema Penal pelo fato de não terem sua identidade específica suficientemente reconhecida.

No Brasil, diante da precariedade da rede de assistência em Saúde Mental e das inúmeras dificuldades de acesso a um tratamento adequado, o portador de transtorno mental torna-se presa fácil para as malhas da Justiça Penal. Não é difícil imaginá-los submetidos a medidas de segurança em virtude de furtos e roubos dominados pela dependência química. Não é difícil imaginá-los reagindo aos estigmas que aderem à sua condição ou mesmo motivados por delírios psicóticos. Outras tantas significações que podem estar contidas nos seus atos não encontram continente apropriado em um “discurso preventivo” pronunciado pela racionalidade penal. O controle penal projetado sobre essa população corrobora uma visão deturpada que interpreta o anteparo coercitivo como o único modo de garantir a segurança da sociedade contra as expressões da doença mental.

Medida de segurança é restrição forçada de liberdade e, como tal, carrega sempre um conteúdo penal-material, ainda que transmita uma mensagem assistencial. Não nos parece razoável que, diante de uma vulnerabilidade mais acentuada do que o habitual, pretenda-se também uma dupla penalização aos segurados: além de sanção, sanção indeterminada. Em sentido particular, compreendemos que o desrespeito à regra geral da isonomia adquire uma conotação ainda mais acentuada quando se impõe aos segurados consequências jurídicas indeterminadas, portanto, mais gravosas do que aos apenados.

A questão vai além da criação de desigualdades substanciais entre os indivíduos. A filosofia subjacente compreende a existência de tipos humanos diferenciados aos quais “naturalmente” correspondem normas e direitos também diferenciados. Verificamos no primeiro capítulo deste trabalho que, para o positivismo criminológico, o homem em *estado perigoso* é um tipo antropológico degenerado, um *doente*. Esse entendimento legitima que sejam indefinidamente submetidos à racionalidade do “homem são”. Quando a lei incorpora essa filosofia ao sistema punitivo, faz com que aquela pretensa diferenciação biopsicológica alcance o plano jurídico, resultando na desigualdade entre sujeitos de direito.

Argumentos dessa ordem levam os defensores do indeterminismo temporal das medidas de segurança a afirmarem que “[...] o enfermo mental é diferente dos condenados imputáveis, por isso, tem que ser tratado de modo diferente, [...].”¹⁰⁰

Assim colocada, a desigualdade jurídica do portador de transtorno psíquico tange uma problemática muito atual: a questão da institucionalização de direitos não universalizáveis para contemplar a situação singular de grupos específicos. O tema não é fácil diante do princípio da universalidade dos direitos fundamentais e da multiplicidade de sentidos que pode adquirir em sociedades complexas e estratificadas como a nossa. De qualquer forma, pensamos que este seja um bom caminho para se chegar a fazer justiça a muitas situações de desigualdade. Talvez seja a solução, em um futuro imediato, para se chegar a reconhecer a identidade específica do grupo social dos portadores de transtornos mentais, minimizando as distorções do sistema das medidas de segurança. Contudo, sabemos que muitas vezes a prática corrompe a teoria. O reconhecimento de identidades e direitos diferenciados não deve prestar-se a uso negativo, isto é, ao prejuízo do próprio grupo social a que se reporta. Menos ainda com conotações implícitas de inferioridade étnica, racial ou biopsicológica.

Na prática, a medida de segurança implica em privações mais amplas do que as penas que têm conteúdo assumidamente retributivo. Nesse sentido, se o intérprete não lhe estender a vedação do caráter perpétuo, estará legitimando uma “[...] diferenciação discriminante e inadmissível, sem nenhuma base jurídica.”¹⁰¹ Não se pode imaginar que essa diferença seja a título de benefício do próprio segurado. Ainda que não sejam reconhecidos como prisioneiros, eles têm sido aqueles “eternos prisioneiros da passagem” referidos por Foucault na mitologia da Nau dos Insensatos.¹⁰² Atualmente, nossa “embarcação de insanos” - que aprisiona seu passageiro em um eterno destino incerto, sempre relegado a um “outro mundo” - tem um nome bem certo: hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Verificamos que o discurso jurídico estabelece uma diferenciação injustificável em detrimento dos segurados. Assim, entendemos que a justiça se converte em garantir-lhes minimamente alguma igualdade de direitos com os apenados através da extensão dos balizamentos temporais previstos às penas.

¹⁰⁰ Citado por GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano I, n. 2, 1993. p. 70.

¹⁰¹ FERRARI, Eduardo Reali. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, 2001. p. 180.

¹⁰² FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*, 1999. p. 12.

Outra questão que se relaciona com o tema da natureza jurídica das medidas de segurança é saber se são alcançadas pelo princípio da legalidade. No direito penal, esse princípio se desdobra na reserva legal – que exige que a previsão de crimes e penas seja feita por lei e não por outros dispositivos normativos; e na anterioridade da lei – que estabelece que não haja crime nem pena sem lei anterior que os defina.

Quanto ao alcance do princípio da reserva legal, não há controvérsias. À época dos grandes debates internacionais muito se falou sobre a necessidade de submeter a medida de segurança a esse princípio a fim de evitar que fosse aplicada arbitrariamente. A ideia ganhou prestígio entre todos e, no Brasil, desde o Código Penal de 1940 as medidas seguem previstas em diploma legal.

A questão se torna complexa quando se trata do princípio da anterioridade da lei. Se pensarmos que o direito penal clássico se constitui em torno do binômio delito-pena, vemos que este princípio alcança os dois termos da relação. Para que um fato seja considerado crime, exige-se que esteja tipificado em lei anterior; para que uma pena seja aplicada, exige-se igualmente que já esteja prevista anteriormente.

Pensemos agora no binômio proposto pela criminologia positivista: periculosidade-medida de segurança. Não se fala em crime, mas no agente do crime. Para que uma pessoa seja considerada perigosa, do ponto de vista da teoria original da periculosidade, não há necessidade de que tenha praticado delito. Este juízo refere-se ao conjunto de sintomas de personalidade e a diversos fatores criminógenos do ambiente social. Sendo assim, não poderíamos imaginar que a lei pudesse prever todas as possibilidades e condições que definem o *estado perigoso*. Aliás, essa questão foi colocada em debate justamente quando se pretendeu a adoção da medida de segurança pré-delitual. Foi em nome do princípio da anterioridade da lei que não a adotamos. Zaffaroni entende inclusive que essa teoria estaria propondo um direito penal do autor que, nas suas palavras, é uma corrupção do direito penal.

O direito penal que parte de uma concepção antropológica que considera o homem incapaz de autodeterminação [...] só pode ser um direito penal do autor: o ato é o sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal.

¹⁰³

A solução encontrada pelo legislador foi exigir que a periculosidade só fosse considerada para fins criminais diante da configuração de injusto-típico. Em outras palavras, nosso ordenamento elegeu o crime como primeiro sintoma da periculosidade. Somente neste

¹⁰³ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2004. p. 115.

sentido podemos interpretar que a lei estendeu às medidas de segurança o princípio da anterioridade da lei. Se o ato praticado pelo agente não estiver previamente tipificado, a ele não se impõe medida de segurança, ainda que outros fatores indiquem sua periculosidade.

Quanto ao outro termo do binômio, isto é, a própria medida de segurança, não há uniformidade de entendimento em relação ao princípio da anterioridade da lei. Como já dissemos, há uma tendência entre os doutrinadores em atribuir natureza penal às medidas de segurança e, havendo essa natureza, exigem também atenção ao princípio da anterioridade.

A interpretação não é pacífica, inclusive porque, diferentemente do Código Penal de 1940, a norma atual não explicita o princípio em relação às medidas de segurança. O artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal estabelece que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem *pena* sem prévia cominação legal.” (grifo nosso) Diante da letra da Lei Maior, Cernicchiaro entende que: “O princípio da legalidade, no Brasil, não alcança as medidas de segurança.”¹⁰⁴ Embora entenda ser lamentável, o jurista destaca o fato de a Constituição não mencionar o instituto no referido dispositivo.

Muitos esforços são empreendidos no sentido de conformar as medidas de segurança também ao princípio da proporcionalidade. Trata-se de um princípio implícito na Constituição que deflui de outros princípios explícitos e dos direitos fundamentais, tais como o princípio da dignidade humana, da proibição de penas cruéis, do princípio da individualização da pena, entre outros. Portanto, é um princípio penalógico que só se aplica, em tese, às sanções de natureza jurídico-penal. Observamos o esforço da doutrina em emprestar justiça e constitucionalidade ao instituto em exame, atribuindo-lhe natureza penal.

De acordo com Ferrari, o princípio da proporcionalidade pode ser entendido em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, confunde-se com a proibição do excesso dirigida ao Poder Estatal, impedindo ingerências desnecessárias, não adequadas ou desproporcionais na esfera de liberdade individual do cidadão. Dirige-se ao Poder Legislativo, impedindo a fixação, em abstrato, de sanções desproporcionais à gravidade do delito. Dirige-se também ao Judiciário, inibindo a aplicação concreta de sanções desmesuradas. O princípio propugna por uma relação necessária entre a sanção penal e a gravidade do delito. Sendo assim, a indeterminação temporal das medidas de segurança afronta, também, o princípio da proporcionalidade. Na visão do autor, as medidas deveriam

¹⁰⁴ CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal brasileiro: parte geral*, 2004. p. 33.

ser aplicadas no estrito limite de sua necessidade, adequação e objetivos, considerando-se sempre a gravidade do delito.¹⁰⁵

Ferrari distingue ainda três subprincípios relativos à proporcionalidade: necessidade e subsidiariedade; adequação ou suficiência; e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da necessidade e da subsidiariedade consiste em conferir primazia a outros instrumentos penais menos gravosos e mais eficazes do que a medida extrema de segurança. A interferência na esfera de liberdade do cidadão só deveria acontecer na estrita medida do imprescindível para se atingir a finalidade proposta.

O princípio da adequação ou suficiência refere-se à idoneidade da medida de segurança aplicada para atingir os seus fins. Elas devem ser idôneas à efetivação dos objetivos de prevenção especial (tratamento) e prevenção geral positiva (conformidade entre os meios instrumentais e os seus objetivos). Na visão do autor, não há razão em aplicar uma medida de segurança, sabendo-se previamente que não logrará êxito em alcançar a finalidade da recuperação do paciente e da tranquilidade social.

Nesse sentido, entendemos que a medida de internação fere o princípio constitucional da proporcionalidade e da adequação. Além da orientação desinstitucionalizante da atual Política de Saúde Mental, é notório que as instituições de internação de caráter custodial não são adequadas aos objetivos ressocializadores preconizados, inclusive, pela Lei de Execução Penal.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito impede a aplicação de medidas penais terapêuticas desproporcionais ao delito praticado e à periculosidade do agente. O sentido deste princípio é evitar uma carga excessiva de restrição de direitos por não manter um paralelismo com a gravidade do injusto típico e com o *estado perigoso* do agente. Ele visa o equilíbrio entre o bem lesionado ou ameaçado e a medida que priva a liberdade do paciente judiciário. De acordo com Ferrari, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito cumpre, no campo da medida de segurança, o papel desempenhado pela culpabilidade na limitação das penas, ou seja, de limitação ao poder sancionador do Estado.¹⁰⁶

No mesmo sentido, Zaffaroni afirma que o limite das sanções penais - incluídas as medidas de segurança - não deve ser a periculosidade do agente, mas o objetivo da segurança jurídica. Este objetivo só pode ser alcançado mediante a mesma ponderação de proporção

¹⁰⁵ FERRARI, Eduardo Reali. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, 2001. p. 99-101.

¹⁰⁶ FERRARI, Eduardo Reali. *Op. cit.*, p. 102-106.

entre os bens jurídicos lesados pelo infrator doente e os bens jurídicos dos quais será privado pela imposição da medida.¹⁰⁷

Compreendemos que as divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica da medida de segurança refletem toda a problemática que cerca o instituto. Acreditamos que a questão é, por definição, insolúvel. Não se trata de simples convivência entre institutos aparentados; não se trata de mera acomodação legislativa. A medida de segurança é o resíduo de uma teoria metodológica e de uma doutrina que se contrapõem diametralmente à lógica do sistema penal. A sua absorção pelo direito penal resultou de conveniências político-criminais que não podem ser racionalmente compatibilizadas.

Diante dessa acomodação essencialmente contraditória, pensamos que não exista uma “verdadeira natureza jurídica” da medida de segurança a que se possa chegar por esforços sinceros de interpretação. A questão sobre a sua constitucionalidade permanece referenciada a uma opção política fundamental e ao plano da sensibilidade jurídica do intérprete.

Como Carvalho Netto, Paulo Jacobina¹⁰⁸, entre outros autores, entendemos que o instituto da medida de segurança não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, isto é, pelos princípios do Estado Democrático de Direito, em especial os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Antes mesmo da promulgação da Lei de Reforma Psiquiátrica – que trouxe a questão para o plano das regras jurídicas, dotadas de poder sancionador – a Constituição já apontava nessa direção ao estabelecer que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5^a, § 1^o).

Não basta que o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal sejam leis válidas do ponto de vista do processo legislativo para legitimar o instituto da medida de segurança. Como lembra Carvalho Netto, não se pode mais crer que as normas sejam auto-aplicáveis. Elas sempre demandam sensibilidade por parte do intérprete ao avaliar os contornos das situações concretas para aplicar a norma mais adequada. Atualmente, diante das conquistas havidas pelos movimentos sociais e materializadas em uma nova Política Nacional de Saúde Mental, entendemos que a norma adequada a todo portador de sofrimento psíquico é a Lei de Reforma Psiquiátrica. Fora dos estigmas impregnados no imaginário

¹⁰⁷ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 2004. p. 114.

¹⁰⁸ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura: medida de segurança e reforma psiquiátrica*, 2008.

social, não há razão para que se estabeleça uma diferenciação apriorística em prejuízo da loucura criminalizada, atribuindo-lhe a institucionalização por meio da medida de segurança.

2.2 A Medida de Segurança na Legislação Brasileira

2.2.1 A Aplicação das Medidas de Segurança

A Lei nº 7.209, de 1984, operou uma extensa reforma na parte geral do Código Penal de 1940, reduzindo a regulamentação do instituto da medida de segurança de vinte e sete para somente quatro artigos de lei e seus parágrafos. Em que pese o sentido progressista dessa redução, pensamos que ela não pode ser atribuída ao amadurecimento e ao aprofundamento das reflexões sobre o tema. Ocorreu por razões utilitárias diante da evidência de que, na prática, o instituto demonstrou não ter alcançado as aspirações idealizadas por seus defensores.

Embora o Código de 1940 houvesse recusado a substituição integral do sistema de penas pelas medidas de segurança, ainda muito próximo dos eflúvios da era positivista, acabou incorporando muitos de seus postulados. O campo de aplicação do juízo de periculosidade era muito extenso. Além dos inimputáveis e das pessoas com responsabilidade diminuída, alcançava ainda os imputáveis, de forma que a eles também se aplicavam medidas de segurança. A presunção absoluta de periculosidade também os alcançava quando presentes certas circunstâncias do crime. Ademais, mesmo havendo refutado as medidas de segurança pré-delituais, a lei admitia a sua aplicação nos casos de crime impossível e tentativa frustrada, desde que presente a periculosidade. Permitia ainda a aplicação provisória de medidas de segurança aos inimputáveis, ébrios habituais e toxicômanos.

Essas previsões demonstravam uma tendência em aplicar o conceito de periculosidade de forma ampla, tal como idealizado pelas formulações da criminologia positivista. O *estado perigoso* era atributo de uma personalidade desajusta por condicionamentos biopsicossociais; não se relacionava apenas com a capacidade cognitiva e volitiva do indivíduo, mas com todo um conjunto de sintomas entre os quais a prática de crime era apenas um indicativo.

A razão do legislador-reformador de 1984 preferiu distinguir insanos e criminosos. Movimento muito semelhante àquele relatado por Foucault quando se referia ao

fim da era do “grande internamento”. A consciência social e também jurídica separou a loucura das outras formas de desatino que a acompanhavam nos hospitais gerais. Não para libertar os loucos, mas sim a sua vizinhança de criminosos, vagabundos, entre outros indesejáveis. A nascente psiquiatria anunciou a “verdade científica” de que o espaço do internamento era também o espaço de tratamento e cura.¹⁰⁹ Desde então, o discurso jurídico tem se complementado com essa “verdade”, ordenando a internação psiquiátrica.

A reforma penal de 1984 realizou um movimento semelhante: reservou a internação somente aos insanos, excluindo os imputáveis do campo de aplicação de medidas de segurança. Não porque se privilegiou o aspecto assistencial e terapêutico da medida, mas porque ela não demonstrou ser eficiente aos criminosos que não manifestavam transtornos mentais. Na própria exposição de motivos da lei reformadora podemos ler:

[...] A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade – pena; periculosidade – medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, **uma fração de pena eufemisticamente denominada “medida de segurança”**.¹¹⁰ (grifo nosso)

Por outro lado, a redução do instituto deixou várias questões que se controvertem hoje em um esforço interpretativo para conformá-lo dentro de uma ótica mais justa e afinada com as demais normas penais, bem como com a própria ordem constitucional.

O novo Código Penal não permite a cumulação de sanções. Não se aplica mais medida de segurança aos imputáveis, somente pena. Aos inimputáveis, como já isentos de pena, somente se aplica medidas de segurança. Em relação aos semi-imputáveis, o duplo binário foi substituído pelo sistema vicariante. A eles só se permite a aplicação isolada de pena reduzida, ou sua substituição por medida de segurança.

Grande parte da doutrina brasileira passou a entender que a nova sistemática das medidas de segurança demarca seu caráter exclusivamente preventivo e assistencial.¹¹¹ Se aos imputáveis não se aplica mais medida de segurança é porque esta não possui natureza retributiva, isto é, não se presta ao caráter sancionador do sistema penal, e sim à assistência terapêutica.

Em que pese a coerência desse entendimento à luz da teoria da periculosidade, podemos deduzir, em sentido oposto, que o legislador assumiu o caráter sancionador das medidas de segurança ao expressar a necessidade de se evitar *bis in idem*. A reforma de 1984 pretendeu ser uma depuração em relação ao sistema original do Código de 1940 ao

¹⁰⁹ FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*, 1999. p. 338-339, 454-455.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Exposição de motivos da nova parte geral do código penal.

¹¹¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Comentários à lei nº 7210, de 11-7-84*, 1996. p. 387.

implementar o vicariato e permitir apenas uma única consequência jurídica aos infratores. Ademais, não está comprovado que o nosso direito penal tenha assumido o caráter exclusivamente preventivo das medidas de segurança, visto que a legislação conserva aspectos obscuros e contraditórios acerca da finalidade do instituto.

Diferentemente do Código de 1940, que trazia expressamente os pressupostos da medida de segurança, o Código atual não menciona as condições de sua aplicabilidade. De acordo com larga doutrina, a interpretação sistemática das normas permite concluir pela exigência dos mesmos pressupostos: a prática de fato descrito como crime e a periculosidade do agente.

Quanto à primeira condição, verificamos que a lei consolidou a opção pelo sistema exclusivamente pós-delitual, haja vista que a prática de fato típico e antijurídico é *conditio sine qua non* para a sua aplicação. Extinguiu, portanto, a possibilidade de aplicação de medida de segurança para os autores de crime impossível (CP, art. 17) e tentativa frustrada (CP, art. 31). Excluiu também a aplicação provisória de medida de segurança. De acordo com a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 1984, somente se executa a medida de segurança após o trânsito em julgado da sentença. Disso tudo se depreende que o legislador quis cercar o instituto das garantias individuais, bem como homenagear o princípio da legalidade, evitando que alguém seja submetido a medida constritiva sem que haja uma decisão judicial que reconheça, de forma definitiva, a prática de delito.

O ecletismo do Código Penal foi além do estabelecimento do pressuposto do ilícito-típico e vinculou a aplicação da medida de segurança a requisitos relacionados com a sua punibilidade. Observamos isso no parágrafo único do artigo 96: “Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.” Também no *caput* do artigo 97: “Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.”

Vemos que o legislador correlacionou a medida de segurança a dois planos distintos do delito: o plano da sua configuração normativa e o plano consequencial. Quando a lei exige a existência de um delito para a aplicação da medida, estabelece um pressuposto de conteúdo fático-normativo. Quando vincula a sua aplicação concreta a aspectos derivados da punibilidade, toma emprestado ao plano das consequências jurídicas do delito um limite à imposição das medidas.

Sabemos que essa interseção de sistemas tem se legitimado pela preocupação do legislador em cercar o instituto da medida de segurança de algum limite que não a própria periculosidade do agente. Embora sejam nobres as intenções, do ponto de vista da teoria da periculosidade não faz sentido criar um paralelismo entre as consequências do sistema punitivo e as consequências do sistema preventivo. Levando-se em conta que se atribui às medidas de segurança uma finalidade apenas preventiva e assistencial, não se justifica que a punibilidade seja chamada a intervir nessa equação.

Não obstante, o Código Penal faz clara essa vinculação. Conforme larga doutrina, a regra abrange qualquer causa extintiva da punibilidade (CP, art. 107) ocorrida antes ou depois de a sentença transitar em julgado.¹¹² Há, entretanto, controvérsias em relação à prescrição pelo fato de a lei penal não dispor especificamente sobre a questão. Em recente decisão da Sexta Turma, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou entendimento sobre a possibilidade de prescrição de medida de segurança. Porém, na mesma decisão confirmaram-se precedentes daquela Corte no sentido de que neste caso deve-se aplicar a regra do artigo 109 do Código Penal: o prazo prescricional deve ter como parâmetro o máximo da pena cominada abstratamente ao delito praticado.¹¹³ Este parece ser o entendimento majoritário também da doutrina.¹¹⁴

Luiz Régis Prado afirma que é preciso fazer distinções. Quando se tratar de prescrição da pretensão punitiva (antes do trânsito em julgado da sentença) o prazo prescricional da medida de segurança deve ser regulado pelo máximo da pena cominada abstratamente, pois ainda não há pena aplicada em concreto. Quando o tema for a prescrição da pretensão executória (após o trânsito em julgado da sentença), o jurista afirma que é preciso diferenciar duas situações. Os semi-imputáveis sofrem primeiramente uma condenação e recebem uma pena para que, depois, esta seja substituída por medida de segurança. Nesse caso, o prazo prescricional da pretensão executória deve ser regulado pelo máximo da pena aplicada concretamente. De outro lado, os inimputáveis são absolvidos, logo, a eles não se aplica pena alguma. Portanto, a prescrição da pretensão executória para eles deve ser regulada pelo máximo da pena cominada em abstrato. Quanto à chamada prescrição intercorrente, que ocorre entre a data da sentença e o trânsito em julgado, Prado afirma que deve ter como parâmetro a pena efetivamente aplicada. No entanto, afirma que ela só alcança os semi-imputáveis, visto que o §1º do artigo 110 do Código Penal menciona

¹¹² CELSO DELMANTO [et. al.] *Código penal comentado*, 2010. p. 362; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Comentários à lei nº 7210, de 11-7-84*, 1996. p. 389; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, 2055. p. 758.

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo. HC n. 59764. 2010.

¹¹⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. cit., p. 389; GRECO, Rogério. Op. cit., p.758.

somente *sentença condenatória*.¹¹⁵ Observamos que a Lei nº 12.234, de 2010, revogou explicitamente a prescrição retroativa, revogando também o §2º, art. 110, CP.

Verificamos, da mesma forma, que no campo da teoria da periculosidade não se vislumbra razão para que a lei estabeleça a gravidade da infração – se apenas com reclusão ou detenção – como parâmetro para a aplicação das medidas em espécie. Se o objetivo da medida de segurança é tratamento curativo, o correto seria atribuir à opinião técnica e à convicção do juiz a escolha da modalidade que melhor atendesse a tais finalidades. Este é o entendimento também do jurista Celso Delmanto que entende que se deva dar prevalência à opinião médica.¹¹⁶

Devemos destacar que o resultado desse ecletismo da legislação penal é um grave prejuízo à lógica, ao sentido das medidas de segurança e principalmente aos segurados - o que nos permite pensar que não haja razão suficiente para manter esta regulação no direito brasileiro.

O segundo pressuposto da medida de segurança, de acordo com larga doutrina, é a periculosidade do agente.¹¹⁷ Contudo, poucos estudiosos brasileiros têm se dedicado a uma reflexão com a profundidade exigida pelo tema. Daí verificarmos que não há uma concordância geral entre os doutrinadores sobre o conceito de periculosidade.

Para uns, a periculosidade é a capacidade para delinquir. No entendimento de Damásio de Jesus, a periculosidade “é a potência, a capacidade, a aptidão ou a idoneidade que um homem tem para converter-se em causa de ações danosas.”¹¹⁸ A essa conceituação poderíamos opor o argumento de que confunde a aptidão para causar dano com a probabilidade de que venha realmente a causá-lo. Regra geral, entende-se que o juízo de periculosidade é um juízo de probabilidade, um prognóstico de que no futuro provavelmente terá lugar uma ação que se converterá em dano ou em perigo de dano. Assim, para outros,

Por periculosidade entende-se o conjunto das condições objetivas e subjetivas que revelam a probabilidade de que o sujeito venha a cometer fatos socialmente danosos. A periculosidade, como se vê, funda-se em um prognóstico, em um juízo de probabilidade relacionado com um ato futuro que o indivíduo possa praticar.¹¹⁹

O debate em torno do conceito de periculosidade revela também que não existe uma homogeneidade de entendimento acerca dos elementos caracterizadores e reveladores do

¹¹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, v. 1: parte geral*, 2005. p. 754.

¹¹⁶ CELSO DELMANTO [et. al.] *Código penal comentado*. 2010. p. 183.

¹¹⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Comentários à lei nº 7210, de 11-7-84*, 1996. p. 387; DAMÁSIO, E. de Jesus. *Direito penal*, 2011. p. 545.

¹¹⁸ DAMÁSIO, E. de Jesus. Op. cit., p. 545-546.

¹¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. v. 3, 2004. p. 380.

estado perigoso. Tratando-se de infratores inimputáveis, a lei presume a sua periculosidade, tornando imperativa a aplicação de medida de segurança pelo período mínimo de um a três anos. Ao término do prazo mínimo fixado, deve-se verificar a cessação da periculosidade mediante perícia médica. Cessada, o juiz deve determinar a desinternação ou liberação do segurado. Não cessada a periculosidade, mantém-se a medida aplicada, repetindo-se a perícia psiquiátrica de ano em ano ou, a qualquer tempo, se requerida pelos interessados ou determinada de ofício pelo juiz da execução (art. 97, *caput*, §§ 1º, 2º, CP).

Essa sistemática resulta em uma contradição diante dos fundamentos da teoria da periculosidade. No momento da aplicação da medida, a periculosidade do inimputável é tomada por uma presunção legal *iuris et de iure*. Na decisão sobre sua manutenção, a periculosidade transforma-se em um juízo de realidade a ser avaliada, sobretudo, por perícia médica. Em um primeiro momento, ela decorre de uma presunção absoluta. Mas, entre um e três anos (prazo mínimo), a mesma periculosidade converte-se em um juízo sobre dados concretos de personalidade.

Alguns juristas atentos a essa questão procuram definir a periculosidade de maneira a conformá-la logicamente com os postulados positivistas.

A periculosidade não pode ser meramente presumida, mas plenamente comprovada. Sua aferição implica juízo naturalístico, cálculo de probabilidade, que se desdobra em dois momentos distintos: o primeiro consiste na comprovação da qualidade sintomática de perigoso (*diagnóstico da periculosidade*); e o segundo, na comprovação da relação entre tal qualidade e o futuro criminal do agente (*prognose criminal*).¹²⁰

Pensamos que a presunção absoluta da periculosidade contradiz o próprio conceito jurídico de periculosidade. Ainda que se tome a periculosidade por sua fórmula mais comum, como “probabilidade de voltar a delinquir”, ela jamais poderia prescindir de um exame sobre as condições reais do indivíduo. Por definição, probabilidade choca-se com presunção. A probabilidade requer uma análise das circunstâncias concretas e projeta seus resultados a partir inúmeras variáveis fenomenológicas – no nosso caso, exames periciais biopsicossociais, motivos e circunstâncias do crime, entre outras. Ela é sempre uma possibilidade, um ponto de partida. A presunção, ao contrário, circunscreve-se no plano ideal. É um ponto de chegada, uma premissa aceita *a priori* pelo argumento que dela decorre.

Mesmo quando a lei inclina-se à adoção dos princípios da criminologia etiológica, afasta-se radicalmente deles ao presumir a periculosidade dos inimputáveis. Empréstimo um valor excessivamente abstrato à noção de periculosidade, prescindindo da análise de seus

¹²⁰ CASABONA, C. M. R. *apud* PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1º a 120*, v. 1, 2005. p. 746.

conteúdos. Pensamos não haver nisso qualquer utilidade para a lógica ou para justiça do sistema das medidas de segurança. Periculosidade presumida não é um juízo, mas um “pré-juízo” estabelecido pela norma sem qualquer direito de defesa. Não é um conceito, mas um preconceito que reverbera no século XXI os mitos da loucura violenta e perigosa da era clássica. Dessa forma, outros juristas pretendem conformar o conceito de periculosidade com os princípios maiores do Direito. Delmanto menciona que:

[...] a perigosidade ou periculosidade haverá de ser real (devidamente fundamentada em laudo pericial), não se admitindo a sua presunção, em face do princípio *favor libertatis* e do reconhecimento da dignidade do ser humano, que fundamentam todo Estado de Direito Democrático.¹²¹

Lembramos que na dinâmica do sistema autenticamente punitivo, entre a *imputabilidade* e a *culpabilidade* permeiam graus de maior ou menor coincidência dos termos, verificados por um juízo de realidade, e sempre diante do contraditório. Em sentido oposto, a coincidência absoluta entre as categorias *inimputabilidade* e *periculosidade* resulta de um salto lógico intermediado exclusivamente pela ideologia da defesa social, sem qualquer sustentação realística. O resultado mais grave desta operação não é de ordem teórica e abstrata, mas profundamente concreta diante da determinação de que aos inimputáveis - porque “sempre perigosos” - se imponha medida de internação psiquiátrica. A lei não hesita em abortar a possibilidade real de assistência individualizada e adequada à pessoa portadora de transtorno mental; e o faz em nome de uma ficção que a toma como objeto de um discurso criminológico superado. Nas palavras de Zaffaroni:

A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão *perdidas* que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade.¹²²

Outra consequência extremamente grave que decorre desta previsão é que o paciente judiciário só se livra da “terapêutica do cárcere” se demonstrar que não voltará a delinquir. Em outras palavras, é a permanência da periculosidade que indica o parâmetro temporal para a execução da medida de segurança, ainda que através dela se imponha ao segurado uma assistência inadequada.

De modo geral, o tema da medida de segurança coloca-se na pauta de muitas indignações pelo fato de não contar com um *limite temporal máximo* fixado em lei; o que afronta direitos humanos dos segurados. Nesse sentido, observamos um importante precedente.

¹²¹ CELSO DELMANTO [et. al.] *Código penal comentado*, 2010. p. 361.

¹²² ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, 1991. p. 12.

Mencionamos o julgamento histórico da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) em acórdão da lavra do Ministro Marco Aurélio. Tratava-se de impetração de *habeas corpus* contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que havia indeferido o mesmo pedido à paciente que estava cumprindo medida de segurança há mais de trinta anos, sob o argumento de que a lei penal não prevê limite temporal máximo para o instituto. Finalmente decidiu-se pela concessão da ordem, observando o relator que:

É certo que o §1º do art. 97 do CP dispõe sobre prazo da imposição da medida de segurança para inimputável, revelando-o indeterminado. Todavia, há de se conferir ao preceito interpretação teleológica, sistemática, atentando-se para o limite máximo de trinta anos fixado pelo legislador ordinário, tendo em conta a regra primária vedadora da prisão perpétua. A não ser assim, há de concluir-se pela inconstitucionalidade do preceito.¹²³

No campo doutrinário, temos visto o apontamento de soluções tendentes a limitar a medida de segurança. Zaffaroni ressalta que:

Não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete que tem a obrigação de fazê-lo. Pelo menos, é mister reconhecer-se para as medidas de segurança o limite máximo da pena correspondente ao crime cometido, ou a que foi substituída, em razão da culpabilidade diminuída.¹²⁴

Podemos afirmar que este entendimento deixou de ser uma mera tendência para se converter em regulação normativa em sentido amplo. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) há alguns anos vem consolidando posições que, nas palavras de Shecaira, têm o objetivo de implementar uma *política criminal do Direito Penal Mínimo*.¹²⁵ Nesse sentido, o CNPCCP inovou quando incluiu as medidas de segurança na minuta de decreto natalino de 2008, permitindo, pela primeira vez, que o benefício se estendesse aos segurados.

O indulto alcança o indeterminismo temporal das medidas de segurança, ou seja, estabelece um limite para sua extinção independentemente da cessação de periculosidade do segurado. Observamos que o critério adotado e reproduzido pelos sucessivos Decretos Natalinos é aquele sugerido por Zaffaroni e outros doutrinadores. No Decreto de 2011, lemos que o indulto é concedido às pessoas:

submetidas a medida de segurança, **independentemente da cessação da periculosidade** que, até 25 de dezembro de 2011, tenham suportado privação da liberdade, **internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada** à infração penal correspondente à

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Medida de Segurança. Projeção no tempo. Limite. HC n. 84.219-4, São Paulo. 16 de agosto 2005.

¹²⁴ ZAFFARON, E. R., PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 2004. p. 811.

¹²⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Questão penitenciária e poder público*: depoimento [mar. 2009]. Portal IBCCRIM.

conduta praticada ou, nos **casos de substituição** prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal, por **período igual ao tempo da condenação**; (Decreto nº 7.648/11, art. 1º, XI), (grifo nosso)

A nova Política Criminal e Penitenciária representa um avanço inquestionável à construção de uma outra sensibilidade jurídica aos pacientes judiciários. Na ausência de previsão legal, a intervenção político-criminal torna-se uma necessidade para garantir algum limite objetivo à execução da medida de segurança.

Mas a afronta aos direitos individuais do paciente mental não se esgota na ausência daquela previsão. Mesmo que a lei fixasse limites máximos, a medida de segurança traduziria grave desrespeito ao princípio da proporcionalidade-adequação.

Ao estabelecer correspondências necessárias entre *periculosidade presumida e internação*, entre *pena de reclusão e internação*, a lei prescinde do exame sobre as reais necessidades terapêuticas do paciente infrator. Afora isso, acreditamos que nenhuma necessidade recomende internação manicomial. De todas as maneiras, imposta *a priori* pela lei ou aplicada *a posteriori* pelo juiz, a internação com características asilares é medida contraprodutiva em relação aos objetivos terapêuticos a que se propõe. Em poucas palavras, ainda que a medida fosse limitada, seguiria sendo inadequada e inútil.

O problema adquire formas mais brandas no tratamento ambulatorial, mas nem por isso justificáveis. Ainda que a medida se legitime como tratamento, não nos parece razoável que seja imposta a título penal e fundamentada pelo juízo incerto da periculosidade. Da mesma forma, havendo ou não termo final, a limitação de liberdade individual assim imposta adquire sempre uma conotação de inadequação.

Há ainda o outro lado do problema. O Código Penal fixa o limite temporal mínimo da medida de segurança entre um e três anos (art. 97, §1º). Alguns doutrinadores defendem a necessidade dessa fixação mínima, afirmando que se deve garantir à sociedade um limite razoável contra o perigo de reiteração criminal. Equivale a dizer que o prazo mínimo é fixado abstratamente a partir de um parâmetro hipotético de cessação de periculosidade.

Pensamos que assiste razão a Ferrari quando afirma que tomar os doentes mentais por mais perigosos é pura presunção que não conta com uma base suficiente de dados oficiais. Por sua vez, a fixação em abstrato de prazo mínimo choca-se com a finalidade terapêutica da medida de segurança, visto que a periculosidade pode cessar antes do termo inicial. Implica impor ao portador de transtorno mental um sofrimento desmesurado e inútil.

¹²⁶ Sabemos que a Lei de Execução Penal fala na possibilidade de, ainda no decorrer do *prazo mínimo*, verificar-se a cessação de periculosidade (art. 176). No entanto, o sentido dessa previsão não é a possibilidade de o segurado ser desinternado ou liberado antes do termo inicial de um ano, mas sim que o *exame de cessação* poderá ser requerido e ordenado antes do termo final de três anos.

Percebemos que a discussão de fundo reporta-se sempre à questão da periculosidade do agente tomada em abstrato. Tanto a ausência de limite máximo quanto a presença de limite mínimo nos autoriza a interpretar que a lei se vale de um conceito vago e apriorístico que não guarda qualquer relação com a condição real do segurado, afastando-se, inclusive, da concepção positivista que lhe deu origem.

Quanto às pessoas com responsabilidade penal atenuada, a lei não presume a sua periculosidade. Prevê que o juiz pode substituir a pena privativa de liberdade por medida de segurança se verificar que o agente necessita de *especial tratamento curativo* (art. 98, CP). Mirabete entende que se trata de substituição facultativa que só deve ser imposta quando presente a periculosidade, comprovada por perícia médica.

O autor afirma que, embora a lei só se refira à possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade, aí se inclui também a pena de multa. Eliminado o sistema duplo binário, não se admite que qualquer pena possa cumular-se com medidas de segurança. Para ele, a omissão do legislador em relação à pena de multa deveu-se à preocupação em evitar referida substituição quando esta pena fosse a única cominada ou aplicada ao caso concreto. Neste caso, a medida de segurança substituta seria mais gravosa para o agente do que a multa. ¹²⁷ Entretanto, do ponto de vista do sistema preventivo, não haveria razão para deixar de substituí-la, haja vista que a finalidade da medida de segurança é o *tratamento curativo* – o mesmo se diga a qualquer outra espécie de pena.

A situação do semi-imputável, ou do chamado *fronteiriço*, é a de mais difícil solução. Foi *ele* quem problematizou as fórmulas acomodadas do direito penal e as convicções científicas da medicina psiquiátrica. Não se identificava com a figura ideal de homem dotado de plena razão e de responsabilidade. Também não era facilmente inocentado porque não se encaixava perfeitamente nas classificações da psiquiatria e da antropologia criminal.

¹²⁶ FERRARI, Eduardo Reali. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, 2001. p. 181-182; 184.

¹²⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Comentários à lei nº 7210, de 11-7-84*, 1996. p. 390.

A questão atravessou o tempo e chegou aos dias de hoje com a mesma indefinição. Muitos dos *estigmas teóricos* (de ordem moral) que definiam o *degenerado* do século XIX sobreviveram no, assim classificado, *psicopata* do século XXI. Nem todos os semi-imputáveis recebem o diagnóstico de psicopatia, mas este foi construído justamente em torno do problema da autodeterminação e da responsabilidade penal.

Não obstante, o impasse jurídico restou banalizado. O direito ocupa-se ordinariamente das situações mais definidas; o *fronteiro*, regra geral, está misturado à massa carcerária. O seu destino tem sido entregue às variações da sensibilidade jurídica local. Em todo caso, é uma vitória que a sua periculosidade não tenha sido presumida pelo simples fato de ser um “homem da fronteira”.

Ao falar em substituição de pena por medida de segurança, o legislador chega ao limite máximo de conjugação de duas teorias que, por princípio, são inconciliáveis. Ou se assume que a pessoa é responsável; ou se admite sua incapacidade de entendimento e de determinação, colocando-a fora do alcance do sistema punitivo. Ou se entende pela existência da culpabilidade e pela imposição de pena; ou se entende pela presença da periculosidade, portanto, pela aplicação de medidas de segurança. A norma abriga um enorme contrassenso teórico quando admite a existência de culpa – devendo o juiz, inclusive, pronunciar-lhe uma sentença condenatória - para em momento subsequente substituir a pena aplicada por medida de segurança. A regra faz com que a culpa desapareça na periculosidade.

Na verdade, não se pode falar com propriedade em *semi-imputabilidade*. A imputabilidade é um aspecto a ser avaliado de modo integral, ou está presente ou não está. Indica a possibilidade de se atribuir a alguém as consequências jurídico-penais pela prática de um delito. Pressupõe a existência da liberdade, da vontade dirigida a um fim. Não se pode conferir ao homem o atributo de uma *semiliberdade* sem com isso ferir de morte a própria ideia de liberdade. O que há de fato é a atenuação da responsabilidade penal da pessoa que “[...] em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (CP, art. 96, parágrafo único).

Por óbvio, o juízo de reprovação que recai sobre a conduta dessas pessoas não deve ser o mesmo que recai sobre as pessoas de quem se espera plena capacidade de autodeterminação. No campo da doutrina penal, não há incoerência em aplicar-lhes uma pena reduzida, pois esta deve ser sempre proporcional ao grau de culpa subjetiva. Todavia, ao permitir aquela substituição da pena, a lei está admitindo que alguém seja reconhecido como culpado e, posteriormente, seja tido como não-culpado; que é merecedor de castigo, mas que

receberá um tratamento curativo. Isso não quer dizer absolutamente que o segurado passe para uma situação privilegiada quanto à restrição de bens jurídicos. Significa na verdade que a norma agrega outro fundamento à restrição de sua liberdade para além do juízo de culpabilidade.

Do ponto de vista da lógica, o *sistema vicariante* é mais radical em suas consequências do que o *duplo binário*. Enquanto este colocava pena e medida de segurança em uma relação de soma, mantinha a individualidade dos sistemas penal e preventivo. Colocando-as em uma relação de alternatividade, faz com que se integrem – ou melhor, se desintegrem -, tornando os fundamentos da pena substituíveis pelos da medida de segurança, sem os limites e garantias estabelecidos pelo sistema punitivo. Neste sistema, o agente recebe uma pena mais branda e de duração determinada. Se a opção for pelo sistema preventivo, a pessoa fica submetida indefinidamente a uma medida de segurança até que se cumpra a promessa de cura.

Essas questões têm suscitado muitas dúvidas à doutrina e à jurisprudência. Alguns entendem que a duração da medida de segurança substituída não pode ser maior do que a da pena imposta; outros entendem que terá duração indeterminada.¹²⁸ Assinalamos de início que há duas situações distintas muitas vezes tomadas uma pela outra. Uma situação diz respeito à superveniência de doença mental durante a execução de uma pena privativa de liberdade que pode, em tese, atingir qualquer condenado. A outra situação alcança somente as pessoas de responsabilidade reduzida. Refere-se à substituição de pena por medida de segurança, ordenada pelo mesmo juiz da sentença, quando verificada a periculosidade.

Na hipótese de superveniência de doença mental, a norma incumbe ao juiz da execução decidir pela transferência do apenado para um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (CP, art. 41; CPP, art. 682; LEP, art. 108) ou converter a pena em medida de segurança (LEP, art. 183).

Se a opção for pela mera transferência, cessando a doença mental e havendo tempo de pena a cumprir, o condenado deve resgatá-la até o final.¹²⁹ Ademais, o Código de Processo Penal estabelece que, extinta a pena pelo decurso do prazo fixado, a pessoa não

¹²⁸ Medida determinada pelos limites da pena substituída: GRECO, R. *Curso de direito penal*, 2005. p. 757; ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 2004. p. 81; FERRARI, E. R. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, 2001. p. 189; GOMES, L. F. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*, v. 3, 2004. p. 38; Idem. *Medidas de segurança e seus limites*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano I, n. 2, 1993. p. 71.

Medida indeterminada: MIRABETE, J. F. *Comentários à lei nº 7210, de 11-7-84*, 1996. p. 413; PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, v. 1, 2005. p. 750-751.

¹²⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 252.

deve permanecer no manicômio judiciário, mesmo que não se tenha curado (CPP, art. 682, § 2º). Em outras palavras, o prazo daquela permanência não pode exceder o limite da pena fixada. De toda forma, as normas assinalam que nos casos de simples transferência o balizamento temporal é o da pena aplicada.

Por outro lado, a possibilidade de conversão da pena em medida de segurança, nos casos de superveniência de doença mental, é inovação trazida pela Lei de Execução Penal de 1984, portanto, posterior ao Código de Processo Penal. Isso leva Mirabete a afirmar que o referido dispositivo contido no art. 682, § 2º do CPP refere-se somente aos casos de mera transferência, não sendo permitido interpretar que se estende também aos casos de conversão de pena.

Este *incidente do processo de execução* não se confunde com a substituição da pena por medida de segurança feita aos semi-imputáveis por ocasião da prolação da sentença condenatória. Nesse caso, a lei não prevê a possibilidade de simples transferência para uma unidade de tratamento. Impõe ao magistrado uma escolha entre a aplicação de pena reduzida ou medida de segurança.

Mirabete entende que em ambos os casos, havendo *conversão* ou *substituição* de pena por medida, a execução passa a reger-se inteiramente pelas normas do sistema de medidas de segurança. Estas, por sua vez, não prevêem a possibilidade de *reconversão*; o limite único é a cessação de periculosidade. Sendo assim, não haveria mais que se cogitar sobre os limites temporais relativos à pena que foi substituída.¹³⁰

Esses são aspectos de uma argumentação que se desenvolve do plano da sucessão de normas no tempo e da interpretação gramatical. Há alguns anos, grande parte da doutrina e da jurisprudência brasileira tem se voltado para um esforço integrativo, associando interpretação sistemática e teleológica a fim de emprestar ao instituto da medida de segurança limites condizentes com a ordem constitucional.

Em relação à medida de segurança dirigida aos semi-imputáveis, há dois posicionamentos doutrinários diferentes, mesmo entre os que defendem que o seu limite máximo deva ser a pena do ilícito-típico. Uns defendem que o parâmetro deva ser o limite máximo da pena concretamente aplicada; outros entendem que seja o máximo da pena cominada abstratamente.

A primeira corrente interpreta que o juiz deve primeiro aplicar a redução de pena (CP, art. 26, parágrafo único), e que o *quantum* da pena já reduzida deve ser o limite da

¹³⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Comentários à lei n° 7210, de 11-7-8, 1996*. p. 413.

medida substituída.¹³¹ Todavia, Ferrari entende que o vicariato não se restringe apenas à *execução* da sanção, mas também à *escolha* judicial. Para o autor, o juiz não deve concretizar a redução de pena para depois substituí-la por medida de segurança. Ele deve decidir por uma ou outra espécie em razão da presença ou ausência da periculosidade. Uma vez reconhecida a periculosidade, a pena não deve sequer ser quantificada ou reduzida, pois não há lugar para um juízo de censura ou de culpabilidade. Sendo assim, o limite máximo da medida substituída deve coincidir com o máximo da pena cominada em abstrato ao respectivo ilícito-típico.¹³² Pensamos que esta seja a melhor maneira de se conjugar os sistemas punitivo e preventivo em uma lógica que não aniquile os pressupostos e objetivos fundamentais de cada um isoladamente. Mas, por óbvio, implicaria prejuízo ao segurado, tendo em vista que a duração da medida substituída seria maior diante do parâmetro da sanção abstrata.

Quanto à medida substituída à pena na fase de execução penal, no mesmo julgamento acima referido, o Relator, Min. Marco Aurélio, sinalizou o entendimento de que a própria redação do art. 183 da LEP delimita o período da medida de segurança ao prever que esta ocorre em *substituição* da pena. “[...] não podendo, considerada a ordem natural das coisas, mostrar-se, relativamente à liberdade de ir e vir, mais gravosa do que a própria apenação.”¹³³ Observamos que a jurisprudência tende a firmar entendimento no sentido de que o limite máximo da medida substituída à pena não deva ultrapassar a quantificação concreta desta, sob argumento de inconstitucionalidade.

Outra questão relativa ao pressuposto da periculosidade, é saber se ela é um conceito social, jurídico-criminal, ou médico. Segundo Ferrari, a *periculosidade social* está assentada na noção de *danosidade social*. Comportamentos inconvenientes, associados aos indicativos biopsicossociais, formam convicção de que a pessoa é dona de uma personalidade desajustada e que poderá vir a praticar crimes. À periculosidade social corresponde a ideia de medida de segurança pré-delitual.

Como já assinalamos, no Brasil não se permite a aplicação de medida de segurança sem a comprovada existência de um ilícito-típico. Exige-se a *periculosidade criminal*, ou seja, a probabilidade de o agente vir a cometer outros delitos típicos. Sendo assim, a doutrina afirma que a periculosidade criminal é um conceito jurídico que, todavia,

¹³¹ ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 2004. p. 810; GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano I, n. 2, 1993. p. 71.

¹³² FERRARI, Eduardo Reali. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, 2001. p. 185-187.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Medida de Segurança. Projeção no tempo. Limite. HC n. 84.219-4, São Paulo. 16 de agosto 2005.

demanda a participação de psiquiatras forenses a fim de avaliar o grau do transtorno mental e a correspondente periculosidade do agente. “A perícia médica servirá como instrumento tanto no instante da verificação da periculosidade como na evolução terapêutica do doente [...]”¹³⁴ E também, “A averiguação da periculosidade deve ser feita mediante perícia médica, ou seja, o juiz pode ser influenciado pela opinião técnica dos médicos, o que acontece quase sempre.”¹³⁵

Esse é também o entendimento do psiquiatra Talvane de Moraes que aponta no sentido de a periculosidade ser um conceito jurídico e não médico.

A legislação vigente no país determina que cabe ao perito psiquiátrico averiguar a cessação da periculosidade. É importante ressaltar, contudo, que a periculosidade é, nesse contexto, um conceito jurídico (e não médico ou psicológico), implicando na capacidade de se prever o comportamento futuro do sujeito submetido à medida de segurança.¹³⁶

Apesar dessa quase unanimidade de entendimento, Ferrari entende que as perícias psiquiátricas e criminológicas são essenciais para a caracterização da periculosidade. Ela é definida por um juízo de probabilidade que se diferencia da mera possibilidade. Enquanto esta diz respeito ao caráter incerto de acontecimentos futuros, a probabilidade indica uma certeza: a constância da frequência dos mesmos acontecimentos incertos. De qualquer forma, é sempre um prognóstico que envolve um juízo subjetivo duvidoso e falível.¹³⁷

Não obstante a doutrina penal definir a periculosidade como um juízo de probabilidade, na prática processual, os quesitos formulados no Exame de Verificação de Cessação de Periculosidade (EVCP) trabalham com o binário sim ou não. Essa contradição acaba por ser uma questão a ser enfrentada muito mais pela psiquiatria forense do que pelos juristas. Registramos a opinião de que:

No EVCP, o psiquiatra é solicitado a responder se a periculosidade do indivíduo periciado está ou não cessada. Espera-se do psiquiatra uma resposta objetiva, ou seja, sim ou não, quando, na verdade, o profissional tem condições de examinar apenas a probabilidade de o indivíduo voltar ou não a cometer algum delito. Essa limitação fica mais evidente quando se leva em conta o fato de que o médico não pode exercer qualquer controle sobre as variáveis ambientais referidas anteriormente. Dessa forma, a **avaliação de risco** pesquisa se o **grau de risco de violência** de um indivíduo é pequeno, médio ou grande. Trata-se de uma abordagem mais fiel às reais possibilidades de alcance de um exame psiquiátrico, muito embora o perito

¹³⁴ FERRARI, Eduardo Reali. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, 2001. p. 165.

¹³⁵ ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 2004. p. 810.

¹³⁶ TALVANI de Moraes. *Ética e psiquiatria forense*, 2001. p. 225.

¹³⁷ FERRARI, Eduardo Reali. Op. cit., p. 156, 162-163.

ainda tenha que fornecer uma resposta do tipo sim ou não ao EVCP.¹³⁸ (grifo nosso)

O tratamento dogmático dado à periculosidade torna o EVCP ainda mais complexo em relação aos inimputáveis. Durante a execução da medida de internação, exige-se uma resposta da psiquiatria forense sobre a cessação do *estado perigoso* quando, no momento da aplicação, ele é presumido.

A questão remete à legitimidade científica dos exames de verificação e de cessação de periculosidade. O abandono da noção de *degeneração* ocorreu na medida em que se criou no seu lugar, no início do século XX, o conceito de *psicopatia*. As objeções recaíam sobre o determinismo mecanicista daquela classificação, isto é, sobre a ideia de que os fatores hereditários implicavam necessariamente a tendência para o comportamento delituoso. Esta concepção foi sensivelmente minimizada, mas não descartada – talvez esteja sendo até ressuscitada pela neurociência. De qualquer maneira, a incapacidade de provar *objetivamente* a relação entre transtorno psíquico e comportamento criminoso derivou uma série de teorias e técnicas biologicistas e psicologicistas.

Elías Abdala-Filho menciona que, a partir de 1960, a cientificidade do diagnóstico da periculosidade passou a ser questionada. Acusavam a etiologia criminológica de fazer uma redução unívoca entre doença mental e comportamento violento. Observavam que havia um “exagero na predição da periculosidade de indivíduos portadores de transtorno mental.”¹³⁹

Formou-se naquela época uma nova corrente no campo da psiquiatria, de origem norte-americana, conhecida como *psiquiatria preventiva*. A nova teoria resgatava a noção de que o homem é formado por uma unidade psíquica integrada por aspectos orgânicos e psicológicos. Assumia que determinados indivíduos e grupos sociais apresentavam um *risco* maior para desenvolver transtornos psíquicos em razão da pressão de fatores internos e externos. Os *fatores de risco* eram de ordem biológica, psicológica e, também, social. Essa concepção permitia a intervenção antecipada sobre os indivíduos a título de prevenção. Eram cooptados nas ruas a partir de uma *avaliação de risco* de transtorno mental que se projetava sobre as condições do seu ambiente social e psicológico.¹⁴⁰ Enfim, uma tecnologia que atuava com categorias eminentemente morais.

¹³⁸ TABORDA, José G. V. Exame pericial psiquiátrico. In: TABORDA, J. G. V.; CHALUB, M.; ABDALA-FILHO, E. (Orgs.), *Psiquiatria forense*, 2004. p.163.

¹³⁹ ABDALA-FILHO, Elías. Avaliação de risco. In: TABORDA, J. G. V.; CHALUB, M.; ABDALA-FILHO, E. (Orgs.), *Psiquiatria forense*, 2004. p. 161.

¹⁴⁰ Ver: seção 3.1

Entendemos que a psiquiatria forense desdobrou a teoria preventiva a fim de aplicar a tecnologia da *avaliação de risco* ao campo do exame da periculosidade. Grande parte dos forenses compreende que, ao fazer uma associação obrigatória entre doença mental e ato criminoso, a periculosidade foge às reais possibilidades da psiquiatria. Em primeiro lugar, ainda que haja um prognóstico de desvio comportamental, não é possível chegar à probabilidade de que se converterá precisamente em *reiteração criminosa*, isto é, em novo ilícito-típico. O que está ao alcance da perícia é a avaliação de risco de um comportamento violento ou antissocial.

Em segundo lugar, este prognóstico não está restrito aos sintomas do transtorno mental. A *avaliação de risco* de violência também se projeta para fatores sócio-ambientais e biopsicológicos que não estão relacionados diretamente com o distúrbio psíquico: “[...] o comportamento violento não é determinado unicamente pelo transtorno psiquiátrico, mas que este pode funcionar como um potencializador do risco de violência.”¹⁴¹

Desde a década de oitenta, vários instrumentos de predição de risco de violência têm sido desenvolvidos. Em 1990, Swanson chegou a destacar três fatores de periculosidade ao lado da doença mental: gênero masculino, idade jovem e baixa condição socioeconômica. Surgiram também várias *escalas de mensuração de psicopatia ou de risco* que são amplamente utilizadas nos exames periciais de verificação ou cessação de periculosidade em todo o mundo. Muitos entendem que essas escalas permitem um diagnóstico mais seguro da psicopatia, portanto, um prognóstico também mais seguro de *risco de violência* – o que afirmam ser substancialmente diferente do conceito jurídico de periculosidade.¹⁴²

Em 1991, o canadense Robert Hare elaborou uma dessas escalas de mensuração: a *Psychopathy Checklist Revised (PCL-R)*. De acordo com Almeida, Hare entende que a psicopatia é o conceito clínico mais importante para o sistema de justiça criminal e com maior validação no âmbito da psicopatologia.

Almeida ressalta que muitos têm se posicionado contra os seus indicadores, alegando que sua validação fica restrita à amostragem em populações carcerárias. Ademais, entendem que:

A maior parte dos indicadores para psicopatia presentes na PCL-R foram operacionalizados a partir das categorias formuladas por Cleckley (1941) e

¹⁴¹ ABDALA-FILHO, Elías. Avaliação de risco. In: TABORDA, J. G. V.; CHALUB, M.; ABDALA-FILHO, E. (Orgs.), *Psiquiatria forense*, 2004. p. 161.

¹⁴² ABDALA-FILHO, Elías. Op. cit., p.163.

apresentam **grande semelhança com os indicadores da loucura moral**, conforme definida por Prichard (1835) [...].¹⁴³ (grifo nosso)

A validação científica da escala PCL-R também vem sendo questionada, tendo em vista que:

o próprio diagnóstico de psicopatia implicado pelos indicadores da escala ainda está **carregado por uma forte carga de condenação moral** (p.ex. mentira patológica, estilo de vida parasitário, comportamento sexual promíscuo, falta de projetos de longo prazo realísticos, irresponsabilidade, múltiplas relações maritais de curta duração, etc.).¹⁴⁴ (grifo nosso)

Todavia, essas verdadeiras “escalas morais” nem sempre alcançam o diagnóstico da psicopatia - atual *transtorno da personalidade e do comportamento*.¹⁴⁵ Cleckley, um dos autores do conceito, já havia observado que “apenas os psicopatas mal sucedidos em manter uma ‘máscara de sanidade’ satisfatória acabam em instituições de asilamento.”¹⁴⁶ Emerge um paradoxo inevitável: os “incorrigíveis”, os “irrecuperáveis”, enfim, os verdadeiros psicopatas - por algum subterfúgio não bem compreendido - são os que mais facilmente se furtam às avaliações psicopatológicas. Na verdade, essas classificações prestam-se para internar os mais “brandos”.

Acobertado por tecnologias que lhe reforçam o aspecto de cientificidade, o discurso da psiquiatria forense constrói uma espécie de *duplo* da síntese alienista na interface com a loucura criminalizada. Estabelece um paralelo, ponto por ponto, com os enunciados do alienismo: as noções de louco-moral e de tratamento moral; o manicômio como um espaço de controle terapêutico; e a supressão da capacidade jurídica do doente mental. A diferença é de grau. Todo o imaginário que cerca o crime adere à loucura para torná-la um superlativo de si própria. Ao lado do adjetivo *moral* aparece o seu potencializador *criminal*: louco-infrator e tratamento preventivo; o manicômio judiciário como um espaço de segurança e prevenção criminal; e a supressão da responsabilidade jurídico-penal.

Foucault menciona que o campo da psiquiatria forense começou a ser delineado no século XIX, quando os juízes adotaram a prática de determinar que certos tipos de criminosos cumprissem sua pena em hospitais psiquiátricos. Aquela “liberalidade” não contava com legitimações normativas ou médicas. A psiquiatria da época não identificava o criminoso como objeto de uma apreciação especializada. Sua interface com a justiça criminal

¹⁴³ ALMEIDA, Francis Moraes de. Máscaras da insanidade: emergências e ressurgências do conceito de psicopatia na psiquiatria contemporânea. *Phychiatry on line Brasil*. v. 16, dezembro de 2011.

¹⁴⁴ ALMEIDA, Francis Moraes de. Op. cit.

¹⁴⁵ CLASSIFICAÇÃO ESTATÍSTICA INTERNACIONAL DE DOENÇAS E PROBLEMAS RELACIONADOS À SAÚDE (CID-10), rev. 10ª, v. 1, F-60.

¹⁴⁶ ALMEIDA, Francis Moraes de. Op. cit.

acontecera de forma dispersa quando era chamada a opinar sobre a responsabilidade penal de doentes mentais; e o fazia com um saber adquirido em práticas clínicas, dentro do seu próprio domínio de argumentação.

A psiquiatria forense surgiu para ocupar esse espaço de intermediação, para elaborar um discurso voltado para a loucura criminal. Ela construiu uma zona própria de poder entre os discursos jurídico e psiquiátrico que não está voltada exatamente para a prevenção do crime nem para a cura da doença mental. O seu domínio discursivo, sua capacidade de intervenção deriva de um outro poder: um poder de normalização. Na verdade, a psiquiatria forense não responde àquele duplo da responsabilidade penal e da doença mental que originalmente demandou a intervenção da medicina no universo jurídico. Segundo Foucault, ela trabalha em um campo absolutamente moral que, afinado com a percepção social, distingue uma outra polaridade conceitual: o homem normal e o anormal. O seu discurso concentra um poder controlador e normalizador que está disperso na consciência social, dissolvendo a questão da responsabilidade penal na ideia única de segurança social.

O drama contemporâneo está concentrado no exame psiquiátrico. O discurso do perito psiquiatra, de acordo com Foucault, adquire poder na medida em que opera três funções fundamentais: *dobrar o delito com a criminalidade*; *dobrar o autor do crime com o delinquente*; e constituir um *médico-juiz*. Em conjunto, essas operações projetam uma espécie de duplicata das abstrações jurídicas no plano da realidade das personificações sociais e morais.

O delito abstrato transforma-se em ação individual; do *ato* passa-se à *conduta*. A *maneira de ser* da pessoa é traduzida nos motivos, causas e origens do crime que, ao final, tornam-se o substrato punível. A afronta à norma penal, antes disso, é uma irregularidade diante de regras que pertencem a outros discursos normativos: a moral, a fisiologia, a psicologia, etc. “Em suma, o exame psiquiátrico permite constituir um duplo psicológico-ético do delito.”¹⁴⁷

O tipo delinquente, forjado no século XIX, é quem faz o *dobramento* com a abstração *agente do crime*. A perícia psiquiátrica dedica-se a demonstrar que o indivíduo já era parecido com o crime antes de cometê-lo. As descrições de instabilidade, imaturidade, insucesso, infantilismo, pouca inteligência, entre outras características são tomadas como causas, motivos e provas de um comportamento moralmente defeituoso. Verdadeiras *faltas sem infração* que “responsabilizam” a pessoa por todos os seus defeitos, tornando-a uma

¹⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France*, 2011. p. 27.

figura juridicamente indefinível. “Não é mais um sujeito jurídico que os magistrados, os Jurados, têm diante de si, mas um objeto: o objeto de uma tecnologia e de um saber de reparação, de readaptação, de reinserção, de correção.”¹⁴⁸

O psiquiatra forense é quem deve dizer se há traços no sujeito que tornam possível avaliar a formação de uma conduta infratora. No exercício do seu saber, o perito torna-se um verdadeiro juiz da causa na medida em que o exame adquire o valor de demonstração da possibilidade do crime. O discurso que descreve um *delinquente*, que descreve as *origens e motivações* do seu crime está em grande medida decidindo que ele será “condenado” à institucionalização.

De acordo com Foucault, a psiquiatria forense segue rumos próprios no sentido de que o seu saber serve mais a interesses morais e sociais do que propriamente à ciência e que, por isso, se distancia dos caminhos da psiquiatria geral. Para ele, o saber forense não tem verdadeiro valor de conhecimento porque se limita a reproduzir enunciados banais e infantilizados em torno de conteúdos moralizantes. O seu poder, no entanto, está na construção de um discurso que transforma o sujeito de direito em objeto de uma tecnologia de segregação e correição. Uma tecnologia que não responde ao crime e não responde à doença mental, mas apenas às categorias do *perigo* e da *perversão*.

Acreditamos que esses sejam os verdadeiros conteúdos da periculosidade. Ela não pode ser uma categoria autenticamente jurídica porque não opera no mesmo nível de abstração das suas construções formais. Também não serve à psiquiatria, pois as suas finalidades correicionais estão muito mais próximas de estratégias de controle do que de objetivos médicos. O pacto político da psiquiatria forense não é com o direito penal nem com a própria psiquiatria, mas diretamente com a moralidade social. Como afirma Foucault, o exame forense traduz

[...] uma prática que diz respeito aos anormais, que faz intervir certo poder de normalização e que tende, pouco a pouco, por sua força própria, pelos efeitos de junção que ele proporciona entre o médico e o judiciário, a transformar tanto o poder judiciário como o saber psiquiátrico, a se constituir como **instância de controle do anormal**.¹⁴⁹ (grifo nosso)

A tentativa de conciliar esses enunciados típicos de um controle social com os discursos do controle penal resulta em antinomias que, como vimos, refletem-se em contradições legais. São contradições agudas que, cristalizadas no plano normativo, trazem uma série de dificuldades à aplicação, bem como à execução das medidas de segurança. É chegada a hora de assumir que a tentativa está frustrada. As antinomias são insuperáveis

¹⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France*, 2011. p. 26.

¹⁴⁹ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 52.

dentro dos limites estanques do discurso do direito penal atual. A sua superação só pode ser alcançada por meio de uma outra sensibilidade jurídica que se abra à consideração de novos paradigmas científicos e no plano de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

2.2.2 A Execução das Medidas de Segurança

A norma atual estabelece duas espécies de medidas de segurança: a medida detentiva de internação e a medida restritiva de tratamento ambulatorial. A internação deve ser cumprida em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta deste, em estabelecimento dotado de características hospitalares (CP, art. 99). O tratamento ambulatorial consiste em comparecimento periódico a hospital de custódia ou similar para acompanhamento terapêutico. Há a possibilidade de contratação de médico de confiança pessoal para orientar o tratamento (LEP, art. 43).

A regra geral determina que ao *inimputável* aplique-se medida de internação. Porém, se o delito for cominado com pena de detenção, o juiz pode optar pela medida de tratamento ambulatorial. (CP, art. 97, *caput*) Esta regra leva Mirabete a interpretar, em sentido inverso, que o tratamento ambulatorial só pode ser aplicado nos casos de infrações puníveis com detenção, seja o agente inimputável ou semi-imputável. Mesmo tratando-se de pessoa com certo grau de discernimento, responsabilidade e autonomia, sendo a infração punível com reclusão, deve receber necessariamente medida de internação. Pensamos que esta não seja a melhor interpretação, inclusive porque expressa analogia *in malam partem*, impondo aos semi-imputáveis a relação *reclusão-internação* que a lei só autoriza aos inimputáveis.

Na visão do autor, o parâmetro da gravidade do delito parece adquirir eficácia somente para restringir a liberdade do *semi-imputável*, jamais para ampliá-la. Entende que o magistrado pode sempre determinar a internação quando o segurado demonstrar grave periculosidade, independentemente do tipo de pena cominada ou do grau de inimputabilidade.¹⁵⁰ A lei justifica até certo ponto este entendimento ao estabelecer que o tratamento ambulatorial pode ser convertido em internação quando necessário para fins curativos (CP, art. 97, § 4º).

¹⁵⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Comentários à lei nº 7210, de 11-7-84*, 1996. p. 392.

Quanto à relação entre a internação e o grau de periculosidade, é a própria lei que explicita. Ainda que a infração seja punida com detenção, não há qualquer impedimento legal para que se determine a internação.

De qualquer forma, parece incoerente fazer o sistema punitivo interceder na dinâmica da aplicação da medida de segurança para agregar restrições à liberdade dos segurados. Quando a corrente eclética liderada por von Liszt recorreu aos balizamentos do sistema punitivo, o fez com o sentido de garantir os direitos individuais dos segurados, e não para que os restringisse ainda mais.

Entendemos que o princípio da proporcionalidade–adequação deveria ser o parâmetro de qualquer intervenção na esfera de liberdade dos cidadãos, mormente quando de natureza penal. Deveria estar à frente da decisão sobre a modalidade de medida de segurança a ser aplicada, harmonizando a resposta jurídico-penal com as necessidades individuais do segurado. De acordo com Celso Delmanto, essa tem sido a orientação de parte da jurisprudência que admite tratamento ambulatorial ao semi-imutável nos casos de pena de reclusão como, por exemplo, o furto qualificado. O jurista menciona que “Com efeito, o critério reclusão/detenção não mais satisfaz, sobretudo diante do fato do legislador não o ter sequer levado em consideração ao dispor sobre as penas substitutivas (CP, art. 44) [...]”¹⁵¹

Outra questão é a possibilidade de progressão da medida de internação para a de tratamento ambulatorial a exemplo do regime progressivo do cumprimento de pena. A lei não faz nenhuma referência expressa. Para Mirabete, o juiz da execução deve proceder à mencionada desinternação quando verificar pelas informações e exames que ela não é mais necessária. Porém, diante da regra do art. 97, *caput*, CP, esta progressão só seria possível nos casos de crimes cominados com pena de detenção.¹⁵² A solução apontada por Mirabete não alcançaria, portanto, grande parte da população segurada, deixando à margem do benefício da “progressão” todos os internados que se envolveram em crimes cominados com reclusão.

Rogério Greco compartilha o entendimento pela desinternação, mas não faz qualquer relação com a pena cominada ao delito de referência:

Mesmo com o sistema deficiente que possuímos, devemos tratar a medida de segurança como remédio, e não como pena. Se a internação não está resolvendo o problema mental do paciente ali internado sob o regime de medida de segurança, a solução será a desinternação, passando-se para o tratamento ambulatorial [...].¹⁵³

¹⁵¹ CELSO DELMANTO [et. al.] *Código penal comentado*, 2010. p. 183, 395.

¹⁵² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Comentários à lei n° 7210, de 11-7-84*, 1996. p. 392.

¹⁵³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, 2005. p. 744.

Tânia Marchewka chama a atenção para o paradoxo de que os imputáveis sejam contemplados com vários institutos que lhes permitem a liberdade, enquanto os doentes mentais devem permanecer irremediavelmente internados. Aos imputáveis permitem-se o *sursis*, a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa, a suspensão condicional do processo, a progressão de regime, entre outros benefícios. A solução trazida pela autora é a extensão desses benefícios aos internados por meio da aplicação da interpretação analógica *in bonam partem*. Assim decidindo, os tribunais estariam atendendo a orientação da política criminal, da dogmática penal e processual penal contemporânea, bem como da moderna psiquiatria cuja tendência é a desinstitucionalização dos portadores de transtornos mentais.¹⁵⁴

Dentre os benefícios da execução, podemos mencionar que existe uma espécie de paralelo entre o livramento condicional dos apenados e a *desinternação* ou *liberação condicional* dos segurados. Estas, diferentemente do livramento, exigem uma única condição de caráter subjetivo: a cessação da periculosidade do segurado. Quanto ao “período de prova”, se em um ano a pessoa vier a praticar *fato* indicativo de *persistência* de periculosidade, a situação anterior deverá ser restabelecida (art. 97, §3º, CP).

Pesam questionamentos sobre quais fatos seriam suficientes para indicar a referida persistência da periculosidade, vez que a lei não menciona infração penal propriamente dita. Também não demanda perícia de avaliação de periculosidade como o faz no momento da desinternação ou liberação. Sendo assim, parece-nos que o *fato indicativo de periculosidade* pode assumir qualquer aspecto, pode alcançar qualquer situação, inclusive o descumprimento de condições impostas. A *persistência* de periculosidade torna-se um verdadeiro juízo de periculosidade social, uma avaliação de perigo ainda mais inconsistente e mais subjetiva do que a periculosidade criminal.

Mais uma vez a sistemática das medidas de segurança denota uma situação de desigualdade de direitos injustificável entre o segurado e o apenado. O regime do livramento condicional obriga a revogação o benefício diante da prática de *crime*, e faculta diante do *descumprimento de condições impostas* (CP, arts. 86 e 87). O regime da desinternação ou liberação condicional obriga a revogação diante de fatos absolutamente indefinidos. Lembramos que os portadores de transtorno mental nem sempre adquirem condição de cumprir as obrigações impostas pela lei, tal como obter ocupação lícita dentro de prazo razoável (LEP, art. 132, I, *a*), ainda que sejam aptos ao trabalho. É evidente que contra eles

¹⁵⁴ MARCHEVKA, Tânia Maria N. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e das reforma psiquiátrica do Brasil. *Revista Ciências Criminais*. Associação Brasileira de Professoras de Ciências Penais (ABPCP), n. 00, 2004. p. 175-189.

sempre pesam os estigmas da irresponsabilidade, da violência e da periculosidade. Ao que tudo indica, também para o legislador.

Ao tratar da execução da medida de segurança, é fundamental não perder de vista que a própria lei lhe atribui uma *finalidade curativa* a ser alcançada por *tratamento especial*. Diante deste objetivo, entendemos pela urgência de se rever a necessidade, a suficiência, a utilidade da medida de internação. Não se pode perder de vista que a Política Nacional de Saúde Mental assumiu o modelo da desinstitucionalização, notadamente após a vigência da Lei de Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216, de 2001. A internação com características asilares, reforçadas e agravadas no manicômio judiciário, não se legitima como terapêutica por ser uma prática condicionante, alienante e contraproducente em relação à autonomia necessária para um verdadeiro processo de ressocialização.

É importante fazermos algumas observações sobre a realidade dessas instituições no Brasil. Mencionamos primeiramente, que o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP) é, sob o aspecto formal, uma das espécies de estabelecimento penal previsto pela Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210/1984. Veremos no próximo capítulo como essa característica custodial impõe dificuldades para que os programas de saúde mental cheguem aos internados-segurados. De qualquer forma, entendemos que o uso de algemas, a vigilância constante, a presença de grades e muros, o isolamento social, enfim, todo o controle típico de uma instituição carcerária impede um verdadeiro tratamento terapêutico.

Verificamos que nem todas as unidades da federação contam com hospitais de custódia, apenas dezessete estados. Os demais - dez estados ao todo - improvisam alojamentos, normalmente corredores isolados dentro de presídios, sem as condições de espaço e salubridade preconizadas pela LEP. Dentre as unidades da federação que não possuem HCTP, o Distrito Federal e o Mato Grosso apresentam uma situação relativamente diferenciada, pois as respectivas Alas de Tratamento Psiquiátrico (ATPs), localizadas dentro dos presídios, contam com certa autonomia.

Os dados foram obtidos entre os anos de 2005 e 2009 a partir de pesquisa realizada por Ana Cristina Bezerra de Oliveira.¹⁵⁵ Sua amostra incluiu os vinte e três HCTPs existentes no Brasil e duas ATPs. De acordo com a autora, as ATPs do Distrito Federal e do Mato Grosso foram incluídas na pesquisa por contarem com uma estrutura semelhante à do HCTP.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Ana Cristina Bezerra de, *O buraco negro do ser: manicômio do vazio: a (des)estrutura dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Centro Universitário UNIEURO, Brasília, 2009.

Os números demonstram por si mesmos a ampla difusão da prática da internação em instituições de custódia. Demonstram igualmente que o problema crônico da superpopulação que atinge os estabelecimentos prisionais do País também alcança os hospitais de custódia, já que operam com 100% de sua capacidade. Sublinhamos que nem todas as pessoas que se encontram nos HCTPs estão submetidas à medida de internação, ou sequer são seguradas. Sempre nos limites temporais da pesquisa, encontram-se efetivamente cumprimento medida de internação 2.660 (duas mil seiscentos e sessenta) pessoas, ou 68% do total. Em cumprimento de medida ambulatorial, 124 (cento e vinte e quatro) pessoas, ou 3%. Pessoas cumprindo pena (imputáveis), 413 (quatrocentas e treze) ou 11%. Em tratamento de saúde em geral - diferente de transtorno mental - 390 (trezentos e noventa), ou 10%. Em tratamento de dependência química, 339 (trezentos e trinta e nove), ou 8% do total.

Verificamos que os hospitais de custódia, contrariando as diretrizes da Lei de Reforma Psiquiátrica, têm expandido seus limites para alcançar parte da população carcerária a quem não são destinados. Tal fato causa estranheza no sentido reverso do argumento legalista: se não é possível deixar de internar o inimputável no HCTP nos casos em que a lei assim obriga, tolera-se a internação de imputáveis quando a lei assim não autoriza. A teor da Lei de Execução Penal, o HCTP destina-se aos inimputáveis e aos semi-imputáveis (art. 99, *caput*). Esta previsão harmoniza-se com a regra do art. 183 que autoriza a substituição de pena por medida de segurança no caso de superveniência de doença mental. Entretanto, o juiz pode também decidir pela simples transferência do doente sem converter a pena (CP, art. 41; CPP, art. 682).¹⁵⁶ Esta norma autoriza a presença de apenados nos HCTPs, mas de qualquer forma não justifica o uso banalizado da instituição para o recolhimento de apenados que não manifestem qualquer transtorno mental.

Quanto ao período de internação, os dados da pesquisa mostram que o tempo de permanência médio é de quatro anos, portanto, superior ao limite mínimo fixado pela lei. De outro lado, alguns relatos referem-se a internações de mais de 50 anos. Fato relevante é o alto percentual (28%,) dos dirigentes que não souberam ou simplesmente não informaram o tempo mínimo e máximo de permanência de internados nos HCTPs.

Há também internações que não estão amparadas por decisão judicial e, ainda, as que não registram delito praticado pelo paciente. Os fatos demonstram o grande descaso com que as medidas de segurança vêm sendo executadas no Brasil. Desviados de sua finalidade principal, os hospitais de custódia têm se prestado a usos indiscriminados, negligenciando seu objetivo assistencial.

¹⁵⁶ Ver: seção 2.2.1

Regra geral, os pacientes judiciários são simplesmente *neutralizados* – termo empregado pela doutrina criminológica positivista ao se referir à necessidade de isolamento, *neutralização* dos loucos criminosos mais perigosos. Os objetivos terapêuticos e ressocializadores incorporados pelo legislador atual, principalmente pela LEP, parecem sucumbir diante do aspecto carcerário dos HCTPs. O objetivo de *emenda* – aspecto *correicional* da medida de segurança também referido pelos próprios positivistas – torna-se ainda mais obscuro diante dessa realidade. Esse é um retrato da nossa “navegação de insensatos”, sempre na rota da exclusão social.

Sublinhamos que os dados acima referidos foram obtidos em instituições autônomas e formalmente organizadas dentro do universo penitenciário. Ainda que de forma reduzida, os HCTPs contam com alguma dotação orçamentária que permite a alocação de recursos humanos e materiais. Pela via reflexa, devemos pensar na situação de precariedade e abandono dos segurados nos outros dez estados da federação que não possuem este mínimo de organização. Buscamos uma vez mais as palavras de Zaffaroni sobre esse abandono institucionalizado:

A perversão do discurso jurídico-penal faz com que se recuse, com horror, qualquer vinculação [...] dos doentes mentais [...] com o discurso jurídico-penal, embora submetam-se todos esses grupos a institucionalizações, aprisionamentos e marcas estigmatizantes, autorizadas ou prescritas pela própria lei que são, num todo, semelhantes – e, frequentemente, piores do que as abrangidas pelo discurso jurídico-penal.¹⁵⁷

A internação de tipo asilar, manicomial, tem sido legitimada desde o século XVIII por argumentos pretensamente científicos que lhe atribuem qualidade terapêutica. Mais recentemente, agregou-se uma atribuição correicional voltada para os loucos delinquentes. No entanto, diante da triste evidência de que os pacientes psiquiátricos não se beneficiam com a “terapêutica do cárcere”, a internação mostra sua verdadeira face de dominação: a mera defesa social. Não nos parece mais possível que a sociedade, de forma geral, e que o direito penal e a psiquiatria forense, de maneira especial, permaneçam alheios aos novos discursos científicos que denunciam a toda prova aquela evidência. Se o nosso Estado Democrático de Direito do século XXI assume como princípio fundamental um programa de realização dos direitos humanos, não abriga práticas desumanas sob qualquer argumento, menos ainda o da segurança social.

Em um sentido diferenciado, a medida de segurança de tratamento ambulatorial parece estar mais afinada com as propostas da Reforma Psiquiátrica, tendo em vista que oferece ao segurado a oportunidade de assistência extra-hospitalar. Contrariando esta

¹⁵⁷ ZAFFARONI, E.R. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, 2001. p. 22.

percepção inicial, a modalidade ambulatorial mantém todas as características do instituto que, em qualquer situação, submete a pessoa ao “campo minado” do Sistema Penal.

Entendemos que o próprio transtorno mental constitui-se em um forte fator de incremento de vulnerabilidade frente aos processos de criminalização. Esta *vulnerabilidade agregada* torna os portadores de sofrimento psíquico mais frágeis do que os demais diante da ação seletiva do Sistema Penal. Sendo assim, não se justifica que o direito penal reaja da mesma forma que o faz em relação às pessoas que não compartilham este sofrimento, isto é, que imponha aos doentes mentais restrições coativas à sua esfera de liberdade individual – ainda que com o rótulo de “tratamento”, ainda que sob a forma ambulatorial.

Não creditamos justiça a uma assistência que só chega ao portador de transtorno mental pela contramão da via da emenda e de forma impositiva. Ainda que seu conteúdo material possa estar mais próximo de um modelo de assistência viável, a filosofia e a doutrina subjacentes ao instituto da medida de segurança sempre trairão as boas intenções. Os sentidos abertos da expressão humana são arrebatados por essa racionalidade que transforma a loucura em perversidade e em perigo, o crime em criminalidade, e submete a pessoa a um “controle penal assistencial”.

2.2.3 As Internações Psiquiátricas Compulsórias

O Código Penal de 1940, diante de um plano muito maior de atuação, previa a aplicação provisória de medidas de segurança aos inimputáveis, aos ébrios habituais e aos toxicômanos (art. 80). Desde a reforma de 1984, que excluiu previsão expressa, consolidou-se o entendimento de que a aplicação provisória de medida de segurança não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico. A matéria passou a ser regulada pela Lei de Execução Penal que exige o trânsito em julgado da sentença e a expedição da respectiva guia de execução para a internação ou tratamento ambulatorial (arts. 171 e 172).

Diante dessa disciplina, a grande maioria da nossa jurisprudência e doutrina entende que as normas processuais penais que se referem à aplicação provisória de medida de segurança, em especial o artigo 378 do CPP, foram revogadas.¹⁵⁸ Pensamos que essa interpretação é certa. Porém, muitas vezes o conteúdo material da norma fica escamoteado pelo seu aspecto formal.

¹⁵⁸ CELSO DELMANTO [et. al.] . *Código penal comentado*, 2010. p. 363

Podemos afirmar que desde a vigência do Código Penal de 1940, e do Código de Processo Penal de 1941, estabeleceram-se três pontos sensíveis ao tema. Três situações em que a pessoa pode ver-se submetida à internação psiquiátrica compulsória por ordem emanada de juízo penal. Essas situações são geralmente excluídas do tema porque, do ponto de vista técnico-formal, não são medidas de segurança provisórias. Além disso, algumas dessas internações encontram-se reguladas no estatuto processual, o que poderia retirar-lhes o aspecto de sanção penal *lato sensu*, para adquirirem legitimação como instrumentos de tutela do próprio processo.

Entretanto, ainda que não possam ser chamadas de medidas de segurança, entendemos que todas essas internações compulsórias socorrem-se indiretamente do paradigma da periculosidade do agente. Em alguns casos, não há sequer comprovação definitiva de prática da infração ou indícios suficientes de autoria a justificar restrição antecipada de liberdade a título penal. Junte-se a isso o fato de que geralmente acontecem nas mesmas instituições destinadas aos segurados. De qualquer maneira, elas representam sempre imposição forçada de sofrimentos e indignidades que, de forma semelhante às medidas de segurança propriamente ditas, pretendem justificar-se como assistência ou tratamento.

O primeiro ponto sensível diz respeito à internação para fim de exame de sanidade mental. Ao regular o procedimento do Incidente de Sanidade Mental, a lei prevê que, havendo dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará o exame pericial de ofício, a requerimento do Ministério Público ou dos interessados. Para a realização desse exame, estando o réu preso, o juiz providenciará sua internação em manicômio judiciário – na linguagem do CPP; se estiver solto, sua internação ficará na dependência de requerimento dos peritos e será feita em estabelecimento adequado que o juiz designar. Essa internação, contudo, não poderá durar mais de 45 (quarenta e cinco dias), salvo demonstrada necessidade pelos peritos (CPP, art. 149; art.150 *caput* e §1º).

Como se depreende, existe uma previsão clara para o que poderíamos chamar de “internação temporária” - em um paralelo com a prisão temporária que tem objetivos específicos de curto prazo. Ao menos se estabeleceu a ela o limite temporal necessário ao exame. Pensamos que a providência atenta contra a liberdade individual, principalmente nos casos em que a pessoa não estiver presa. Em verdade, não se vislumbram argumentos jurídicos ou psiquiátricos suficientes a justificarem medida tão gravosa sob o pretexto de beneficiar o acusado com perícia mais acurada. Hoje já existem experiências diferenciadas

no campo da Saúde Mental que, substituindo o paradigma da internação, alcançam um grau de conhecimento maior sobre a situação geral do paciente judiciário.¹⁵⁹

O segundo ponto controvertido relaciona-se com o adoecimento mental superveniente à prática da infração penal - mas ainda durante o processo de conhecimento. Já nos referimos a esse tema no item 2.2.1 deste trabalho, mas retomaremos alguns aspectos a fim de recompô-lo diante da questão da internação psiquiátrica.

À luz do que estabelece a lei processual, caso o exame de sanidade conclua que a doença mental *sobreveio à infração* cometida, o juiz pode ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou outro estabelecimento adequado. O processo, então, ficará suspenso até que se restabeleça (CPP, art. 152 *caput*, §§ 1º e 2º). Tal dispositivo tem suscitado inúmeros debates doutrinários e desafiado a melhor jurisprudência justamente por se convolar em uma restrição de liberdade compulsória, de caráter provisório, e *por tempo indeterminado*.

De acordo com Heráclito Mossin, tem prevalecido o entendimento de que a norma é inconstitucional. Vicente Greco Filho afirma que é manifestamente inconstitucional e que foi parcialmente revogada pela Constituição Federal, tendo em vista que autoriza a restrição de liberdade sem que sentença tenha verificado infração penal. Tourinho Filho entende que o dispositivo foi tacitamente revogado pelo artigo 171 da LEP que exige o trânsito em julgado da sentença para a execução de medida de segurança. Mirabete partilha do mesmo entendimento que Mossin. Ambos ressaltam que esta internação não corresponde à medida de segurança provisória. A doença mental manifestou-se após a prática da infração penal, logo, não estava presente no momento da ação como exige o artigo 26 do Código Penal. Para os juristas, se o réu já estiver preso cautelarmente, nada obsta que o juiz determine sua internação, pois presentes os motivos ensejadores da constrição provisória. Todavia, se o réu estiver solto, afirmam que o juiz não pode determinar sua internação em qualquer instituição, sob pena de configuração de constrangimento ilegal.¹⁶⁰

Observamos que diante do rigor técnico não se trata verdadeiramente de medida de segurança provisória; o que pode ser ainda mais grave. A ordem de internação compulsória sem conclusão pela prática de fato punível é medida que atenta contra a liberdade individual em qualquer hipótese. Atenta também contra os limites do sistema punitivo: mesmo que o acusado esteja submetido à prisão cautelar, a internação psiquiátrica

¹⁵⁹ Ver: seção 3.2

¹⁶⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao código de processo penal à luz da doutrina e da jurisprudência*, 2005. p. 338-339.

lhe impõe uma situação de prejuízo, pois está fora do alcance dos limites temporais da prisão preventiva ou temporária.

O terceiro ponto sensível à matéria diz respeito ao adoecimento mental superveniente à execução de pena. As normas atuais prevêm duas possibilidades: a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança (LEP, art. 183); ou a simples transferência do apenado para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (LEP, art. 108; CP, art. 41; CPP, art. 682, *caput*).

Entendemos que as normas que regem o sistema das medidas de segurança não autorizam a referida substituição. Equivale a verdadeira *aplicação* de medida sem os pressupostos próprios. Ao fazer remissão ao art. 26 do CP, as normas materiais estabelecem que a medida só possa ser aplicada quando o transtorno mental (inimputabilidade ou semi-imputabilidade) tenha se manifestado à época da prática da infração. Não haveria como o juiz da execução *aplicar* medida de segurança, pois o transtorno é superveniente à infração.

Autorizando a mencionada *substituição*, a LEP traz uma consequência grave aos direitos fundamentais de liberdade e igualdade do segurado. Permite que o magistrado aplique um juízo de periculosidade prescindindo totalmente da prática de novo delito. Isso equivale à formação de um juízo de periculosidade social que, como vimos, não demanda qualquer relação com o crime, bastando que a pessoa se mostre eventualmente inclinada a comportamentos antissociais. E aqui novamente pertinentes todas as objeções que fizemos sobre o choque deste tipo de juízo com a principiologia constitucional, em particular com o princípio da legalidade.

Ainda assim, a periculosidade social demandaria uma avaliação sobre a realidade do atributo de personalidade, pois o *estado perigoso* não resulta necessária e unicamente do transtorno mental. O magistrado estaria igualando de forma inconcebível esses dois termos. Não seria lícito e nem justo presumir que o adoecimento mental implique diretamente em propensões antissociais (periculosidade social) ou reiterações criminais (periculosidade criminal). Da mesma forma, pensamos que não se deve tomar o laudo pericial indicativo de transtorno mental como laudo conclusivo pela periculosidade, que seria muito mais abrangente.

No caso de superveniência de transtorno mental, a pessoa já foi condenada definitivamente e a pena mensurada diante de um juízo de culpabilidade. Parece que em um passe de mágica, toda a dinâmica do sistema punitivo dissolve-se diante do acometimento de

transtorno mental, e a reprovação feita ao autor do injusto é alcançada por uma espécie de “periculosidade retroativa”.

Pode ocorrer ainda uma outra situação. Se durante o processo de execução a pessoa torna-se inimputável ou semi-imputável e sob esta condição pratica nova infração, a decisão deve ser remetida ao juízo de conhecimento em nova ação penal. A decisão final neste novo processo é que pode aplicar medida de segurança de internação. Transitada em julgado, o juiz da execução deve determinar o recolhimento do segurado em HCTP ou similar, mas desta vez diante de título executivo de medida de segurança, indicativo da presença de periculosidade criminal, e não social. Trata-se de outra linha de desdobramentos que não diz respeito à dinâmica da primeira infração, mas que exige a prática de novo delito.

Argumentando-se que essa substituição de pena por medida nada tem a ver com o juízo de periculosidade, sendo apenas uma *conversão de título executivo*, ela torna-se uma verdadeira arbitrariedade. Não esquecemos das consequências gravíssimas da indeterminação temporal da medida de segurança – ainda que se tenha firmado alguma jurisprudência no sentido de limitar-lhe ao tempo da pena substituída. Afora isso, todas as implicações verdadeiramente contra-indicadas da “terapêutica” da internação em instituição total nos moldes do HCTP.

Não obstante essas observações, as normas abrem ao juiz da execução liberdade de escolha entre a mera transferência e a substituição da pena. Quando a opção for pela conversão, entendemos que o processo de execução passa a regular-se pelas normas próprias do instituto da medida de segurança. Não há que se falar em internação provisória, mas em verdadeira medida de segurança de internação. Mas, se a decisão for pela simples transferência do apenado para o HCTP, continuará sob o regime de execução das penas.

A transferência assim determinada é mais um caso de internação psiquiátrica compulsória ditada pelo juízo penal que, como nos demais casos, fere frontalmente a programação de direitos humanos universais. Não há sequer conversão de título judicial autorizando a execução nos moldes manicomial; apenas o acometimento de transtorno mental à pessoa prisionalizada. Não se trata de mera remoção física de um tipo de estabelecimento penal para outro. Em caso de não-conversão em medida de segurança, há verdadeira sobreposição de um sistema punitivo a outro.

Observamos uma tendência na doutrina e também na jurisprudência em não fazer distinções. De modo geral, entendem que não há mais a possibilidade de simples transferência para o HCTP. A Lei de Execução Penal, que entrou em vigor em 1984, criou

aquela possibilidade de substituição de pena por medida de segurança. Assim, por ser lei mais recente, revoga o CPP nesta matéria. Da mesma forma o Código Penal, por ser contemporâneo à LEP - ainda que sua redação não mencione *substituição*.

Mesmo que se entenda que só subsiste a substituição de pena, verificamos que as normas não autorizam *substituição provisória* ou *medida de segurança provisória* de forma a permitir circulação retroativa para o sistema punitivo. Ressaltamos, contudo, entendimento diferente:

[...] não se trata propriamente de conversão definitiva da pena na medida de segurança prevista na Parte Geral do Código Penal, mas simplesmente de **conversão provisória do título do recolhimento**, de forma que, uma vez constatada a cura e a inexistência de perigo no retorno ao estabelecimento prisional, restabelece-se inteiramente o título original [...].¹⁶¹ (grifo nosso)

Pensamos que a intenção do intérprete é emprestar limite temporal à medida de segurança substituída à pena. Porém, as dificuldades que envolvem este instituto não se resumem à questão da indeterminação temporal. Adotar medida de segurança é adotar uma filosofia antropológica radical que não pode ser minimizada diante de promessa assistencial ou por qualquer outro sentido pragmático que se queira emprestar a elas. Afora isso, estar-se-ia criando dois tipos de medida de segurança: uma indeterminada e outra determinada. Sem falar no desequilíbrio da isonomia entre as pessoas a quem sem *aplica* (em processo de conhecimento) e a quem se *substitui* (em processo de execução) medida de segurança.

No caso de mera transferência do apenado ao HCTP, Mirabete compartilha o entendimento acerca do limite temporal, afirmando que a extinção de punibilidade por qualquer motivo, inclusive pelo decurso de prazo, deverá ser também o limite da referida internação.¹⁶² No entanto, o jurista não a reconhece como conversão de pena. Ressalta que também na LEP, art. 108, existe a figura da simples transferência, o que autoriza interpretar que o respectivo dispositivo do CPP não foi revogado totalmente, devendo ser harmonizado com essa regra.

Estamos com Mirabete no sentido de que a opção de transferência do apenado para HCTP ou similar continua em vigor. De qualquer maneira, as normas não indicam o critério de escolha entre esta e a conversão de pena. Se a questão for pela coerência interna do sistema, pensamos que o critério deva ser a presença ou ausência de periculosidade

¹⁶¹ MARTINS, Sérgio Mazina. Jurisprudência organizada e comentada: execução penal – parte III. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), São Paulo, n. 21, 1998, p. 366-367.

¹⁶² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Comentários à lei n° 7210, de 11-7-84*, 1996. p. 413.

criminal, entendida como prognóstico de reiteração criminosa que autoriza medida de segurança. Mas coerência interna não implica coerência externa; não significa justiça.

Diante do sistema punitivo, o critério deveria ser o prognóstico do próprio transtorno mental. Havendo indicação de transtorno transitório, não seria prudente converter a pena em medida de segurança. Dita conversão significaria abrir mão da pretensão executória da pena, permitindo-se que, cessada a periculosidade, a pessoa fosse devolvida à liberdade.

Contudo, diante dos fatos da realidade, sabemos que a grande maioria dos HCTPs e similares não oferece assistência médica e terapêutica adequadas. Além da escassez de recursos, a internação carcerária adquire todos os aspectos de uma instituição totalizante e ainda mais alienante. Diante dos direitos humanos do segurado, aquela transferência não representa assistência e também não representa justiça, mas apenas sofrimento agregado.

Ressaltamos que já se tem firmado larga jurisprudência autorizando a internação de segurado em clínicas particulares ou a substituição da medida de internação por tratamento ambulatorial quando as condições de custódia não sejam adequadas ou quando não haja vagas.¹⁶³ Esse entendimento não alcançaria facilmente as pessoas que estivessem cumprindo pena em HCTP, mormente os de regime fechado.

A realidade dos hospitais de custódia e dos seus assemelhados no Brasil é tão complexa que chega a subverter as boas intenções do intérprete. Pode-se chegar facilmente à conclusão de que muitas vezes a pena privativa de liberdade pode ser preferível à internação compulsória a qualquer título. O regime de execução penal, ainda que de forma incipiente, traz benefícios voltados à ressocialização do condenado, tais como acesso à educação e ao trabalho, participação em programas de conselhos comunitários entre outros, que não chegam a se desenvolver da mesma forma na internação manicomial.

Pensamos que a solução para a dimensão real do problema não está entre essas duas alternativas. Se o que está em jogo não é o formalismo jurídico e não é o cientificismo da psiquiatria forense, mas uma pessoa em sofrimento mental, a solução não pode ser pensada dentro do Sistema Punitivo. Não há sentido em seguir submetendo uma pessoa adoentada à pena privativa de liberdade se ela não tem capacidade plena de entendimento sobre o sentido dessa retribuição. Também não há sentido em constrangê-la à internação custodial quando isso significa tão somente prisionalização superposta.

¹⁶³ Nesse sentido: *STF, RTJ 121/105*; *TJSP, RT 608/325*; *STJ, HC 18.803, RT 805/542*.

Pensamos que a resposta a esta situação deva ser entregue à avaliação multiprofissional de uma equipe de Saúde Mental. Essa avaliação deve ser pautada na referência psicossocial que privilegia um modelo de atenção integral ao paciente judiciário, construindo com ele uma outra dinâmica de contatos interpessoais. Essa abordagem permite a inclusão da subjetividade do paciente, permite a apreensão das significações que fluem aos seus gestos, refletindo para os sujeitos que o observam sentidos humanos para além do mero objeto *doente mental*. Acreditamos que esta seja a única alternativa viável para o início de um processo de inovação da sensibilidade jurídica à questão que esperamos, em um futuro próximo, possa abrir mão do controle penal da loucura.

Se a avaliação for de transtorno transitório, o paciente deve receber uma assistência especializada dentro do estabelecimento penal onde se encontrar. Isso corrobora, inclusive, as atuais diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS). Se o paciente obtiver prognóstico indeterminado ou conclusivo pela permanência do transtorno, entendemos que seja o caso de se abandonar definitivamente o Sistema Penal. Independentemente do delito praticado, independentemente de circunstâncias hediondas ou não, as razões da pena se perderam. Pensamos que a questão deva ser entregue ao juízo cível onde o paciente disporá verdadeiramente dos direitos assegurados pela Lei de Reforma Psiquiátrica e da assistência da rede local de serviços substitutivos à internação. O fato de que essa rede de serviços, no Brasil, ainda esteja em processo de “fiação”, não justifica que o discurso das instâncias oficiais de controle penal mantenha aqueles pacientes em situação de institucionalização manicomial.

O que de toda maneira nos parece inaceitável é que em um jogo permeado por discordâncias doutrinárias a pessoa fique ora submetida ao sistema das penas, ora ao sistema das medidas de segurança; este, sob muitos aspectos, realmente pior.

3 UMA NOVA SENSIBILIDADE JURÍDICA AOS PACIENTES JUDICIÁRIOS

3.1 Os Movimentos Reformistas da Psiquiatria Contemporânea

No primeiro capítulo deste trabalho, acompanhamos em linhas gerais as experiências que se formaram em torno da loucura desde a Renascença até o final do século XIX. Vimos que, a partir da segunda metade do século XVIII, iniciou-se um processo de objetivação da loucura como resultado das experiências ligadas à constituição do estado liberal e da sociedade industrial e à formação dos ideais humanísticos de liberdade e igualdade universais.

Imbuída desses ideais, a medicina aproximou-se do universo da loucura internada. Até então, a loucura era reconhecida como delírio, como ausência de razão. O processo de aproximação diária deparou-se com uma nova manifestação. Uma outra presença que era capaz de extrema violência e agressividade, mas que não transparecia nenhuma perturbação da inteligência. Pinel observou uma *mania sem delírio*, uma *alienação*. Esquirol chegou às *monomanias*: distúrbios da ordem dos instintos e da moral que, fora dos momentos de manifestação, preservavam o paciente em estado de lucidez.

Este foi o passo decisivo para uma profunda transformação da experiência da loucura. Ela ofereceu-se ao olhar do médico como objeto de apreensão de algo que faz parte da natureza humana. Deixou de ser completamente exterior à razão, para manifestar uma contradição momentânea dentro dela. Com isso, devolveu-se aos loucos a condição humana que haviam perdido na era clássica.

Mas a condição humana dos loucos era acima de tudo uma profunda deturpação do sentido moral. O alienado estava entregue a paixões desmesuradas, a instintos brutais, a uma vida desregrada e à ausência de fé. Essas manifestações estavam intimamente relacionadas com a pressão exercida por uma sociedade em transformação, que exigia uma capacidade de adaptação aos seus valores que os loucos haviam perdido. Falava-se em uma *loucura moral*.

Não era possível devolver razão a quem não a tinha. Mas tornava-se possível trazer à plena razão quem estava momentaneamente alienado dela. Com esse pensamento, os médicos alienistas do século XVIII sinalizavam uma promessa de cura. Os loucos morais deviam receber tratamentos igualmente morais. A primeira condição desse “tratamento” era o isolamento. Era preciso constituir um espaço social que lhes fosse próprio, um lugar onde

pudessem confrontar-se consigo mesmos, orientados pelo saber médico: o asilo. Toda a estrutura do asilo girava em torno da autoridade do médico que era o guardião dos corpos e das almas dos alienados. O tratamento moral reproduzia uma rotina rígida que imitava as regras de convivência de um ideal de sociedade. Os loucos deviam envergonhar-se, sentirem-se culpados; deviam permitir que sua loucura se manifestasse livremente para ser curada pelas mãos do médico.

As formulações alienistas formavam par perfeito com as necessidades sociais da exclusão da loucura. Por definição, o asilo tornava-se o lugar social da loucura, pois era o único lugar onde a síntese do tratamento moral podia operar.

Essas noções criadas por Pinel e Tuke, os primeiros alienistas, tornaram possível a objetivação da loucura. Vimos que se prestaram mais ao estabelecimento de um controle jurídico sobre os doentes mentais do que propriamente à medicina. “A psiquiatria era a garantia que salvava a legalidade.”¹⁶⁴ Observamos também que a síntese alienista confirmou e expandiu a especialidade da psiquiatria ao longo do século XIX. Da *monomania* à *degeneração*, os psiquiatras conquistaram o seu lugar na medicina geral, chegando mesmo em primeiro lugar à medicina social.

Todas as formulações que se seguiram, da *Idade de Ouro do Alienismo* ao *Aggionnarmento*,¹⁶⁵ até a modernidade, tomaram a síntese alienista como uma premissa à percepção médica. A psiquiatria explicou e tratou a loucura de diversas maneiras, mas sempre dentro da instituição asilar. A utilidade daquela estrutura não se limitou ao aspecto físico. O sentido maior foi o estabelecimento de uma relação médico-paciente caracterizada pela submissão da loucura ao poder objetivante da “verdade científica” do discurso psiquiátrico. Esta “verdade”, por sua vez, não fez outra coisa a não ser confirmar os sentidos da instituição asilar. Completou-se o *círculo alienista*.

Desde que a Renascença dividiu o mundo da loucura, tomando-a somente por meio de uma consciência crítica, sua verdade só pôde ter um sentido parcial.¹⁶⁶ Tudo que ela poderia comunicar além dos limites cristalizados da apreensão científica permaneceu oculto. De objeto a “coisa” do conhecimento, o que se perdeu e se perde é a dimensão da sua humanidade.

Invisibilidade não é ausência. Ainda que a loucura esteja aprisionada na experiência objetiva da doença mental, não deixa de mostrar a subjetividade que traz consigo

¹⁶⁴ DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*, 1999. p. 17.

¹⁶⁵ Ver seção 1.1

¹⁶⁶ Idem.

na fronteira em que os discursos científicos hesitam diante do inexplicável. De uma forma ou de outra, a loucura reclama às classificações psicopatológicas e jurídicas a libertação dos seus sentidos.

Contudo, o *círculo alienista* não é um círculo perfeito que se projeta no infinito. Manuel Desviat chama a atenção para o fato de que as críticas ao modelo asilar surgiram desde o primeiro momento, no próprio processo constitutivo da psiquiatria.¹⁶⁷ As principais objeções ao asilo de Pinel relacionavam-se com seus aspectos fechado e autoritário: refletiam um caráter absolutista que não se coadunava com a ordem revolucionária de liberdade, igualdade e fraternidade.

As críticas iniciais levaram a um primeiro modelo de reforma da psiquiatria asilar. Um dos pilares do tratamento moral era a ideologia do trabalho. Acreditava-se que ele podia recuperar razão aos alienados por envolvê-los na lógica do sentido produtivo da sociedade industrial. Alguns entendiam que a terapêutica do trabalho não encontrava condições adequadas no espaço fechado do asilo. Se a alienação justificava a restrição de liberdade, era preciso devolver certa liberdade aos insanos para promover-lhes a cura.

Em meados do século XIX, surgiu uma nova proposta institucional: as colônias de alienados de característica agrícola. Espalharam-se por todo o mundo e, no Brasil, as primeiras foram inauguradas em 1890, na Ilha do Governador, Rio de Janeiro. Em nosso país, o modelo da colônia instalou-se de forma definitiva sob a forma de macrocolônias de alienados, quase todas criadas por Juliano Moreira (1910-1930) e Aduino Botelho (1930-1940), então Diretores Nacionais de Assistência Psiquiátrica. Muitas persistem até nossos dias.¹⁶⁸

Amarante destaca que as *colônias* serviram para reafirmar e ampliar a importância social e política da psiquiatria; apenas neutralizaram parte das críticas ao hospício tradicional. O modelo não questionou a fundo os problemas práticos e teóricos que envolviam o saber e o poder da ciência psiquiátrica sobre o corpo do doente mental. Na prática, não se diferenciaram substancialmente do paradigma asilar.¹⁶⁹ Tanto o hospício quanto as colônias foram consideradas instituições autenticamente asilares.

No contexto do pós-Segunda Guerra Mundial, parte do contorno do que chamamos de *círculo alienista* se rompeu, deixando que recebesse “oxigenação”. O momento era de reconstrução social. A experiência sofrida no nazi-facismo criava um

¹⁶⁷ DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*, 1999. p. 23.

¹⁶⁸ AMARANTE, Paulo. Rumo ao fim dos manicômios. *Mente e Cérebro*, n. 164, setembro de 2006.

¹⁶⁹ AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*, 1995. p. 26-27.

ambiente de repulsa ao totalitarismo e à repressão, ao tempo em que favorecia sensibilidade às minorias e tolerância às diferenças. Os movimentos sociais reclamavam a reorganização das instituições e dos serviços de assistência sob uma nova ordem de igualdade social e liberdade. O ambiente geral era de “reliberalização”. Era também um momento de dúvidas e de experimentação no campo da medicina mental: a psicanálise expandia-se para alcançar as instituições psiquiátricas; a formulação dos psicotrópicos trazia grandes expectativas; e a doença mental tornava-se assunto da saúde pública.

De acordo com Desviat, os movimentos de reforma psiquiátrica diferenciaram-se de acordo com as características sociopolíticas de cada país e em torno de dois eixos principais: o *sistema sanitário* e o *papel dos manicômios*. Todos, porém, caracterizaram-se por fazer um contraponto ao paradigma clássico do manicômio e a seu aspecto custodial.

Segundo Desviat, todas as experiências de reforma incorporaram três postulados teóricos: a divisão do território em zonas de assistência; a continuidade do atendimento; e a integração dos três níveis clássicos de atendimento, ou seja, a prevenção, o tratamento e a reabilitação. O abandono ou reforço desses postulados definiram o sucesso de cada experiência.¹⁷⁰

Nos Estados Unidos, onde a saúde é um encargo individual e extremamente caro, a experiência da psiquiatria comunitária não passou de uma tentativa em pequenos grupos marginais. Na França, também não prosperou em razão da incipiência da saúde pública. Para o autor, qualquer atendimento comunitário “exige um sistema de saúde universal e equitativo, descentralizado e participativo – o que se tem denominado de Sistema Nacional de Saúde.”¹⁷¹

O segundo eixo dos movimentos reformistas envolveu uma postura político-ideológica em relação ao manicômio: transformá-lo ou extingui-lo.

De um lado, houve movimentos que se restringiram ao espaço interno do asilo, buscando transformá-lo em uma instituição terapêutica. Foi o caso da *psicoterapia institucional*, na França, e das *comunidades terapêuticas*, na Inglaterra. Acreditavam que o manicômio podia ser uma instituição de cura e buscavam resgatar-lhe o caráter positivo por meio de reformas internas. Em um nível de superação, formaram-se as experiências da *psiquiatria de setor*, na França, e da *psiquiatria comunitária ou preventiva*, nos Estados Unidos. Traziam a preocupação de estender a psiquiatria para o espaço público sob a forma de uma nova organização dos serviços.

¹⁷⁰ DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*, 1999. p. 23-25.

¹⁷¹ DESVIAT, Manuel. Op. cit., p. 24.

De outro lado, existiram os movimentos voltados para a extinção dos manicômios: a *antipsiquiatria* e as *experiências de Franco Basaglia*, na Itália, que se confundem com a *psiquiatria democrática*. Eles romperam com as propostas anteriores de reforma, questionando o próprio dispositivo médico-psiquiátrico, bem como as instituições e terapêuticas relacionadas a ele.¹⁷²

A psicoterapia institucional foi o fundamento teórico da psiquiatria de setor francesa. Ela buscou na psicanálise o fundamento teórico para desenvolver uma nova prática terapêutica nos hospitais psiquiátricos. Na França, a primeira experiência ocorreu em 1940, no hospital rural de Saint-Albain. Foi atribuída a François Tosquelles, um enfermeiro catalão refugiado da guerra civil espanhola. Em plena ocupação alemã na França, Saint-Albain transformou-se em local de encontro de ativistas da resistência, de marxistas, surrealistas, freudianos que, juntos, passaram a denunciar o caráter segregador da psiquiatria.

Tosquelles considerava que o hospital psiquiátrico havia se desviado da sua função para tornar-se um lugar de mera repressão. Uma reforma voltada para a promoção da cura poderia recuperar a sua positividade. O ponto de partida era a noção de que nos hospitais psiquiátricos, todos estavam doentes. Compreendia que: “Não são os muros do hospital que fazem dele um manicômio. São as pessoas: os que prestam cuidados e os enfermos que vivem nele.”¹⁷³ Sua referência era a psicanálise lacaniana em uma vertente institucional. Todos (médicos, demais profissionais e doentes) deveriam envolver-se no processo terapêutico de forma que o hospital como um todo exercesse o papel de um “analista”. A técnica consistia em fazer com que tudo que acontecesse na rotina, desde os assuntos individuais dos pacientes, até questões de administração, fosse verbalizado em reuniões diárias, diante de todos, em uma *escuta analítica coletiva*. Porém, como lembra Desviat, a possibilidade de uma psicoterapia *institucional* dividia opiniões. Para alguns psicanalistas, era “impossível tratar um indivíduo inserido numa instituição doentia.”¹⁷⁴

A psicoterapia institucional foi acusada de se restringir ao espaço do asilo e de não promover uma reflexão mais ampla sobre a função social da psiquiatria. Joel Birman afirma que ela foi uma vertente do discurso original do alienismo. Não questionou o saber psiquiátrico como forma de exercício de poder e defendeu o asilo como o lugar próprio dos pacientes. Pretendeu a “[...] regulação do ‘excesso’ passional da loucura pelo controle do

¹⁷² AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica*, 1998. p. 27.

¹⁷³ DESSAUANT *apud* DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*, 1999. p. 26.

¹⁷⁴ FLEMING *apud* AMARANTE, Paulo. Op. cit., p. 33.

discurso e dos atos dos internados – mas estes devem aprender nessa microssociedade as regras das relações interpessoais do espaço social.”¹⁷⁵

A polêmica foi desviada e o seu campo de aplicação confirmou-se na França do pós-Guerra.¹⁷⁶ A partir de 1945, iniciou-se a fase da *psiquiatria de setor* que teve à sua frente os principais teóricos da psicoterapia institucional. O movimento contou com uma geração de psiquiatras considerados progressistas que consideravam necessário modificar as formas de atendimento. A psiquiatria de setor foi essencialmente um movimento de contestação ao aspecto centralizador do espaço físico do asilo.

Partia do princípio de que era preciso levar a psiquiatria à população. O hospital psiquiátrico era visto como um mero auxiliar no tratamento e a internação, somente uma fase. A etapa principal desenvolvia-se junto à comunidade sob o princípio da descentralização territorial da assistência em pequenas zonas que ofereciam uma multiplicidade de serviços. Isso permitia uma aproximação com os usuários, ao tempo em que garantia suas referências comunitárias. Permitia também que os programas de prevenção e pós-cura fossem mais bem elaborados diante do conhecimento das demandas.

A implantação dos primeiros serviços e programas iniciou-se em 1952, com atividades de grupo compostas por psiquiatras e enfermeiros. Seguiu-se um período de discussões e movimentações políticas até que, em 1960, a psiquiatria de setor foi adotada como política oficial na França.

Bonnafé, um dos seus idealizadores, afirmava que o movimento era uma revolução em relação ao modelo da psiquiatria clássica, e não uma simples reforma nas instituições. Qualificava o movimento como “pós-esquiroliano”. No entanto, como destaca Desviat, sendo um idealizador da psicoterapia institucional, Bonnafé foi um adepto direto da ideia de Esquirol de que a instituição, nas mãos do médico habilitado, era o agente terapêutico mais eficaz. Para Desviat, o movimento apenas promoveu novas formas de institucionalização.¹⁷⁷

Alguns grupos de intelectuais acusavam a prática de setor de ser uma estratégia para estender o poder político e ideológico da psiquiatria. Por sua vez, os setores conservadores mostravam-se resistentes à “ameaça” dos loucos transitando livremente. Levantava-se também o problema do grande custo para a implementação dos serviços territoriais.

¹⁷⁵ BIRMAN, Joel. A cidadania tresloucada. In: BEZERRA, B.; AMARANTE, P. (Orgs.) *Psiquiatria sem hospício: contribuições ao estudo da reforma psiquiátrica*, 1992. p. 85.

¹⁷⁶ DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*, 1999. p. 26-27.

¹⁷⁷ DESVIAT, Manuel. Op. cit., p. 28.

A organização sanitária francesa associava medicina liberal e um forte setor hospitalar público. Caracterizava-se pela predominância da assistência hospitalar. As propostas de implantação de um sistema de saúde pública não prosperaram, e a setorização da psiquiatria restou como um fato isolado no panorama centralizado da saúde geral. O subsídio público aos hospitais impediu o desenvolvimento dos serviços territoriais, ao tempo em que fortaleceu ainda mais as instituições asilares. Um relatório oficial, de 1992, confirmou que 70% dos setores da psiquiatria continuavam ligados aos hospitais.¹⁷⁸

Em 1959, surgiu na Inglaterra a experiência da *comunidade terapêutica*. As comunidades caracterizavam-se como “um processo de reformas institucionais, predominantemente restritas ao hospital psiquiátrico, e marcadas pela adoção de medidas administrativas, democráticas, participativas e coletivas, objetivando uma transformação da dinâmica institucional asilar.”¹⁷⁹

Ao final da Segunda Guerra, os hospitais psiquiátricos encontravam-se em estado de extrema precariedade. Surgiam denúncias sobre a violência e o desrespeito aos direitos humanos dos pacientes. Falava-se também no desperdício da mão-de-obra inutilizada nos asilos. Uma outra percepção anunciava-se naquele cenário de críticas: o fato de que o asilo era responsável pelo agravamento das doenças.

O movimento teve em sua liderança Maxwell Jones, tanto como teórico quanto operador. A primeira iniciativa foi o revigoramento da *terapêutica ativa*.¹⁸⁰ Mas, a ideia central era tratar grupos de pacientes como se fossem um único indivíduo. As comunidades marcavam contraponto com o paradigma asilar em vários aspectos: promoviam a reabilitação ativa (em contraposição à segregação e a custódia); permitiam a democratização das relações (contra a hierarquização); assentavam-se na permissividade (em contraste com regras rígidas); e fundamentavam-se no comunalismo (diluindo o poder e a centralização em torno do médico).

A dinâmica consistia na formação de vários grupos temáticos: de discussão, operativos, de atividades. A finalidade era envolver o paciente com a própria terapia e com a terapia dos outros membros do grupo. O processo terapêutico não era uma tarefa só dos psiquiatras e de outros técnicos, mas também do próprio paciente, da sua família e da

¹⁷⁸ AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica*, 1998. p. 35.

¹⁷⁹ AMARANTE, Paulo. Op. cit., p. 28.

¹⁸⁰ A terapêutica ativa, conhecida também como terapia ocupacional, foi idealizada por Herman Simon, na década de 1920. O médico observou que pacientes crônicos beneficiavam-se com atividades laborativas. Segundo Birman, além de se complementar com as necessidades econômicas, a retomada dessa terapêutica também recuperou o mito alienista de que o trabalho era um caminho de cura. Ver: BIRMAN, Joel. A cidadania tresloucada. In: BEZERRA, B.; AMARANTE, P. (Orgs.), *Psiquiatria sem hospício: contribuições ao estudo da reforma psiquiátrica*, 1992. p. 84.

comunidade. Os grupos faziam reuniões diárias e assembléias para discutir a administração do hospital, realizar atividades e acompanhar a terapêutica. Amarante observa que o sentido desse envolvimento com o trabalho da instituição relacionava-se, ainda que indiretamente, com o período marcado pela escassez de mão-de-obra.

O argumento teórico da comunidade terapêutica era desconstituir o aspecto segregador da instituição. O hospital deveria deixar de ser uma estrutura despersonalizada, para ser uma comunidade participativa onde todos executassem as tarefas necessárias. Jones construiu a categoria da *aprendizagem ao vivo*, entendendo que a vivência de situações reais auxiliava o paciente a superar dificuldades e a relacionar-se de forma positiva com as pessoas.

Um dos acentos do movimento era o envolvimento com a comunidade externa. A equipe técnica buscava interações com a realidade do paciente no ambiente em que vivia. Esse envolvimento possibilitou a conclusão de que muitos pacientes poderiam ser tratados fora da estrutura do internamento.

Basaglia – líder do movimento italiano – fez críticas importantes às comunidades terapêuticas. Falou com conhecimento de causa, pois administrou uma comunidade no Hospital de Gorizia, Itália. Em primeiro lugar, a comunidade criava um mundo artificial que não correspondia à realidade da sociedade, principalmente pela destruição do princípio da autoridade. Em segundo lugar, cada segmento (médicos, enfermeiros e pacientes) cristalizava seus papéis na dinâmica do tratamento.¹⁸¹ Birman ressalta que, na verdade, as comunidades instituíam os pacientes como “agentes sociais da sua existência asilar”.¹⁸²

As comunidades terapêuticas não chegaram a questionar a estrutura do asilo, pois mantinham a exclusão social dos pacientes. O recuso à comunidade externa ao hospital priorizava o enfoque da enfermidade mental, mas não questionava as razões do asilamento.

183

O envolvimento com a comunidade externa influenciou a reforma sanitária inglesa para a criação de serviços que não implicassem a restrição de liberdade dos pacientes, como os hospitais-dia.¹⁸⁴ O governo Britânico editou o *Mental Health Act* de 1959, distinguindo o tratamento hospitalar de outras formas de serviços. Desviat ressalta que o objetivo do governo não era fechar os hospitais psiquiátricos, mas enfatizar o seu papel

¹⁸¹ AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica*, 1998. p. 31.

¹⁸² BIRMAN, Joel. A cidadania tresloucada. In: BEZERRA, B.; AMARANTE, P. (Orgs.), *Psiquiatria sem hospício: contribuições ao estudo da reforma psiquiátrica*, 1992. p. 85.

¹⁸³ ROTELLI, Franco. *apud* AMARANTE, Paulo. Op. cit., p. 31-31.

¹⁸⁴ AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica*, 1988. p. 30.

parcial, estimulando serviços residenciais locais. Segundo o autor, a política sanitária inglesa tornou-se uma referência por desenvolver o *sistema do médico de família*: o clínico geral trabalhava em parceria com os psiquiatras, solicitando sua presença nas residências.¹⁸⁵

Nos Estados Unidos, a política preventiva ou comunitária iniciou-se oficialmente em 1963 com um decreto do então Presidente Kennedy. Um censo realizado em 1955 havia concluído que a assistência psiquiátrica do país demandava reformas urgentes. O momento também era marcado por questões sociais de difícil enfrentamento: o crescente abuso de drogas, o surgimento de gangues, a Guerra do Vietnã, entre outras.

À época, já havia consenso pela redução dos hospitais psiquiátricos e pela busca de alternativas comunitárias.¹⁸⁶ O decreto de Kennedy, amparado pelo *Community Mental Health Centers Act*, também de 1963, determinou a criação de Centros de Saúde Mental Comunitária que contassem com “serviços para a prevenção ou o diagnóstico da doença mental, para a assistência e tratamento dos doentes mentais e para a reabilitação dessas pessoas.”¹⁸⁷ Uma das grandes novidades era o princípio da gratuidade dos serviços, pois nos Estados Unidos não havia políticas de saúde pública.

O modelo teórico que sustentou o atendimento comunitário público foi o da *psiquiatria preventiva*. Gerald Caplan desenvolveu o modelo conceitual a partir de categorias epidemiológicas e de saúde pública. Partia do princípio de que era necessário transferir o foco de atenção do indivíduo doente para toda a comunidade, interferindo em instituições como colégio, trabalho, asilos, família, etc, com a finalidade de modificar os fatores predisponentes e proporcionar maior bem-estar.

Caplan trabalhava com os conceitos de *prevenção, risco, população de risco*, bem como com a *teoria da crise* e da *intervenção em crise*. Teorizava que o distúrbio mental era produto do desequilíbrio entre fatores positivos (subsídios) e fatores negativos (riscos). Os subsídios estavam na rede de suportes contínuos e necessários a todos os indivíduos. Os fatores de risco relacionavam-se com hábitos de vida, acontecimentos sociais, fatores psicológicos, agentes infecciosos e ambientais. Caplan considerava que alguns indivíduos, famílias e grupos populacionais tornavam-se mais vulneráveis a desenvolver distúrbio mental

¹⁸⁵ DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*, 1999. p. 36.

¹⁸⁶ Desviat lembra que a ideia de tratamento comunitário estava presente na sociedade norte-americana desde o início do século XX. Em 1909, a Associação Nacional de Saúde Mental se posicionou contra a internação e a favor do atendimento comunitário, criando um movimento que ficou conhecido como Movimento de Higiene Mental. Segundo o autor, não chegou a conquistar mudanças no modelo psiquiátrico. Ver: DESVIAT, Manuel. Op. cit., p. 57.

¹⁸⁷ KENNEDY *apud* DESVIAT, Manuel. Op. cit., p. 58.

por estarem mais expostos aos fatores de risco. Assim, os serviços de prevenção primária deveriam priorizá-los.

Alguns fatores de risco exerciam influência contínua sobre a personalidade. Outros sobrevinham de forma repentina, pontual, ocasionando grande perda de subsídios e o desencadeamento de uma crise. Esta situação demandava recursos especiais por parte dos operadores do sistema a fim de evitar a hospitalização. A técnica da intervenção em crise consistia basicamente em ações preventivas que detectassem grupos de alto risco, e em atividades terapêuticas que favorecem uma resposta rápida para que posteriormente o paciente buscasse soluções mais aprofundadas.¹⁸⁸

Amarante menciona que a psiquiatria preventiva propôs uma mudança de paradigma ao deslocar o objeto da psiquiatria do tratamento da doença para a promoção da *saúde mental*. O modelo pretendeu ser uma revolução, acreditando ter descoberto uma forma de adiantar-se ao surgimento dos distúrbios por meio da intervenção direta nas suas causas. O autor lembra que esta já era uma proposta dos alienistas: a *profilaxia*. Ressalta, ainda, que o preventivismo transformou-se em uma ideologia de salvação para todos os problemas da sociedade americana, não apenas para a saúde mental.

Caplan havia operado uma espécie de redução entre os conceitos de *doença mental* e de *distúrbio emocional* a partir da definição de crise. Se todas as doenças mentais podiam ser prevenidas ou detectadas precocemente é porque se manifestavam sob a forma de desvio, de marginalidade, enfim, de mal social. Elas não pertenciam à esfera oculta da interioridade humana. Ao assumir que havia pessoas e grupos de risco, a tecnologia preventiva justificava que os agentes comunitários saíssem às ruas, entrassem nas casas a fim de reconhecer os *suspeitos* – expressão utilizada pelo próprio Caplan, de acordo com Amarante.

O modelo teórico incorporava conceitos da sociologia e da psicologia behaviorista, retomando a noção de que o ser humano é uma unidade biopsicossocial indivisível. Isso trazia uma contradição teórica, pois, para o behaviorismo, não havia diferença entre sintoma e doença. Não havia que se falar em prevenção uma vez que detectar os sintomas era detectar a própria doença já instalada.¹⁸⁹

A psiquiatria preventiva desenvolveu vários dispositivos de *desinstitucionalização* - segundo Amarante, o termo foi criado pelo próprio preventivismo

¹⁸⁸ DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*, 1999. p. 60-64.

¹⁸⁹ AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica*, 1998. p. 36-38.

norte-americano.¹⁹⁰ Entretanto, o que se designava por *desinstitucionalização* era apenas *desospitalização*, uma vez que o objetivo era diminuir o número de internações por meio da oferta de serviços extra-hospitalares. A tecnologia da prevenção, na visão do autor, não atingiu o seu objetivo. A captação de pacientes nas ruas aumentava a demanda por atendimentos e acabava retroalimentando o sistema hospitalar.

Entendemos que assiste razão a Amarante quando afirma que: “O preventivismo significa um novo projeto de medicalização da ordem social, de expansão dos preceitos médico-psiquiátricos para o conjunto de normas e princípios sociais.”¹⁹¹

Todos esses movimentos reformistas pretenderam operar mudanças no paradigma asilar. Observamos que os esforços projetaram-se sobre a exterioridade da questão. Concentraram-se na reformulação de técnicas terapêuticas e na redução da hospitalização, mantendo o foco no aspecto assistencial, isto é, na própria instituição do asilo. Com isso, preservaram o que pensamos ser o núcleo do paradigma da psiquiatria clássica: a *doença mental* - uma concepção cientificista da loucura e, por isso, dominadora.

Há sempre um recuo sobre o que seja verdadeiramente a doença mental. Essas “tecnologias da mudança” não fizeram outra coisa a não ser buscar nas vertentes psicologizantes ou sociologizantes uma nova loucura moral. Esse talvez tenha sido o motivo para que suas estratégias de desinstitucionalização não prescindissem totalmente do asilo. Ademais, lembramos que os interesses privados sempre lucram com “hospitais reformados”.

O conjunto desses movimentos manteve o protagonismo do discurso alienista. Como observa Amarante: “O mundo da psiquiatria é o mundo das doenças, e doença implica solução médica. A cultura, a sociedade e as crenças servem à psiquiatria não como saberes e formas de vida, mas apenas como meio onde constituem-se e proliferam-se doenças.”¹⁹²

¹⁹⁰ No início da década de sessenta, a sociologia norte-americana desenvolveu a noção de *institucionalização*. De forma genérica, institucionalização pode ser compreendida como o efeito de uma série de condicionamentos alienantes introjetados pelos participantes das *instituições totais*. Goffman definiu suas características principais: “O aspecto central das instituições totais pode ser descrito com a ruptura das barreiras que comumente separam essas três esferas da vida. Em primeiro lugar, todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e obrigada a fazer as mesmas coisas em conjunto. Em terceiro lugar, todas as atividades diárias são rigorosamente estabelecidas em horários, pois uma atividade leva, em tempo predeterminado, à seguinte, e toda a sequência de atividades é imposta de cima, por um sistema de regras formais explícitas e um grupo de funcionários. Finalmente, as várias atividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planejado para atender aos objetivos oficiais da instituição.” Ver: GOFFMAN, Erwing. *Manicômios, prisões e conventos*, 1996. p. 17-18.

¹⁹¹ AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica*, 1998. p. 41

¹⁹² AMARANTE, Paulo. *O homem e a serpente: outras histórias para a loucura e a psiquiatria*, 1996. p.119.

O *círculo alienista* só foi de fato rompido pela primeira vez com as formulações da *antipsiquiatria* inglesa, no contexto dos movimentos de contracultura (pacifismo, psicodelismo, movimento *hippie*, etc) que marcaram a década de 1960. Contou com teóricos importantes como Ronald Laing, David Cooper, entre vários outros. Desviat menciona que a antipsiquiatria problematizou os limites entre a loucura e a razão perante a consciência da época.

Cooper criticava o cientificismo da psiquiatria por tentar explicar e provar a doença mental por meio de princípios importados das ciências naturais. Para ele, aquela prova era uma impossibilidade *a priori* porque os métodos naturais não se prestavam a aplicações nesse campo.¹⁹³

A falsa identidade entre loucura e doença mental era o centro das críticas de Laing. Ele problematizava o conceito de esquizofrenia. Considerava que os estados esquizóides resultavam de uma *insegurança ontológica*, isto é, de uma constituição deformada que tinha dificuldade em conjugar a experiência pessoal com os vários papéis a serem desempenhados. Laing afirmava que havia um caráter social na subjetividade que dava origem à esquizofrenia.¹⁹⁴ De outro lado, sua teoria foi criticada por cair novamente em uma explicação causal com base nos problemas de comunicação interpessoal, ou seja, uma *gênese comunicativa*.¹⁹⁵

A antipsiquiatria contestava as nosografias e denunciava a instituição asilar. Propunha um novo modelo de comunidade terapêutica que contrariava a hierarquia e a disciplina do hospital. Trabalhava em grupos, valorizando a *análise do discurso do delírio* e utilizava técnicas como o psicodrama e a regressão, opondo-se radicalmente ao uso de tratamentos químicos e físicos.

A maior contribuição do movimento, na visão de Amarante, foi ter afirmado o conceito de desinstitucionalização como desconstrução de toda a tradição de “saberes” da psiquiatria clássica, sem restringi-lo à noção de mera desospitalização.

Franco Basaglia chegou a afirmar que a psiquiatria colocava o homem entre parênteses e se preocupava somente com a doença.¹⁹⁶ Pensamos que o mérito da antipsiquiatria foi ter invertido essa realidade, colocando a própria doença entre parênteses.

¹⁹³ COOPER *apud* AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica*, 1998. p. 42.

¹⁹⁴ DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*, 1999. p. 41.

¹⁹⁵ AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica*, 1998. p. 44-45.

¹⁹⁶ AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica*, 1998. p. 46.

No entanto, alguns perceberam que não bastava deslegitimar a doença; era preciso desconstruir o processo que reduzia a loucura à doença. Basaglia percebeu essa necessidade. No início da década de 1960, como diretor do Hospital de Gorizia, iniciou mudanças importantes: aboliu por completo as práticas violentas e coercitivas e adotou o método da comunidade terapêutica, inspirado no modelo inglês.

Basaglia entendia que o problema concentrava-se nos processos de objetivação da loucura que tornavam o doente um mero corpo à disposição do discurso científico. Para que o paciente pudesse apropriar-se novamente do seu corpo, seria necessário devolver-lhe a subjetividade. O espaço do asilo não permitia esse resgate, pois era, por princípio, o lugar da submissão.

Com essas conclusões, Basaglia formulava suas críticas à eficiência da comunidade terapêutica. Sua proposta de reforma não chegava à estrutura sujeito-objeto de conhecimento, não questionava a relação médico-paciente. O modelo não destituía o aspecto da custódia do paciente e não enfrentava a questão do estigma da periculosidade social implicado na prática psiquiátrica.

Não bastava a humanizar a instituição. Era necessário que o movimento fosse levado para fora do asilo, devolvendo a responsabilidade pelos doentes e pela instituição para a própria sociedade. Os mecanismos originários da exclusão da loucura foram articulados pela sociedade, de forma que era preciso comprometê-la novamente com a questão. Amarante ressalta que os três eixos de questionamento e de atuação da experiência basagliana estavam colocados: a dependência entre psiquiatria e justiça; a origem de classe das pessoas internadas; e a não-neutralidade da ciência.¹⁹⁷

Em 1968, Basaglia encaminhou ao governo local um requerimento para fechar o Hospital de Gorizia. Vendo o pedido recusado, os médicos deram alta coletiva aos internados e demitiram-se em massa. O fato repercutiu em toda a Itália, mobilizando opiniões e outros hospitais psiquiátricos em torno da questão.

Em 1971, assumiu a direção do Hospital de Trieste, iniciando o processo de desmontagem do aparato manicomial. Conseguiu que a administração local oferecesse subsídio em dinheiro aos pacientes em alta. Inaugurou a primeira cooperativa de trabalho dos pacientes. Fechou o primeiro pavilhão e o transformou em laboratório de atividades culturais. Criou os primeiros *grupos-apartamento* em unidades cedidas pelo governo - os pacientes em alta que não tinham recursos eram encaminhados para essas unidades na qualidade de

¹⁹⁷ AMARANTE, Paulo. Op. cit., p. 48.

“hóspedes”. Construiu também sete centros autônomos de saúde mental que funcionavam em regime de tempo integral.

A Psiquiatria Democrática Italiana (PDI) organizou suas atividades em 1973. Com características autenticamente políticas, o movimento contava com o apoio de forças sindicais, políticas e sociais. O seu objetivo era “[...] construir bases sociais cada vez mais amplas para a viabilização da reforma psiquiátrica na tradição basagliana, em todo o território italiano.”¹⁹⁸ A PDI levava a discussão para toda a sociedade, evitando que ficasse restrita ao campo técnico. O seu marco de reflexão era a impossibilidade de transformar a assistência sem mudar a percepção sobre o estatuto de cidadania dos pacientes mentais.

As repercussões das experiências de Basaglia e da PDI criaram condições favoráveis para que o Partido Radical propusesse um *referendum* com o objetivo de substituir a legislação psiquiátrica de 1904 por uma lei que objetivasse a extinção dos hospitais psiquiátricos. O Projeto de Lei assumiu o novo paradigma, regulamentando a nova rede de assistência. Aprovada em 13 de maio de 1978, a Lei nº 180 ficou conhecida como Lei Basaglia. Ainda assim, Basaglia observou que a luta contra os hospícios não deveria ser a identidade do PDI.¹⁹⁹ Os processos de sedimentação da reforma psiquiátrica e de reordenação do espaço social da loucura deveriam continuar.

Amarante menciona que, ao definir a doença mental, a psiquiatria complementa-se com o discurso jurídico para outorgar ao paciente a condição de não-cidadão, de alguém que deixa de ser sujeito de direito. “Internado ou não num manicômio, o louco é despossuído de seus direitos, não apenas sociais, civis e políticos, mas de ser uma pessoa, de ter seus desejos e projetos.”²⁰⁰ Assim, uma verdadeira reforma psiquiátrica deve envolver-se em um trabalho prático de construção da cidadania dos portadores de transtorno mental. O autor entende que o próprio conceito de cidadania precisa ser ampliado para abrigar diferenças em um mesmo nível de sociabilidade. A desinstitucionalização é um processo ético no sentido em que busca promover:

“[...] reconhecimento de novos sujeitos de direito, de novos direitos para os sujeitos, de novas possibilidades de subjetivação daqueles que seriam objetivados pelos saberes e práticas científicas, e inventa, prática e teoricamente, novas possibilidades de reprodução social destes mesmos sujeitos.”²⁰¹

¹⁹⁸ AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica*, 1998. p. 50.

¹⁹⁹ DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*, 1999. p. 43-44.

²⁰⁰ AMARANTE, Paulo. *O homem e a serpente: outras histórias para a loucura e a psiquiatria*, 1996. p. 119-120.

²⁰¹ AMARANTE, Paulo. Op. cit., p. 121

Ressaltamos ainda um aspecto importante da reforma psiquiátrica que se relaciona diretamente com o tema do controle penal. Os movimentos reformistas da psiquiatria foram e são criticados, dentre outras coisas, por terem “abandonado” os pacientes egressos da institucionalização e pela carência de oferta de serviços substitutivos ao modelo asilar. As críticas desdobram-se na denúncia de que a população de desassistidos, em especial os cronificadas pela dependência de drogas e em “situação de rua”, tornam-se candidatos a um processo de criminalização.

Desviat afirma que essas são fantasias e medos coletivos, estimulados e deturpados pela mudança de comportamento da imprensa. Na década de 1970, havia um apoio quase incondicional às reformas. Anos mais tarde, a imprensa assumiu uma postura de alarde “unindo a doença mental aos crimes, suicídios e condutas escandalosas, num retorno à imagem lombrosiana de doente mental como um ser perigoso, irracional, incurável e sempre imprevisível.”²⁰² O autor lembra que estudos realizados na França, em 1988, mostraram que foi a violência praticada contra os pacientes egressos que cresceu. Segundo Dell’Aqua, um dos protagonistas da reforma italiana: “Depois do fechamento do hospital psiquiátrico, não se verificou um aumento da criminalidade ligado à doença mental, a despeito do que poderia levar a crer a fantasia coletiva.”²⁰³

Em realidade, o que emerge dessas veiculações de massa ou do alarde de alguns setores é o fundo de verdade da intolerância social. No Brasil, o problema dos dependentes de drogas em situação de rua tem sido atribuído por muitos à reforma psiquiátrica, ou às dificuldades para a sua plena implementação. Tanto é assim que, não raro, os dependentes são submetidos à medida de segurança de internação como forma de garantir também a sua hospitalização.

Pensamos que a questão da desinstitucionalização do paciente psiquiátrico projeta-se também para um campo simbólico, uma espécie de quebra de “acordo de cavalheiros” entre a medicina e o direito. Desde o século XVIII, esses dois campos estabelecem uma dialética em torno da loucura em que os discursos de um confirmam os do outro em um circuito de retroalimentação. Quando a psiquiatria clássica levou ao direito um *doente mental*, o direito devolveu ao asilo um indivíduo interditado e sob regime custodial. No final do século XIX, o “pacto” se renovou e se especializou. A psiquiatria forense levou ao banco dos réus um *louco criminoso*. O direito penal decretou sua irresponsabilidade e impôs o destino do manicômio judiciário como meio de defesa social.

²⁰² DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*, 1999. p. 79

²⁰³ DELL’AQUA *apud* DESVIAT, Manuel. Op. cit., p. 79

Atualmente, na iminência de o discurso psiquiátrico “trair” definitivamente a doutrina asilar, as leis brasileiras articulam uma ampliação do controle penal. Se os asilos não são mais lugares para os doentes mentais, os hospitais de custódia cumprirão a missão, ainda que para isso o Sistema Penal tenha que se adiantar à própria configuração do crime – a exemplo do novo instituto processual da internação psiquiátrica provisória.²⁰⁴

3.2 A Construção da Reforma Psiquiátrica Brasileira

O projeto de psiquiatria preventiva apresentado pelo Presidente Kennedy, em 1963, influenciou diretamente a adoção do modelo por entidades internacionais ligadas à OMS, como a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS). Em consequência, o preventivismo foi também incorporado por vários países da América Latina, entre eles o Brasil.

Referindo-se à psiquiatria preventiva e ao movimento das comunidades terapêuticas norte-americanas, Santos menciona que:

Estas novas propostas chegaram ao Brasil praticamente juntas e foram assumidas por alguns psiquiatras e negadas por outros. Mas em nível de política oficial, esta proposta foi encampada – pelo menos no discurso – pelo S.N.D.M. quando, em 18/02/61, tomou posse no cargo de Diretor desta instituição o psiquiatra Edmundo Maia.²⁰⁵

De acordo com Augusto Costa, o Brasil passou a conviver com um modelo de assistência dissociado. De um lado, a tradição da prática asilar, de outro, um discurso preventivista adotado oficialmente pelo Governo com ares de “modernidade”.²⁰⁶

Até meados do século XX, os hospitais psiquiátricos eram predominantemente públicos. Durante o Regime Militar, a política sanitária brasileira voltou-se para um intenso processo de privatização. Em 1971, havia 72 (setenta e dois) hospitais públicos e 269 (duzentos e sessenta e nove) privados. Em 1981, 73 (setenta e três) hospitais públicos contra 357 (trezentos e cinquenta e sete) hospitais privados. As chamadas *clínicas de repouso*, verdadeiros hospitais, proliferaram-se por todo o país. Os anos que se seguiram foram marcados também por práticas preventivistas de verdadeira “caça aos suspeitos” - o que ajudava a incrementar a demanda por leitos. Costa exemplifica que o preventivismo brasileiro caracterizou-se por:

²⁰⁴ Ver: seção 4.3.1

²⁰⁵ SANTOS, Nelson Garcia. *Do hospício à comunidade: políticas públicas de saúde mental*, 1994. p. 46.

²⁰⁶ COSTA, Augusto Cesar de Farias. Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica. In: Márcio Iorio Aranha (Org.), *Direito Sanitário e Saúde Pública*, v. 1. Ministério da Saúde, 2003. p. 153.

[...] métodos de busca e internamento de pessoas como, por exemplo, o realizado por ambulâncias que, durante os anos 60 e 70, percorriam as cidades, especialmente após clássicos de futebol, identificando indivíduos que portassem a “carteira do INPS” e que estivessem dormindo embriagados na via pública. Após a averiguação, eram levados e internados com o diagnóstico de “psicose alcoólica.”²⁰⁷

Nesse ambiente de profundas contradições, no final da década de setenta emergiram os primeiros movimentos civis em torno de uma proposta de reforma psiquiátrica. O Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM) destacou-se no cenário nacional e, nos anos seguintes, definiu as diretrizes do movimento reformista brasileiro.

Estaremos com Paulo Amarante no percurso dessas histórias porque, além de nos oferecer um dos registros mais detalhados sobre os momentos iniciais da experiência brasileira na reforma psiquiátrica, o autor fala também como um importante protagonista.²⁰⁸

O mote para a organização do MTSM foi a chamada *Crise da DINSAM*. A Divisão Nacional de Saúde Mental (DINSAM), órgão vinculado ao Ministério da Saúde, era responsável pela formulação das políticas públicas de Saúde Mental. Desde 1957, não realizava concurso público e, para suprir seus quadros, contratava estagiários com recursos da Campanha Nacional de Saúde. Além disso, proliferavam denúncias sobre a situação de precariedade dos hospitais e sobre as agressões sofridas pelos pacientes.

Nos hospitais do Rio de Janeiro, profissionais graduados trabalhavam em clima de instabilidade e ameaça. Três médicos bolsistas do Centro Psiquiátrico Pedro II decidiram registrar as irregularidades, fazendo com que toda a conjuntura deficiente do sistema viesse à tona. Em abril de 1978, os quatro hospitais do estado aderiram a um movimento de greve que resultou na demissão de inúmeros profissionais e estagiários. As denúncias, reivindicações e revoltas uniram-se em torno da organização do Movimento dos Trabalhadores da Saúde Mental (MTSM).

O MTSM tornou-se uma liderança para a regularização da situação dos profissionais, mas também de críticas ao modelo manicomial. Naquele mesmo ano, participou do V Congresso Brasileiro de Psiquiatria e, juntamente com outras organizações médicas, formou uma frente-ampla a favor de mudanças.

A visita de líderes dos movimentos reformistas favoreceu o amadurecimento crítico do MTSM. Ainda em 1978, por ocasião do I Congresso Brasileiro de Psicanálise de Grupos e Instituições, estiveram no país: Franco Basaglia, Erving Goffman, Robert Castel,

²⁰⁷ COSTA, Augusto Cesar de Farias. Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica. In: Márcio Iorio Aranha (Org.), *Direito Sanitário e Saúde Pública*, v. 1. Ministério da Saúde, 2003. p. 153.

²⁰⁸ AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica*, 1998. p. 51-85.

entre outros. No ano seguinte, Basaglia retornou ao Brasil por ocasião do III Congresso Mineiro de Psiquiatria, chegando a comparar o Hospital de Barbacena a um campo de concentração nazista. O momento foi decisivo para que a discussão sobre o modelo manicomial ganhasse espaço na imprensa e mobilizasse lideranças a favor de mudanças.

Nas suas conferências, Basaglia afirmou o papel de controle do manicômio, enfatizando que a relação de poder médico-paciente marcava e reproduzia a lógica da instituição asilar. As reflexões proporcionaram um amadurecimento acerca das diretrizes que o MTSM e a própria sociedade dariam à reforma psiquiátrica brasileira.

No I Congresso Nacional dos Trabalhadores em Saúde Mental, de 1979, concluiu-se que a mudança na atenção à saúde dependia também do envolvimento de outros setores sociais. O MTSM assumiu uma forte identidade política, voltando-se para questões que ultrapassavam as reivindicações trabalhistas. Por ser contrário à institucionalização das práticas psiquiátricas, decidiu também não se tornar uma instituição registrada e burocratizada. Adquiriu a identidade de verdadeiro movimento social, desvinculado de entidades corporativas ou governamentais.

Nos congressos que se seguiram nos anos oitenta, o MTSM enfrentou discussões sobre o modelo manicomial, ressaltando seu papel cronificador e estigmatizante. Firmou diretrizes e frentes de luta contra as atrocidades que ocorriam nas instituições manicomiais e contra o processo de privatização da medicina. Iniciou também uma ampla discussão sobre direitos dos pacientes psiquiátricos.

No ano de 1986, realizou-se em Brasília a VIII Conferência Nacional de Saúde; um marco importante para o processo de construção do Sistema Único de Saúde (SUS). O encontro também ficou marcado por uma postura inovadora: não se restringiu à participação dos técnicos e profissionais da saúde, abrindo espaço para a participação de outros setores sociais.

Durante a VIII Conferência de Saúde, houve muita mobilização pela organização de uma primeira conferência de saúde mental. A promoção do evento dependia da aprovação da Divisão Nacional de Saúde Mental (DINSAM). No entanto, a direção do órgão contava com a participação de grupos ligados a universidades que se declaravam contrários aos projetos do MTSM. Por sua vez, a Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP), que inicialmente havia se alinhado com o MTSM, afastou-se do eixo das políticas públicas. Voltou-se para os interesses da indústria farmacêutica, aproximando-se dos núcleos mais tradicionais das universidades. Perfilou-se, portanto, com a DINSAM.

Em junho de 1987, aconteceu finalmente a I Conferência Nacional de Saúde Mental. O MTSM assumiu a liderança da Conferência que resultou em recomendações importantes como: o engajamento dos trabalhadores e da sociedade civil no combate à psiquiatrização do espaço social; a necessidade da participação popular na elaboração e implementação das políticas de saúde mental; e a priorização de investimentos nos serviços extra-hospitalares e multiprofissionais.

A I Conferência proporcionou ao MTSM um novo sentido de unidade e renovação, sedimentando uma reflexão doutrinária voltada para o enfrentamento de todos os signos manicomiais.

O II Congresso Nacional do MTSM aconteceu na cidade de Bauru, São Paulo, em 1987. Diferentemente dos encontros anteriores, contou com a intensa participação de usuários e familiares, bem como de outras associações civis e lideranças municipais. A mobilização concentrou-se na dimensão antimanicomial da reforma psiquiátrica expressada no lema: *Por uma Sociedade sem Manicômios*. Pela primeira vez o Movimento ganhou as ruas, consolidando o envolvimento dos novos atores sociais. Diversas associações de usuários e familiares organizaram-se e, assumindo as diretrizes do MTSM, agruparam-se em torno do Movimento Nacional da Luta Antimanicomial.

O Congresso de Bauru representou uma nova etapa da reforma psiquiátrica brasileira. As associações de usuários e familiares permitiram que a Luta Antimanicomial se aproximasse de forma efetiva das comunidades por meio de eventos culturais e práticas sociais. Elas tiveram participação ativa na construção de novos modelos de cuidado, formulando as primeiras alternativas concretas de serviços substitutivos aos hospitais psiquiátricos.

Em 1987, instalou-se em São Paulo o primeiro Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) e, em 1989, em Santos, o primeiro Núcleo de Atenção Psicossocial (NAPS). Os dois modelos de referência funcionavam como anteparos ao atendimento hospitalar. Prestavam assistência a portas abertas por meio de equipes multidisciplinares, oferecendo serviços como psicoterapia, terapia ocupacional, oficinas, até o abrigo diurno e noturno. Na época, o Ministério da Saúde encampou o novo modelo, regulamentando o financiamento e a implantação de serviços que tivessem a mesma concepção.

Em 1989, o Deputado Federal Paulo Delgado (PT/MG), apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.657/89. O texto regulamentava os direitos dos portadores de transtorno mental e assegurava a extinção progressiva dos manicômios na medida em que se

efetivassem os novos programas assistenciais. Inspirados naquela iniciativa, vários estados aprovaram suas próprias leis de diretrizes antimanicomiais.

A aprovação inicial pela Câmara dos Deputados provocou muita polêmica. Augusto Costa menciona que uma das maiores forças oposicionistas estava ligada aos interesses econômicos dos proprietários dos hospícios privados.²⁰⁹ Durante a tramitação – que se estendeu por doze anos – o Projeto sofreu várias alterações por meio de emendas e substitutivos do Senado Federal. Contrariando o espírito da reforma, o último Substitutivo previa destinação de recursos públicos para a construção de novos hospitais psiquiátricos nas regiões onde não houvesse ainda uma estrutura alternativa adequada. Ao final, a previsão foi suprimida na Câmara, indicando um avanço verdadeiramente antimanicomial.

Outra questão sensível era o tema da internação involuntária.²¹⁰ O Projeto previa que qualquer internação fosse precedida de laudo médico circunstanciado. No caso de internação involuntária, o Ministério Público poderia de ofício, a requerimento da família ou representante legal, designar equipe revisora multiprofissional a fim de opinar sobre a manutenção ou cessação da mesma. O dispositivo punha ao alcance do paciente internado um recurso institucional que lhe garantia o direito a uma segunda avaliação. Por ocasião da redação final, a regra foi retirada do Projeto, implicando perda considerável ao direito de liberdade do cidadão.

Entre algumas perdas e muitos ganhos, o Projeto foi aprovado por unanimidade pelo Plenário no Congresso Nacional. A Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, ficou conhecida como a Lei de Reforma Psiquiátrica brasileira.

A aprovação da Lei foi uma vitória sem precedentes. A Política Nacional de Saúde Mental assumiu o paradigma antimanicomial e, desde então, vem reunindo esforços para a consolidação da reforma. O processo é longo e envolve inúmeras dificuldades. A implementação da rede de serviços substitutivos em um país com as dimensões do Brasil demanda grandes investimentos e muita vontade política. O sistema ainda está longe de alcançar um nível satisfatório, mas os avanços dos últimos onze anos são inegáveis.

O movimento pela reforma psiquiátrica encontra-se em uma nova fase; uma etapa de consolidação das conquistas anteriores que nem por isso deve ser menos combativa. Os atores sociais mudam, as lideranças renovam-se, mas os interesses em jogo são os mesmos.

²⁰⁹ COSTA, Augusto Cesar de Farias. Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica. In: Márcio Iorio Aranha (Org.), *Direito Sanitário e Saúde Pública*, v. 1. Ministério da Saúde, 2003. p. 165.

²¹⁰ Ver: seção 3.2.1

Algumas ações, nos últimos anos, parecem revigorar a ideologia preventivista com conotações ainda mais fortes. Verdadeiras investidas sobre o “grupo de risco” dos usuários de drogas em situação de rua. No momento em que a Política Nacional de Saúde Mental assume a diretriz da reconstrução da identidade humana e jurídica dos portadores de transtorno mental, no momento em que a Lei de Reforma Psiquiátrica busca a consolidação da sua cidadania, assistimos ações de internação involuntária em massa. Práticas que se dizem assistenciais, mas que são garantidas pela força policial. É preciso indagar que tipo de atendimento lhes é dispensado, para onde são levados esses pacientes arrancados das ruas. O nome é o que menos importa: colônia, clínica, comunidade, todas nos parecem reeditar núcleos alienistas e moralizantes.

A questão é complexa e demanda sensibilidade. O momento exige atenção para que os anos de luta por um novo modelo de atenção aos portadores de sofrimento mental não se percam em políticas que tendem a recuperar processos de institucionalização manicomial.

3.2.1 O Impacto da Lei de Reforma Psiquiátrica no Sistema Penal

A Lei de Reforma Psiquiátrica veda a internação de pacientes em instituições com características asilares, remetendo à necessidade de que todos os seus direitos sejam respeitados. Além disso, estabelece que o regime de internação deva oferecer assistência integral, incluindo serviços médicos, psicológicos, ocupacionais, de assistência social, de lazer, e outros (Lei nº 10.216/2001, art. 4º, § 3º).

Neste dispositivo a Lei sintetiza o núcleo da reforma psiquiátrica. Ao afirmar que a internação não pode ser feita em instituições asilares, ela proíbe também todas as implicações da doutrina alienista. A *instituição asilar* não é apenas o espaço físico murado do hospício. Ela é tudo que significa submissão do doente ao poder e saber único do psiquiatra, isolamento social impositivo e por tempo indeterminado, juízo moral, incapacidade civil, entre outras construções da síntese alienista que sobreviveram na psiquiatria contemporânea.

O objetivo da reforma psiquiátrica não foi a extinção do recurso terapêutico da internação, mas a desconstrução da ideia de que a internação nos moldes asilares era um recurso terapêutico. Hoje, no Brasil, a internação psiquiátrica deve ser feita preferencialmente em hospitais gerais e somente pelo tempo necessário à contenção da crise.

A Lei estabelece que qualquer internação deva ser precedida de laudo médico indicativo e circunstanciado. Prevê ainda três espécies de internação: a *voluntária*, a *involuntária* e a *compulsória*. Enquanto a internação involuntária se faz a pedido de terceiro, a compulsória deve ser determinada pela Justiça (Lei nº 10.216/2001, art.6º).

Essa norma consolidou um aspecto importante para a construção da cidadania dos portadores de transtorno mental, tendo em vista que desautoriza intervenções arbitrárias pelo poder público do tipo preventivista. A conquista deve-se em grande parte ao Movimento Antimanicomial que se empenhou no aprofundamento da reflexão sobre o estatuto jurídico civil dos pacientes. A supressão indiscriminada da sua capacidade e a conseqüente submissão a um regime de tutela estavam intimamente ligadas à legitimação do espaço asilar como um espaço assistencial.

Por outro lado, a referência à internação compulsória determinada genericamente pela *Justiça*, parece manter ou ao menos “normalizar” a internação por ordem da Justiça Criminal que, por sua vez, não se restringe a finalidades terapêuticas. Lemos também no art. 9º: “A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, [...]” A referência genérica à *legislação vigente* deixa margem para a interpretação de que as normas penais também estão aí abrangidas. Pensamos que este impasse condensa toda a discussão que se trava em torno do alcance penal da Lei de Reforma Psiquiátrica.

O fato é que ao longo do processo de construção da reforma psiquiátrica brasileira, os movimentos sociais não enfrentaram abertamente a discussão sobre o estatuto penal dos loucos infratores, sobre sua irresponsabilidade penal - ainda que os hospitais de custódia estivessem indiretamente contidos no lema da Luta Antimanicomial.

Em primeiro lugar, lembramos que o movimento de reforma psiquiátrica organizou-se sob a mira das Armas Militares. Os movimentos sociais do final da década de setenta ainda encontravam um ambiente de ameaça e medo que não favorecia enfrentamentos ideológicos diretos. Não foi por acaso que as primeiras grandes mobilizações assumiram um tom corporativo e reivindicatório, mas não de embate frontal com o governo militar. Somente após certa conquista de espaço é que as questões políticas e político-econômicas puderam ser encampadas.

Essa foi também a trajetória do Movimento dos Trabalhadores da Saúde Mental (MTSM). Organizado inicialmente em torno de reivindicações trabalhistas e reflexões humanistas, denunciava a precariedade da assistência e a violência praticada contra os

pacientes. Esses temas eram aceitáveis na medida em que refletiam uma preocupação de cunho predominantemente assistencial.

De outro lado, discutir a situação do louco-infrator significava questionar a lógica do Sistema Penal. Naquele período, o próprio pensamento era criminalizado e as cadeias, improvisadas até em porões. Não havia ambiente para um questionamento público sobre a justiça da prisão de qualquer cidadão, menos ainda do louco-infrator. Ao contrário, o Regime podia encontrar subversão em qualquer manifestação; louco ou não, o destino “natural” do subversor era a prisão.

Em tempos menos duros, o MTSM alinhou-se com a luta pela redemocratização do País e encampou a reforma sanitária nas suas reivindicações. Ambas de extrema relevância para a sociedade brasileira em geral e essenciais para a consecução do objetivo específico da reforma psiquiátrica. A presença dessas questões voltadas para o grande público talvez tenha sido mais um motivo para que Movimento se distanciasse da discussão específica sobre o manicômio judiciário. Eles abrigavam uma minoria populacional em termos comparativos com os grandes hospícios, além de estarem mais próximos da política penitenciária do que das reformas sanitárias.

Observamos que nem mesmo as construções teóricas da reforma psiquiátrica internacional aprofundaram essa reflexão. Quando muito, o preventivismo norte-americano propunha-se a intervir nos “loucos suspeitos” antes que se tornassem violentos - como já queria a criminologia positivista.

A reflexão sobre o controle penal dos pacientes mentais não foi amadurecida pelo discurso da reforma psiquiátrica, pela doutrina jurídica, nem pela consciência social. A Lei de Reforma Psiquiátrica reflete essa realidade. Da mesma forma que o lema da Luta Antimanicomial subentendia, mas não se apropriava da questão dos manicômios judiciários, a Lei também subentende, mas não enfrenta a interface da loucura com o Sistema Penal.

Há uma extensa discussão doutrinária sobre o conflito aparente da Lei de Reforma Psiquiátrica com a Lei de Execução Penal. A questão é saber se a Lei de Reforma derogou ou não os dispositivos que regem o processo de execução da medida de segurança de internação.

Alguns entendem que a Lei de Reforma não estabelece qualquer exceção à aplicação dos seus princípios gerais. O artigo 1º diz que:

Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados **sem qualquer forma de discriminação** quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política,

nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e **ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.** (grifo nosso)

A princípio, a Lei de Reforma seria de aplicação imediata no campo penal. Como menciona Jacobina: “[...] a lei não excepciona do seu texto os portadores de transtornos que tenham cometido crime, de modo que também esses são atingidos por ela. Não há motivo para excluí-los da aplicação desse diploma, sem promover uma discriminação que não tem o menor suporte na Constituição Federal.”²¹¹

De outro lado, há o argumento de que a Lei de Reforma não derroga *explicitamente* a Lei de Execução Penal, levando a um conflito aparente de normas no tempo. Jacobina constrói uma solução jurídica favorável aos segurados:

O primeiro passo seria ir à Lei Complementar n. 95, de 28 de fevereiro de 1998, que regulamenta o art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal e determina que “a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas” (art. 9º, com redação dada pela Lei Complementar n. 107/2001). Ocorre que a Lei Complementar n. 107/2001 é de 26 de abril de 2001, tendo entrado em vigor nessa data, enquanto a Lei de Reforma Psiquiátrica é de 6 de abril do mesmo ano. Sendo-lhe anterior, não estaria obrigada a seguir seus ditames. Note-se que a redação original desse artigo na Lei Complementar n. 95/1998 (em vigor no momento da promulgação da Lei da Reforma Psiquiátrica) determinava apenas que *sendo necessário* a lei nova explicitasse quais dispositivos estava expressamente revogando.²¹² (grifo do autor)

O próprio autor reconhece que essa seria uma discussão de formalidades. Por tratar de matéria de técnica legislativa, a mencionada Lei Complementar não obriga o intérprete e o operador da lei, mas o seu redator. Para Jacobina, a regra de hermenêutica a ser utilizada é a Lei de Introdução ao Código Civil de onde se depreende que a incompatibilidade lógica da lei anterior com a lei posterior implica revogação, ainda que não haja cláusula expressa nesse sentido.

Pensamos como Jacobina, mas a derrogação da LEP em matéria de medida de segurança não se firmou. As medidas de internação seguem sendo aplicadas e executadas há mais de dez anos passados da vigência da Lei de Reforma Psiquiátrica.

O plano legislativo não se confunde com o da legitimidade. Diante das barbáries que proliferam nos manicômios judiciários, a questão assume um caráter emergencial que transcende a legalidade infraconstitucional. Está colocada naquele programa mais amplo de realização dos Direitos Humanos: um princípio doutrinário que permeia nossa Lei Maior para que a essência humanitária não se perca.

²¹¹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica*, 2008. p. 104.

²¹² JACOBINA, Paulo Vasconcelos. Op. cit., p. 109.

Pensamos que as conquistas da reforma psiquiátrica devem estender-se aos pacientes judiciários. Para isso, a psiquiatria precisa sensibilizar a psiquiatria forense - seu *doublé* para questões criminais. Alheia aos movimentos reformistas, a psiquiatria forense permaneceu fiel ao papel que o século XIX lhe atribuiu: descobrir a periculosidade dos loucos-infratores e recomendá-los aos manicômios judiciários. Se a Luta Antimanicomial não chegou a incomodar os *forenses* no momento da construção legislativa, pode envolvê-los agora, no momento da sua aplicação.

O posicionamento pela revogação da medida de internação ainda é minoritário. No entanto, aos poucos se consolida o entendimento de que a sua execução deve pautar-se pelas diretrizes da Lei de Reforma Psiquiátrica, especialmente no que concerne ao aspecto da desospitalização: “A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (Lei nº 10.216/01, art. 4º).

Muitos esforços têm se somado nesse sentido. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, estabelece:

Art. 17 - O juiz competente para a execução da medida de segurança, **sempre que possível buscará implementar políticas antimanicomiais**, conforme sistemática da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. (grifo nosso)

Igualmente, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), em 30 de julho de 2010, editou a Resolução nº 4, que dispõe sobre as *diretrizes nacionais de atenção aos pacientes judiciários e execução da medida de segurança*. A resolução prevê que:

O CNPCP, como órgão responsável pelo aprimoramento da política criminal, recomenda a **adoção da política antimanicomial** no que tange à atenção aos pacientes judiciários e à execução da medida de segurança. (art. 1º, *caput*)

Devem ser observados na execução da medida de segurança os princípios estabelecidos pela Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial de tratamento e cuidado em saúde mental que **deve acontecer de modo antimanicomial, em serviços substitutivos em meio aberto**; (art. 1º, §1º)

Em caso de internação, mediante o laudo médico circunstanciado, deve ela ocorrer **na rede de saúde municipal** com acompanhamento do programa especializado de atenção ao paciente judiciário. (art. 4º, *caput*)

Recomenda-se às autoridades responsáveis que **evitem tanto quanto possível a internação em manicômio judiciário**. (art. 4º, parágrafo único) (grifos nossos)

Observamos que ambas as Resoluções enfatizam o aspecto *antimanicomial* da política de *desinstitucionalização*. Ele é de fato o aspecto mais emergente a ser enfrentado a

fim de garantir um patamar mínimo de dignidade aos segurados. No entanto, observamos que a desinstitucionalização apresenta uma pauta de reflexão e de atuação mais ampla.

A efetividade desses regulamentos depende da suficiência dos recursos extra-hospitalares e do desenvolvimento de programas de assistência ao paciente judiciário. Entendemos que neste ponto há um complicador que indica a necessidade de se trabalhar com o plano mais abrangente da *desinstitucionalização*. Uma das maiores dificuldades à prestação de assistência integral a este tipo de paciente refere-se à sua condição de *segurado* – que não se confunde com a condição de *internado*.

Lembramos que o tratamento ambulatorial pode converter-se a qualquer tempo em medida detentiva de internação se o juiz da execução entender que assim é necessário para fins “curativos” (CP, art. 97, §4º). Além disso, se durante o período de um ano após a liberação ou desinternação o magistrado convencer-se da persistência da periculosidade, poderá restabelecer a condição anterior. (CP, art. 97, §3º) Dessa maneira, enquanto a medida de segurança estiver sendo executada ou enquanto durar a liberação condicional, o paciente estará sempre ameaçado de retornar ao manicômio - mesmo que esteja sendo assistido por programas da rede de serviços extra-hospitalares.

Entendemos que é a própria medida de segurança, de forma geral, que impõe a institucionalização ao segurado. Ela vincula o doente mental a uma rede de discursos que o submetem a uma vigília constante, a um olhar objetivante e a uma abordagem moral, ou seja, aos três ícones da síntese alienista.²¹³ Não é somente a internação manicomial que institucionaliza o segurado, mas o processo de execução de qualquer espécie de medida de segurança.

Um dos direitos da pessoa portadora de transtorno mental é “ser tratada com humanidade e respeito e **no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde**, [...]” (Lei nº 10.216/2001, art. 2º, II). A medida de segurança não tem a finalidade única de prestar assistência, mas principalmente de garantir a defesa social. Este é ponto de convergência da institucionalização do paciente judiciário. Havendo um juízo de periculosidade, ele se imporá acima de qualquer modelo terapêutico de interesse do segurado.

De qualquer forma, o segurado *em situação manicomial* é caso de maior urgência e gravidade. Entendemos que seja necessário garantir a ele ao menos o que a Lei de Reforma Psiquiátrica assegura aos internados de maneira geral.

²¹³ Ver: seção 1.1

O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo **serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.** (Lei nº 10.216/2001, art 4º, §2º)

O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP) é um estabelecimento penal (Lei nº 7.210/84, Título IV, Capítulo VI). Em princípio, não estaria sob responsabilidade direta das autoridades sanitárias, mas sim das autoridades penitenciárias.

Há alguns anos, firmou-se entendimento a nível nacional de que não apenas o HCTP, mas todas as unidades prisionais deveriam contar com instrumentos de acesso a ações e serviços consoantes os princípios do Sistema Único de Saúde (SUS). Criou-se o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), por meio da Portaria Interministerial nº 1.777/2003, assinada pelos Ministérios da Saúde e da Justiça. Dentre outras ações, a Portaria estabeleceu a formação de uma equipe mínima de saúde em cada unidade e a facilitação do acesso à Rede de Saúde Pública.

Não obstante, a Portaria previu que os HCTPs seriam objeto de norma própria, tendo em vista sua especialidade. (art. 8º, §3º) A aludida *especialidade* relaciona-se com o caráter híbrido da instituição: unidade hospitalar e custodial. Passados mais de oito anos, a referida norma própria ainda não existe.

Em agosto de 2010, realizaram-se em Brasília os I e II Encontros Nacionais sobre o Atendimento a Pessoas em Medida de Segurança com o objetivo de reunir subsídios para a elaboração de norma própria para o funcionamento de equipes de saúde nos HCTPs. Contudo, tiveram uma abrangência maior, como se lê no relatório final:

Em continuidade com o Seminário Nacional de Reorientação dos HCTP, acontecido em 2002 e promovido pela Coordenação Nacional de Saúde Mental / CNSM, a Área Técnica de Saúde no Sistema Penitenciário / SISPE promove dois eventos no sentido de garantir o atendimento em saúde a pessoas em cumprimento de medida de segurança, **estejam elas ou não internas em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico / HCTP**, no ano de 2010.²¹⁴ (grifo nosso)

Os Encontros foram importantes para reunir informações sobre a situação de cada estado. Somente dezessete estados brasileiros contam com a estrutura do HCTP. Nos dez estados em que eles não existem, a atenção à saúde dos segurados tende a ser pior. Havendo ou não HCTP, os estados prestam assistência aos segurados como podem e ficam na dependência da disponibilidade da rede local do SUS. Raramente contam com quadros próprios de profissionais da área de saúde.

²¹⁴ ENCONTRO NACIONAL SOBRE O ATENDIMENTO A PESSOAS EM MEDIDA DE SEGURANÇA, 1 e 2, 2010, Relatório Final. Brasília: Ministério da Saúde, Ministério da Justiça.

A troca de experiências com gestores de programas diferenciados, remeteu à reflexão sobre a necessidade de maior envolvimento da Política Sanitária e da Política de Saúde Mental. Apontou também para a possibilidade de parcerias entre diversas instituições públicas e destas com setores da sociedade civil.

Pensamos que a *especialidade* dos HCTPs e do atendimento ao segurados de modo geral, continua sendo um empecilho para que a atenção em saúde chegue a essas pessoas de forma satisfatória – situação que se reflete, inclusive, na dificuldade para elaboração da norma própria. O hibridismo dessas instituições (assistência e contenção) demanda que todas ações voltadas aos segurados revistam-se de um *tom especial*. Exige *programa especializado de atenção ao paciente judiciário*, ainda que essa especialização esteja mais voltada para atender ao caráter *judiciário* do que ao indivíduo *paciente*.

De tudo que dissemos, resulta que os direitos garantidos pela Lei de Reforma Psiquiátrica aos portadores de transtorno mental, especialmente aos pacientes internados, não alcançam as pessoas submetidas à medida de segurança. Mais grave do que isso, a doutrina e a jurisprudência não chegam a um consenso sobre se de fato deveriam alcançá-los.

3.3 A Reconstrução da Identidade Humana dos Portadores de Transtorno Mental: novas experiências de atenção integral ao paciente judiciário

O Brasil não chegou ainda a uma construção doutrinária e legislativa capaz de substituir o sistema das medidas de segurança. Há onze anos, desde a edição da Lei de Reforma Psiquiátrica, observamos um crescente interesse sobre o tema. Além dos aspectos jurídicos propriamente ditos, as reflexões alcançam as implicações sociológicas, antropológicas e políticas do instituto, bem como o campo da bio-ética.

Nas universidades brasileiras, os trabalhos produzidos nessas diversas áreas somam-se em esforços que apontam para a importância do tema e para a complexidade da reflexão. Ajudam a construir uma nova sensibilidade aos portadores de transtorno mental envolvidos com a Justiça Criminal. São discussões acadêmicas que aos poucos se projetam para a prática de cada ciência. Sensibilidades individuais que gradativamente contagiam a consciência social.

Na Universidade de Brasília mencionamos em especial as Dissertações de Janaína L. Penalva da Silva; de Josenir L. Detoni; de Renata Weber Gonçalves, e de Ana Paula de

Aquino.²¹⁵ Destacamos ainda a Dissertação de Ana Cristina B. de Oliveira, citada no capítulo 2 deste trabalho. Em outras universidades, destacamos a Tese de Luciana Barbosa Musse, as Dissertações de Marcelo L. Cruz, de Cláudia Mary C. Neves e de Fabrício J. Rocha Ribeiro.²¹⁶

De forma geral, todas trabalham no marco das formulações da Reforma Psiquiátrica brasileira. Todas acrescentam novas perspectivas ao processo de desconstrução dos paradigmas psiquiátricos, criminológicos e jurídicos que se complementam para atribuir ao louco-infrator o destino do manicômio judiciário. Pensamos que a relevância maior dessas reflexões seja a formação de um novo conjunto de saber, um novo discurso que gradativamente adquira condição para se contrapor às práticas arraigadas na nossa cultura forense.

O percurso é longo e complexo, pois, de outro lado, os discursos biologicistas e psicologicistas continuam proliferando tecnologias cada vez mais refinadas de avaliação e controle dos doentes criminosos. Mencionamos que, desde a década de 1990, as ciências forenses têm se dedicado à elaboração de *escalas de mensuração de risco (ou psicopatia)* que

²¹⁵ PENALVA DA SILVA, Janaína L. *O direito fundamental à singularidade do portador de sofrimento mental: uma análise da Lei nº 10.216/01 à luz do princípio da Integridade do Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

DETONI, Josenir Lopes. *Nos limites da Saúde Mental: a loucura da perspectiva do discurso bioético*. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde). Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

GONÇALVES, Renata Weber. *A medida de segurança: elementos para interpretação da contenção por tempo indeterminado dos loucos infratores no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Antropologia). Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

AQUINO, Ana Paula. *Da Lei às leis: reflexões teórico-clínicas sobre os inimputáveis*. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica e Cultural). Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

²¹⁶ OLIVEIRA, Ana Cristina Bezerra de. *O buraco negro do ser: manicômio do vazio: a (des)estrutura dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Centro Universitário UNIEURO, Brasília, 2009.

MUSSE, Luciana Babosa. *Políticas públicas em Saúde Mental do Brasil na perspectiva do biodireito: as experiências dos estados de Minas Gerais e São Paulo sob a égide da Lei n. 10.216/2001 e suas implicações*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

CRUZ, Marcelo Lebre. *A Inconstitucionalidade da medida de segurança face à periculosidade criminal*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil, Curitiba, 2009.

NEVES, Cláudia Mary Costa e. *A decisão judicial enquanto ato e a construção do caso clínico no acompanhamento do louco infrator*. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

RIBEIRO, Fabrício J. Rocha. *Da razão ao delírio: por uma abordagem interdisciplinar do conceito de loucura*. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

pretendem um diagnóstico e um prognóstico cada vez mais preciso sobre o comportamento criminoso.²¹⁷

Mais recentemente, pesquisas na área da neurociência têm sido tomadas por muitos como uma nova “revolução paradigmática” que se anuncia para o tema. Daniel Barros menciona que a neurociência começa a descobrir as causas físico-químicas dos transtornos mentais e do comportamento humano. As pesquisas afirmam que o córtex pré-frontal do cérebro - região responsável pelo autocontrole – nos psicopatas, tende a ser menos desenvolvido. Diante deste determinismo, não haveria mais criminosos “culpados”, pois os seus cérebros é que seriam responsáveis pelo comportamento antissocial. O autor entende que:

A partir daí seria a extinção da possibilidade de pena – se tudo tem uma causa, ninguém mais seria culpado. A saída para tal aparente dilema é solidificar o conceito que explicação não é justificação, ou, mais simplesmente, causa não é desculpa. A partir de agora, e cada vez mais, ao psiquiatra forense não bastará analisar a pessoa e dizer-lhe capaz ou incapaz, imputável ou não. Será preciso cotejar o exame psíquico com informações oriundas das neurociências – quer sejam imagens do cérebro, genes ou neurotransmissores alterados – e dizer se elas diminuem ou não a capacidade racional do indivíduo em questão. O principal será dizer, ao menos nessa primeira fase da Neurociência Forense, estabelecer se a racionalidade do indivíduo estava alterada, independentemente das causas que possam ser invocadas. Veremos os quesitos passarem de “Era o agente, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminar segundo esse entedimento?”, para algo do tipo **“As alterações cerebrais encontradas eram suficientes para, ao tempo da ação ou da omissão, privar totalmente o agente do entendimento do caráter ilícito do fato ou de sua autodeterminação segundo esse entedimento?”**. Creio que saber responder a tal questão será central para o futuro da Psiquiatria Forense, doravante, “Neurociência Forense”.²¹⁸ (grifo nosso)

Hipóteses como essa parecem anunciar uma espécie de “teoria neolombrosiana”, no sentido de que certas características biológicas inatas, por si só, revelariam tendências antissociais. Observamos que esse “neodeterminismo” pode aparecer nas dinâmicas dos laudos psiquiátricos para irresponsabilizar muitos indivíduos, nunca para torná-los menos “perigosos”. Esse discurso da psiquiatria forense aproxima-se dos achados da neurociência para, finalmente, atribuir à avaliação de periculosidade o caráter “científico” e “preciso” que sempre foi questionado. Os argumentos indicam, de todas as maneiras, uma superposição ao processo de objetivação da loucura; uma nova forma de excluir a subjetividade das pessoas portadoras de sofrimento psíquico para torná-las ainda mais em objeto de mensuração

²¹⁷ Ver: seção 2.2.1

²¹⁸ Daniel Martins de Barros é psiquiatra forense do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP). Ver: BARROS, Daniel M. de. Neurociência forense. *Psychiatry online Brasil*, v. 14, n. 3, março de 2009.

cientificista. O criminoso nato e o degenerado do final do século XIX parecem renascer no século XXI com “disfunções cerebrais”.

Nesse compasso, entram como importante contraponto as novas experiências de atenção integral aos segurados: o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ), e o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI) ²¹⁹. O primeiro Programa, sediado em Belo Horizonte, está vinculado institucionalmente à estrutura do Tribunal de Justiça de Minas Gérias. O segundo, sediado em Goiânia, organiza-se a partir de convênio de cooperação técnica e operacional entre as Secretarias de Saúde e Justiça, Tribunal de Justiça e Ministério Público de Goiás.

Ambas as experiências estão orientadas pelas formulações da Reforma Psiquiátrica e buscam alternativas à internação dos segurados. Entendemos que a ideia central dos programas é proporcionar ao paciente judiciário condições de resgate da sua subjetividade. Partem da noção de que a psiquiatria tradicional e a psiquiatria forense estabelecem uma relação de poder-saber que reduz o paciente à apreensão da doença mental. Assim, a primeira estratégia é a desconstrução da relação unívoca com o médico psiquiatra por meio de uma abordagem multiprofissional: trabalham com equipes integradas por psiquiatras, mas também por psicólogos, assistentes sociais e advogados. As equipes prestam assistência ao paciente desde a determinação de exame de sanidade mental, até a execução das medidas segurança.

Um aspecto importante do novo modelo de atenção é a conquista de uma nova relação com a Justiça. Em especial, constroem um espaço de diálogo com os juízes das varas criminais e de execução penal, opinando sobre a aplicação e execução das medidas de segurança. Como os profissionais também prestam assistência dentro das instituições de internação, adquirem condição de opinar pela sua substituição nos casos que entendem recomendáveis.

Oferecem também a alternativa de um *programa especial de atenção integral ao paciente judiciário*, de modelo ambulatorial. Nos Centros de Atenção existem grupos de psicoterapia, de trabalho, oficinas de arte, assistência médica, social, jurídica, entre outros. O

²¹⁹ MINAS GERAIS. Resolução n. 633, de 4 de maio de 2010. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do projeto Novos Rumos, no âmbito do Tribunal de Justiça, e sua implementação em todas as comarcas do Estado de Minas Gerais.

contato da equipe com os pacientes é diferenciado em relação ao tempo e ao tipo de atenção dispensada, que vão muito além das práticas comuns dos tribunais e das perícias médicas. O modelo está orientado para que a individualidade do paciente seja apreendida na dimensão da sua subjetividade.

Consideramos importante mencionar alguns aspectos práticos dessa experiência porque explicitam a diferença de abordagem que o Programa incorpora ao sistema das medidas de segurança. Faremos referência a alguns estudos de caso relatados em artigo acadêmico e em dissertações por profissionais que atuam no PAI-PJ, Belo Horizonte. Observamos que a idealizadora do Programa, Fernanda Otoni de Barros Brisset, possui formação psicanalítica lacaniana - orientação teórica que influencia esses trabalhos.

Iniciamos com o *Caso José*, relatado por Liliane Camargos e Fábio Belo.²²⁰ A análise traz uma reflexão importante sobre a atuação dos peritos no exame de sanidade mental.

José, surdo-mudo, foi acusado de tentativa de homicídio por ter atacado a vítima, de surpresa, com instrumento cortante. No boletim de ocorrência, constava que o motivo do crime era um antigo desentendimento entre os envolvidos. Em segundo depoimento, José trouxe seu pai para lhe servir de intérprete que, entretanto, afirmou não compreendê-lo muito bem. Um terceiro depoimento contou com a presença de um intérprete, tornando-se mais extenso e detalhado. A nova versão afirmava que José havia agido em legítima defesa e sem intenção de matar, tendo em vista descrições de “sacanagens” que a vítima fazia com o declarante desde a infância até a idade adulta.

No início da fase processual, a acusação alegou indícios de que o réu era pessoa de conduta instável, sujeito a transtornos de ordem psíquica em razão da surdo-mudez. O juiz determinou diligências e a instauração do Incidente de Sanidade Mental. De início, o pai do acusado afirmou diante dos peritos que o filho era agressivo e que lhe causava temor. Os psiquiatras forenses não conseguiram comunicar-se com José, apenas constataram que gesticulava sem fazer uso da linguagem de sinais. Atestaram que o denunciado não estava orientado no tempo e no espaço, mas que não puderam concluir sobre seu nível intelectual. Assim, solicitaram o envio dos autos do processo a fim de complementar o laudo, mas não mencionaram a necessidade de intérprete.

²²⁰ CAMARGOS, Liliane; BELO, Fábio. Quando a lei é surda: um caso recente na história entre a psicologia e o direito. *Revista Psicologia e Pesquisa*. Laboratório de Psicodinâmica e Clínica do Trabalho, Universidade de Brasília, v. 26, n. 2, p. 387-392, abr./jun. 2010.

Respondendo aos quesitos sobre a irresponsabilidade penal, os peritos reconheceram que o denunciado era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ao tempo da ação e que sua incapacidade provinha de desenvolvimento mental incompleto (surdo-mudo sem escolaridade). O laudo concluiu que a ausência das funções auditivas provocava *inferioridade psicorgânica* em José. Explicava que o surdo-mudo, não podendo ouvir, tinha dificuldade na aquisição de conhecimentos, tornando-se um indivíduo restrito cultural e afetivamente. Afirmava também que o surdo-mudo podia ser comparado a um deficiente mental quando não recebia educação ou não era capaz de adquiri-la.

José recebeu medida de segurança de três anos de internação e o caso foi encaminhado ao PAI-PJ. De acordo com os autores do relato, durante o primeiro ano de atendimento, a equipe percebeu que sua agitação não tinha nenhuma relação com distúrbios psiquiátricos. A surdez era resultado de meningite adquirida na infância e, sendo filho de família pobre, não havia recebido instrução especializada. José havia desenvolvido uma linguagem própria que expressava grande agitação pela ânsia de se fazer entender. Em certa ocasião, esperou por horas o atendimento no PAI-PJ, sem manifestar nenhuma alteração.

José descreveu à equipe do Programa suas atividades profissionais e o seu cotidiano. Demonstrava responsabilidade; cuidado com suas finanças; socialização (tinha amigos, era casado e com filhos); preocupação com sua saúde. Enfim, ao contrário das conclusões do laudo de sanidade mental, José tinha *linguagem interna*, era *capaz*, apesar da limitação auditiva.

Como não é possível converter medida de segurança em pena, a equipe recomendou a substituição da internação por tratamento ambulatorial - ainda que o tratamento psiquiátrico não fosse necessário. Cumprido o tempo mínimo, a perícia atestou a cessação de sua periculosidade. José cumpriu um ano de liberação condicional sem qualquer intercorrência.

O relato mostra que o sofrimento emocional inerente à condição de surdo-mudo de José não foi suficientemente considerado na avaliação do fato criminoso, nem na avaliação de sanidade mental. Ao contrário, a surdez foi considerada causa de desenvolvimento mental incompleto, razão para que acusado não fosse “escutado” pelos peritos e juízes. Estigmatizado pelos discursos jurídico e psiquiátrico, as categorias que definiam José eram: surdo-mudo, deficiente mental, criminoso e perigoso - categorias objetivantes que prescindiam do conteúdo da sua subjetividade.

O insulto moral sofrido por José só encontrou meios de defesa através de uma escuta diferenciada, por modulações de tempo e espaço que possibilitaram a apreensão do universo das suas significações subjetivas. A equipe chegou à realidade do caso: José não era deficiente mental, mas, em razão das dificuldades de expressão e do grande sofrimento que isso lhe causava, acabou sendo envolvido por um processo de criminalização e institucionalização.

Situações do cotidiano como, por exemplo, a “espera pelo atendimento” revelaram conteúdos importantes sobre a real condição psíquica e emocional do paciente. Os vários meses de acompanhamento puderam consolidar uma avaliação integral e humanizada que não seria possível nos limites estanques das vias judiciais. A loucura de José pôde falar por meio da sua mudez para revelar o que “não era”. Revelou também que a sua condição social era inerente ao processo de criminalização: José não recebeu uma educação especializada e não teve direito a ser assistido por um intérprete. Os seus meios de defesa foram “cassados” pelo processo de objetivação que o reduziu à categoria médica da *deficiência*.

Os estudos de casos clínicos que mencionaremos a seguir foram elaborados a partir da experiência profissional da autora como psicóloga atuante no PAI-PJ.²²¹ O argumento central do trabalho é a perspectiva psicanalítica da *decisão judicial como ato*; ato que produz mudança por meio de intervenção na situação concreta.

[...] essa pesquisa discute o método *construção do caso clínico* como um instrumento que pode orientar a condução dos casos pela equipe auxiliar dos juízes, inclusive no que diz respeito à produção do subsídio à decisão judicial, uma vez possibilitar a localização e a formalização do impasse em jogo em cada situação.²²²

Caso Anita: presa por ter agredido seus filhos, recebeu medida de segurança de tratamento ambulatorial e passou a cumpri-la no Centro de Referência em Saúde Mental (CERSAM) da sua região. Anita não estava integrada ao tratamento e ficava muito tempo perambulando pelas ruas.

A equipe do Programa preocupou-se em escutá-la. O acompanhamento do caso pautou-se pela construção de um projeto de “levantamento” – no sentido elaborado pela

²²¹ NEVES, Cláudia Mary Costa e. *A decisão judicial enquanto ato e a construção do caso clínico no acompanhamento do louco infrator*, Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

²²² NEVES, Cláudia Mary Costa e. Op. cit., p. 6.

paciente, que falava de dois tempos da sua vida: um tempo em que “estava de pé” e outro que “estava caída”.

Introduziram a técnica do *acompanhamento terapêutico* que consistia em levar Anita ao PAI-PJ e também a locais que possibilitassem executar uma “estratégia para conseguir emprego”, elaborada com a sua participação. Durante o novo processo de abordagem, Anita passou a discorrer sobre como era insuportável continuar frequentando o CERSAM - onde era acompanhada há muitos anos -, afirmando que não precisava do serviço.

Apresentava sinais de impregnação em razão do uso prolongado de medicação; sinais vistos por ela como um empecilho para conseguir emprego. A questão foi levada à equipe da CERSAM e a paciente passou a ser tratada com *medicamento atípico* que lhe trouxe melhora na motricidade e na linguagem. A mudança também surtiu efeitos para diminuir suas deambulações pelas ruas.

Anita afirmava que não representar perigo para as pessoas e insistia para que equipe levasse suas queixas ao juiz e pedisse a extinção da execução da medida de segurança. O Programa encaminhou relatório, solicitando exame de cessação de periculosidade que, em quase dez anos de medida, finalmente lhe foi favorável. Liberada, Anita continuou perambulando pelas ruas e as tentativas de inseri-la em programas do Centro de Conveniência foram frustradas.

De acordo com a autora da pesquisa, o *Caso Anita* demonstra que as decisões tomadas de acordo com as indicações do sujeito podem *operar*, enquanto soluções *ideais* não permitem avançar. A construção de um projeto de trabalho, a modificação da medicação e o pedido de cessação de periculosidade proporcionaram uma mudança na posição do sujeito: passou de total alienação no *outro* para uma posição em que pôde participar, falando dos seus interesses. Cláudia Neves argumenta que, quando as decisões são tomadas a partir das coordenadas do caso concreto, permitem que a imobilização diante da repetição se rompa e surjam mudanças. A paciente, segundo o relato, passou a apresentar maior cuidado com o corpo e experimentar um encontro com os outros mais regulado do que antes.²²³

Pensamos que o mais importante neste caso é a demonstração de que existe possibilidade de resgatar a pessoa que está aparentemente cronificada diante das instituições de controle. O reconhecimento da dimensão subjetiva de Anita permitiu que o tratamento

²²³ NEVES, Cláudia Mary Costa e. *A decisão judicial enquanto ato e a construção do caso clínico no acompanhamento do louco infrator*, Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. p. 57-58.

fosse reorientado. Ao invés de estigmatizá-la pela atitude “animalizada” de vagar pelas ruas, o Programa possibilitou que expressasse seus sentimentos, sua indignação com o tempo prolongado do processo judicial, com a medicação prescrita, com o tratamento ao qual não aderiria, enfim, todo o sofrimento emocional inerente à sua condição. As expressões da loucura de Anita mostraram que, apesar do seu modo de vida diferente, ela não deveria ser tida como uma pessoa perigosa.

Outro estudo clínico relatado na mencionada pesquisa é o *Caso William*. William foi chamado a depor na delegacia porque haviam encontrado objetos roubados em sua casa. Explicou que os objetos haviam sido roubados por um primo e, em seguida, concluiu que havia uma conspiração dos policiais para matá-lo. Ao chegar em casa, avistou sua vizinha e pensou que ela também conspirava para matá-lo, ordenada pela polícia. Arrombou a porta e, ao ouvir que aquilo “não tinha graça”, desferiu golpes de facas, matando a senhora.

Preso em flagrante, William foi conduzido à cidade vizinha por estar correndo risco de linchamento. A equipe do PAI-PJ foi chamada para avaliar o caso. A delegada relatou que ele havia sido isolado dos demais presos por ter o hábito de se masturbar compulsivamente e de defecar no piso da cela. No isolamento, cobria todas as frestas de luz, comia pedaços de colchão e criava um rato que passeava pelo seu corpo.

William negava-se a qualquer aproximação com o PAI-PJ. A equipe, então, indicou sua “internação provisória”. Após um ano e meio, o exame de sanidade mental concluiu pela inimputabilidade e William recebeu medida de internação. Os atendimentos seguiram-se no hospital até que a equipe entendeu que podia solicitar sua desinternação.

O paciente retornou várias vezes ao PAI-PJ, falando da sua perplexidade diante do crime cometido. Demonstrava arrependimento e sofrimento por ter matado a vizinha. Submetido à nova perícia de cessação de periculosidade, afirmou que “abandonaria o tratamento caso a medida de segurança acabasse”. Sua preocupação era “não ter mais segurança”. O relatório do PAI-PJ indicou a manutenção da medida em caráter ambulatorial, orientado pela indicação do próprio paciente.

O *Caso William* demonstra a possibilidade de os novos modelos de atenção, orientados pelas diretrizes da Reforma Psiquiátrica, alcançarem os “mais perigosos” loucos-infratores. Mostra como é possível oferecer-lhes uma atenção que, marcada por uma perspectiva integral, rompe com a unicidade do discurso manicomial.

A proposta de uma abordagem multidisciplinar transcende o aspecto assistencial do Programa. O compartilhamento de saberes possibilita a dissolução da relação de poder

médico-paciente, juiz-delinquente, atingindo a coluna dorsal da formulação asilar. O doente mental, submetido unicamente ao saber do psiquiatra forense, só pode ter com ele uma relação de objeto de diagnóstico, de escalonamentos psicopáticos, de imagens cerebrais. Não é exatamente uma *pessoa* que apresentam ao juízo criminal, mas um diagnóstico e um prognóstico.

Ao promover uma escuta qualificada do paciente, o atendimento multidisciplinar permite que a sua subjetividade reapareça. Revela um conjunto de significações que tradicionalmente são descartadas para fora do diagnóstico, para fora dos autos do processo e para longe da percepção do magistrado e da sociedade. O *Caso José* é emblemático dessa síntese abstrata que o discurso jurídico opera. Em outro espaço e tempo de escuta, José pôde revelar uma verdade que não havia sido alcançada pela objetividade científica que o reduziu à condição de surdo-mudo, de deficiente mental e de inimputável.

As experiências do PAI-PJ e do PAILI colocam-se direta e indiretamente como protagonistas de uma nova sensibilidade, não somente aos discursos jurídicos e médicos, mas diante da consciência social. Ao promoverem assistência preferencialmente em meio aberto, fazem com que a realidade dos pacientes judiciários torne-se visível. A aproximação cotidiana com seus rostos, com suas histórias, é o principal agente de mudança.

Não obstante a inquestionável relevância desses Programas pelo reconhecimento humano dos pacientes judiciários, entendemos importante fazer algumas observações. O *Caso William* suscita uma questão complexa a respeito da internação.

Mencionamos na seção anterior que o movimento de reforma psiquiátrica não desconsidera o recurso da internação. Em casos graves que comprometem a própria integridade do paciente, a internação é um recurso auxiliar necessário. A questão coloca-se na caracterização do HCTP como um espaço manicomial. Não bastam intervenções pontuais e individualizadas para descaracterizá-lo como uma instituição asilar. Seria necessário que essa intervenção fosse permanente, que o modelo geral fosse multidisciplinar e voltado para a reinserção social do paciente. Ademais, sendo um ambiente carregado pela disciplina do cárcere, o HCTP eleva à máxima potência os processos de institucionalização. Como lembra Pedro Gabriel Delgado:

[...] são muitas vezes pessoas extremamente frágeis e vulneráveis no ambiente extra-asilar. Mas, cuja ‘carreira de indisciplina’, bem absorvida em instituições estritamente disciplinares como o Manicômio Judiciário (Cf. Pereira), freqüentemente serve aos projetos de fortalecimento preventivo do dispositivo psiquiátrico, para que ele não seja derrubado. O Manicômio Judiciário acaba funcionando como um quarto-forte que não temos, e

aparece, no debate técnico de tais casos extremos, como a demissão do mandato terapêutico, [...].²²⁴

A intervenção do Programa é necessária e importante para assegurar aos pacientes individualmente uma atenção diferenciada. Enquanto existir manicômio judiciário, a intermediação desses profissionais é imprescindível, inclusive porque adquirem condição de opinar pela desinternação em período mais breve. No entanto, pensamos que não existe legitimidade suficiente para uma *recomendação de medida de segurança de internação*, principalmente em caráter provisório (antes do trânsito em julgado de sentença penal). A internação, quando necessária, deve ser feita de modo a garantir ao paciente os direitos previstos na Lei de Reforma Psiquiátrica – direitos que os protegem justamente de práticas institucionais com características asilares (Lei nº 10.216/01, art. 4º).

Outra noção que perpassa as construções teóricas dessas experiências diz respeito a uma espécie de “favorecimento terapêutico” que o paciente experimentaria ao ser envolvido em um processo criminal. O encontro com a Justiça representaria um limite, um dado de realidade. Maria Elisa Campos desenvolveu a ideia:

Não é possível pensar que, na justiça, o seu representante, o juiz, também encarna, de certa forma, uma vertente do supereu? Essa vertente paradoxal do pai e da lei, a vertente do real do pai, também pode dar um tratamento e trazer efeitos de moderação ao supereu. Nessa outra vertente da lei, encontramos também um imperativo, que, diferentemente daquele “Goza!” do supereu, pode servir de barreira ao gozo.²²⁵

Essa interpretação remete a um aspecto que observamos nas relações do PAI-PJ com o instituto da medida de segurança. Parece-nos que não há uma reflexão abertamente colocada sobre a *legitimidade* do controle penal exercido sobre o paciente infrator. As atenções concentram-se na *desospitalização* e não alcançam integralmente a *desinstitucionalização* dos segurados. Não é somente o manicômio que institucionaliza o paciente, mas a vigilância permanente e extremada do controle penal que o acompanha, inclusive, na assistência extra-hospitalar. Medida de segurança significa a adoção de uma filosofia antropológica que suprime a condição de liberdade humana *ab initio*. Qualquer que seja a modalidade, projeta o segurado para o campo das irresponsabilidades, incapacidades, degenerações e violências.

²²⁴ DELGADO, Pedro Gabriel G. *As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil*, 1992. p. 112-113.

²²⁵ CAMPOS, Maria Elisa Fonseca Goduardo. *Crimes do supereu: da insensatez da lei às suas ficções*. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

Diferentemente de Maria Elisa Campos, entendemos que a Justiça, mormente em sua versão mais cogente e dramática que é o direito penal, não pode servir como “auxiliar terapêutico”. A vivência da realidade, o encontro com as normas e valores sociais e com o senso de responsabilidade fazem parte de um verdadeiro processo de desinstitucionalização. Porém, mesmo que as instâncias judiciais possam provocar o “efeito colateral” de trazer um sentido de realidade ao paciente, não deixam de ser as maiores responsáveis pela sua objetivação, cronificação e estigmatização.

O Sistema Penal é também responsável pela criminalização do paciente mental. Dirige sua ação seletiva para os mais frágeis na escala social e para os mais vulneráveis à interiorização de papéis criminosos. Dentre esses, o portador de transtorno mental adquire uma condição ainda maior de vulnerabilidade. Diante dessa construção, não acreditamos que o crime e o processo penal sejam “dados de realidade”, mas categorias formalizadas que se projetam sobre o louco-infrator com um sentido utilitário. Medida de segurança não é assistência, é defesa social.

Mesmo na medida de tratamento ambulatorial, o paciente está preso à ideologia penal e ameaçado constantemente com medida detentiva. Ao menor entendimento pela periculosidade, o magistrado está autorizado a determinar a regressão para a internação. Com isso, opera uma racionalidade que está na essência do controle penal da loucura: uma *equiparação com a menoridade*. Os loucos - irresponsáveis como as crianças - precisam sempre desse “pai-juiz” a ameaçar-lhes de castigo. Foucault lembra que esta é uma das figuras da loucura que esteve envolvida nos meandros do alienismo:

Há muito tempo já que o direito considerava os alienados como menores de idade, mas tratava-se aí de uma situação jurídica, abstratamente definida pela interdição e pela curatela. Não era um modo concreto de relações de homem a homem. O estado de minoridade se transforma, em Tuke, num estilo de existência para os loucos e, para os guardiães, num modo de soberania.²²⁶

Na experiência concreta, o programa de assistência que chega ao paciente por meio da medida de segurança pode atingir resultados exitosos e, ao final, libertá-lo da condição de segurado. Mas não autoriza supor que o paciente tenha que passar pela condição de segurado para chegar a um bom resultado terapêutico. Do contrário, estar-se ia abraçando novamente o enunciado alienista que supunha que somente por meio da contensão chegar-se-ia à libertação da loucura.

²²⁶ FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. 1999. p. 483.

Se, de qualquer forma for preciso um núcleo de autoridade judicial para disciplinar os pacientes infratores, se for preciso um “pai”, que seja um “pai civil”, e não aquele com as insígnias do cárcere.

Verificamos, nas primeiras seções deste trabalho, que a Justiça Cível complementou-se, desde o início, com a psiquiatria alienista para estabelecer um regime tutelar aos loucos, suprimindo-lhes a capacidade civil e impondo-lhes a internação asilar. O processo de interdição do paciente mental foi, por séculos, o principal instrumento de efetivação do modelo manicomial. Garantiu à internação a aparência de justificação, atuando com determinada interpretação utilitária dos direitos individuais de liberdade e de igualdade. Ademais, favoreceu um processo contínuo e recíproco de legitimação com os discursos da psiquiatria, permitindo que o núcleo asilar da síntese alienista se expandisse para alcançar também as formulações da psiquiatria biológica.

Sabemos que o direito civil - antes mesmo que o discurso penal pudesse interferir diretamente no universo da loucura no final do século XIX - foi o maior coadjuvante do processo de exclusão social dos portadores de transtorno mental e das formas de controle jurídico da loucura.

No entanto, foi justamente no âmbito do direito e do processo civil que, nas últimas décadas, o modelo antimanicomial alcançou seus maiores êxitos práticos. No Brasil, a Lei de Reforma Psiquiátrica veda expressamente a internação em instituições com características asilares. Observamos um consenso em relação às internações compulsórias determinadas pela Justiça Cível, mas grandes controvérsias a respeito das internações impostas pela Justiça Criminal. Além disso, os direitos próprios estabelecidos aos portadores de transtorno mental que só alcançam as pessoas submetidas à medida de segurança por meio de esforços interpretativos. Assim, neste momento, é a instância cível que conta com instrumentos normativos capazes de garantir um tratamento antimanicomial e desinstitucionalizante aos portadores de sofrimento psíquico, infratores ou não.

No plano ideal, entendemos que o paciente mental não deve ser objeto de controle penal ou civil, mas entregue à administração dos programas de Saúde Mental e à responsabilidade difusa de toda a sociedade. Reconhecemos, porém, que os estigmas seculares da loucura ainda são muito fortes na sociedade brasileira. A maior intolerância aos loucos vem sendo construída há séculos pelo discurso social, principalmente quando se trata da loucura criminalizada. Diante dessa realidade, acreditamos que os estigmas reproduzidos no âmbito do controle civil são menos prejudiciais ao portador de sofrimento mental do que aqueles que se relacionam com o cárcere, com o crime e com as figuras da periculosidade e

da perversão. De toda forma, pensamos que seja um avanço significativo livrá-los da ameaça constante da prisão, do manicômio judiciário.

Uma reforma psiquiátrica plena precisa enfrentar essas questões, e avançar. Assim como chegou ao entendimento de que não havia concessões a fazer ao modelo asilar, pensamos que não há concessões a fazer ao manicômio judiciário em razão da sua interseção com o sistema penal. Mais ainda, não há concessões a fazer ao próprio instituto da medida de segurança. É por meio dele e por causa dele que sobrevivem entre nós os núcleos mais combatidos pela reforma psiquiátrica. Implica em uma apropriação autoritária e moralista do paciente, mistificada pelo discurso médico e jurídico como uma necessidade natural.

Como menciona Alessandro Baratta, há dois tipos de racionalidade que concorrem em projetos de reforma penal:

A razão tecnológica não consegue atuar senão sobre aquelas contradições do sistema que parecem suscetíveis de serem resolvidas no interior do sistema mesmo, levando a ideologia penal aos níveis mais avançados e humanitários e tentando melhorar e integrar as ferramentas da política criminal atual.

A razão crítica descobre a racionalidade funcional das contradições do sistema, mas não as considera como se fossem suscetíveis de serem resolvidas no interior do sistema, através de aperfeiçoamentos ideológicos e melhoramentos técnicos.²²⁷

Acreditamos que o instituto da medida de segurança deve ser avaliado por uma *razão crítica*. As novas experiências de atenção aos segurados são importantes enquanto lhes garantem uma condição humana de assistência e meios efetivos de integração social. São extremamente relevantes como agentes de uma nova sensibilidade social. No entanto, o maior gesto humanitário que se pode oferecer ao louco-infrator é libertá-lo do jugo de uma criminologia superada. Dentro ou fora do manicômio judiciário, não há modelo de assistência que possa verdadeiramente libertá-lo enquanto estiver submetido ao controle penal, isto é, à medida de segurança e a internações compulsórias ditadas pela racionalidade que informa o direito penal.

²²⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002. p. 214.

4 O NOVO INSTITUTO DA MEDIDA CAUTELAR PESSOAL DIFERENTE DA PRISÃO E O REVIGORAMENTO DA PERICULOSIDADE

4.1 As Medidas Cautelares e o Aumento da Rede de Controle Penal

O regime da prisão preventiva no Brasil há muito demandava reforma por parte do legislador. A realidade que se vem observando no nosso país por vários anos é o recurso abusivo a este instrumento processual. Pesquisas realizadas sob a coordenação do professor Elías Carranza - diretor do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD) - mostram que no Brasil há um grande número de pessoas presas sem condenação. Entre os anos de 1999 e 2008 os números absolutos elevaram-se de 70.681 (setenta mil seiscentos e oitenta e um) para 195.279 (cento e noventa e cinco mil duzentos e setenta e nove). Em termos percentuais, correspondem a uma elevação de 36% para 44% do total geral de pessoas presas. Segundo relatório de pesquisa, a realidade pode ser ainda pior, tendo em vista que não se contabilizaram as pessoas que permanecem em delegacias, nem as que já têm condenação de primeira instância e aguardam julgamento de apelação. Constatou-se que no universo da América Latina, a Argentina e o Brasil foram os países que mais aceleradamente elevaram suas porcentagens de presos sem condenação.²²⁸

A ampla utilização de prisões processuais contribui também para o agravamento do problema crônico de superpopulação carcerária. De acordo com dados da mesma pesquisa, já em 2006 o índice de densidade *preso por vaga* era 173, portanto, muito superior ao razoável. Carranza observa que a superpopulação não é um mal por si só; incide negativamente sobre todas as funções essenciais do sistema penitenciário. Ressalta que ela já foi definida como um tratamento cruel, inumano e degradante por vários tribunais e organismos internacionais.²²⁹

De acordo com Carranza, em um movimento de reação ao excesso de prisionalização no contexto da América Latina, por volta dos anos sessenta a doutrina penal voltou-se para o estudo e a promoção de alternativas à justiça penal e às prisões, tanto preventivas, quanto prisões-pena. As Nações Unidas produziram instrumentos e declarações

²²⁸ CARRANZA, Elías. Prisão e justiça penal: o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas e uma política integral de segurança dos habitantes em relação ao delito. In: CARRANZA, E. (Org.), *Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo e direitos e obrigações das Nações Unidas*, 2ª parte, 2010. p. 66-68.

²²⁹ CARRANZA, Elías. Op. cit., p. 54-55.

que promoviam a redução do uso da prisão e da justiça penal. Essas diretrizes incorporaram-se às legislações de muitos países que adotaram, dentre outros mecanismos, novas formas de sanção penal não privativa de liberdade. Elas vêm também se incorporando ao espírito do legislador nacional, a exemplo das alterações trazidas ao Código Penal pela Lei nº 9.714, de 1998, que ampliou o rol de penas restritivas de direito, aumentando também a possibilidade de substituírem-se às penas privativas de liberdade.

Esse arejamento, por certo, deveria alcançar também o regime da prisão preventiva. O manejo indiscriminado deste instrumento contraria os direitos humanos dos cidadãos e o conjunto de dispositivos que Carranza denominou de Modelo Penitenciário de Direitos e Obrigações das Nações Unidas ²³⁰, que inclusive adquire força normativa no Brasil. Zaffaroni assinala que os direitos humanos são “[...] *um programa de longo alcance de transformação da humanidade*. [...] Sua positivação em instrumentos normativos internacionais serve para demonstrar que o mundo está ‘ao contrário’.” ²³¹ (grifo do autor) Neste particular, pensamos que está ao contrário, pois o recurso abusivo ao cárcere coloca-se na contramão dessa programação.

As cadeias são “máquinas de deterioração” da pessoa, no dizer de Zaffaroni, gerando condicionamentos criminalizantes por sua própria característica de instituição total.²³² Referindo-se às prisões processuais, Aury Lopes Jr. enfatiza que há uma violência real e concreta “[...] de aplicar-se uma pena antecipada, sem processo e sem sentença, a ser cumprida numa delegacia de polícia ou estabelecimento carcerário, em condições subumanas, de superlotação e com seriíssimos riscos de vida.” ²³³ Sendo assim, pensamos que toda política legislativa voltada para a limitação da carcerização tende a trazer o Sistema Penal para a trilha desse longo processo de realização universal de direitos humanos.

Com o intuito de reposicionar a prisão processual, promulgou-se em 4 de maio de 2011, a Lei nº 12.403, que altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à liberdade provisória, à prisão processual, à fiança, e cria novas medidas cautelares. Traçando-se um paralelo com aquelas alterações havidas no direito penal material, podemos dizer que a intenção do legislador é também oferecer alternativas à prisão preventiva. A grande novidade está, portanto, na introdução das medidas cautelares – nove ao todo –

²³⁰ CARRANZA, Elías. Prisão e justiça penal: o modelo de direitos e obrigações das nações unidas e uma política integral de segurança dos habitantes em relação ao delito. In: CARRANZA, E. (Org.), *Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo e direitos e obrigações das Nações Unidas*, 2ª parte, 2010. p. 50

²³¹ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, 2001. p. 149.

²³² ZAFFARONI, E. R. *Op. cit.*, p. 135.

²³³ AURY LOPES Jr. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, 2005. p. 194.

consideradas medidas restritivas de direito menos gravosas que a prisão. Elas funcionam em sede de custódia preventiva, de forma semelhante ao período de prova, dando margem à decretação de prisão em caso de descumprimento de qualquer obrigação. A nova lei prevê critérios objetivos e subjetivos de necessidade e de adequação para a aplicação das medidas cautelares, também em uma espécie de paralelo com o princípio da individualização da pena.

A despeito da real necessidade de limitar a aplicação de prisões processuais, a instituição das medidas cautelares não parece trazer soluções reais ao problema. Resultam na ampliação do rol de restrições à liberdade dos cidadãos. Autorizam a expansão do Sistema Penal para alcançar antecipadamente situações que, antes, colocavam-se fora de sua projeção.

Chama a atenção que para muitos operadores do direito a reforma legislativa justifica-se, não como uma alternativa necessária à carcerização, mas porque disponibiliza instrumentos restritivos que antes não existiam. Argumentam que ao magistrado apresentava-se uma “mediocre dicotomia”: era a prisão ou nada. Em um sentido mais denso, a nova sistemática estaria legitimada pela necessidade de se garantirem meios para tornar efetivas as decisões judiciais, a exemplo da antecipação de tutela no âmbito cível. Argumentam, ainda, que as novas medidas não deveriam causar estranheza, uma vez que o estatuto processual penal já operava com medidas cautelares reais – busca e apreensão, arresto e sequestro - a fim de assegurar bens à reparação do dano ou à satisfação de obrigações dos condenados.²³⁴

Acima de todos os argumentos, devemos dizer que a introdução do novo instituto da medida cautelar não significa necessariamente que o uso da prisão preventiva irá recuar. Fenômeno semelhante foi observado quando se ampliou o âmbito de aplicação de penas restritivas de direito. Segundo Carranza, as pesquisas criminológicas apontam um resultado paradoxal: ao invés de as penas não privativas de liberdade reduzirem o uso da prisão, elas geram a *ampliação da rede de controle penal*. As pessoas que já estão presas permanecem; e as que antes não recebiam prisão ou qualquer outra sanção penal, passam a receber esse novo tipo de sanção.

Os juízes ao terem também à sua disposição a aplicação desse outro tipo de resposta, optam agora por sanções ‘alternativas’, com as quais não se reduz o número de pessoas presas, pelo contrário, captura-se, sob diversas formas de controle penal, um maior número de pessoas.²³⁵

²³⁴ BOTTINI, Pierpaolo C. Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. *Migalhas, Informativo Jurídico*, julho de 2011.

²³⁵ CARRANZA, Elías. Elías. Prisão e justiça penal: o modelo de direitos e obrigações das nações unidas e uma política integral de segurança dos habitantes em relação ao delito. In: CARRANZA, E. (Org.), *Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo e direitos e obrigações das Nações Unidas*, 2ª parte, 2010. p. 47.

Mutatis mutandis, é o que as novas medidas cautelares parecem sinalizar. O controle penal projeta-se sobre situações que deveriam, na verdade, ser tratadas no nível do controle social. Deveriam ser abrangidas por políticas públicas assistenciais e promocionais e por um amplo processo de educação civilizatória; não sob o jugo de um direito extremo, não sob ameaça de prisão.

Sabemos que no Brasil são muitas as situações conflitivas que se manifestam no espaço social. Compreendemos que a maioria desses conflitos resulta da própria estrutura político-econômica que impõe grande desigualdade de distribuição de renda, fazendo aparecer o fenômeno da *exclusão social*. Este incide negativamente no acesso aos bens essenciais à vida como a saúde, a educação, a qualidade do trabalho, o salário, entre tantos outros. Consequentemente eleva os níveis de conflito, de violência e de delito.²³⁶

Zaffaroni destaca que todas as sociedades têm uma estrutura de poder onde se vêem grupos dominantes e dominados, setores mais próximos dos centros de decisão e setores mais afastados. Esta estrutura *centralização-marginalização* é que controla, de forma pluridimensional, a conduta dos homens. Utiliza-se de mecanismos difusos que vão desde os meios de comunicação de massa até instituições como a família, a medicina, a educação, etc. Ao lado desses mecanismos difusos, há o sistema penal: o meio mais específico e explícito de controle. Isto significa, segundo o autor, que a solução punitiva é somente uma das possibilidades de resolução de conflitos dentre os quatro modelos ideais: o punitivo, o reparatório, o terapêutico e o conciliatório. Menciona que “a solução punitiva dos conflitos possui um inquestionável efeito negativo, que consiste na exclusão das outras soluções possíveis. Quando se opta pela punição institucionalizada, o conflito não poderá ser solucionado por nenhuma outra via.”²³⁷

Entendemos que em uma sociedade como a brasileira, onde o poder manifesta-se com uma estrutura de centralização e marginalização extrema, a ampliação do controle penal sobre os conflitos sociais é claramente uma opção ideológica. Opção que se apóia em um tipo de explicação da realidade social que toma o *fenômeno da criminalidade* como um dado objetivo e desvinculado do processo histórico-social ao qual pertence.

Uma filosofia antropológica que atribui caráter absoluto à liberdade de escolha moral: os comportamentos que se exteriorizam em delitos são sempre merecedores do juízo

²³⁶ CARRANZA, Elías. Prisão e justiça penal: o modelo de direitos e obrigações das nações unidas e uma política integral de segurança dos habitantes em relação ao delito. In: CARRANZA, E. (Org.), *Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo e direitos e obrigações das Nações Unidas*, 2ª parte, 2010. p. 96.

²³⁷ ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal: parte geral*, 2004. p. 59-60.

de reprovação do direito penal. Concepção que não reconhece o fato de que as pessoas desfavorecidas tornam-se mais vulneráveis ao processo seletivo do Sistema Penal em razão de condicionamentos sociais. Não se trata de buscar o argumento positivista do determinismo psicossocial, mas de contextualizar historicamente as escolhas humanas no sentido de reconhecer-lhes outros conteúdos além do aspecto moral.

As crenças ideológicas alcançam também as ciências. Elas têm lugar na doutrina penal e processual penal onde geralmente se afirma que o processo de seleção do Sistema Penal não se dirige a *peessoas*, mas apenas a *condutas*. Entendemos com Zaffaroni que é preciso reconhecer que ocorre na verdade “um processo de seleção das pessoas às quais se qualifica como ‘delinquentes’.” Na grande maioria dos casos, essas pessoas “pertencem aos setores sociais de menores recursos.”²³⁸

Acreditamos que é preciso estranhar, sim. Estranhar como o discurso jurídico-penal – e também a opinião pública - apressam-se em banalizar o incremento da intromissão do Sistema Penal na esfera de liberdade dos cidadãos. Estranhar a banalização do recurso a soluções punitivas dos conflitos, preterindo-se soluções conciliatórias, reparadoras ou verdadeiramente terapêuticas, em casos especiais. Embora tenham a prisão preventiva como seu contraponto justificante, as medidas cautelares materializam-se como meios de solução punitiva por adiantarem providências sob coerção máxima, ensejando o decreto de prisão.

Não nos parece compreensível, e também justo, que se atribua ao Sistema Penal soluções “menos gravosas” aos conflitos sociais diante da ausência do Estado nos processos primários de socialização; diante da insuficiência de políticas públicas voltadas para a inserção social das pessoas desfavorecidas; e diante da escassez de redes de assistência básica em alimentação, saúde, educação e segurança. Ademais, trata-se de projeção antecipadamente anormal do sistema punitivo. A lei permite a aplicação de medidas cautelares sem conclusões suficientes sobre a existência de conflito com os interesses penalmente protegidos. De forma geral, elas parecem traduzir simplesmente um processo de criminalização secundária que, na imensa maioria das vezes, alcança pessoas já socialmente vulnerabilizadas.

Pensamos que não há um parâmetro sério a autorizar o entendimento de que as restrições impostas por medida cautelar são menos gravosas do que a prisão preventiva. Algumas implicam diretamente a privação do direito de locomoção, se não da mesma forma, até pior do que o cárcere propriamente dito, a exemplo da monitoração eletrônica e da

²³⁸ ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal: parte geral*, 2004. p. 58.

internação provisória. Quanto às interdições menores, como o comparecimento periódico em juízo; a proibição de frequentar determinados lugares; proibição de contato com determinadas pessoas, entre outras, não deixam de representar a toda prova sérias limitações à liberdade individual. Na prática, podem configurar violação do sentimento de dignidade da pessoa humana, de difícil mensuração material, mas nem por isso banalizáveis em face da agressão moral objetivamente sofrida.

Estranhamos também o excesso de formalismo com que alguns atribuem às cautelares pessoais o mesmo sentido das cautelares reais, de cunho patrimonial. Sabemos que a nova sistemática atribuiu classificação cautelar ao instituto da fiança. No entanto, ela é a única medida de cunho patrimonial prevista pelo novo sistema. Sem adentrarmos mais do que o necessário nessa argumentação, não nos parece que patrimônio e liberdade tenham *a priori* equivalência valorativa, especialmente para o polo passivo, isto é, para a pessoa que deve suportar tais restrições. Essa equivalência de valor só pode ser compreendida diante de uma lógica criminalizante que se volta para a proteção do patrimônio de alguns ao preço da restrição de liberdade da maioria de marginalizados que não o possui.

Finalmente, estranhamos que muitos lancem mão do argumento da “crise do Poder Judiciário brasileiro”, exteriorizada pela morosidade das decisões, para justificar a atuação antecipada do Sistema Penal por meio de medidas cautelares pessoais. O imaginário da impunidade - que pressiona políticos à edição de leis recrudescedoras - é resultado da produção e reprodução de *ideologias do castigo* e de *estigmas criminalizadores*. Esse imaginário, contudo, não corresponde exatamente à realidade, visto que o sistema penitenciário brasileiro conta, hoje, com mais de quinhentos mil encarcerados.²³⁹ Como lembra Zaffaroni:

Esses temores [...] não chegam a justificar a atitude de fuga negadora, que não enfrentam a situação crítica e que, na emergência, deixa o discurso penal de garantias realmente indefeso, pois implica uma falta de resposta real diante do avanço repressivo provocado por uma cascata de leis punitivas com que os órgãos políticos respondem ao bombardeio dos meios de comunicação de massa e à crescente incapacidade para dar soluções reais aos conflitos sociais.²⁴⁰

Entendemos que a incorporação das medidas cautelares pessoais ao direito brasileiro veio como resposta, ou melhor, como falta de respostas reais ao problema social da expansão dos processos de criminalização nos setores marginalizados e à crise do Sistema Penal. Uma imposição de constrangimentos antecipados que, a nosso ver, incrementa a rede

²³⁹ Os números são declarados por Augusto Rossini, atual Diretor do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), Ministério da Justiça. Ver: ROSSINI, A. Alternativa penal não é impunidade. In: VII CONGRESSO NACIONAL DE ALTERNATIVAS PENAIAS, 2011, Campo Grande. Serviço de notícias eletrônicas...2011.

²⁴⁰ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, 2001. p. 82.

de controle penal de forma muito semelhante ao que o positivismo criminológico propunha por meio das medidas de segurança pré e pós-delituais.

Não poderíamos deixar de mencionar nesta seção, ainda que de forma rápida e geral, as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, previstas pela Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Sublinhamos que a despeito de representarem também uma expansão da rede de controle penal sobre conflitos sociais, a finalidade precípua da lei e a sistemática normativa emprestam-lhe um sentido diferenciado.

Em primeiro lugar, as medidas protetivas não são instrumentos de tutela do processo penal, mas verdadeiramente da vítima. Tanto é que não podem ser aplicadas de ofício pelo juiz, apenas por requerimento da própria ofendida. O magistrado também não pode aplicar novas medidas protetivas de ofício, depende sempre de provocação do Ministério Público ou da interessada. O que se permite ao juiz é substituir, de ofício, as medidas deferidas inicialmente por outras de maior eficácia (Lei 11.340/06, art. 18, *caput*, §§ 1º e 2º).

A finalidade da lei é disponibilizar um instrumento de prevenção de violência doméstica e familiar contra a mulher, impondo ao agressor determinadas restrições, sob pena de prisão preventiva. Por razões de política criminal, verdadeiramente necessárias, o legislador entendeu pela urgência de incrementar proteção a mulheres vítimas de violência de gênero.

Contudo, o aspecto preventivo da Lei Maria da Penha não se restringe a impor limitações à liberdade do agressor. Acertadamente, estabelece um amplo programa de assistência às vítimas. Inclui medidas de prevenção que envolvem os três níveis federativos e integram operacionalmente o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação (Lei 11.340/06, art. 8º, *caput*, I).

Essas previsões atendem a uma preocupação que vem ocupando espaços de discussão no âmbito da política criminal: a prevenção especial não deve ser dirigida somente ao sujeito ativo, mas também ao sujeito passivo, à vítima. O tema é de grande relevância, visto que tradicionalmente nosso direito penal negligencia as demandas da vítima, voltando-se prioritariamente para a sanção do autor. Zaffaroni observa que esta é uma tendência político-criminal perigosa. Em primeiro lugar, porque empresta ao direito penal uma finalidade puramente contensiva, controladora, favorecendo processos de marginalização e

estigmatização. Em segundo lugar, privilegia o desvalor do ato em detrimento do desvalor do resultado, fomentando ideologias moralizantes no discurso jurídico.²⁴¹

De toda forma, as medidas protetivas que obrigam o agressor tomam emprestado ao poder coercitivo do direito penal. Com isso, não se colocam fora dos processos de criminalização e estigmatização do Sistema Penal e de todas as consequências e injustiças sociais que derivam. Entretanto, reconhecemos que o instituto é regulamentado por uma sistemática que lhe desvia do caráter meramente punitivo. No conjunto normativo, que se apóia prioritariamente em políticas de promoção e assistência, as medidas protetivas colocam-se, em tese, como *ultima ratio* da prevenção especial. Ao contrário das medidas processuais cautelares, tendem a resgatar programaticamente à doutrina penal uma dimensão de realidade social que recupere as vítimas como as verdadeiras titulares dos direitos atingidos.

Sem adentrarmos o campo da vitimologia, por fugir demasiadamente ao tema central de nosso trabalho, não vemos essa finalidade ulterior nas medidas cautelares. Seu objetivo é outro e é claro: a garantia do processo, de forma imediata, e a aplicação da lei penal, de forma mediata, quando não simplesmente para evitar novas infrações. Não há nelas uma utilidade para a proteção ou reparação da vítima. Seu objeto é a pessoa suspeita de autoria. A restrição de liberdades imposta é, na prática, um fim em si mesmo, uma abstração diante de valores processuais e penais. A pessoa que foi eventualmente ofendida “ainda não existe” na ocasião de sua aplicação. Verificamos que mesmo a medida cautelar de *proibição de contato com pessoa determinada* foge a essa preocupação. O legislador revela que sua imposição se dá em função de circunstâncias relacionadas ao *fato* – não à vítima (CPP, art. 319, III).

As medidas cautelares, diferentemente das protetivas, não estão inseridas em uma programação social que lhes seja maior. Sua significação jurídica, e também simbólica, restringe-as ao papel de guardiãs da pretensão punitiva e executória do Estado. Provocam a expansão da rede de controle penal sobre conflitos sociais sem oferecer-lhes outras oportunidades reais de composição.

4.2 A Periculosidade como Fundamento das Medidas Cautelares

²⁴¹ ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal: parte geral*, 2004. p. 110.

Mencionamos acima uma espécie de paralelismo entre a tendência em oferecer alternativas à pena privativa de liberdade e a nova tendência em criar instrumentos cautelares que evitem a carcerização dos indiciados e acusados. No entanto, observamos que entre as *penas não privativas de liberdade* e as *medidas cautelares diferentes da prisão* não há tantas coincidências. Por princípio, os dois institutos diferenciam-se pela relação fundamental com a norma. As penas são afetas ao direito penal material, portanto, à finalidade precípua do Sistema Penal. As medidas cautelares são instrumentos processuais acessórios para garantir a consecução desse objetivo substancial. Ao nosso argumento interessa destacar que as penas restritivas de direito possuem caráter substitutivo, visto que só se aplicam depois de fixada concretamente a pena privativa de liberdade. Por sua vez, as medidas cautelares têm aplicação autônoma em relação ao decreto de prisão preventiva. Esta relativa autonomia impõe inúmeros questionamentos quanto a sua verdadeira natureza jurídica e pressupostos.

A nova sistemática da *liberdade provisória* vem ao mundo perdendo a oportunidade de modificar uma cultura e uma nomenclatura que perdura há mais de setenta anos no estatuto processual penal: a noção de que provisória não é a liberdade do cidadão, e sim a prisão.

Porém, diante das novas medidas cautelares parece que a liberdade tornou-se de fato um estado em suspensão; ela não é mais tão livre assim. A sistemática legislativa conferiu ao instituto uma aplicação autônoma, isto é, não está condicionada a existência de prisão anterior, seja em flagrante, seja preventiva. O critério é somente a presença ou ausência, no caso concreto, daqueles conteúdos de necessidade e adequação previstos na lei. (CPP, art. 282, I, II) Elas podem ser aplicadas inclusive durante a investigação criminal e independentemente de haver prisão em flagrante. Neste caso, a decisão judicial deverá ser provocada por representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Diante de comunicação de flagrante, o magistrado pode aplicá-las também de ofício. Por certo, no curso de ação penal poderá aplicá-las de ofício a qualquer tempo ou a requerimento das partes (CPP, art. 282, §2º).

Verificamos que o legislador não quis cercar as medidas cautelares do mesmo nível de certezas que se exigem à prisão preventiva. Disso decorre que elas podem ser impostas em momento de extrema fragilidade diante dos limites do sistema punitivo.

O Código de Processo Penal estabelece os fundamentos ou finalidades das medidas cautelares: necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais nos casos expressamente previstos. Estabelece também critérios objetivos e subjetivos para sua aplicação: adequação à

gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, I e II).

Ao lado dessas normas gerais, a lei prevê ainda um pressuposto único à medida cautelar: cominação de pena privativa de liberdade à infração de referência (CPP, art. 283, §1º). O legislador renunciou à presença daquelas situações autorizativas da prisão preventiva contidas no artigo 313 do CPP como: a exigência de que se trate de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; de haver condenação por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, entre outras.

Do conjunto normativo, verificamos que o legislador não expressa a condição de *prova da infração e indícios suficientes* de autoria para a aplicação de medida cautelar. A exigência destes pressupostos às cautelares só poderia derivar de um esforço justo de interpretação.

Esses pressupostos poderiam emergir, por exemplo, quando a lei estabelece o critério de adequação à gravidade do *crime*; quando exige cominação de pena privativa de liberdade à *infração*; quando menciona em algumas espécies de medida cautelar a finalidade de evitar *novas infrações* ou quando se refere às circunstâncias do *crime* (CPP, art. 282, *caput*; art. 283, §1º; art. 319). Não obstante, em todos esses casos a menção ao crime ou infração se faz de maneira abstrata e hipotética; não se explicita qualquer necessidade de comprovação.

Outra possibilidade de alcançar a mencionada interpretação seria diante de momentos distintos da persecução criminal. Se a medida cautelar for aplicada no curso de investigação criminal, sem prisão em flagrante, não há ainda conclusões mínimas sobre indícios de autoria e existência da infração. Se for aplicada durante a investigação, após prisão em flagrante, já há possibilidade de alguma comprovação nos casos em que houver exame de corpo de delito. Se no curso de ação penal, após o recebimento da denúncia ou queixa, pode-se falar em um grau de certeza um pouco maior. O simples fato de haver ação penal em curso sinaliza que esses balizamentos, em princípio, estão presentes. Ainda assim, a lei não exige que haja comprovação, inclusive porque as medidas podem ser aplicadas em momento muito incipiente da fase de instrução processual.

Há também quem entenda, por analogia, que se deve aplicar às cautelares ao menos o mesmo parâmetro que se impõe à prisão temporária, isto é, um mínimo de provas da existência do crime e de sua autoria, em grau diminuído.²⁴²

Esses todos são, sem dúvida, esforços integrativos para contornar as consequências gravíssimas que apontam no horizonte da aplicação das medidas cautelares. Observamos que em menos de um ano de sua vigência o instituto demanda empenho por parte dos operadores do direito para não se transformar em um verdadeiro atentado à segurança jurídica. Pensamos que esse esforço tem se mostrado necessário porque não foi de fato a vontade do legislador que as medidas cautelares só se aplicassem diante das condições que autorizam a prisão preventiva ou temporária. O entendimento decorre da ausência de qualquer previsão legal expressa.

Pensamos que o sentido geral da inovação não se restringiu aos objetivos de descarcerização. Veio também para abrandar clamores sociais que apontam um aumento da criminalidade e da violência. Veio para satisfazer a acusação de ineficiência da Justiça Penal em oferecer respostas a contento e em tempo hábil às vítimas e à sociedade. Principalmente, veio para “provar que não há impunidade”. Não há sentidos ocultos; o que se quis verdadeiramente foi aumentar a rede de controle penal.

Para chegar ao resultado almejado, o controle penal deveria alcançar as pessoas - indiciadas ou acusadas - em momento anterior às conclusões que se exigem às prisões processuais. Deveria ser capaz de alcançar situações que antes eram deixadas ao âmbito das soluções particulares de conflitos ou à esfera administrativa. Portanto, o Sistema Penal precisava atuar além dos juízos morais da responsabilidade e dos limites rígidos da teoria penal e processual penal.

Sabemos que o novo instituto da media cautelar não possui natureza penal material como as penas. Do ponto de vista formal, são instrumentos de tutela do processo. Mas ainda que seja essa a sua finalidade, as cautelares pessoais prescindem de comprovação de delito e autoria, que sempre foram requisitos essenciais aos instrumentos típicos da tutela processual, isto é, das prisões cautelares.

Referindo-se aos requisitos da prisão preventiva, Aury Lopes Jr. afirma que a probabilidade de infração demanda uma “fumaça densa”, demanda verossimilhança de todos

²⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as novidades trazidas pela lei 12.403/2001. *Carta Forense*, julho de 2011.

os requisitos positivos do delito, ou seja, se a conduta é típica, ilícita e culpável.²⁴³ Para o decreto de prisão preventiva, o magistrado não pode furtar-se ao exame dos contornos da infração penal ditados pelo direito material. Em outras palavras, não pode eximir-se da avaliação sobre a reprovabilidade da conduta.

A aplicação das medidas cautelares coloca-se fora dessa avaliação característica do sistema punitivo. Posto à prova, o fôlego argumentativo da doutrina da culpabilidade não seria capaz de derivar culpa e reprovação de uma infração penal cuja existência sequer configura-se como uma probabilidade comprovada. Não seria capaz de justificar o controle penal antecipado, visto faltar-lhe uma materialização jurídica mínima, ou seja, o *fumus boni iuris*.

A doutrina processual tradicional aponta como requisitos de toda medida cautelar o *periculum in mora* e o *fumus boni iures*. O primeiro refere-se à demora do curso processual, que pode fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia não tenha mais eficácia quando for efetivamente oferecida; caracteriza-se pela urgência e necessidade. O segundo requisito diz respeito à existência de uma fumaça de bom direito, isto é, que haja probabilidade de que a sentença seja favorável a quem requer a medida cautelar. No campo do processo penal, o *fumus* se traduz no binômio prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Segundo posição mais moderna trazida por Aury Lopes Jr., esses conceitos são impróprios porque aplicam de forma literal a doutrina processual civil ao processo penal. Para o autor, é preciso respeitar-se as categorias jurídicas próprias do âmbito processual penal. Assim, aqueles requisitos tradicionais se converteriam respectivamente em *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*.

O *periculum libertatis* não ocorre em virtude do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Ele decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto pelo CPP como risco para a ordem pública, econômica, para assegurar a aplicação da lei penal ou instrução criminal. Surge da situação de perigo criada pela conduta do imputado como, por exemplo, fuga, ausência, obstrução da prova, etc. Empregado no sentido do *periculum in mora* do processo civil, não se justificaria “punir o acusado” pela demora do Estado em cumprir sua função na persecução penal.

Por sua vez, não haveria que se falar no processo penal em fumaça do bom direito. O bom direito poderia ser para condenar, absolver ou declarar extinta a punibilidade

²⁴³ AURY LOPES Jr. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, 2005. p. 192.

do acusado. O *fumus* não estaria relacionado com a existência do direito de acusação. A prisão preventiva tem natureza instrumental e somente por via de consequência garante também a eficácia da pretensão punitiva. Dessa forma, o *fumus commissi delicti* é a comprovação da probabilidade da ocorrência do delito, exigindo a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação.²⁴⁴

Paulo Rangel afirma que: “A prisão provisória ou cautelar não pode ser vista como reconhecimento antecipado de culpa, pois o juízo que se faz, ao decretá-la, é de *periculosidade* e não de culpabilidade.” (grifo nosso) Afirma também que “É como se o direito material discutido no processo de conhecimento fosse provável ao autor e o instrumento para se atingir este possível direito fosse exatamente a medida cautelar.”²⁴⁵

Ressaltamos que essas afirmações sobre o juízo de periculosidade se fazem em relação à prisão preventiva cuja regulamentação exige o exame de elementos configuradores do ilícito-típico e culpável. Sendo assim, temos maiores razões para acreditar que o fundamento ao qual o Sistema Penal recorre para aplicar medidas cautelares não pode ser a culpabilidade, mas sim a periculosidade do agente. Seja *fumus boni iures*, seja *fumus commissi delicti*, de qualquer maneira este requisito está afastado das cautelares, visto que prescindem daquele exame.

Do ponto de vista da coerência interna do sistema, o requisito que autoriza sua aplicação é o *periculum in libertatis*. Entendemos como Aury Lopes Jr. que não há que se cogitar em punir o indiciado ou acusado, impondo-lhe medidas cautelares, por eventual prejuízo ao Estado pela demora na prestação jurisdicional. O que há é uma atribuição de perigo ao estado de completa liberdade da pessoa suspeita, o que equivale a dizer que se atribui a ela uma periculosidade.

Justifica-se a imposição de restrições à liberdade do acusado porque se presume que sem elas estariam em risco a provável futura satisfação da pretensão punitiva, ou o curso normal das investigações e da instrução criminal; os três primeiros critérios de necessidade que a lei exige às cautelares. (CPP, art. 282, I, primeira parte) Diante desses conteúdos abstratos, concluímos que não se trata obrigatoriamente de perigo de reiteração criminosa. O *periculum in libertatis* pode alcançar qualquer ato e qualquer ilícito - criminal ou não - que ponha em risco aqueles valores processuais e penais. Colocado dessa maneira, o fundamento

²⁴⁴ AURY LOPES Jr. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, 2005. p. 191.

²⁴⁵ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, 2005. p. 604-605.

das cautelares aproxima-se muito da noção de periculosidade social do positivismo criminológico.

A lei processual estabelece ainda um outro critério de necessidade às cautelares: para evitar a prática de infrações penais nos casos expressamente previstos (CPP, art. 282, I, *in fine*). Neste ponto, não há interpretações, o fundamento da periculosidade está posto pela norma. Podemos falar que o *periculum in libertatis* converte-se em verdadeira periculosidade criminal.

A doutrina em geral não assume abertamente o critério da periculosidade no campo do sistema punitivo. Não obstante, a racionalidade subjacente ao sistema das medidas cautelares nos parece muito semelhante àquela idealizada pela criminologia etiológica para a aplicação das medidas de segurança.

Não havendo probabilidade comprovada de infração penal, as cautelares justificam-se a partir de um juízo próximo ao da periculosidade social - ainda que não chegue a haver uma coincidência total. Dispensando decisão conclusiva pela presença dos pressupostos da punibilidade, entra em sintonia com a ideologia da periculosidade de forma geral. Esta abstrai qualquer relação com os elementos da culpa, permitindo a imposição provisória de “tratamento” desde que necessário à defesa social e aos objetivos de prevenção especial.

A velha noção de periculosidade social era deduzida de um conjunto de sintomas de personalidade que alcançava qualquer situação de *predisposição* que autorizasse prever que um indivíduo causaria danos à sociedade. Demandava a imposição de medidas de segurança pré-delituais para que o comportamento indesejável de determinados tipos de autores não viesse a se converter em crime propriamente dito. Aníbal Bruno chega a falar na necessidade de uma *profilaxia criminal* dirigida ao homem ou às condições do ambiente propulsoras do crime.

A atividade precoce do Estado previne o choque entre as duas forças – homem e sociedade – e resguarda, com inteira eficácia, os valores jurídicos tutelados pela lei penal. Para isso, porém, é necessário surpreender o processo delituoso na sua fase de iminência criminal, deter o provável delinquente no limiar do ato criminoso. [...] Porque, então, ficar a lei à espera do delito? Com ele ou sem ele, desde que exista a periculosidade, a medida de defesa se impõe.²⁴⁶

De outro lado, destacando seu aspecto autoritário, Ferrari afirma que:

A periculosidade social constitui-se numa válvula de escape à restrição de liberdade dos cidadãos considerados socialmente inconvenientes ao Estado,

²⁴⁶ ANÍBAL BRUNO de O. F. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, 1977. p. 46-48.

presumindo ou dispensando a própria prática de uma precedente infração penal.²⁴⁷ (grifo nosso)

Enfatizamos anteriormente que a periculosidade social não foi recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico, pois não se admitiu a imposição de medidas de segurança a situações atípicas, isto é, pré-delituais. A reforma legislativa de 1984 excluiu finalmente as duas únicas previsões residuais do Código de 1940 (art. 76, parágrafo único).

Essa orientação não foi tão conclusiva como se imaginou. A disciplina da medida cautelar não chega ao limite extremo de dispensar a notícia de uma infração, a *notitia criminis*. Por outro lado, autoriza derivar providências restritivas de liberdade de uma infração não comprovada. A conclusão que advém é que – para esta finalidade antecipatória – a lei *processual* presume a existência de infração penal no sentido acima mencionado por Ferrari.

Destacamos que esta *presunção* difere daquela *probabilidade* de existência do delito como requisito autorizador da prisão preventiva. Como vimos, *presunção* e *probabilidade* são juízos antagônicos, pois aquele é uma premissa aceita *a priori*, enquanto este reclama a observação da frequência de certos elementos de realidade.²⁴⁸

Não seria correto afirmar que a medida cautelar trabalha com o mesmo juízo de periculosidade social formulado pelos positivistas. Para estes, o diagnóstico de perigo social não tem qualquer relação com o crime. Ao contrário, implica em uma projeção para o futuro, justificando a intervenção antecipada do Estado para que aquele fato não venha a se exteriorizar. As medidas cautelares, diferentemente, demandam que haja ao menos uma investigação criminal em curso.

Por sua vez, entendemos que as cautelares não refogem ao campo da periculosidade criminal, que tem como ponto de partida a prática de crime. A terapêutica da medida de segurança projeta-se para o passado com uma finalidade correicional ou neutralizadora; o seu objetivo é evitar a *reiteração* criminosa. Do ponto de vista da teoria da periculosidade, a aplicação provisória de medida de segurança estaria sempre justificada. Em tese, não haveria prejuízos ao segurado diante da antecipação de um controle preventivo-assistencial. A jurisdição correspondente não enfrentaria qualquer dificuldade para legitimar uma ação antecipada, ainda que não houvesse infração comprovada. A finalidade não é retribuição nem prevenção geral, mas defesa social. Demonstrada qualquer fragilidade neste

²⁴⁷ FERRARI, Eduardo Reali. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, 2001. p. 155.

²⁴⁸ Ver: seção 2.2.1

sentido por meio do diagnóstico de periculosidade, a ação do Estado estaria legitimada a qualquer tempo.

Entendemos que a sistematização das medidas cautelares não explicita, mas na verdade opera no campo da periculosidade. Uma periculosidade anômala que está entre a social e a criminal, vez que a infração não é nem totalmente dispensada nem minimamente comprovada, portanto, é presumida. A materialização jurídica da infração penal é alcançada através de uma presunção – não de uma probabilidade - que se projeta para o passado, autorizando as consequências cautelares decorrentes. Entre presunção e realidade não pode intermediar culpa, apenas perigo.

Há os casos em que a própria lei explicita o critério da periculosidade. O CPP inclui entre os critérios de aplicação de medida cautelar a necessidade para *evitar prática de infrações penais*. Diante deste fundamento, a norma exige previsão legal expressa. (art. 282, I, *in fine*)

Verificamos que somente três espécies de medida cautelar prevêm esse requisito: a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares – a lei fala em *evitar o risco de novas infrações penais*; a suspensão do exercício de função pública ou de atividades de natureza econômica – menciona *justo receio de prática de infrações penais*; e a internação provisória – explicita o requisito de *risco de reiteração*. (CPP, art. 319, II, VI e VII)

Poder-se-ia objetar que as duas primeiras medidas (incisos II e VI) aplicam-se somente aos imputáveis e que, portanto, não há juízo de periculosidade, simplesmente risco de novas infrações. Ocorre que não há motivo para que este prognóstico seja diferente aos imputáveis em razão do seu aspecto formal.

Lembramos que no Código de 1940, o juízo de periculosidade também se dirigia aos imputáveis. O atributo do *estado perigoso* alcançava qualquer pessoa que demonstrasse personalidade voltada para o crime. Somente com a reforma de 1984, que houve por bem proibir o *bis in inden*, é que se excluiu essa possibilidade. Na sistemática atual do Código Penal, o juízo de periculosidade está reservado aos inimputáveis e semi-imputáveis que, para fins de medidas de segurança, são os doentes mentais ou pessoas com desenvolvimento mental retardado.

Se isso é verdade no contexto da lei penal material, acreditamos que o não seja mais no processo penal. Entendemos que *a avaliação de risco de novas infrações* envolvida nas medidas previstas nos incisos II e VI do art. 319 é verdadeiramente um juízo de periculosidade criminal. O prognóstico é o mesmo feito aos inimputáveis, talvez pior, porque

não assumindo explicitamente a periculosidade, a avaliação de risco torna-se ainda mais indefinida.

Diferentemente da internação provisória, a norma, nestes casos, prescinde da avaliação pericial. Não se sabe ao certo quais elementos poderiam integrar essa *avaliação de risco* que justifica limitações à esfera de liberdade individual. Parece-nos que o magistrado está autorizado a deduzir o risco diante de elementos comunicados a ele ou trazidos aos autos do processo.

Pode ocorrer que esses elementos não sejam suficientes para formar uma avaliação de risco de novas infrações. A depender da fase em que as medidas sejam aplicadas, é possível que haja pouquíssimas indicações sobre a infração, sua gravidade, circunstâncias, condições pessoais do agente – que são justamente os requisitos de adequação exigidos a toda medida cautelar. (CPP, art. 282, II) Sendo dessa forma, concluímos que não se trata de *dedução* ou de juízo de *probabilidade*, mas de verdadeira *presunção de periculosidade*.

Diante daquelas duas cautelares (art. 319, II e VI) há uma superposição de presunções. Uma presunção sobre a materialidade jurídica de uma *primeira infração*. Outra que se relaciona com a periculosidade, que autoriza a presunção de *risco de nova infração*. A situação é ainda mais instável do que a presunção de periculosidade que se aplica os inimputáveis, pois esta exige sentença conclusiva e definitiva pela existência de ilícito-típico punível. De qualquer maneira, além de ser grande ofensa à liberdade individual, a presunção de periculosidade representa também contradição aguda com a própria teoria da periculosidade, que sempre reclama análise real sobre os indicadores de personalidade.

Em outro sentido, verificamos contradições entre sistemas e teorias quando a sistemática das cautelares aperta-se para caber também no juízo de reprovabilidade. Se o juízo de periculosidade, em tese, não se relaciona com nenhum sentido punitivo ulterior, as cautelares reclamam dele o contrário. O que se quer é justamente garantir, por meio da antecipação do controle penal, que a investigação ou a instrução transcorra sem riscos. O objetivo final é garantir a aplicação da lei penal, ou seja, a retribuição ao injusto e à culpabilidade. Dito em outras palavras, a sistemática da medida cautelar combina princípios da culpabilidade e da periculosidade, sempre em prejuízo da plena liberdade dos cidadãos.

À época dos grandes embates entre a doutrina penal clássica e os paradigmas positivistas afirmou-se uma dicotomia. De um lado, havia os partidários da segurança jurídica e da teoria da retribuição da pena, defendendo um direito penal de culpabilidade; de

outro, os partidários da defesa social e da teoria preventiva, propondo um direito penal de periculosidade. Zaffaroni apresenta uma boa argumentação para tentar dissolver essa dicotomia já “clássica”. Recupera aspectos teóricos de ambos os sistemas - especialmente a noção de prevenção especial recortada da teoria da periculosidade - para recompô-los diante do imperativo da segurança jurídica.

Em primeiro lugar, o autor esclarece que, sendo o direito penal caracterizado pela pena, é a partir da análise dos seus objetivos que se chega a uma concepção sobre todo o direito penal. O jurista afirma ser possível conciliar a necessidade do juízo de culpabilidade com um sentido de prevenção especial à pena, sem que com isso seja necessário recorrer ao juízo de periculosidade.

Todavia, afirma que o objetivo da pena não é a retribuição da culpabilidade e também que esta não é seu único limite. Zaffaroni entende que o objetivo maior do direito penal é sempre a satisfação do sentimento de segurança jurídica. Sendo assim, o limite da pena não pode ser nunca a periculosidade, ou seja, a necessidade de emenda ou neutralização. O seu limite deve ser sempre dado pelo juízo de culpabilidade, aliado a uma finalidade preventiva especial (ressocialização). De qualquer forma, referindo-se genericamente a qualquer privação de bens jurídicos imposta pelo sistema penal o jurista afirma que:

O sentimento de segurança jurídica não aceita que uma pessoa (isto é, um ser capaz de autodeterminar-se), seja privada de bens jurídicos, com finalidade puramente preventiva, numa medida imposta tão-somente pela sua inclinação pessoal ao delito, sem levar em conta a extensão do injusto cometido, e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar.²⁴⁹

Zaffaroni acrescenta:

Cabe esclarecer que, em geral, quando se pretende desvalorar uma conduta prescindindo do resultado ou, ao menos, minimizando o resultado, acentuando o desvalor “ético” da mesma, o que frequentemente se dissimula com o argumento do “perigo”, difusamente manipulado, o direito penal sai de seu território e se presta a ser um simples servo de grupos de poder.²⁵⁰

As medidas cautelares não são penas, mas certamente são sentidas dessa maneira pelo sujeito que deve suportá-las. Assim, toda a argumentação de Zaffaroni pode ser transportada a este campo. Sua aplicação não deveria prescindir de uma análise mais acurada do injusto e nem do juízo de culpabilidade. Não deveria lançar mão do critério da periculosidade. Se de sua definição teórica já se credita poucas certezas, esse juízo se torna

²⁴⁹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal: parte geral*, 2004. p. 114.

²⁵⁰ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Op. cit.* p. 97.

inaceitável quando é presumido, ou insipientemente deduzido – o que na prática resulta no mesmo.

Lembramos que é possível falar-se também em uma *culpabilidade de autor*, isto é, uma culpabilidade que deriva da conduta de vida. Dirige-se à reprovação da personalidade, reprova o que a pessoa é e não o que fez. Um delito qualquer seria mais reprovável se cometido por uma pessoa de maus hábitos ou dada a reações violentas, por exemplo. Zaffaroni afirma que a culpabilidade assim entendida não respeita o princípio da legalidade e da reserva legal, alcançando condutas anteriores à prática do delito que em si mesmas não são ilícitos penais, apenas maus hábitos reprovados pela crítica moral. A única culpabilidade que se aceita é a culpabilidade de ato, que corresponde a um direito penal de ato; uma culpabilidade que reprova o que o homem fez.²⁵¹

Pensamos que as medidas cautelares podem facilmente agregar um juízo de culpabilidade de autor, ainda que de forma inconsciente, ou conscientemente não admitida. Por exemplo, quando os requisitos de *necessidade* e de *adequação* orientarem-se por aspectos da vida pregressa do suspeito, seu relatório de “passagens pela polícia”, sua participação em outras ações judiciais, ou simplesmente por aspectos relacionados com seu temperamento e personalidade. Lembramos que todos os possíveis contatos anteriores com o Sistema Penal implicam em superposição de processos de criminalização que tendem a tornar o criminalizado cada vez mais vulnerável a ações seletivas sucessivas.

De todo modo, seja fundada no juízo de periculosidade ou de culpabilidade de autor, pesamos que a questão de fundo seja básica, simples e, talvez por isso, muitas vezes escape à reflexão. A rede de controle penal não deveria “pescar” pessoas suspeitas, impondo-lhes antecipadamente restrição de liberdades individuais sem que pese contra elas a comprovação mínima de um ilícito-típico e culpável. Do contrário, estaremos diante de um verdadeiro atentado aos direitos individuais dos cidadãos e ao sentimento de segurança jurídica.

Se não por todos os argumentos deduzidos, vemos uma semelhança material inacreditável, à luz do discurso penal do século XXI, entre as novas medidas cautelares diferentes da prisão e as antigas medidas de segurança previstas no Código Penal de 1940.

A medida de segurança de *liberdade vigiada* (CP/1940, art. 88, §2º, I, e art. 95) assemelha-se muito em conteúdo material às medidas cautelares de comparecimento

²⁵¹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 577-579.

periódico em juízo e de proibição de manter contato com pessoa determinada (CPP, art. 319, I e III).

A medida de segurança de *proibição de frequentar determinados lugares* (CP/1940, art. 88, §2º, II e art. 98) recebeu redação quase coincidente com a cautelar de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (CPP, art. 319, II).

O *exílio local* (CP/1940, art. 88, §2º, inciso III e art. 97) está muito próximo das cautelares de proibição de ausentar-se da Comarca e de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (CPP, art. 319, VI e V).

A *interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação* (CP/1940, art. 88, *caput* e art. 99) se parece com a medida cautelar de suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira (CPP, art. 319, VI).

A *aplicação provisória de medida de segurança* aos inimputáveis e aos ébrios habituais e toxicômanos (CP/1940, art. 80 *caput*) agora se apresenta sob a forma da medida cautelar de internação provisória (CPP, art. 319, VII).

O Código de Processo Penal prevê ainda a medida cautelar de monitoração eletrônica (art. 319, IX) que, por óbvio, constitui novidade em relação à legislação anterior. Mas, por aproximação de conteúdo, poderia ser enquadrada na medida de segurança de *liberdade vigiada* do Código de 1940.

Por fim, a nova disciplina da liberdade provisória alçou a fiança ao estatuto de medida cautelar pessoal (CPP, art. 319, VIII) que, como as demais, poderá ser imposta isolada ou cumulativamente com outras espécies, ou ser dispensada nos casos em que o acusado não puder pagar. Certamente este instituto típico da tutela processual não encontrará paralelo naquela lei penal de natureza material.

Parece-nos evidente que essa coincidência de conteúdos materiais, e também de fundamentos teóricos com as antigas medidas de segurança de 1940, fica sempre por conta da invariável utilidade assumida por ambas: a defesa social. Não sem graves prejuízos à segurança jurídica e, principalmente, ao andamento de uma verdadeira programação de respeito aos direitos humanos dos cidadãos que deve pautar todas as ações do Sistema Penal.

4.3 A Internação Provisória: Renascimento da Medida de Segurança Provisória

Entendemos que o instituto processual da medida cautelar, embora seja instrumento a serviço da pretensão punitiva do Estado, socorre-se direta e indiretamente aos fundamentos da teoria da periculosidade. Não obstante, mesmo diante dessa inequívoca aproximação, que permite a circulação de conteúdos essenciais entre doutrinas, o discurso punitivo raramente assume que está operando fora do campo da culpabilidade.

Os únicos que convergem unanimidade pelo pressuposto da periculosidade são os inimputáveis e semi-imputáveis, visto que, de forma residual, essa tem sido a forma de garantir que não se abstraiam completamente a ação do Sistema Penal.

No segundo capítulo do nosso trabalho, mencionamos que a abrangência das medidas de segurança reduziu-se substancialmente com a reforma de 1984. Dentre outros aspectos, excluiu-se a possibilidade de sua aplicação provisória. Pensamos que a razão principal dessa exclusão tenha sido o fato de não parecer lícito que as pessoas fossem submetidas a “tratamento” antecipado, imposto pelo juízo penal e fundamentado unicamente pelo prognóstico volátil da periculosidade.

Não obstante isso, o legislador nacional criou recentemente mais uma espécie de internação psiquiátrica provisória ao lado daquelas outras possibilidades às quais nos referimos na seção 2.2.3 desta dissertação. Inopinadamente, e também na contramão das diretrizes da Lei de Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216/2001, o direito brasileiro ressuscita a medida de segurança de internação provisória. A Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, alterando o Código de Processo Penal, cercou a cautelar de internação provisória de quase todos os requisitos que envolvem a aplicação de medida de segurança:

internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (art. 319, VII)

Ao fazer remissão expressa ao art. 26 do CP, demanda conclusão pericial sobre o grau de inimputabilidade do agente *à época da prática do delito*. Exige também avaliação de risco de reiteração, ou seja, de *periculosidade*.

No entanto, acreditamos que o legislador tentou desviar-se do controle de constitucionalidade, posicionando o instituto entre as obrigações decorrentes da liberdade provisória. É sabido que a execução de medida de segurança demanda trânsito em julgado de sentença conclusiva pela prática de ilícito-típico punível (Lei nº 7.210/1984, art. 171). Pensamos que este seja o motivo para que o legislador tenha evitado empregar literalmente a expressão *aplicação provisória de medida de segurança*, pois seria certa a carga de

problemas jurídicos e político-criminais. A aplicação provisória de medida de segurança fere abertamente o sentimento de segurança jurídica por ser verdadeira imposição de sanção penal antecipada sob o fundamento único de prevenir delitos futuros.

Por outro lado, posicionar a internação provisória entre as medidas cautelares processuais resulta em uma série de antinomias. Não há paralelos com as demais cautelares de forma que possam, sem grave prejuízo lógico e humanitário, estarem entre si em uma dinâmica de cumulações ou substituições, como preconiza a lei (CPP, art. 282, §4º). Os princípios subjacentes à medida de internação não se amoldam à dinâmica do sistema punitivo e, forçar artificialmente essa vinculação, faz com que os sentidos se embaralhem e se percam. Resulta em sobreposição de controles sempre em prejuízo dos portadores de transtorno mental.

A lei pretendeu legitimar a imposição provisória de internação psiquiátrica ao prever que só ocorreria diante de *crime praticado com violência ou grave ameaça*. De imediato, percebemos como este apelo é forte e como pode turbar as consciências. Esse requisito assume um aspecto multifacetado, mas não visualizamos nenhuma face realmente coerente.

Em primeiro lugar, podemos entender que ele foi incluído a fim de garantir paralelismo entre a privação de liberdade imposta a título provisório e a título definitivo. Lembramos que é requisito geral à aplicação de qualquer medida cautelar a cominação de pena privativa de liberdade ao delito de referência. (CPP, art. 283, §1º) Por sua vez, a lei material veda a substituição desta por pena restritiva de direitos nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. (CP, art. 44, I)

Considerada *imputável* e sofrendo condenação, a pessoa que foi internada provisoriamente só pode receber privativa de liberdade. Ocorre que este balizamento por si só não garante aos *semi-imputáveis* o paralelismo idealizado. Embora se trate sempre de pena privativa de liberdade, o *regime inicial de cumprimento de pena* - mormente com a redução imposta - pode favorecer condição de liberdade maior do que a oferecida na internação provisória.

Aos semi-imputáveis, o juiz também pode aplicar medida de segurança, ao invés de pena reduzida. Há controvérsias sobre a espécie de medida. A princípio, haveria um paralelismo entre pena de reclusão e de detenção e medida de internação e tratamento ambulatorial, respectivamente. Mas, já se tem firmado ampla jurisprudência no sentido de que o juiz pode aplicar medida ambulatorial de acordo com as indicações da situação

concreta.²⁵² Neste caso, a condição de liberdade do semi-imputável após a condenação seria maior do que a título provisório.

Quanto aos *inimputáveis*, a proporção de privação de liberdade estaria, em abstrato, parcialmente preservada. A eles o Código Penal só autoriza medida de segurança ambulatorial nos crimes apenados com detenção. De qualquer forma, entendemos que não há sentido em mencionar violência ou grave ameaça ao inimputável, assim comprovado por perícia exigida à medida cautelar. O próprio crime foi afastado do juízo de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa diante do transtorno mental incapacitante. Portanto, já excluída a punibilidade. Pensamos que a internação provisória dos inimputáveis não se legitima sequer a título substitutivo da prisão preventiva. Não há que se cogitar prisão por utilidade ao processo a fim de garantir a aplicação da lei penal. A resposta penal ao inimputável é medida de segurança, e execução de medida de segurança exige sentença transitada em julgado.

Em segundo lugar, a menção a essas circunstâncias do crime como *critério de adequação* da internação provisória não se coaduna com as atuais diretrizes da Política Nacional de Saúde Mental. Acreditamos que ao prever a internação como alternativa à prisão preventiva, a intenção do legislador tenha sido oferecer oportunidade de assistência especializada ao portador de transtorno mental. No entanto, a necessidade de isolamento social acabou sobreposta à adequação da medida. Hoje, de acordo com a orientação da Lei de Reforma Psiquiátrica, a internação só deve ocorrer em último caso, ou seja, quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Diante do argumento assistencial, teria sido prudente delegar à opinião de equipe especializada a indicação da melhor terapêutica.

Em terceiro lugar, a questão remete novamente à inexigibilidade de comprovação de fato punível. A sistemática abre a possibilidade de que a internação provisória seja determinada em situação de mera suspeita de crime e autoria. Neste caso, como formar convicção sobre a presença das circunstâncias da violência ou da grave ameaça se ainda não se conhece a extensão da dinâmica dos fatos e das provas? Como é possível falar-se em risco de reiteração se a primeira prática delituosa não está comprovada?

Poder-se-ia estar diante de uma das excludentes da antijuridicidade como, por exemplo, a legítima defesa. Lembramos que elas impedem a decretação de prisão preventiva (CPP, art. 314), mas em nada interferem na aplicação da internação provisória. Aliás, a lei

²⁵² Ver: seção 2.2.1

não proíbe a aplicação de qualquer medida cautelar diante da exclusão de ilicitude. O objeto imediato da norma não é a tutela de bens jurídicos, mas sim o próprio processo. Havendo utilidade para o processo, legitimada está a medida cautelar, independentemente de haver comprovação razoável de licitude.

Possivelmente essa regulamentação tenha emergido porque não se atribui às cautelares a mesma gravidade da prisão. Ao contrário, elas se aplicam justamente quando a liberdade se sobrepõe à necessidade de prisão. Entretanto, no caso da internação psiquiátrica o argumento chega a ser paradoxal diante da restrição de liberdade que representa. Além do mais, a realidade dos hospitais de custódia certamente põe em dúvida o benefício dessa substituição.

O regime da internação cautelar instala uma contradição. A execução de medida de segurança de internação exige comprovação de ilícito-típico. Se no momento da prolação da sentença ficar comprovada ausência de ilicitude, inclusive em relação à violência ou grave ameaça, a pessoa será absolvida por *atipicidade da conduta* e será totalmente liberada. Não há que se cogitar periculosidade mesmo que se trate de pessoa total ou parcialmente inimputável.

Em sentido oposto, diante da sistemática processual, ainda que se comprove razoavelmente que a violência ou a grave ameaça tenham sido lícitas, não há nada que impeça a internação provisória - de forma autônoma ou em substituição à prisão preventiva. Isso equivale a dizer que para fins de tutela provisória do processo não faz muita diferença que essas circunstâncias sejam reais. Concluímos, então, que a internação legitima-se prioritariamente diante do juízo de periculosidade que tomará de qualquer maneira a violência como sintoma para um prognóstico de reiteração.

Nessa insensata dinâmica de oscilação entre a culpabilidade e a periculosidade a loucura se vê mais uma vez confinada no asilamento. Pior do que isso, ela pode se ver literalmente presa: o descumprimento de qualquer obrigação decorrente de medida cautelar autoriza a decretação de prisão preventiva. (CPP, art. 312, parágrafo único) Da eufemística internação para o cárcere basta um passo.

Outro tema que merece observação diz respeito aos limites temporais da internação provisória. Eles são ainda mais imprecisos do que os suportados pelo segurado diante do indeterminismo genérico que acompanha a medida de segurança. Lembramos que o Supremo Tribunal Federal (STF) vem firmando entendimento de que o limite máximo de execução da medida de internação deva ser também aquele previsto para as penas privativas

de liberdade, ou seja, trinta anos. Ademais, os Decretos de Indulto Natalino dos últimos anos vêm fixando limites temporais iguais aos da pena cominada ao delito correspondente.²⁵³ Há uma tendência em buscar uma interpretação conforme a Constituição para a medida de segurança, evitando que se converta em sanção perpétua.

A lei silencia a respeito do prazo da internação provisória. Como as cautelares são consideradas menos gravosas do que a prisão preventiva, os juizes contam com grande margem de decisão. Não há empecilho para que permaneçam, por exemplo, até a prolação da sentença, ou se estendam até o trânsito em julgado. Essa indeterminação não é razoável diante da grande quantidade de expedientes e recursos permitidos no processo penal; as ações penais podem arrastar-se por anos. Assim, também quanto ao aspecto temporal, não nos parece que as medidas cautelares sejam menos gravosas do que a prisão preventiva. Mormente a internação provisória que gera efeitos incomensuráveis ao paciente na institucionalização prolongada.

Chama a atenção que, apesar das inúmeras críticas à sistematização atual das medidas de segurança, tenha-se repetido várias de suas contradições. Estranhamos que no estágio atual de amadurecimento da Reforma Psiquiátrica, o estatuto processual tenha retomado a aplicação provisória de medida de internação, colocando-se na mesma linha de entendimento do legislador do Código Penal de 1940.

A questão mais árdua é sempre o juízo de periculosidade. Aplicado ainda no curso da investigação ou instrução processual não pode ser exatamente um juízo de periculosidade criminal. Em realidade, entre a *aplicação provisória de medida de segurança* e a *medida de segurança pré-delitual* só há diferenças formais. Na prática, ambas convertem-se em atentado ao sentimento de segurança jurídica e aos direitos dos cidadãos.

Para os adeptos do purismo da criminologia positivista, a restrição antecipada de direitos justifica-se diante de mera periculosidade social. Fala-se na utilidade de uma profilaxia criminal que permita ao Estado interferir na esfera de liberdade individual de forma preventiva.

Entendemos que a periculosidade social afina-se com Estados totalitários onde as expressões de vida humana não encontram espaço de liberdade democrática. Seria em verdade uma avaliação de *risco social*, daquele mesmo tipo que informa o Código Penal de Cuba, país que adotou medidas de segurança pré-delituais. Encontramos ali referência, entre outras situações, à *conduta antissocial*. Esta compreende condutas: que violam habitualmente

²⁵³ Ver: seção 2.2.1

as regras de convivência social mediante atos de violência; que por outros atos provocadores, viola direitos dos demais; que por seu comportamento geral causa danos às regras de convivência social; que perturba a ordem da comunidade; que vive como um parasita social, do trabalho alheio; que explora vícios socialmente reprováveis. (tradução livre)²⁵⁴

Perguntamos quais seriam os critérios brasileiros para uma avaliação de risco social a legitimar internação psiquiátrica provisória. O Brasil é um país de lamentáveis contrastes onde a periculosidade cheira a pobreza. O transtorno mental não é um risco para a sociedade. Ao contrário, é a nossa sociedade que o transforma em risco pessoal para o próprio portador, e em alto fator de vulnerabilidade frente à ação seletiva do Sistema Penal. Como demonstra Foucault, tem sido sempre essa a história da loucura na interface com o sistema punitivo.²⁵⁵ A periculosidade está mais próxima da escassez de políticas públicas promocionais e assistenciais do que de uma personalidade vocacionada para o crime e para a violência. Como ressalta Lostaló,

[...] o critério de periculosidade denota uma injustiça essencial quando não se leva em conta o fato da vulnerabilidade das pessoas, ou seja, quando se omite o princípio estabelecido pela experiência que indica que *rara* ou *difícilmente* alguém é perigoso se antes não foi vulnerável.²⁵⁶ (grifo do autor)

A associação direta de periculosidade aos portadores de transtorno mental acontece em grande medida no plano de um imaginário social que se formou e se consolidou nas experiências da loucura dos séculos precedentes, como bem demonstrado por Foucault. A loucura como símbolo do delito é fruto de uma construção impregnada de estigmas. Entendemos que não haja comprovação que autorize afirmar que o portador de distúrbio mental seja mais violento ou mais voltado para a reiteração criminosa do que o imputável – embora alguns adeptos de uma “nova neurociência forense” pretendam que esta prova esteja próxima de ser alcançada.

De qualquer forma, não se justifica a previsão de uma autêntica medida de segurança preventiva dentro do campo de ação do sistema punitivo. O legislador chegou, nesta previsão, ao limite máximo de contradição. Os fundamentos da periculosidade e da culpabilidade foram mais uma vez colocados em uma relação de intercâmbio que aniquila qualquer tentativa plausível de fundamentação teórica. Impossível, com vimos anteriormente, a conjugação lógica dos princípios da pena e da medida de segurança. A verdadeira natureza

²⁵⁴ CUBA. Lei n. 71, de 30 de abril de 1988. Código Penal de Cuba, artigo 73.

²⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*, 2001.

²⁵⁶ LOSTALÓ, J. C. Dominguez. Avaliação e agrupamento das pessoas presas. In: CARRANZA, E. (Org.), *Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo e direitos e obrigações das Nações Unidas*, 2ª parte, 2010. p. 161-162.

jurídica deste instituto não é de instrumento da tutela processual. A racionalidade deste sistema não pode ser outra que a ideia única de defesa social, a custo da identidade e da integridade humana da pessoa portadora de sofrimento mental.

4.3.1 O Usuário de Drogas Ilícitas, Medida de Segurança e Internação Provisória

A despeito da reflexão crítica sobre a reincorporação da internação provisória ao direito brasileiro, acreditamos que tenha sido orientada por boas intenções. Há uma necessidade de “socorrer” o portador de transtorno mental que está em processo de criminalização. No entanto, pensamos que as boas intenções agrupam-se em torno de uma noção equivocada. Partem de uma apreensão metonímica da medida de segurança que toma a parte pelo todo, que toma seu aspecto terapêutico como sua própria definição. Acreditamos, inclusive, que a medida de segurança de internação tem sido mantida, apesar do contraste com as diretrizes da Lei de Reforma Psiquiátrica, justamente porque se atribui a ela a função de fazer chegar a muitos uma assistência terapêutica e social.

Trata-se, na verdade, de uma assistência sócio-penal que se projeta para limitar a esfera de liberdade individual do cidadão. A finalidade assistencial é apenas um dos aspectos envolvidos na complexidade teórica do instituto. Acima de tudo, implica uma opção filosófica radical que retira do ser humano a sua liberdade, a sua própria humanidade. A periculosidade é sempre atributo do homem que não é livre, do homem condicionado por determinismos biopsicossociais.

O tema assume aspecto de crise na conjuntura brasileira atual. A grande mídia não se cansa de noticiar diuturnamente a proliferação das chamadas *cracolândias* nos centros urbanos do País. Fala do poder devastador do *crack* que arrasta crianças, adolescentes e adultos para uma *situação de rua* permeada pelo vício, pela doença e pelo crime. O tom de “denuncismo” contagia a opinião pública e exorta os poderes públicos a tomarem providências emergenciais, mas não adensa a discussão sobre os fatores sociais e econômicos que levam a essa situação.

Esse clima de urgências tem produzido ações precipitadas sem o amadurecimento e o planejamento necessários para oferecer um verdadeiro continente às dimensões sociais e humanas envolvidas na questão.

Mencionamos o exemplo da cidade do Rio de Janeiro, primeira a coordenar um Serviço Especializado em Abordagem Social no âmbito da Proteção Social Especial de

Média Complexidade.²⁵⁷ O Executivo municipal vem promovendo ações voltadas para pessoas em situação de rua usuários de *crack* e outras drogas, especialmente para crianças e adolescentes.

A técnica de abordagem conta com o apoio da força policial para, no primeiro momento, encaminhar os detidos para delegacias a fim de serem identificados. Havendo mandado de busca e apreensão, ou de prisão, seguem para as respectivas unidades de segurança sem qualquer encaminhamento terapêutico. Caso contrário, são levados às Centrais de Recepção que se responsabilizam pelos procedimentos de internação em entidades conveniadas. Crianças e adolescentes dependentes de drogas ou abordadas no período noturno são mantidos de forma compulsória nos estabelecimentos de recolhimento, com as devidas comunicações ao Conselho Tutelar, ao Ministério Público e à Vara da Infância, Juventude e Idoso. Os adultos, nesta etapa da abordagem, só permanecem internados voluntariamente ou por intervenção da família.

Somam-se denúncias sobre as casas de internação ou abrigo:

O que se vê na prática que os programas de acolhimento institucional da Prefeitura são pauperizados de recursos, físicos, humanos e materiais. As instalações mais se parecem com “prisões” dos antigos internatos de menores; os profissionais não recebem capacitação e supervisão para lidar com os problemas diversificados de cada criança e adolescente que recebem, tendo que lidar com sua saúde mental por conta própria; os educadores, terceirizados, têm um salário aviltante, sem nenhum dos benefícios trabalhistas.²⁵⁸

Ações como essas - seguidas por outros municípios como, por exemplo, São Paulo - têm sido objeto de críticas e impugnações por várias instituições públicas e organizações de direitos humanos. As objeções recaem principalmente sobre a intervenção da força policial, sobre a falta de estrutura das unidades e dos programas de abrigo e sobre a técnica de intervenção em massa. Com essas características, a internação coloca-se como uma prática contrária à Política Nacional de Saúde Mental. Ademais, contrasta com os princípios normativos do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Reforma Psiquiátrica e da própria Constituição Federal. Siro Darlan, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ressalta que:

²⁵⁷ RIO DE JANEIRO. Resolução n. 20, de 27 de maio de 2011. Secretaria Municipal de Assistência Social. Cria e regulamenta o protocolo do serviço especializado em abordagem social, no âmbito das ações da proteção social especial de média complexidade da secretaria municipal de assistência social, assim como institui os instrumentos a serem utilizados no processo de trabalho.

²⁵⁸ PRONUNCIAMENTO PÚBLICO. Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (CEDECA). *Respeito é Bom e eu Gosto*, Rio de Janeiro, julho 2011.

A demonização das drogas por parte da opinião pública tem contribuído para a manutenção desses excessos na aplicação das leis que devem proteger os cidadãos, sobretudo os mais vulneráveis que são as crianças, os adolescentes, os idosos e os portadores de necessidades especiais. As crianças necessitam de cuidados especiais pela sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. **Se usam drogas é preciso alimentá-las com informações, e cuidados especiais, assim como buscar as origens dessas opções.** Muitas vezes a droga serve para aliviar a fome, o frio e a solidão. Portanto já conhecemos o antídoto. **Aprisioná-las e isolar do convívio social certamente não é a melhor terapia.**²⁵⁹ (grifo nosso)

Essa política de prevenção e assistência assume uma contradição aguda quando lança mão dos órgãos repressores do Sistema Penal para solucionar emergencialmente problemas que não são exatamente de ordem criminal.

Mas a questão torna-se verdadeiramente crítica quando se atribui ao próprio direito penal e processual penal a missão de compor esse conflito social. Acreditamos que o revigoramento da internação provisória emerge de um contexto político geral que pretende oferecer uma resposta mais rápida e eficiente aos processos de criminalização que certamente acompanham os usuários de drogas ilícitas. Como mencionam os especialistas:

A urgência pelo *crack* e a falta de condições financeiras para suprir sua demanda colocam o usuário em situação de fragilidade, em que se submete a estratégias arriscadas para obtenção da droga, como situações de risco (tráfico de drogas, sexo sem proteção) e de violência (assaltos, brigas).²⁶⁰

A despeito do sentido preventivo-criminal, entendemos que o novo instituto coloca-se de forma transversa ao patamar de reflexões já conquistadas no plano das normas jurídicas que regulam a questão.

Desde a edição da Lei de Políticas Públicas sobre Drogas, Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, o tema adquiriu um aspecto especial diante do sistema punitivo. A lei não chega a *descriminalizar* o uso de drogas ilícitas, mas dá um passo importante na direção de sua *despenalização*. Não há mais possibilidade de prisão em flagrante, apenas lavratura de termo de compromisso circunstanciado de comparecimento em juízo. (art. 48, §2º) Dentre as penas cominadas, a lei não prevê a modalidade privativa de liberdade, somente advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa; a fim de garantir esta última, pode-se aplicar multa ou admoestação verbal (art. 28, I, II, III e §6º).

Dada a impossibilidade de prisão do usuário pela via do controle autenticamente punitivo, sua institucionalização tem sido buscada no apêndice da medida de segurança. A

²⁵⁹ DARLAN, Siro. Acolher é proteger, recolher é crime. *Blog do Siro Darlan*, julho 2011.

²⁶⁰ CHAVES, Tharcila V.[et. al.] Fissura por *crack*: comportamentos e estratégias de controle de usuários e ex-usuários. *Revista Saúde Pública*, 2001, v. 45, n. 6, p. 1168-1175. Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública.

forma de garantir que os dependentes químicos não atuem no espaço social é aplicar-lhes medida de internação. Ao lançar mão desse expediente, as práticas jurídicas desviam-se da essência da norma. O legislador estabelece que um dos objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) é “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua *autonomia* e à sua *liberdade*” (Lei nº 11.343/06, art. 4º, I).

Como verificamos, o atributo da autonomia choca-se com o juízo de periculosidade. Havendo autonomia, havendo liberdade de escolha, o que se impõe verdadeiramente é um juízo de culpabilidade e uma pena, como coerentemente previsto na lei.

Ademais, o sentido geral da Política sobre Drogas é priorizar, em relação aos usuários e dependentes, ações de prevenção, atenção e reinserção social. Há uma vasta previsão de atividades de prevenção que devem ser “direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.” (Lei n. 11.343/06, art. 18) O legislador optou verdadeiramente por manter a liberdade dos usuários, evitando penas detentivas e direcionando o tratamento para a rede de assistência social.

Sabemos que com essas previsões a lei não está proibindo execução de medida de segurança aos usuários de drogas ilícitas. Mas é fundamental ter em conta que não se pode presumir que o consumo, ou mesmo a dependência, indiquem por si mesmos a inimputabilidade do agente. Do contrário, estaremos no campo imaginário dos estigmas sociais.

A inimputabilidade total ou parcial precisa estar caracterizada diante de seus três elementos essenciais. Lembramos que o Código Penal adota o *sistema biopsicológico* de aferição da inimputabilidade.²⁶¹ Em primeiro lugar, exige um diagnóstico de transtorno mental. Em segundo, o transtorno deve ser de tal ordem que implique em algum grau de comprometimento da capacidade cognitiva sobre o caráter ilícito da substância, bem como da ilicitude do seu consumo. Exigem também o comprometimento da capacidade volitiva de

²⁶¹ Existem três sistemas de aferição da inimputabilidade. O *sistema biológico* privilegia a causa, reduzindo a inimputabilidade à doença mental. Pelo simples fato de ser portador de transtorno psíquico, o agente torna-se inimputável pelo delito praticado. O *sistema psicológico* enfatiza o efeito da doença, reclamado comprometimento da capacidade intelectual e volitiva do sujeito no momento da prática do crime. Por fim, o *sistema biopsicológico* reúne os dois primeiros, exigindo que a doença mental torne a pessoa incapaz de compreender o caráter criminoso do fato e de determinar sua vontade de acordo com essa compreensão. Ver: DAMÁSIO DE JESUS. *Direito Penal*, 2001. p. 499-500.

agir de acordo com esse entendimento. Mas isso não basta; é preciso que todas essas condições estejam presentes no momento da prática do ilícito-típico. Não nos parece que toda essa complexidade seja realmente observada nos casos que envolvem os dependentes de drogas ilícitas.

O diagnóstico em si envolve inúmeras dificuldades conceituais que se sucedem na história da psiquiatria e da psiquiatria forense. Primeiramente temos que o Código Penal fala em *doença mental*. (art. 26) No campo da Saúde Mental, o termo caiu em desuso para ser substituído pela expressão *transtorno mental*. A substituição não se reduz à questão de simples nomenclatura. Envolve uma discussão ampla sobre o próprio objeto das ciências mentais.

Na segunda metade do século XVIII, surgiu um grande interesse em obter um instrumento estatístico que sistematizasse as causas de morte. Lembramos que o período coincide com o florescimento das ciências naturais, inclusive da medicina. Elas já haviam encontrado seu apogeu e o *status* de únicas ciências verdadeiras em razão do desenvolvimento conquistado através do método empírico e experimental.

A medicina geral, em 1893 alcançou um acordo internacional para estabelecer uma primeira *Classificação de Causas de Morte*. Na mesma ocasião, aprovou-se recomendação para que a classificação fosse revista a cada dez anos. Até a quinta revisão, de 1938, os critérios permaneceram os mesmos. No pós-Segunda Guerra, criou-se a Organização Mundial de Saúde (OMS) que passou a ser responsável pela chamada Classificação Internacional de Doenças (CID), e suas sucessivas revisões.²⁶² Com a sexta revisão de 1948, passou-se para uma verdadeira classificação das doenças, incluindo doenças gerais que não eram causa de morte, e também as doenças mentais. Na mesma época, a Associação Norte-Americana de Psiquiatria criou uma classificação paralela, a *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM)*, conhecida em português como Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM), atualmente na quarta edição.

Aquela segunda metade do século XVIII coincidiu também com o declínio da “era do grande internamento” na Europa, isto é, com o fim do modelo de assistência geral a todos os tipos marginalizados. Os hospitais gerais fechavam suas portas e era preciso construir-se uma nova racionalidade e um novo espaço de internamento para os loucos. Surgiram as primeiras tentativas de classificação dos distúrbios mentais, que logo seriam desenvolvidas por Philippe Pinel e seus discípulos, na França e por William Tuke na tradição

²⁶² LAURENTI, Rui. Pesquisas na área de classificação de doenças. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 3. n. 2, 1994. p. 112-126.

inglesa. Formularam pela primeira vez a noção de que os distúrbios mentais eram *doenças*, mas foi preciso algum tempo para que a *doença mental* fosse incluída nas classificações das doenças gerais.

Isso não impediu que acabassem por trazer muita estigmatização social. De vagamente loucas, as pessoas passaram a ser rotuladas pejorativamente como *doentes*, *retardadas*, *idiotas*, *cretinas*, *imbecis*, entre outras indicações tomadas das várias classificações sucessivas, especialmente da classificação dos *estigmas da degeneração* desenvolvida por Morel.

Quanto aos distúrbios mentais relacionados especificamente com o uso de drogas, os estudos mencionam que têm sido alvo de preocupação há pelo menos cem anos.²⁶³ A evolução dos conceitos passou também por algumas etapas. Inicialmente, as atenções voltaram-se quase que exclusivamente para o uso do álcool, diante das evidentes alterações que causava no comportamento e no organismo.

A primeira abordagem caracterizava-se por uma visão eminentemente moral do consumo excessivo de álcool. Depois, passou-se ao conceito sanitário-organicista que entendia o alcoolismo como doença que deveria estar sob cuidados exclusivamente médicos. Em 1849, o médico sueco Magnus Huss cunhou pela primeira vez o termo *alcoolismo crônico*, e foi o primeiro a defini-lo como doença. Alguns anos depois, foi incluído na primeira classificação das doenças que causavam morte. Esse modelo caracterizado pela noção de *doença mental* permaneceu praticamente hegemônico até metade do século XX.

As autoras mencionam que no período das primeiras classificações mundiais havia uma dificuldade de se saber se o comportamento aditivo era resultado ou causa de uma síndrome psiquiátrica. Chegou-se, no século XX, à conclusão pelas duas possibilidades, sendo que no primeiro caso o prognóstico seria melhor quando o transtorno psiquiátrico original fosse tratado. Entretanto, ressaltam esta ainda era uma forma unidimensional de avaliar o paciente.

Mais recentemente, alguns cientistas passaram a abordar a questão do abuso e da dependência de *substâncias psicoativas (SPA)* de forma integrada com as dimensões biopsicológica (cognitiva e comportamental) e social (influências do meio). Argumenta-se que o problema não dever ser avaliado somente do ponto de vista etiológico, mas também sob o aspecto clínico e sob o aspecto da repercussão sócio-familiar. A nova abordagem, de

²⁶³ BICCA, Carla; PEREIRA, Márcia Surdo; GAMBARINI, Maria Angélica. Conceitos, diagnósticos e classificação. In: PULCHEIRO, G.; BICCA, C.; SILVA, Fernando Amarante. (Orgs.), *Álcool, drogas e informação: o que cada profissional precisa saber*, 2002. p. 3-16.

acordo com as autoras, permite melhores resultados terapêuticos por alcançar diferentes dimensões da questão: predisposição genética, características da personalidade, comorbidades, padrões de comportamento e do consumo de SPA, e diferenças inerentes ao sexo.²⁶⁴

No contexto dessa compreensão multidimensional, emerge o conceito contemporâneo de *transtorno mental*, de aplicação geral na área da psiquiatria - não somente aos usuários de substâncias psicoativas. A nova abordagem se propõe a classificar, não as pessoas, mas os transtornos. Incorpora uma visão que envolve, em especial, referência às repercussões sociais como parte do problema. Integrou essa dimensão às próprias classificações, indicando que o aspecto da vinculação social é inerente também ao tratamento. Essa compreensão, a princípio, afasta a impregnação da ideia de isolamento social, de institucionalização do paciente como técnica terapêutica. De tudo decorre também que a estigmatização do paciente psiquiátrico tende a diminuir.

Uma rápida visão dessa evolução diante das normas internacionais de classificação pode contextualizar melhor tudo que dissemos.

A primeira Classificação de Causas de Morte, de 1893, já mencionava o alcoolismo crônico ou agudo dentre as doenças gerais. Em 1931, o *Royal College of Physicians* de Londres considerou pela primeira vez o alcoolismo como uma doença mental. Já sob responsabilidade da OMS, a CID-8, de 1967, incorporou a noção de *abuso de drogas*. Uma importante mudança conceitual foi trazida por Genevieve Knupfer, em 1967, que definiu o alcoolismo não só como doença física e mental, mas também por seus aspectos legais, familiares e econômicos. A CID-9, de 1977, ampliou a categorização e empregou pela primeira vez o conceito de *dependência*.

Por fim, a última CID-10, de 1993, fala em *transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substância psicoativa*. A classificação (de F10 até F19) diz respeito exclusivamente aos transtornos que se desenvolvem *em decorrência* do uso de substâncias psicoativas. São eles: intoxicação aguda; uso nocivo para a saúde; síndrome de dependência; síndrome de abstinência; síndrome de abstinência com *delirium*; transtorno psicótico; síndrome amnésica; e psicose residual ou de instalação tardia. Cada um desses transtornos mentais, ou mais de um em conjunto, está associado a uma substância psicoativa, lícita ou ilícita, como: álcool (F10); opiáceos (F11); canabinóides (F12); sedativos e

²⁶⁴BICCA, Carla; PEREIRA, Márcia Surdo; GAMBARINI, Maria Angélica. Conceitos, diagnósticos e classificação. In: PULCHEIRO, G.; BICCA, C.; SILVA, Fernando Amarante. (Orgs.), *Álcool, drogas e informação: o que cada profissional precisa saber*, 2002. p. 5.

hipnóticos (F13); cocaína (F14); outros estimulantes, inclusive a cafeína (F15); alucinógenos (F16); fumo (F17); solventes voláteis (F18); e outras substâncias psicoativas (F19).²⁶⁵

Observamos que o *consumo de substância psicoativa* sem associação com outras síndromes, não está caracterizado como transtorno mental. Por outro lado, a *intoxicação aguda* - bebedeira, estados de transe, “más viagens” (drogas) - palavras usadas na própria CID-10 - já recebe classificação de transtorno.

A CID-10 substituiu o conceito de *abuso* pelo conceito de *uso nocivo*:

Modo de consumo de uma substância psicoativa que é prejudicial à saúde. As complicações podem ser físicas (por exemplo, hepatite consequente de injeções de droga pela própria pessoa) ou psíquicas (por exemplo, episódios depressivos secundários a grande consumo de álcool).²⁶⁶

Mantém a classificação da *síndrome de dependência*:

Conjunto de fenômenos comportamentais, cognitivos e fisiológicos que se desenvolvem após repetido consumo de uma substância psicoativa, tipicamente associado ao desejo poderoso de tomar droga, à dificuldade de controlar o consumo, à utilização persistente apesar das suas consequências nefastas, a uma maior prioridade dada ao uso da droga em detrimento de outras atividades e obrigações, a um aumento da tolerância pela droga e por vezes, a um estado de abstinência.²⁶⁷

Cumprida a primeira etapa da caracterização da inimputabilidade, isto é, diagnosticado um transtorno mental sob todos esses parâmetros, o perito psiquiatra deve passar à fase seguinte. Deve avaliar se o transtorno era contemporâneo à prática da infração e se provocou incapacidade cognitiva e volitiva em relação a ela. Observamos que o diagnóstico torna-se mais complexo quando não se trata de assistência ao paciente, mas de perícia para fins judiciais.

Pensamos que não seja fácil caracterizar todas essas relações no nível do exame pericial. Muitas vezes é grande o lapso temporal entre a avaliação forense e a ocorrência da infração. A isso se junta que o transtorno mental diagnosticado pode decorrer do uso de substâncias psicoativas como ser totalmente independente dele. O Código Penal não faz distinções quando se refere à *doença mental* (art. 26). Pode haver também o complicador da comorbidade, isto é, transtornos mentais associados em várias possibilidades de combinação.

²⁶⁵ CLASSIFICAÇÃO ESTATÍSTICA INTERNACIONAL DE DOENÇAS E PROBLEMAS RELACIONADOS À SAÚDE (CID-10), rev. 10ª, v. 1, F10- F19. Organização Mundial de Saúde e Organização Panamericana de Saúde, 1993. p.12-16.

²⁶⁶ Op. cit., p. 13-14.

²⁶⁷ CLASSIFICAÇÃO ESTATÍSTICA INTERNACIONAL DE DOENÇAS E PROBLEMAS RELACIONADOS À SAÚDE (CID-10), rev. 10ª, v. 1, F10- F19. Organização Mundial de Saúde e Organização Panamericana de Saúde, 1993. p. 14.

Daí a necessidade primordial de que os peritos, e também o juizes, contem com elementos e provas sobre toda a dinâmica infração. Acreditamos que muitas vezes a conclusão de que o transtorno é contemporâneo ao delito se dá em razão do conjunto probatório, em especial do exame de corpo de delito - quando houver (Lei n. 11.343/06, art. 48, §4º).

O conjunto probatório é importante também para a avaliação do grau de capacidade cognitiva e volitiva do agente. Alguns transtornos mentais decorrentes do uso de drogas, em tese, parecem sinalizar um menor grau de comprometimento do que outros. Por exemplo, o *uso nocivo*, isoladamente, seria menos comprometedor do que os *transtornos psicóticos* ou a *síndrome de abstinência com delírio*. Mas essa é uma indicação hipotética que necessita comprovação. Não há como garantir que complicações secundárias decorrentes do *uso nocivo* - por exemplo, o grande volume de álcool consumido - não venham a interferir na dinâmica do delito de forma incapacitante.

Além disso, pensamos que seja mais difícil caracterizar a incapacidade quando o transtorno mental se desenvolve em decorrência do próprio uso de substâncias psicoativas. Pode acontecer de não se saber ao certo o momento de instalação da síndrome de dependência e de outros comportamentos decorrentes. É plausível prever esta hipótese quando se trata de *crack*. De acordo com especialistas:

O padrão de consumo intenso, contínuo e repetitivo de crack, chamado de *binge*, é provocado pela fissura e pode durar dias até que o suprimento de droga termine, ou que haja a exaustão do usuário. Esses ciclos intermitentes de doses repetidas de crack, seguidos de parada abrupta em seu consumo, estão associados a sinais e sintomas da retirada, caracterizados por mal-estar físico e psicológico.²⁶⁸

Verifica-se que os usuários de crack apresentam um padrão de consumo “[...] com duração de vários dias e múltiplos episódios intercalados de crimes aquisitivos pela falta de dinheiro para comprar a droga [...]”²⁶⁹ Pesquisas recentes mostram que comumente a síndrome de dependência dos usuários é caracterizada pelo comportamento compulsivo. Afirmam também que esse resultado não pode ser generalizado, pois muitos usuários desenvolvem estratégias individuais de redução de danos para controlar a compulsão.²⁷⁰

²⁶⁸ CHAVES, Tharcila V. [et. al.] Fissura por *crack*: comportamentos e estratégias de controle de usuários e ex-usuários. *Revista Saúde Pública*, 2001, v. 45, n. 6, p. 1168-1175. Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública.

²⁶⁹ RIBEIRO, Marcelo [et. al.] Perfil do usuário e história natural do consumo. In: RIBEIRO, M. LARANJEIRA, R. (Orgs.), *O tratamento do usuário de crack*. São Paulo: Casa da Leitura Médica, 2010. p. 63.

²⁷⁰ CHAVES, Tharcila V. [et. al.] Fissura por *crack*: comportamentos e estratégias de controle de usuários e ex-usuários. *Revista Saúde Pública*, 2001, v. 45, n. 6, p. 1168-1175. Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública.

Sendo assim, na hipótese de alguém ser flagrado fazendo uso de *crack* e persistir no seu consumo, é possível que o perito tenha dificuldades em estabelecer, pouco tempo depois, se a síndrome de dependência já estava instalada naquele primeiro momento. Tecnicamente, só seria possível a aplicação de medida de segurança em caso de conclusão positiva por esta situação.

Verificamos que o exame psiquiátrico do usuário de drogas enfrenta uma superposição de dificuldades. O transtorno pode derivar diretamente da própria infração, o que não ocorre nos demais tipos penais. Há uma complexidade agregada em se saber se o transtorno é causa ou consequência do consumo de substâncias psicoativas, ou ainda as duas coisas.

Sabemos que o *exame de sanidade mental* – que implica em diagnóstico de inimputabilidade - não se confunde com o *exame psiquiátrico* – que se restringe ao diagnóstico de transtorno mental. Aquele é um exame amplo que, além deste, abrange também a história criminal (denúncia, elementos colhidos nos autos, versão do acusado); anamnese (antecedentes pessoais, familiares, psicossociais); exame físico; exames complementares; documentos solicitados pelos peritos; conclusões (diagnose, considerações psiquiátrico-forenses); resposta aos quesitos.²⁷¹

Em princípio, diante da amplitude das informações, pode parecer que a dimensão da subjetividade do paciente seja suficientemente contemplada pelas instâncias médicas e jurídicas. Entretanto, o laudo é mera peça técnica de informação direcionada ao julgador a fim de que forme convicção a cerca da imputabilidade ou não da pessoa. A questão que se coloca em juízo não é o transtorno mental, mas em que medida ele afeta a responsabilidade penal do paciente. O direito se interessa pelo nexo que possa haver entre o ilícito e o transtorno mental, e não pelo transtorno em si e tudo que significa ao seu portador.

Os psiquiatras forenses afirmam que a preservação da capacidade cognitiva é condição necessária, mas não suficiente, para a preservação da capacidade volitiva, sendo que a recíproca não é necessariamente verdadeira.²⁷² Ao que nos parece, a capacidade volitiva agrega outros fatores para sua determinação. Que fatores seriam esses? Pensamos que as mais complexas motivações pessoais por meio das quais se poderia chegar a conhecer e reconhecer a dimensão humana do paciente e, a partir daí, oferecer-lhe as melhores chances

²⁷¹ MECLER, Kátia (Coord.) Instruções e normas técnicas para sessões de laudos de sanidade mental para fins forenses. In: XXVIII CONGRESSO BRASILEIRO DE PSIQUIATRIA. Fortaleza, 2010.

²⁷² ABDALLA-FILHO, Elias; SOUZA, Patrícia Abdalla de. Bioética, psiquiatria forense e a aplicação da medida de segurança no Brasil. *Revista Bioética*. n. 17, 2009. p. 181-190. Conselho Federal de Medicina (CFM).

de assistência para sua habilitação social. Não acreditamos que nas estreitas modulações de tempo e espaço da perícia se possa chegar a esse conhecimento.

Vencidas as dificuldades do diagnóstico de inimputabilidade, a lei exige ainda o pressuposto da periculosidade para a aplicação de medida de segurança. A inimputabilidade total ou parcial, por si só, não revela se o indivíduo é propenso à reiteração criminosa. No campo das hipóteses, podemos pensar no dependente de drogas ilícitas que, vendo-se em processo de criminalização, chegue a um limite moralmente intransponível. Pode interromper o ciclo da compulsão e efetivamente não apresentar prognóstico de reiteração. Hipóteses como essas acabam sendo minorias diante da linha de pobreza, sem alternativas reais de auxílio e tratamento. Mas essa fatalidade social não implica fatalidade individual. O prognóstico de reiteração deve ser avaliado por peritos e juízes sem generalizações apriorísticas.

A existência do controle da fissura sugere que o fenômeno do uso de crack ultrapassa seus efeitos farmacológicos e é influenciado por questões sociais, ambientais e emocionais. Essas questões poderiam ser mais bem exploradas pelos profissionais que atuam com atendimento de usuários de drogas e com elaboração de políticas públicas sobre o tema.²⁷³

Devemos dizer, por fim, que a complexidade dessa narrativa normalmente emerge no momento da prolação da sentença, portanto, na decisão entre aplicar as *penas não detentivas* cominadas ao usuário de drogas ilícitas, ou *medida de segurança*. Se transpusermos essas dificuldades para o plano do controle penal provisório, veremos que não há como sustentar coerência diante das exigências do sistema punitivo nem do sistema preventivo-assistencial das medidas de segurança.

A internação provisória apresenta ainda o fator complicador de exigir que o crime tenha sido praticado com violência ou grave ameaça. Equivale a dizer que as condutas típicas: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, devem ter sido praticadas sob essas circunstâncias (Lei n. 11.343/06, art. 28, *caput*). O diagnóstico de inimputabilidade deverá ser capaz de alcançar também essa circunstância real.

Sublinhamos mais uma vez que, no âmbito da discussão normativa, a maior contradição da internação provisória é fundamentar-se quase que exclusivamente no juízo de periculosidade, preterindo o exame das circunstâncias reais da infração. Com isso, pode-se

²⁷³ CHAVES, Tharcila V. [et. al.] Fissura por crack: comportamentos e estratégias de controle de usuários e ex-usuários. *Revista Saúde Pública*, 2001, v. 45, n. 6, p. 1168-1175. Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Saúde Pública.

chegar a situações anômalas. Considerado culpado pelo juízo de reprovação social, o usuário de drogas ilícitas não poderá ser privado de sua liberdade a título provisório, nem definitivo, ainda que presentes circunstâncias de violência. Considerado inocente, ou seja, isento de responsabilidade poderá desde logo se ver compulsoriamente isolado na internação por juízos inacabados de inimputabilidade e periculosidade.

Por todas as nuances explicitadas, torna-se difícil compreender como é possível firmar-se um laudo conclusivo pela inimputabilidade total ou parcial quando o conhecimento de toda a dinâmica jurídico-material e temporal da infração não esteja disponível. O exame pericial pode ser requisitado ainda em fase incipiente de provas, sem o amplo direito de defesa, sem a oitiva de testemunhas, etc. Indecifrável também um prognóstico de reiteração feito nessas circunstâncias.

Lembramos que o Código Penal de 1940 permitia a aplicação provisória de medida de segurança aos inimputáveis, aos ébrios habituais e toxicômanos. (art. 80) Porém, mencionava o instituto de forma geral, entregando ao juiz a melhor escolha dentre as espécies cabíveis ao caso concreto. Desde a reforma de 1984, doutrina e lei haviam superado a imposição provisória de medida de segurança a qualquer pessoa. Desde 2006, a Lei de Políticas Públicas sobre Drogas já havia excluído a imposição de prisão cautelar (e definitiva) aos usuários de drogas ilícitas. Contrariando esses princípios historicamente conquistados, o legislador contemporâneo retoma a aplicação provisória de medida de segurança a qualquer portador de transtorno mental e na sua forma mais cogente: a internação.

A internação provisória torna-se um instituto a serviço da segurança pública, impregnada dos sentidos preventivistas da periculosidade, sempre úteis à ideologia da defesa social. Compreendemos que este é um expediente que não se coaduna com Estados Democráticos de Direito. Diferentemente, em Estados que não assumem compromisso fundamental com a democracia, sem rodeios e eufemismos, a lei penal atribui aprioristicamente periculosidade aos usuários e dependentes de drogas (lícitas ou ilícitas), justificando a aplicação de medidas de segurança social pré-delituais. No Código Penal de Cuba lemos que:

El estado peligroso se aprecia cuando en el sujeto concurre alguno de los índices de peligrosidad siguientes:

- a) la embriaguez habitual y la dipsomanía;*
- b) la narcomanía;*
- c) la conducta antisocial.*²⁷⁴

²⁷⁴ CUBA. Lei n. 71, de 30 de abril de 1988. Código Penal de Cuba, artigo 73.1.

Compreendemos que se a questão não for apenas formal, mas pelos direitos do paciente mental, a solução terá que passar ao largo do Sistema Penal. Não há argumento jurídico ou médico que possa superar a falta de sentido humanitário em manter o portador de transtorno mental encarcerado em presídio comum ou internado em manicômio judiciário, o que é essencialmente o mesmo. Pouco importa se o sistema está operando no marco da culpabilidade ou da periculosidade. Pouco importa se caracterizada ou não a inimputabilidade - que implica em projeção para o estado mental passado, à época do fato. Diante de transtorno comprometedor *atual*, qualquer ação do Sistema Penal esvazia-se de racionalidade. Como menciona Zaffaroni, os mecanismos de negação:

[...] não ocultam a situação crítica que se manifesta em uma progressiva ‘perda’ das ‘penas’, isto é, as penas como inflicção de *dor sem sentido* (‘perdido’ no sentido de carentes de racionalidade).²⁷⁵ (grifo do autor)

O vazio deixado pela ausência de racionalidade punitiva não pode ser preenchido com a finalidade preventivo-assistencial das medidas de segurança, pois remete à mesma ausência. Tratamento compulsório imposto pela Justiça Criminal é pena.

Pensamos que o destino dos pacientes judiciários pode ser aquele recomendado por equipe multidisciplinar de Saúde Mental, no marco da Lei de Reforma Psiquiátrica. Havendo necessidade, com o devido acompanhamento pelas instâncias administrativas e judiciais não-penais que, de toda forma, devem estar comprometidas com as diretrizes da atual Política Nacional de Saúde Mental.

4.4 A Insuficiência da Medida Cautelar como Fundamento da Prisão Preventiva

As medidas cautelares pessoais diferentes da prisão, em sua generalidade, têm sido apreendidas como obrigações decorrentes da liberdade provisória. Este é de fato o caráter jurídico-formal do novo instituto.

Elas não devem ser confundidas com aquelas condições que obrigam os favorecidos por liberdade provisória mediante o pagamento de fiança ou que emergem da exclusão de ilicitude. Mencionamos as obrigações de não mudar de residência sem prévia autorização; de não ausentar-se por mais de oito dias sem comunicar onde será encontrado;

“O estado perigoso verifica-se quando o sujeito apresenta algum dos seguintes índices de periculosidade:

- a) embriaguez habitual e dipsomania;
- b) toxicomania;
- c) conduta antissocial.” (tradução livre)

²⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, 1991. p. 12.

ou de comparecimento em juízo quando intimado. (CPP, art. 310, parágrafo único; arts. 327 e 328) São obrigações que usualmente impõem-se por ocasião da concessão de liberdade provisória, mantendo o compromisso do favorecido de comparecer aos chamados do processo. Na grande maioria dos casos, são aplicadas tal como previstas na lei.

As medidas cautelares envolvem juízos mais abrangentes e devem aplicar-se diante de critérios reais de necessidade e adequação. Elas traduzem restrição na esfera de liberdade individual muito maior do que a imposta por aquelas obrigações genéricas. Dentre as espécies previstas, há também diferentes níveis de restrição. Implica individualização de datas, distâncias, lugares proibidos, indicação da instituição de internação, fixação do prazo de duração, etc. Todas elas possuem um conteúdo incontestavelmente individualizado.

Não obstante, percebemos uma tendência prática de se aplicar medidas cautelares com a mesma frequência e generalização que se aplicam aquelas obrigações comuns. Muitas vezes utiliza-se o instrumento único do Termo de Compromisso para estabelecer as duas espécies e, com isso, prescinde-se das formalidades do ato de intimação, deixando de exigir entrega de contrafé e abertura de prazo para eventual resposta. Diante dessa prática, o acusado tem o seu direito fundamental de defesa cerceado, mormente quando as medidas tenham sido requeridas pela própria vítima. (CPP, art. 282, §§ 2º e 3º)

O incremento do controle penal que representam desautoriza que a aplicação das cautelares seja banalizada. Não há paralelos entre a medida de internação provisória e a obrigação de informar endereço, por exemplo. Pensamos que essa compreensão de conjunto deve-se à consequência comum que pode advir do seu descumprimento: a revogação da liberdade provisória, isto é, prisão preventiva.

Contudo, enquanto as obrigações genéricas relacionam-se à concessão de liberdade *após* prisão em flagrante ou preventiva, as obrigações decorrentes de medida cautelar podem ser impostas de forma autônoma. Esta possibilidade torna a sua conversão em prisão preventiva extremamente grave diante das garantias processuais e dos direitos individuais dos cidadãos.

Esclarecemos nosso entendimento de que a racionalidade subjacente às medidas cautelares não coincide com os limites estanques do sistema punitivo. Diferentemente da prisão preventiva – que é o seu contraponto justificante – as cautelares não exigem aquele mínimo de certeza sobre a existência do suporte fático-normativo que deveria legitimar qualquer medida de tutela processual. Embora elas se apliquem quando a liberdade do cidadão se impõe acima da necessidade de sua prisão, observamos que as cautelares

estabelecem uma dinâmica original e ao mesmo tempo perigosa com o regime da prisão preventiva. Compreendemos que elas tenham sido idealizadas com a finalidade de minimizar a ampla utilização da prisão processual. Todavia, o conjunto normativo acabou fazendo com que se convertessem indiretamente em um novo motivo para o decreto de prisão, e nem sempre com os limites que essa consequência exige.

De todo modo, uma mudança trazida pelo novo regime da liberdade provisória nos parece significativa: não é mais possível a manutenção da custódia a título de prisão em flagrante. Essa providência é bem vinda, pois muitas pessoas permaneciam presas até a prolação da sentença sem que se observasse de fato essa necessidade. Agora, ao receber o auto de prisão em flagrante o juiz deve tomar uma de três providências: relaxar a prisão ilegal; conceder liberdade provisória, com ou sem fiança; ou converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. (CPP, art. 310, *caput*).

Ainda que o dispositivo citado não mencione as medidas cautelares, verificamos que elas se colocam à avaliação do magistrado desde a comunicação do flagrante. Ao relaxar a prisão ou conceder liberdade provisória, o juiz pode aplicá-las a pedido da autoridade policial ou do Ministério Público. Por outro lado, presentes os requisitos da prisão preventiva, o juiz, de ofício, deve avaliar primeiramente a possibilidade de aplicação de medida cautelar.

Para converter a prisão flagrante em preventiva, a lei exige que estejam presentes os requisitos do art. 312 do CPP. De forma coordenada, exige também que as medidas cautelares diversas se mostrem desnecessárias e inadequadas. Assim, mesmo diante dos mencionados requisitos, o juiz só poderá decretar a prisão preventiva se estiver convencido de que as medidas cautelares não são oportunas diante do caso concreto. Do contrário, elas se imporão prioritariamente.

No regramento próprio do instituto da prisão preventiva, a nova lei criou uma dinâmica inversa com as medidas cautelares. O art. 312, *caput*, CPP estabelece os pressupostos fundamentais da prisão preventiva: *prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*. Acrescentou-se um parágrafo único onde se lê que: “A prisão preventiva *também* poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.” Como vemos, o legislador inovou prevendo uma nova situação autorizadora de prisão preventiva – a lei utiliza a *conjunção coordenativa também*.

A nova lei acrescentou à prisão preventiva um elemento diferente de interpretação teleológica, uma outra utilidade que não coincide necessariamente com aquelas finalidades de garantia da ordem, da lei penal ou da instrução criminal previstas no *caput* do art. 312. Pensamos que o objetivo precípua do novo parágrafo único é oferecer ao magistrado um instrumento de coação em relação às pessoas que não se mostram “merecedoras” da liberdade por descumprirem obrigações impostas. Diante deste objetivo, entendemos que a hipótese não exige a presença dos pressupostos fundamentais da prisão preventiva. Doravante, ela pode ser decretada com uma razão independente dos requisitos do *caput*, sobre uma nova base fática: a *insuficiência das medidas cautelares*.

Poder-se-ia objetar, diante das regras de interpretação sistemática, que o parágrafo único tem uma relação de subordinação em relação às previsões contidas no *caput*. Isso equivale a dizer que a prisão preventiva só pode ser decretada, em qualquer caso, quando aqueles pressupostos gerais também estejam presentes. Compreendemos que esta seja a interpretação que mais se afina com os princípios constitucionais e com a proteção aos direitos dos cidadãos; talvez a única. Mas é necessário reconhecer que não foi esse o sentido que o legislador emprestou à norma.

No §4º, art. 282, CPP, lemos que “No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz [...] poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).” Além de autorizar a substituição de medida por prisão sem impor qualquer condição, este dispositivo, *in fine*, faz referência explícita ao parágrafo único do artigo 312; nem um nem outro exige os requisitos essenciais da prisão preventiva. O entendimento contrário terá que admitir que, mesmo diante da insuficiência das medidas cautelares, o magistrado estará impedido de decretar a prisão quando ausentes aqueles pressupostos. Pensamos que esta seja a melhor interpretação, mas, como já assinalamos, não parece ser objetivo do mencionado dispositivo.

É importante lembrar que esta nova possibilidade não fez desaparecer a regra geral da prisão preventiva. Uma vez que o interesse público ou a instrução criminal estejam ameaçados, o juiz pode decretá-la a qualquer momento, independentemente de ter aplicado ou não medidas cautelares anteriormente. A finalidade aqui é outra, não diz respeito ao descumprimento de obrigações. Não obstante, sob os fundamentos da regra geral, a lei exige prova da existência do crime, indícios suficientes da autoria e ainda que se trate de alguma das situações previstas no art. 313 do CPP.

Em suma, existem agora três situações distintas no sistema da prisão preventiva. A regra geral que, independentemente da aplicação de medidas cautelares, permite a prisão

preventiva a qualquer tempo desde que presentes os seus fundamentos, pressupostos e requisitos (CPP, art. 312, *caput*). A regra que se dirige ao momento da conversão da prisão em flagrante, que também exige os pressupostos e fundamentos gerais da prisão preventiva. Neste caso, a prisão terá aplicação residual, isto é, será aplicada somente quando as cautelares se mostrarem inadequadas ao caso concreto (CPP art. 310, II). Por fim, a norma que permite a decretação de prisão preventiva, ainda que ausentes os pressupostos e fundamentos da regra geral, quando se tratar de último recurso diante do descumprimento de obrigações decorrentes de medida cautelar aplicada anteriormente (CPP, art. 312, parágrafo único; art. 282, §4º).

Quando a lei autoriza a substituição da medida cautelar por prisão preventiva, o faz de forma independente. Pode acontecer que, na situação particular, concorram também os requisitos gerais, ou seja, que a prisão se justifique também por aquelas razões e diante daqueles pressupostos gerais. Mas isso não é uma necessidade, não retira o caráter autônomo da regra contida no referido dispositivo. Seja como for, entendemos que essa substituição atenta contra a segurança jurídica e contra os princípios penalógicos constitucionais e infraconstitucionais. Implica consequência de prisão preventiva independentemente da presença de um suporte jurídico mínimo autorizativo.

Ademais, pensamos que essa previsão choca-se com as diretrizes político-criminais de promoção da descarcerização; objetivo que deveria realmente orientar o sentido da inovação legislativa de 2011. A finalidade da lei é converter a prisão preventiva na *ultima ratio* da cautela processual. A declaração de intenções é explícita: “A prisão preventiva será admitida quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.” (CPP art. 282, §6º) Razão contrária, ainda que em último caso, a norma em tela cria uma nova possibilidade de prisão preventiva diante do argumento único da insuficiência das medidas cautelares.

Essa previsão revela o ápice de todas as contradições que permeiam o novo instituto da medida cautelar. Vimos que a sua aplicação prescinde em larga escala do juízo de culpabilidade quando não exige comprovação da infração. Sendo assim, a conversão de cautelar em prisão pode significar a privação da liberdade do cidadão sem que haja utilidade real para a lei penal, tendo em vista a possibilidade de ausência de materialidade jurídica da infração.

Quanto à internação provisória, o legislador não a excepcionou do regime geral das medidas cautelares. Em tese, existe a possibilidade de prisão preventiva para pessoas comprovadamente inimputáveis que não se adaptem à institucionalização imposta pela

internação provisória – equivaleria ao *descumprimento de obrigação imposta*. A legitimidade dessa providência só poderia ser argumentada no plano da coerência normativa interna de garantia do próprio processo penal, mas ao preço da desumanização dos portadores de transtorno mental. Zaffaroni descreve bem esse tipo de contradição:

[...] não acreditamos que a coerência interna do discurso jurídico-penal esgote-se em sua não-contradição ou complexidade lógica, mas, ao contrário, requer também uma fundamentação antropológica básica com a qual deve permanecer em relação de não-contradição, uma vez que, se o direito serve ao homem – e não ao contrário -, a planificação do exercício de poder do sistema penal deve pressupor esta antropologia filosófica básica [...] impõe a consideração do homem como pessoa.²⁷⁶

É certo que o novo regime da liberdade provisória e da prisão cautelar ainda suscitará muito debate. Acreditamos que muitos esforços serão necessários para integrar lacunas, esclarecer obscuridades e harmonizar a nova disciplina com o restante do direito penal e processual. Percebemos já, de forma difusa, uma preocupação em estabelecer limites às medidas cautelares. A fim de garantir proporcionalidade entre restrição de direitos e privação de liberdade, fala-se que não deverão ser substituídas por prisão preventiva quando não se tratar das hipóteses previstas no art. 313 do CPP. Fala-se também em não permitir sua aplicação nos casos em que se admite transação penal, entre outras questões.

De forma geral, as inovações têm sido aplaudidas diante da mobilização em torno do tema da descarcerização. Entretanto, não se pode esperar que o texto legal opere uma mudança que só pode ocorrer diante de profundas transformações sociais. A cultura da prisão ainda está profundamente arraigada nas tradições jurídicas, e também no imaginário social. Para acenar com a redução da prisão preventiva, o legislador teve que oferecer um rol de outras possibilidades de restrição de liberdade individual. Parece tirar com uma mão e colocar com a outra. A liberdade provisória passou a traduzir diversas modalidades de limitações de direitos. Aos portadores de transtorno mental, a descarcerização significou institucionalização.

As mudanças verdadeiras exigem um pouco mais de coragem. Em primeiro lugar, a ideia de descarcerização, em si, não representa muita coisa além de uma boa intenção. Para adquirir um significado imanente, ela deve integrar um programa mais abrangente de transformação. O princípio de intervenção mínima do direito penal, para o qual converge larga aceitação, pode e deve informar também o direito processual penal. Ademais, intervenção mínima não é o mesmo que prisão mínima. A prisão é uma das espécies de pena

²⁷⁶ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, 1991. p. 16-17.

– a mais cruel, a mais violenta, a mais aviltante, sem dúvida. Mas isso não retira das outras modalidades a mesma natureza de pena, o mesmo conteúdo dramático de limitação forçada da liberdade. Entendemos que isso se transpõe *ipsis litteris* para o plano do controle penal antecipado, isto é, para a dinâmica da prisão preventiva com as medidas cautelares.

A intervenção mínima também não é uma ideologia que possa ser adotada sem uma reflexão radical – no sentido de ir até as raízes do problema – sem preços a pagar. Não se trata de um discurso que se dissolve pela repetição do óbvio. Que o cárcere é uma instituição “marcada para morrer” é mais ou menos consenso entre os que conhecem sua realidade. Mas que o direito penal desista de parte de seu poder sancionador e o delegue a instâncias civis, já não colhe tantas adesões assim.

O princípio da intervenção mínima parte da constatação de que o vetor do Sistema Penal está sempre apontado para os setores sociais desfavorecidos. Este Sistema atua por meio de uma delegação estabelecida e substabelecida *a priori* por grupos dominantes, de forma que os seus valores e interesses prevaleçam impositivamente sobre os demais. É sempre um jogo político e econômico entre quem participa do poder e quem não participa. Diante dessa realidade, é justo estabelecer um fator de correção, fazendo com que o poder punitivo recue ao máximo. Zaffaroni afirma que: “Ante a constatação de que em toda sociedade existe o fenômeno dual ‘hegemonia-marginalização’, e que o sistema penal tende, geralmente, a torná-lo mais agudo, impõe-se buscar uma aplicação das soluções punitivas da maneira mais limitada possível.”²⁷⁷

Este é o único sentido de uma transformação verdadeira do estatuto processual penal. O problema não se resolve com simples ajustes, mas somente com o enfrentamento direto da função que o Sistema Penal exerce na manutenção da estrutura social de poder.

Reconhecemos avanço na ideia de limitação ao cárcere. Contudo, a reforma legislativa traduz incremento injustificável do controle penal sobre o cidadão. Uma situação sem saídas verdadeiras: ou cadeia, ou a liberdade da tornozeleira eletrônica, da internação, da interdição de profissão, de país, de lugar, de pessoa, entre outras. Liberdade oferecida a migalhas entre o pior e menos pior. Essa disciplina adquire um aspecto terrível quando o personagem que está em cena é o louco. Perdido entre inconclusões jurídicas, o portador de sofrimento mental resta pré-destinado às grades físicas da contenção manicomial e às grades abstratas da contenção moral.

²⁷⁷ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 2004. p. 78.

CONCLUSÃO

O presente trabalho resulta de um esforço de compreensão sobre as experiências que formulam e instituem o controle penal da loucura no contexto atual da sociedade brasileira. Buscamos no passado os enunciados que permitiram essa construção para verificar como são reproduzidos no presente. Remontamos a algumas experiências de países estrangeiros para observar como são absorvidas e transformadas pela nossa sensibilidade social.

Partimos da intuição de que a subjetividade do paciente judiciário não é suficientemente considerada pelas instâncias do controle jurídico-penal. Indagamos se essa dificuldade pode ser superada por meio de adaptações legislativas e funcionais circunscritas aos limites do atual Sistema Penal ou se, ao contrário, demanda a construção de outra sensibilidade jurídica capaz de recepcionar novos paradigmas científicos. Voltamos agora à hipótese e ao problema que conduziram nossa dissertação para recompô-los diante da nossa argumentação final.

De início, devemos dizer que a redução objetiva do portador de sofrimento mental não foi operada pelo direito penal nem pela psiquiatria forense, embora a tenham potencializado ao máximo no seu campo de atuação. A correção penal só pôde incidir sobre o louco quando a psiquiatria geral identificou no banco dos réus um *degenerado*.

As “histórias da loucura” revelam que ela nem sempre foi apreendida como objeto do pensamento científico. Esse processo só se iniciou na segunda metade do século XVIII com a retração das estruturas europeias do *grande internamento*. Os loucos, que até então haviam sido relegados à invisibilidade, passaram a exigir uma nova solução. A aproximação diária com a sociedade possibilitou um novo olhar – ainda que de incômodo e de desaprovação.

Havia uma necessidade de que os loucos voltassem ao internamento. Havia também a demanda por um saber que organizasse o escândalo da loucura na consciência social. A medicina aproximou-se do universo da loucura orientada por essas prioridades e pelo humanismo filantrópico da época. O louco foi tomado como um objeto de conhecimento por verdades discursivas previamente formuladas. Toda a significação aberta contida na loucura do passado foi subitamente reduzida à significação única da doença mental.

Tornado um *doente*, o louco passou a ser tratável e curável. A nascente psiquiatria alienista justificava a restrição da sua liberdade no asilo, concluindo que o louco já não era

livre no nível mental. Essa indicação possibilitou que o discurso jurídico exigisse que todo internamento fosse precedido por um processo de interdição judicial do paciente. A relação de legitimação recíproca entre os discursos psiquiátrico e jurídico completou o que chamamos de *círculo alienista*: a alienação do homem social passou a coincidir com a supressão do sujeito de direito.

Na segunda metade do século XIX, surgiram as vertentes da psiquiatria organicista que completaram o processo de objetivação da loucura. Morel construiu o conceito de *degeneração*, afirmando que o fator hereditário constituía *tipos antropológicos desviados* do padrão da humanidade. A doutrina da degeneração esboçou uma primeira teoria criminológica positivista - foi ela que reconheceu um *degenerado* no banco dos réus.

Em um movimento paralelo, Lombroso inaugurou a sua antropologia criminal com a mesma concepção biodeterminista. Todavia, a categoria do *criminoso nato* era um tanto mais radical. O atributo atávico não era uma doença, não podia ser tratado; deveria ser simplesmente neutralizado.

Os radicalismos lombrosianos não prosperaram, mas a nascente ciência da criminologia socorreu-se da teoria psiquiátrica da degeneração para construir e decantar uma nova doutrina de direito penal. O núcleo das suas formulações girava em torno da noção de periculosidade e da necessidade de defesa social. Dedicava-se a buscar no delinquente a etiologia do crime – na verdade, delegava grande parte dessa função aos procedimentos do *exame* da psiquiatria forense. O que de fato pertencia ao seu campo original era a construção de uma “tecnologia científica” de controle formal sobre os perigosos: as medidas de segurança.

No Brasil, o instituto da medida de segurança foi incorporado pelo Código Penal de 1940. Observamos, porém, que este foi o marco inicial de uma disciplina própria aos doentes infratores. A prática da internação penal já acontecia nos manicômios judiciários brasileiros. Antes mesmo que se consolidassem certezas sobre o seu destino, o discurso de muitos alienistas e operadores do direito indicava que o lugar dos criminosos loucos era no “hospital-prisão”.

Esse é um traço revelador da sensibilidade político-sanitária brasileira – lembramos que o Brasil foi o primeiro país na América Latina a construir um asilo criminal. Ainda nos dias atuais, observamos resistências em abrigar os pacientes judiciários na rede pública de assistência em Saúde Mental ou mesmo nos hospitais gerais.

Os manicômios judiciários surgiram originalmente para recolher os *anormais*, semi-loucos e semi-criminosos. Ao poucos, sua função foi flexibilizada para acompanhar a loucura de cada tempo. Hoje, grande parte do hospital de custódia destina-se à “loucura drogada”: aos dependentes de drogas ilícitas e aos que, em razão da dependência de qualquer substância psicoativa, acabam envolvidos em outros delitos.

Verificamos que existem dois discursos, ou duas ordens de controle penal da loucura que, embora sucessivos e complementares, mantêm certa independência. O primeiro discurso, essencialmente manicomial, emergiu da necessidade prática de retirar os criminosos loucos dos asilos comuns. Criou os manicômios judiciários: instituições híbridas (hospital e presídio) para acompanhar o conceito híbrido da loucura criminosa (inocência e perversão).

O segundo discurso juntou-se ao primeiro para dar-lhe sustentação doutrinária e normativa. Enquanto a doutrina da medida de segurança era construída em debates teóricos internacionais, alguns países erguiam seus asilos criminais, entre eles, o Brasil. Diante dessa realidade, a medida de segurança de internação apenas sistematizou uma prática brasileira já consolidada, legitimando a institucionalização dos pacientes-infratores nos manicômios judiciários.

Mas a medida de segurança não se limita a essa função “homologatória”. Ao contrário, é um sistema constitutivo, tendo em vista que o processo de institucionalização não se restringe aos muros da internação. O discurso da medida de segurança, como uma proposição categórica afirmativa, projeta a institucionalização para qualquer indivíduo “perigoso”. Essa atribuição é garantida pelo processo de objetivação do paciente mental diante da autoridade de dois sujeitos do conhecimento: o juiz e o perito psiquiatra. Dessa autoridade emerge o seu estado perigoso e emerge a sua “coisificação”.

Periculosidade não é atributo do homem. Ela implica uma filosofia antropológica radical que retira da pessoa a sua liberdade. O determinismo biopsicológico não impregnou somente o universo médico e jurídico, colocou para o pensamento geral a possibilidade de uma *existência humana sem humanidade*.

O legislador nacional potencializou essa noção e presumiu a periculosidade dos inimputáveis, sustentado unicamente pelo imaginário da “loucura perigosa”. A própria teoria da periculosidade demandava um exame real do paciente infrator. Nem mesmo os positivistas mais convictos chegaram a formular uma *presunção de periculosidade*.

O radicalismo constitutivo deste juízo não é apreendido em toda a sua extensão pelas práticas judiciárias. Observamos que facilmente chega aos semi-imputáveis quando há

um interesse especial na sua segregação. A institucionalização dos usuários e dependentes de drogas ilícitas, no campo penal, tem sido garantida pelo juízo de periculosidade, uma vez que o sistema propriamente punitivo veda a sua carcerização.

O instituto da medida de segurança chegou ao Brasil com as temperanças da teoria eclética. A pena, sendo verdadeira sanção, deveria circunscrever-se aos limites constitucionais e legais. A medida de segurança, mero tratamento, prescindiria daqueles balizamentos. Ocorre que o discurso das garantias individuais foi incorporado ao próprio instituto da medida de segurança, levando à superposição de sistemas e a uma verdadeira panaceia normativa.

O legislador manteve a indeterminação temporal em homenagem à sua finalidade terapêutica, mas tentou cercá-la das “justiças” da pena. Além de exigir comprovação de ilícito-típico, exige também que seja punível; faz correlações apriorísticas entre a modalidade de medida e a espécie de pena cominada ao delito; permite a substituição da culpabilidade pela periculosidade no caso dos semi-imputáveis; estabelece limite temporal mínimo em defesa da sociedade; no caso de superveniência de doença mental, autoriza a mera substituição de pena por medida de segurança independentemente de comprovação de periculosidade, entre vários outros contrassensos.

Balizamentos típicos do sistema das penas são chamados a emprestar contornos às medidas de segurança, levando a contradições insolúveis. Uma pessoa não pode ser culpada e condenada para, na mesma ocasião, tornar-se não-culpada e perigosa. O transtorno mental que chega ao condenado não dissolve a sua culpabilidade em relação ao delito e não autoriza presunção de periculosidade. Enfim, todo o sistema normativo da medida de segurança está mergulhado em uma tentativa frustrada de emprestar-lhe racionalidade dentro do sistema punitivo.

Contudo, a percepção jurídica e social sobre a injustiça da medida de segurança em geral fica reduzida à questão da sua indeterminação. É como se todas as contradições lógico-normativas fossem justificadas diante do balizamento temporal. Ademais, muito se fala sobre a indeterminação máxima e quase nada sobre a gravidade de uma determinação mínima estabelecida abstratamente em lei. Os efeitos de um ou três anos de internação manicomial são incomensuráveis ao paciente. Sem falar na realidade precária dos hospitais de custódia e das alas de tratamento psiquiátrico.

Existem também muitos esforços opostos à medida de internação. Entretanto, o acento no discurso antimanicomial, de forma indireta, acaba justificando a medida de

segurança de tratamento ambulatorial pelo fato de ser cumprida em ambiente aberto. Seja como for, medida de segurança não pode ser compreendida como tratamento. Acima de tudo, é defesa social.

Os movimentos reformistas da psiquiatria contemporânea proporcionaram um amadurecimento teórico sobre a questão da institucionalização. A experiência italiana foi tomada como referência pelo movimento de reforma psiquiátrica brasileira. Em décadas de ativismos e amadurecimento de conceitos, o movimento transitou entre a reflexão mais ampla sobre o processo de institucionalização e chegou a estratégias específicas de luta antimanicomial. O processo de conscientização social resultou na Lei de Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.

Observamos que o tema do manicômio judiciário e da medida de segurança não foi priorizado pelo movimento social e não foi enfrentado abertamente pela Lei de Reforma Psiquiátrica. Talvez pela urgência de questões relacionadas com a redemocratização do País, com a reforma sanitária e com fato de os manicômios comuns representarem a imensa maioria. Porém, se a Lei não faz referência explícita aos segurados, também não os excepciona do âmbito de sua proteção. O fato é que em mais de dez anos de sua vigência não se formou consenso sobre o seu alcance no campo do controle penal. Ao contrário, verificamos duas tendências fortemente opostas entre si.

Desde 2008, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPC) vem inovando ao incluir a medida de segurança no Decreto de Indulto Natalino. A finalidade é emprestar limite temporal à execução da medida de segurança, tanto de internação quanto de tratamento ambulatorial, estabelecendo como parâmetro a pena cominada ao delito de referência. Em 2010, por meio de resolução, o CNPC também recomendou que se estendessem aos segurados os princípios e direitos previstos na Lei de Reforma Psiquiátrica, priorizando a assistência em meio aberto. Neste mesmo sentido é a resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Ao lado dessas tendências normativas, mencionamos as novas experiências de assistência aos segurados que trabalham no marco da Reforma Psiquiátrica: o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário (PAI-PJ), em Minas Gerais; e o Programa de Atenção Integral ao Louco-Infrator (PAILI), em Goiás. Os Programas resgatam a dimensão da subjetividade do paciente judiciário, apresentando aos juízes e demais operadores do direito, não apenas um exame ou um diagnóstico, mas uma avaliação integral.

De outro lado, na contramão das conquistas sociais por um estatuto de cidadania aos portadores de transtorno mental, assistimos com surpresa a um retrocesso indefensável: o resgate da internação provisória (Lei nº 12.403/2011). Chama a atenção que o legislador não tenha previsto a alternativa do tratamento ambulatorial.

Diferentemente da prisão preventiva, as novas medidas cautelares processuais não exigem comprovação mínima da materialidade jurídica da infração e da autoria. Isso nos leva a compreender que o seu fundamento de forma geral não seja a culpabilidade, mas sim a periculosidade. O legislador prescinde do *fumus comissi delicti* e concentra-se no *periculum in libertatis*. Na internação provisória, a periculosidade está expressa na lei.

A norma mantém um contraponto com a prisão preventiva. O descumprimento de qualquer obrigação decorrente de cautelar autoriza substituição por prisão. Do manicômio ao cárcere, basta a inadaptação.

Entendemos que a internação provisória veio, principalmente, para responder ao problema social dos usuários e dependentes de drogas ilícitas em situação de rua. Nos últimos anos, viemos assistindo à proliferação de ações preventivas massificadas nas *cracolândias*, voltadas especialmente para a internação involuntária de crianças e adolescentes. Ações que se legitimam com o argumento da assistência, mas que são garantidas pela força policial. Quanto aos adultos, afóra a detenção temporária para averiguações, o Executivo não pode tão facilmente obrigar.

A tarefa de responder a esse problema social foi incorporada à própria norma penal; o que não se justifica. Não é razoável que o Estado busque a força cogente do Sistema Penal para solucionar de forma emergencial problemas cujas origens estão na marginalização sócio-econômica da maior parte dessa população.

Em verdade, o que orienta essas previsões e essas práticas é uma vertente do preventivismo voltado para a defesa social. O direito penal incorporou a prevenção criminal ao estabelecer às próprias penas, e a outras providências penais, uma finalidade correicional. Essencialmente, a ideologia correicionalista transformou a pena em tratamento e reeducação, e incentivou a adoção de medidas punitivas pré-delituais e ultradelituais. Em outras palavras, o direito penal passou a justificar-se também como defesa social.

O campo da psiquiatria desenvolveu vertentes próprias do preventivismo. A psiquiatria preventiva norte-americana, pretendendo conhecer as causas do transtorno mental, afirmou a possibilidade de se antecipar à sua manifestação. Entre outras técnicas, envolvia equipes de assistência comunitária na busca de “suspeitos” pelos espaços públicos e privados

com a finalidade de submetê-los a tratamentos preventivos. Na verdade, indivíduos e grupos de risco eram identificados a partir de características que contrastavam com a moral social.

Nos dias atuais, novas versões do preventivismo jurídico e psiquiátrico integram-se para justificar a expansão do controle penal sobre os cidadãos. As práticas asilares que envolviam a loucura moral do século XVIII são muito semelhantes às que sequestram das ruas a nova loucura pervertida pelas drogas. Para eles, o *círculo alienista* não se desgastou.

A Política Criminal e Penitenciária brasileira está dividida entre um discurso de nível nacional que adere às diretrizes da Reforma Psiquiátrica e muitos discursos regionais pautados pelo modelo da internação e por ideologias preventivistas. O Legislativo debate-se na mesma contradição. Décadas de luta pela reforma psiquiátrica e pela descarcerização dos dependentes de drogas contra o inusitado revigoramento da internação provisória no âmbito penal. No Judiciário, salvo exceções, a tendência tem sido pela limitação temporal das medidas de segurança, sem ousadias antimanicomiais. Mesmo porque, poucos estados contam com uma rede de assistência extra-hospitalar suficiente para dar suporte a programas de atendimento aos pacientes judiciários.

Chegamos ao final do nosso trabalho convencidos de que a subjetividade do portador de transtorno mental não encontra continente adequado nas atuais práticas judiciárias. Isso fica um tanto mais claro quando conhecemos experiências diferenciadas que buscam verdadeiramente incluir essa subjetividade e proporcionar ao paciente infrator uma outra sorte, um outro destino.

Não vislumbramos possibilidade de resgatar coerência interna ao sistema das medidas de segurança por meio de limitação temporal, por meio de assistência antimanicomial ou por qualquer outro “fator de correção”. Embora essas providências sejam necessárias e ajudem a formar uma nova sensibilidade jurídica e social, não podem por si mesmas dissolver as contradições inerentes ao instituto. Mesmo diante de alguma depuração, a sua sistematização segue abrigando um paradoxo fundamental: o recurso aos balizamentos da pena para buscar legitimidade diante da garantia da liberdade individual.

Da mesma forma, não acreditamos na possibilidade de legitimação externa. A medida de segurança implica um regramento que não considera o homem como pessoa, mas como um ente objetivado e sem autonomia. O próprio direito constitui um “outro homem”, quando na verdade é o homem que deve constituir um “outro direito”.

Se a consciência social reclama um controle jurídico da loucura criminalizada, pensamos que este deve exercer-se fora da racionalidade do sistema penal. O controle

promovido pelas instâncias civis, embora não afaste totalmente os processos de exclusão social e de estigmatização, trazem menos prejuízos aos portadores de transtorno mental do que os estigmas que acompanham as atribuições de periculosidade e de perversidade próprias do discurso preventivista do direito penal brasileiro. Ademais, não seria preciso interpretar que o paciente infrator é sujeito de direitos assegurados por um estatuto legal (Lei de Reforma Psiquiátrica). Direito de cidadania e de autonomia; direito de não ser coagido em manicômios judiciários ou estruturas de institucionalização, e de não viver ameaçado por elas.

Pensar sobre o controle penal da loucura é, sem dúvida, colocar em questão tradições doutrinárias e imagens que povoam o imaginário social. Supor que todo criminoso seja louco é violentar a loucura. Imaginar que todo louco seja potencialmente um criminoso é violentar a própria natureza humana nas suas expressões e nos seus desatinos. Ao final, chegamos a que nem um nem outro são atributos de realidade. A subjetividade humana se desvanece nas classificações do crime e da doença que servem a processos sociais e projetos políticos de criminalização e de adoecimento das *pessoas*.

REFERÊNCIAS

ABDALA-FILHO, Elías; SOUZA, Patrícia Abdala de. Bioética, psiquiatria forense e a aplicação da medida de segurança no Brasil. *Revista Bioética*, n. 17, 2009. p. 181-190. Conselho Federal de Medicina (CFM).

Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/160/165>

Acesso em: novembro 2010.

ALMEIDA, Francis Moraes de. Máscaras da insanidade: emergências e ressurgências do conceito de psicopatia na psiquiatria contemporânea. *Phychiatry on line Brasil*. v. 16, dezembro de 2011. Disponível em: <www.polbr.med.br/ano07/wal1207.php> Acesso em: 20 janeiro de 2012.

AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. (Org.) *Psiquiatria social e reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994.

_____. (Coord.) *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995. 136 p.

_____. *O homem e a serpente: outras histórias para a loucura e a psiquiatria*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996. 140 p.

_____. Rumo ao fim dos manicômios. *Mente e Cérebro*. Scientific American. n. 164, setembro de 2006. Disponível em:

<http://www2.uol.com.br/vivermente/reportagens/rumo_ao_fim_dos_manicomios_2.html>

Acesso em: 18 janeiro de 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AQUINO, Ana Paula. *Da Lei às leis: reflexões teórico-clínicas sobre os inimputáveis*, de Ana Paula de Aquino, Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica e Cultural)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

ASÚA, Luis Jiménez de. *O estado perigoso: nova fórmula para o tratamento penal e preventivo*. Tradução: J. Catoria e A. Blay. São Paulo: Brasil, 1933.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROS, Daniel Martins de. Neurociência forense. *Psychiatry online Brasil*, v. 14, n. 3, março de 2009. Disponível em: <http://visumconsultoria.com.br/psychiatryonlinebrasil.html> Acesso em: janeiro 2012.

BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BICCA, Carla; PEREIRA, Márcia Surdo; GAMBARINI, Maria Angélica. Conceitos, diagnósticos e classificação. In: PULCHEIRO, G.; BICCA, C.; SILVA, F. A. (Orgs.). *Álcool, drogas e informação: o que cada profissional precisa saber*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002. p. 3-16.

BIRMAN, Joel. A cidadania tresloucada. In: BEZERRA, B.; AMARANTE, P. (Org.) *Psiquiatria sem hospício: contribuições ao estudo da reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Relume-Duramá, 1992. p. 71-90.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Reconhecimento de inimputabilidade. Absolvição imprópria. Imposição de medida de segurança. Ausência de início de cumprimento da medida. Transcurso de lapso superior a dez anos. Menoridade relativa. Cômputo do prazo prescricional reduzido pela metade. Inteligência da regra prevista no art. 115 do código penal. Reconhecimento da prescrição da pretensão executória. Possibilidade. HC n. 59764 Publicada em 21 de junho de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 9 novembro 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Medida de segurança. Projeção no tempo. Limite. A interpretação sistemática e teleologia dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, devem fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos. HC 84.219-4 São Paulo. Coator Superior Tribunal de Justiça. Paciente Maria de Lourdes Figueiredo. Relator Ministro Marco Aurélio. 16 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stf.jug.br>. Acesso em: 15 novembro 2011.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 15 de outubro de 2011.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 20 de novembro de 2011.

_____. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm> Acesso em: 7 de novembro de 2011.

_____. Exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209_84.PDF>. Acesso em: 2 de novembro 2011.

BRASIL. Exposição de motivos à Lei de Execução Penal. Mensagem n. 242, de 29 de junho de 1983. Ministério da Justiça. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...> Acesso em: 5 de março de 2011.

_____. Lei n.7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 10 de outubro de 2011.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30 de novembro de 2011.

_____. Lei n. 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: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm> Acesso em: 1 dezembro 2011.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/.../Lei/L11340.htm> Acesso em: 29 de novembro de 2011.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/.../Lei/L11343.htm> Acesso em: 10 de dezembro de 2011.

_____. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/.../Lei/L12403.htm> Acesso em: 26 de novembro de 2011.

_____. Portaria Interministerial n. 1777, de 9 de setembro de 2003. Ministério da Justiça. Ministério da Saúde. Aprova o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário e dá outras providências.

BRASIL. Resolução n. 113, de 20 de abril de 2010. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências.

_____. Resolução n. 4, de 30 de julho de 2010. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais de Atenção aos Pacientes judiciários e Execução da Medida de Segurança.

_____. Decreto n. 7.648, de 21 de dezembro de 2011. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil.../_Ato2011.../2011/Decreto/D7648.htm> Acesso em: janeiro 2012.

BOTTINI, Pierpaolo C. Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. *Migalhas*. Informativo jurídico, julho de 2011.

Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136905,31047->

Medidas+cautelares+penais+(lei+12403+11)Novas+regras+para+a+prisao>

Acesso em: 17 novembro 2011.

CAMARGOS, Liliane. *A psicanálise do olhar: do ver ao perder de vista nos sonhos, na pulsão escópica e na técnica psicanalítica*. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

CAMARGOS, Liliane; BELO, Fábio. Quando a lei é surda: um caso recente na história entre a psicologia e o direito. *Revista Psicologia e Pesquisa*. Laboratório de Psicodinâmica e Clínica do Trabalho, Universidade de Brasília, v. 26, n. 2, p. 387-392, abr./jun. 2010.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v26n2/a21v26n2.pdf>> Acesso em: 30 janeiro 2012.

CAMPOS, Maria Elisa Fonseca Goduardo. *Crimes do supereu: da insensatez da lei às suas ficções*. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

CARRANZA, Elías. Prisão e justiça penal: o modelo de direitos e obrigações das nações unidas e uma política integral de segurança dos habitantes em relação ao delito. In: CARRANZA, E. (Org.), *Cárcere e justiça penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo e direitos e obrigações das Nações Unidas*, 2ª parte. 2010. p. 45-107. Disponível em <www.ilanud.or.cr> Acesso em: 4 novembro 2011

CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP, 1998. 228 p.

CARVALHO NETTO, Menelick; MATTOS, Virgílio de. *O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da Lei n. 10.216/2001*. Parecer ao Conselho Federal de Psicologia (CFP), 2005. Disponível em:

<<http://www.crprj.org.br/publicacoes/cartilhas/transtorno-mental.pdf>>

CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

CASTRO, Ulysses Rodrigues de. *Reforma psiquiátrica e o louco infrator: novas ideias, velhas práticas*. Brasília: Hinterlândia, 2009.

CELSO DELMANTO; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código penal comentado*. 8 ed. rev.. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CLASSIFICAÇÃO ESTATÍSTICA INTERNACIONAL DE DOENÇAS E PROBLEMAS RELACIONADOS À SAÚDE (CID-10), rev. 10ª, 1993, v. 1. Organização Mundial de Saúde (OMS) e Organização Panamericana de Saúde (OPAS). São Paulo: Lemos.

COSTA, Jurandir Freire. *História da psiquiatria no Brasil: um corte ideológico*. 5ª ed. rev. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

COSTA, Augusto Cesar de Farias. Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.), *Direito sanitário e saúde pública*, Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde, v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 143-184.

CHAVES, Tharcila V. et al. Fissura por crack: comportamentos e estratégias de controle de usuários e ex-usuários. *Revista. Saúde Pública*, dez 2011, vol.45, n. 6, p.1168-1175. Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Saúde Pública.
Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/2011nahead/2774.pdf>>
Acesso em: 7 dezembro 2011.

CRUZ, Marcelo Lebre. *A Inconstitucionalidade da Medida de Segurança face à Periculosidade Criminal*, Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil, Curitiba, 2009.

CUBA. Lei n. 71, de 30 de abril de 1988. Institui o Código Penal de Cuba. Disponível em: <<http://estudiospenales.com.ar/legislacion/codigos/228-codigo-penal-de-cuba.html>>
Acesso em: 10 junho 2011

DARLAN, Siro. Acolher é proteger, recolher é crime. *Blog do Siro Darlan*, julho 2011.
Disponível em: < <http://www.blogdosirodarlan.com/?m=201107>> Acesso em: 26 janeiro 2012.

DELGADO, Pedro Gabriel G. *As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil*. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992.

DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 1999. p. 167.

DETONI, Josenir Lopes. *Nos Limites da Saúde Mental: a loucura da perspectiva do discurso bioético*, Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

DUARTE, Luis Fernando. *Da vida nervosa nas classes trabalhadoras urbanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor/CNPq, 1986

ENCONTRO NACIONAL SOBRE O ATENDIMENTO A PESSOAS EM MEDIDA DE SEGURANÇA, 1 e 2, 2010, Relatório Final. Brasília: Ministério da Saúde, Ministério da Justiça. Disponível em: <portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/enc_medidas.pdf> Acesso em: 7 de julho de 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel (Org.) *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*. Tradução: Denise Lezan de Almeida. 5ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1977.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução: Lígia M. Pondé Vassalto. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

_____. *Microfísica do poder*. Tradução: Roberto Machado. 8ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *História da loucura na idade clássica*. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. 6ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

_____. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. Tradução: Eduardo Brandão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GAROFALO, Rafael. *La criminología: estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*. Pamplona: Anacleto Ediciones y Libros, 2008.

GASTAL, Fábio Leite. [et. al.] Tratamento etiológico em psiquiatria: o modelo da neurosífilis. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, n. 21, 1999, p. 29-35. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbp/v21n1/v21n1a07.pdf>> Acesso em: 29 janeiro 2012.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.

GOIÁS. Termo de convênio de cooperação técnica e operacional referente à implementação do programa de Atenção Integral ao Louco Infrator, de 26 de outubro de 2006. Secretarias de Estado da Saúde e da Justiça. Disponível em:
<<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/7/noticia/13fbe73294116d3a5a01b6238afe02af.html>>
Acesso em: 30 janeiro 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais: IELF, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), São Paulo, ano I, n. 2, p. 64-72, 1993.

GONÇALVES, Renata Weber. *A medida de segurança: elementos para interpretação da contenção por tempo indeterminado dos loucos infratores no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Antropologia)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

GRISPIGNI, Filippo. *La responsabilità giuridica dei cosiddetti non imputabili*. Milão: Soc. Ed. Libreria, 1921.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2005.

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

LAURENTI, Rui. Pesquisas na área de classificação de doenças. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 3. n. 2, p. 112-126, 1994.
Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v3n2/06.pdf>>
Acesso em: 4 dezembro 2011.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo pena (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

LOSTALÓ, Juan Carlos Dominguez. Avaliação e agrupamento das pessoas presas. In: CARRANZA, Elías (Org.), *Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo e direitos e obrigações das Nações Unidas*, 2ª parte, 2010. p. 161-169. Disponível em: <www.ilanud.or.cr>

MANZANERA, Luiz Rodrigues. *Criminología*, 2ª ed., México: Editorial Porrúa, 1981.

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica do Brasil. *Revista de Ciências Criminais*. Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP), n. 00, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 175-189.

MARTINS, Sérgio Mazina. Jurisprudência organizada e comentada: execução penal – parte III. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), São Paulo, n. 21, p. 366-367, 1998.

MASIERO, André Luis. A lobotomia e a leucotomia nos manicômios brasileiros. *História Ciência e Saúde-Manguinhos*. v. 10, n. 2, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702003000200004> Acesso em: 29 janeiro 2012.

MECLER, Kátia.(Coord.), Instruções e normas técnicas para sessões de laudos de sanidade mental para fins forenses. In: XXVIII CONGRESSO BRASILEIRO DE PSIQUIATRIA. Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.cbpbp.org.br/comunicados/arquivo/2010/comunicado05/Normas_tecnicas190310.pdf> Acesso em: dezembro 2010.

MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (Orgs.), *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MINAS GERAIS. Resolução n. 633, de 4 de maio de 2010. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do projeto Novos Rumos, no âmbito do Tribunal de Justiça, e sua implementação em todas as comarcas do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re06332010.PDF>

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Comentários à Lei n° 7210, de 11-7-84*. 6ª ed. rev.e atual. São Paulo: Atlas. 1996.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao código de processo penal à luz da doutrina e da jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2005.

MUSSE, Luciana Babosa. *Políticas Públicas em Saúde Mental do Brasil na perspectiva do Biodireito: as experiências dos estados de Minas Gerais e São Paulo sob a égide da Lei n. 10.216/2001 e suas implicações*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

NEVES, Cláudia Mary Costa e. *A decisão judicial enquanto ato e a construção do caso clínico no acompanhamento do louco infrator*, Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VCSA-8CMM9D/1/dissertacao_final.pdf> Acesso em: 30 janeiro 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as novidades trazidas pela lei 12.403/2001. *Carta Forense*, julho de 2011. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Mateira.aspx?id=7142>> Acesso em: 12 novembro 2011.

OLIVEIRA, Ana Cristina Bezzera de, *O buraco negro do ser: manicômio do vazio: a (des)estrutura dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Centro Universitário UNIEURO, Brasília, 2009. Disponível em: <http://ccipfdc.files.wordpress.com/2011/06/dissertacao_ana_cristina_alencar_oliveira_buraco_negro.pdf> Acesso em: 30 julho 2011.

PENALVA DA SILVA, Janaína L. *O direito fundamental à singularidade do portador de sofrimento mental: uma análise da Lei nº 10.216/01 à luz do princípio da Integridade do Direito*. 2007. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

_____. Algumas considerações sobre a influência da saúde nos contextos de inclusão social: o caso dos portadores de transtorno mental. In: *O Direito Achado na Rua*, v. 4, 2009. p. 179-186.

PERIZZOLO, Juliana. [et. al.] Aspectos da prática da eletroconvulsoterapia: uma revisão sistemática. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*, v. 25, n. 2. Porto Alegre, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-81082003000200009&script=sci_arttext> Acesso em: 29 janeiro 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, v. 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 5ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRONUNCIAMENTE PÚBLICO sobre as ações de abordagem de crianças e adolescentes em situação de rua. Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (CEDECA). *Respeito é Bom e eu Gosto*, Rio de Janeiro, julho 2011. Disponível em: <<http://www.rebomeg.com.br/p/rua-alice-presente.html>> Acesso em: 14 janeiro 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005.

RIBEIRO, Fabrício J. Rocha. Da razão ao delírio: por uma abordagem interdisciplinar do conceito de loucura. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

RIBEIRO, Marcelo [et. al.] Perfil do usuário e história natural do consumo. In: RIBEIRO, Marcelo. LARANJEIRA, Ronaldo. (Org.) *O tratamento do usuário de crack*. São Paulo: Casa da Leitura Médica, 2010. p. 60-69.

RIO DE JANEIRO. Resolução n. 20, de 27 de maio de 2011. Secretaria Municipal de Assistência Social. Cria e regulamenta o protocolo do serviço especializado em abordagem social, no âmbito das ações da proteção social especial de média complexidade da secretaria municipal de assistência social, assim como institui os instrumentos a serem utilizados no processo de trabalho. Disponível em:

<http://doweb.rio.rj.gov.br/sdcgi-bin/om_isapi.dll?&softpage=_infomain&infobase=30052011.nfo> Acesso em 4 dez. 2011.

ROSSINI, Augusto. Alternativa Penal não é impunidade. In: VII CONGRESSO NACIONAL DE ALTERNATIVAS PENAIAS, 2011, Campo Grande. Serviço de notícias eletrônicas... 2011. Disponível em:

<<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJ87939E3DITEMID6FBC4C3B0F6A42DCB6C4281B4EB6F293PTBRIE.htm>> Acesso em: 17 novembro 2011

SANTOS, Nelson Garcia. *Do hospício à comunidade: políticas públicas de saúde mental*. Ilha de Santa Catarina: Letras Contemporâneas, 1994.

SEMINÁRIO PARA A REORIENTAÇÃO DOS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA DE TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO, 2002, Brasília. *Reforma Psiquiátrica e Manicômio Judiciário*. Relatório final. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

SHECARIA, Sérgio Salomão. *Questão penitenciária e poder público*: depoimento [mar. 2009]. Portal IBCCRIM. Disponível em:

<http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=13262> Acesso em: janeiro 2012.

SZASZ, Thomas S. *A fabricação da loucura: um estudo comparativo entre a Inquisição e o movimento de Saúde Mental*. Tradução: Dante Moreira Leite. 3ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1984.

TABORDA, José G. V. Exame pericial psiquiátrico. In: TABORDA, J. G. V.; CHALUB, M.; ABDALA-FILHO, E. (Orgs.), *Psiquiatria forense*, Porto Alegre: Artmed, 2004.

TALVANI de Moraes. *Ética e psiquiatria forense*. Rio de Janeiro: Ed. IPUB/CUCA, 2001.

VENANCIO, Ana Teresa A. A construção social da pessoa e a psiquiatria: do alienismo à “nova psiquiatria”. *PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva*. Vol. 3, n. 2, p. 117-135, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

