

CIÊNCIAS PENAIS

REVISTA DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DE PROFESSORES DE CIÊNCIAS PENAIS

Diretores

JUAREZ TAVARES, LUIZ REGIS PRADO e MIGUEL REALE JÚNIOR.

Secretário

EDUARDO REALE FERRARI

Conselho Editorial

EDUARDO REALE FERRARI; JUAREZ TAVARES; LUIZ LUIS;
LUIZ REGIS PRADO; MARIA AUXILIADORA DE ALMEIDA MINAHIM;
MIGUEL REALE JÚNIOR; NILÓ BATISTA
e SHEILA JORGE SELIM DE SALES

Conselho Consultivo

Exterior

AFONSO SERRANO MAILLO (ESPAÑA); CARLOS MARIA ROMEO CASABONA (ESPAÑA);
FRABRIZIO RAMACCI (ITALIA); FRANCESCO PALAZZO (ITALIA);
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA); JOSE CEREZO MIR (ESPAÑA);
JOSE LUIS DIEZ RIPOLES (ESPAÑA); JOSE LUIS GUZMAN DALBORA (CHILE);
JOSE RAMÓN SERRANO-PIEDecasAS (ESPAÑA); JULIO ARMAZA GALDOS (PERU);
LUIZ GRACIA MARTIN (ESPAÑA); MIGUEL ANGEL BOLDOVA PASAMAR (ESPAÑA)
e TERESA SERRA (PORTUGAL).

Brasil

ANTONIO SCARANCE FERNANDES; CLÁUDIO BRANDÃO; CEZAR ROBERTO BITENCOURT;
EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA; FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO;
GERALDO LUIZ MASCARENHAS PRADO; HETTOR COSTA JÚNIOR;
JAIR LEONARDO LOPES; JUAREZ CIRINO DOS SANTOS;
LEONARDO ISAAC YAROCHEWSKY; ANTONIO LUIZ CHAVES CAMARGO;
LUIZ VICENTE CERNICCHIARO; MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA;
MARIA CAROLINA DE ALMEIDA DUARTE; OSWALDO HENRIQUE MARQUES DUECK;
RODRIGO SANCHEZ RIGOS; TÁLIA MARIA NAVA MARCHEWKA
e VICENTE GRECO FILHO

58594

ISSN 1679-673X

CIÊNCIAS PENAIS

REVISTA DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DE PROFESSORES DE CIÊNCIAS PENAIS

00

Ano 1 • 2004



Direção:

JUAREZ TAVARES, LUIZ REGIS PRADO e MIGUEL REALE JÚNIOR

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS



Como disse Jesus-Maria Silva Sánchez,⁹⁰ definir a idade de dezoito anos como a de responsabilidade penal plena implica em uma série de condições entre as quais se destaca a existência, no ordenamento jurídico, de medidas adequadas e adaptadas às particularidades psicológicas e criminológicas desta faixa de idade. Se tais providências fracassam, no cumprimento de sua função preventiva (positiva e negativa), a comunidade perderá sua confiança no funcionamento normal e eficaz do ordenamento jurídico, sobretudo quando se tratar de jovens entre dezesseis e dezoito anos.

Postular o asseguração da inimputabilidade penal do menor e recusar que, em nome da defesa social, se mande para os estabelecimentos de internação milhares de jovens brasileiros pobres⁹¹ não significa negar a necessidade de o direito garantir uma convivência social estável.

Assim como o direito penal procura soluções justas e adequadas, que conciliem na realização de sua função de tutela do bem jurídico, o controle possível da criminalidade com a preservação de valores como a dignidade e a liberdade assim deve proceder a legislação especial.

O enfoque privilegiado na garantia do autor da infração contra a intervenção abusiva do Estado pode ser compreendido como recurso que visa a impedir que a vulnerabilidade social e biológica funcione como atrativo para o arbítrio e a violência. Esse pressuposto é determinante para que se recuse a utilização de expedientes mais gravosos para aplacar as angústias reais ou imaginárias diante da delinqüência juvenil.

As frustrações que decorrem da violação das normas pelos adolescentes podem e devem ser resolvidas no âmbito do próprio estatuto, com ajustes que possibilitem a realização de todas as funções do direito e que transmitam mais consistência nas providências do Estado diante de certos atos infracionais.

Retomando-se a linha de idéias do autor com que se iniciou esse trabalho, é possível afirmar que a inventividade é um recurso que permite a retomada da experiência do passado como elemento de emancipação, como recurso capaz de libertar dos equívocos da experiência vivida e com idoneidade para a construção do futuro que se busca pleno.

⁽⁹⁰⁾ Op. cit., p. 40.

⁽⁹¹⁾ Dados colhidos pela Fundação de Saúde Pública de São Paulo e pela USP permitem o conhecimento do perfil do adolescente que chega a ser internado na Febem e confirmam o processo seletivo das agências públicas na imposição de medidas restritivas.

Perfil do adolescente internado na Febem	Dados em % grau de instrução
1.ª a 4.ª série	23
5.ª e 8.ª série	60
2.º grau	17

586071

2. DOUTRINA BRASILEIRA

2.5

AS CONTRADIÇÕES DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL E DA REFORMA PSQUIÁTRICA NO BRASIL

TÂNIA MARIA NAVA MARCHEWKA

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Origem e características das medidas de segurança - 3. Da periculosidade - 4. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da psiquiatria democrática - 5. O direito penal democrático - 6. Conclusão.

Palavras-chave: Medidas de segurança - Direito penal - Reforma psiquiátrica.

1. Introdução

O presente trabalho pretende contribuir para uma reflexão a respeito das contradições das medidas de segurança no âmbito da legislação penal. Objetiva oferecer subsídios para a defesa da cidadania e do direito ao tratamento em liberdade ao portador de transtorno mental, infrator da norma penal.

A importância do esforço no desenvolvimento deste trabalho surge após leitura refletida da doutrina constitucional, penal e processual penal e médica psiquiátrica, bem como da experiência e artigos dos demais profissionais da saúde mental: psicólogos, assistentes sociais, por exemplo, e, ainda, da leitura da legislação do direito e da saúde mental. Ademais, resulta de nossa experiência nos diversos anos lidando na execução penal, como defensora pública e, posteriormente, como promotora de justiça, após mais de dez anos visitando periodicamente o setor psiquiátrico do complexo penitenciário do Distrito Federal.

Pretende, pois, destacar as contradições das medidas de segurança como resposta penal do Estado ao indivíduo infrator da norma penal cometido de transtorno mental, dentro de uma perspectiva humanista do direito penal. Procura demonstrar que o problema não é enfrentado no âmbito das ciências penais. Afinal, é importante se discutir como se deve tratar os doentes mentais submetidos à medida de segurança diante da nova política de tratamento psiquiátrico.

A política de saúde mental nos últimos dez anos tem sido alvo de atenção e objeto de profundas discussões no âmbito governamental. A "crise" de paradigma

na área da psiquiatria repercutiu pelos meios de comunicação e ganhou foro de questão prioritária para a sociedade brasileira com a promulgação da Lei 10.216, de 06.04.2001.

O grande enfoque desta reflexão será a apresentação do problema no âmbito do direito penal, o qual deve convergir para a garantir a proteção da dignidade do ser humano. As questões fundamentais serão tratadas no âmbito do direito constitucional, do penal atual e da atual política criminal.

Como se vê, não se pode encerrar a violação dos direitos humanos como sendo um problema de vizinhança, quando a Constituição Federal Democrática de 1988 concebe, no art. 1.º, a dignidade do homem como um dos seus principais fundamentos, à sombra de uma sociedade discriminatória. Assim, aquele que coloca o direito da pessoa humana em segundo plano afeta as garantias do homem.

Estas questões são fundamentais tanto para o constitucional e para o direito penal como também para a política criminal. Ademais, a legitimação da democracia se faz por meio da proteção dos direitos humanos.

Perquirir, questionar e refletir sobre problemas vinculados às medidas de segurança perante as ciências criminais, consideradas pela dogmática jurídico-penal, pela criminologia e a política criminal, em face da reforma psiquiátrica, é o nosso propósito.

Procuramos tornar concretos nossos objetivos comprometidos com os princípios, direitos e garantias inscritos na Constituição Federal de 1988 e com a integração da dogmática jurídico-penal no contexto das demais áreas do conhecimento preocupadas com a cidadania e dignidade do doente mental.

Este trabalho nos permitirá refletir acerca do aprisionamento do juiz pelos laudos psiquiátricos, dentro de uma abordagem que coloca o direito penal no plano que afeta as garantias do homem.

O sistema atual de execução da medida de segurança no Brasil configura uma das maiores violações aos direitos humanos no mundo contemporâneo. O nosso propósito é levantar algumas questões sobre as contradições das medidas de segurança, notadamente no que diz respeito à periculosidade do doente mental, tendo como pano de fundo a estrutura teórica do garantismo jurídico-penal.

Nesse sentido, este artigo procura atender um interesse mais do que acadêmico, pois está inscrito num processo objetivo de transformação da prática psiquiátrica, envolvendo profissionais da saúde mental e do direito que acreditam num Estado de Direito Democrático e Social, bem como numa psiquiatria democrática e alternativa, comprometendo-se, portanto, com esta luta.

Pretendemos questionar os critérios estabelecidos na doutrina penal tradicional e a psiquiátrico-forense para a determinação da periculosidade, diante das questões fundamentais das ciências penais, bem como da psiquiatria democrática, no contexto do Estado Democrático de Direito e Social.

Analisaremos a situação concreta do doente mental no contexto penitenciário, em face da crise generalizada dos fundamentos organizacionais e dos valores que norteiam, na sociedade contemporânea, a discussão a respeito da justiça, do direito e da saúde mental, discussão que toma fôlego e amplia-se no campo da ética.

O grande enfoque desta reflexão será a posição da Justiça Criminal em face do que a reforma psiquiátrica pretende para o portador de transtorno mental. Partiremos das seguintes reflexões: quais são as opções existentes para que os doentes mentais possam ter seus direitos garantidos pela Justiça?; que mecanismos novos podem ser criados para garantir o direito à saúde mental dos portadores de sofrimento psíquico? Com isto procuraremos constatar as contradições das medidas de segurança em nosso sistema punitivo brasileiro como nosso objeto de estudo.

Com isto, pretendemos refletir sobre a desconstrução dos manicômios judiciários, para substituir a execução das medidas de segurança detentiva por alternativas que possibilitem garantir ao doente mental infrator o direito à saúde, nos moldes dos serviços preconizados pela reforma psiquiátrica. Só assim, atenderemos as perspectivas do direito penal e da política criminal que protegem os direitos e a dignidade do homem.

2. Origem e características das medidas de segurança

A origem das medidas de segurança não é tão antiga como a da pena. Esta última é tão remota que se perde nos tempos, sendo tão antiga como a própria história da humanidade. A história do direito penal engloba três períodos: primitivo, humanitário e científico.

O primeiro período vai até meados do século XVIII, com a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e caracterizava-se por um direito penal costumeiro que se encontrava envolvido pela religião – o próprio direito confundia-se com a moral, e o crime era considerado matéria de direito privado.

No século XVII e ainda no começo do século XVIII, caracterizou-se o espetáculo do terror, crueldade, violência corporal, como fundamento político da penalidade. O suplício não restabelecia a justiça, mas reativava o poder. Os primeiros protestos surgiram com Voltaire, Rousseau. Mostequeiu, os quais inspiraram Beccaria em sua grande obra *Dos delitos e das penas*, em 1764.

Cesar Bonessana, o Marquês de Beccaria (1738-1774), considerado o fundador do direito penal moderno, influenciado com as idéias de Montesquieu, Rousseau, Voltaire e Locke, publica o livro *Dei delitti e della pene*, formulando postulados que marcaram o início definitivo do direito penal moderno e da escola clássica de direito penal. Este autor propõe acabar com a distinção entre os nobres, os plebeus e, ao mesmo tempo, assinala que, sendo os homens iguais, o

tratamento penal deve ser exatamente igual, a pena deve ser proporcional à gravidade do delito e os juízes devem estabelecer suas sentenças baseadas não em seus juízos pessoais e sim na lei.

Conclui Beccaria no § XLVII da referida obra que, para que a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, eficaz, necessária, a mínima das possíveis nas circunstâncias e proporcional aos crimes ditados pelas leis.

Entre as grandes contribuições dos ideais reformistas de Beccaria, destacamos o desenvolvimento de ampla mudança legislativa - movimentos codificados - Código Penal francês de 1810, por exemplo. Ademais, apontou para importantes construções científicas - as escolas pensais. Na Alemanha, Feuerbach escreveu a primeira obra sistemática moderna do direito penal.

As idéias de Beccaria foram aprimoradas ao longo do século XIX por penalistas que a sistematizaram e a projetaram no âmbito do direito penal. Segundo Lyra (1946), Beccaria foi a figura chave da transição do período primitivo para o período humanitário. O período humanitário inicia-se com a proclamação da defesa dos direitos do homem e vai até as primeiras reformas inspiradas no movimento científico do século XIX, quando se inicia o terceiro período denominado científico.

O maior sistematizador dos princípios jurídicos que constituem a base da escola clássica de direito penal foi Francesco Carrara, penalista de escola italiana. Em 1859, utilizando o método dedutivo ou lógico-abstracto em sua obra *Programa de direito criminal*.

Até o fim do século XVIII, desenvolvera-se o direito penal dentro de um número de fórmulas abstratas, muitas delas recebidas dos romanos e ampliadas, sutilizadas pela vigorosa elaboração da lógica, a que entre as escolas pensais, a chamada escola clássica, submetera os fundamentos do velho direito de punir.

A realidade era o crime, não um ente de fato, mas um ente jurídico segundo a célebre expressão do mestre do classicismo Francesco Carrara, e em torno dessa entidade abstrata desdobrava-se a dinâmica do direito penal.

Enquanto os criminalistas clássicos teciam os seus silogismos sutis em torno do delito e da pena, as ciências experimentais iam aos poucos tirando do mistério os fundamentos e as razões do comportamento humano e impondo à consideração do direito penal a pessoa do homem.

As contribuições dos diversos ramos da biologia, sobretudo daqueles que tendiam a apresentar a personalidade humana como unidade central, a endocrinologia, a biotipologia, a psicologia, inclusive a psicanálise, esclareceram muitos aspectos do mecanismo íntimo do comportamento. Com isso, atingiram uma fórmula unitária final, concluindo que o homem pensa, quer e atua, com toda a sua personalidade biopsicológica, e que esta personalidade total se estrutura sob forças da herança e do meio físico e social.

Uma das propostas defendidas pela escola positiva, no final do século XIX, tinha por objeto substituir a pena por um novo tipo de sanção criminal. Objetivando basicamente o tratamento do autor de uma infração penal, a nova sanção desvinculava-se da idéia de castigo e sua função principal seria a de retirar do meio social todo o indivíduo que, por seu comportamento anterior ou, principalmente, por sua *condição biopsicológica, revelasse real perigo para a coletividade*.

As críticas mais incisivas ao direito penal partiram da antropologia criminal e não da psiquiatria. Os resultados obtidos pelas técnicas utilizadas por esta disciplina conduziram à conclusão de que alguns criminosos poderiam ser considerados uma variação singular do gênero humano.

A idéia do criminoso nato, formulada pelo psiquiatra italiano Césare Lombroso, possibilitou uma expansão da idéia de que havia uma "natureza criminosa" em cada criminoso. Em 1876, Lombroso, ao falar sobre o homem delinqüente, questionava se ele pertencia ao círculo do homem sadio, do alienado ou ao mundo só seu, e se havia uma propensão por parte deste ao crime. Concluiu a pesquisa, reconhecendo nos delinqüentes anormalidades na esfera somática e psíquica, que, segundo o autor, seriam características de seres inferiores, próximos de raças primitivas: milenares, o que por sua vez levava à idéia fundamental da origem biopsíquica do criminoso.

Uma das consequências da observação deste autor foi a analogia do criminoso com o doente mental, no que tange à falta de responsabilidade pelas ações cometidas. Dois anos após a publicação de Lombroso, já Ferri aborda suas reflexões, dando origem à criminologia, que, por sua vez, deu unidade a um movimento conhecido como escola positiva de direito criminal. Esta escola surgiu na Itália, entre 1875 e 1880, tendo como fundadores Lombroso, no campo antropológico, Ferri, no campo sociológico, e Garófalo, no campo jurídico.

Para os positivistas, o indivíduo não seria o homem racional agindo livremente como pensavam os clássicos. Importava à ciência descobrir as causas que conduziam um indivíduo ao crime. O crime deixava de ser uma questão de moralidade para ser uma questão médica, psicológica e sociológica. Os positivistas alegavam que, assim como a medicina científica passou, a partir do século XIX, a ter como objeto os doentes e classificar as doenças, segundo suas causas, também o direito deveria ter como objeto os criminosos e não seus crimes, classificando as formas de criminalidade segundo suas causas.

A partir do começo do século XX, a legislação penal passou a praticar dois tipos de sanção como resposta ao comportamento delituoso: a pena, milenarmente praticada em todas as épocas e em todos os lugares, e a medida de segurança. Esta defendida pelo positivismo criminológico, desde o final do século XIX, tem como objetivo específico o tratamento psiquiátrico e, eventualmente, ético-social do indivíduo infrator, que tenha agido sem a necessária capacidade de discernimento do caráter ilícito de sua conduta. Já a pena, embora também vise à reinserção social do delinqüente, conserva inegavelmente sua natureza

aflição, de castigo pelo crime cometido de forma censurável, segundo os padrões de *real perigo para a coletividade*. O verdadeiro criminoso seria conduzido à *prática delitosa por causas biopsíquicas* e, como consequência desse *determinismo criminológico*, a solução lógica seria buscar o seu tratamento (se possível preventivo) e não seu castigo.

Preconizada pela escola positiva desde o final do século XIX, a medida de segurança foi adotada pela primeira vez no Código Penal português de 1902. Posteriormente, foi adotada pelo Código Penal argentino de 1921, pelo Código Penal italiano de 1930 e, a partir de então, por todas as legislações penais. No Brasil, foi adotada pelo Código Penal de 1940. Nenhum sistema jurídico aboliu a pena criminal, sendo que a medida de segurança acabou adotada como sanção alternativa, geralmente aplicável aos inimputáveis.

O que a caracteriza, em relação à pena, é seu caráter exclusivamente terapêutico e o fato de ser aplicada a quem apresenta perigo para o meio social. Em regra, a medida de segurança deve ser reservada apenas para os inimputáveis por doença mental, que venham a cometer uma infração penal. Nesse caso, a medida de segurança constitui uma sanção alternativa à pena. É a posição adotada pela dogmática jurídico-penal e pela legislação brasileira.

Assim, ao final do processo, considerando o juiz que o agente, no momento em que praticou o fato, era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato cometido, declara-o inimputável, decreta-lhe a absolvição e, em consequência, aplica-lhe a medida de segurança. É o que dispõe o art. 97, *caput*, do CP.

3. Da periculosidade

Segundo o critério adotado em nossa legislação penal, o inimputável por doença mental é presumidamente perigoso, sendo obrigatória a aplicação de medida de segurança, que consiste na internação em hospital de custódia ou tratamento psiquiátrico. Se o fato previsto como crime for punível com pena de detenção, a medida de segurança poderá ser tratamento ambulatorial.

Como se vê, a posição da legislação brasileira denota uma postura altamente simbólica do sistema punitivo e que permanece sem dúvida assim até nossos dias. Duzentos anos se passaram. Hoje o cenário é outro, após as denúncias de Foucault, mas a discriminação continua. Tudo indica que, substancialmente, o fundamento para a aplicação de medida de segurança detentiva é pior do que o da pena privativa de liberdade, pois não existe na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) dispositivo que possibilite a liberação do doente mental de forma progressiva, nos moldes da pena privativa de liberdade.

Ora, isso torna inviável para muitos a libertação, razão pela qual não nos parece válida nos dias de hoje esta orientação, pois obriga o juiz a decretar a internação sempre que o fato cometido seja reprimido com a pena de reclusão.

Isso significa que o doente mental que venha a praticar um furto simples, uma receptação dolosa ou culposa ou uma lesão corporal grave (crimes punidos com reclusão) será obrigatoriamente internado em hospital psiquiátrico.

Desse modo, parece-nos paradoxal que o imputável que cometer um desses crimes, desde que primário, poderá permanecer em liberdade, beneficiando-se do *suavis* ou até da substituição da pena de reclusão por uma restritiva de direitos, por multa, ou até mesmo com a suspensão do processo, e ao doente mental não se beneficiar de nenhuma alternativa destas.

Para evitar esse paradoxo, torna-se necessário que os tribunais, com base na interpretação analógica *in bonam partem*, em atendimento à política criminal e à dogmática penal e processual penal contemporâneas, apliquem também à medida de segurança os benefícios atribuídos aos imputáveis, a fim de acompanhar o tratamento dentro dos moldes da moderna psiquiatria. Só assim o inimputável teria condições de receber um tratamento que melhore seu estado de saúde mental.

Desse modo, vemos que a internação, por ser medida constrangedora da liberdade individual e pelos males inevitáveis que acarreta, viola direitos fundamentais do homem. Por isso, deve ser executada somente em casos excepcionais. Afinal de contas, não devemos nos esquecer de que o fim maior da medida de segurança é o tratamento psiquiátrico de um indivíduo incapaz de culpabilidade penal, por ser portador de doença mental.

No que concerne ao prazo de duração da medida de segurança, cumpre inicialmente enfatizar que em relação à pena privativa de liberdade o prazo de duração possui um mínimo que dependerá do bom desempenho do condenado, o qual poderá ser beneficiado com remição, com livramento condicional etc.

Já a medida de segurança, ao contrário, é aplicada com prazo mínimo de duração, ficando o máximo por tempo indeterminado. O juiz determinará a internação ou o tratamento por um prazo mínimo, que poderá perdurar indeterminadamente, enquanto não for constatada, por meio de perícia médica, a cessação da periculosidade.

Conforme estabelece o Código Penal, o prazo mínimo de internação deverá ser de um a três anos (art. 97, § 1.º, do CP). Como se vê, o indeterminismo do tempo de duração da medida de segurança é inaceitável. Porém, ainda hoje, o legislador e os doutrinadores entendem que o objetivo da medida de segurança é o tratamento psiquiátrico do inimputável portador de doença mental e não o de reprimi-los.

No início do século XIX, após a diferenciação do louco do vagabundo, do mendigo e do criminoso, surge um novo corpo de especialistas inserindo o louco na categoria específica de doente mental. A loucura inicialmente definida por Pinel como sendo uma "doença da razão" passa por modificações ao longo do século XIX.

4. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da psiquiatria democrática

Dessa forma, entendemos que em pleno século XXI devemos perceber as mudanças e divergências em torno dessa construção para não sucumbirmos ao pensamento de uma época.⁵

Como pensar o espaço urbano atual, abstraindo-se o fato de que novos paradigmas estão sendo construídos para a questão da saúde mental? Como a justiça criminal brasileira analisa nos dias atuais o doente mental que praticou uma infração penal? Cumpre destacar uma pequena amostra das práticas de nossos tribunais:

“Aplicação da medida de segurança a inimputável: obrigatoriedade – TRF 5.ª Reg.: a aplicação de medida de segurança ao inimputável reconhecido por sentença é obrigatória e deverá ser fixada de acordo com a periculosidade do agente. Assim, não havendo prova de sua temibilidade, a fixação do tratamento ambulatorial é medida adequada” (RT 753/736). TJBA: “Homicídio. Agente isento de pena nos termos do art. 22 (art. 26 vigente) do CP. Periculosidade presumida. Necessidade de aplicação da medida de segurança adequada” (RT 585/362). TJSP: “Para a aplicação de medida de segurança, na hipótese de reconhecimento de inimputabilidade penal do acusado, não é necessário que ela seja plicada na denúncia, uma vez que se trata de periculosidade presumida por lei, sendo de rigor sua imposição” (RT 577/354). TACrimSP: “Medida de segurança não deixa de constituir sanção penal, pois pressupõe prática de fato previsto como crime. Absolvido o réu por insanidade, a medida é obrigatória, acumulando o aspecto preventivo da salvaguarda social ao assistencial, em que se visa a recuperação do agente” (RJDJ/CRIM 6/11). TACrimSP: “A internação é a medida de segurança aplicável aos irresponsáveis, que, isentos de pena na conformidade do art. 22 (art. 26 vigente) do CP, são presumidamente perigosos” (JTA-CRIM 66/304). No mesmo sentido, TJSP: RT 575/357.

“Aplicação de medida de segurança independentemente de pericia – TJSP: Provados o fato típico e a autoria, mas demonstrada nos autos a inimputabilidade do réu, portador de esquizofrenia, ainda que não realizado exame de sanidade mental, deve ele ser absolvido, com imposição de medida de segurança consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico” (RT 634/262).

Como se vê, nos tribunais brasileiros ainda se leva em conta o pensamento da escola positiva do século XIX. No Brasil, apesar das reformas do nosso Código Penal, a aplicação de medida de segurança, tanto a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico como o tratamento ambulatorial, pressupõe, ao lado do fato típico, a periculosidade, ou seja, que o agente possa vir a praticar outro crime. Tratando-se de inimputável, a definição da medida cabível ocorre, em primeiro plano, considerado o aspecto objetivo – a natureza da pena privativa de liberdade prevista para o tipo penal. Se é a de reclusão, impõe-se a inter-

nação. Somente na hipótese de detenção é que fica a critério do juiz a estipulação, ou não, da medida menos gravosa – de tratamento ambulatorial. A razão de ser está na gravidade da figura penal na qual o inimputável incide.

Ora, na produção das imagens do doente mental ele é sempre visto pela tônica da piedade e do medo, da caridade cristã, da intolância, inclusive da própria família ou da repressão, da vítima ou do criminoso perverso, sempre numa dualidade aparente dissociada, mas que representa duas faces de uma mesma moeda: a representação do destrutivo, do negativo ou do mal social. Isto quer dizer que, ao lado da medida de segurança, transparece a “demonização” dos doentes mentais por aquilo que eles podem significar: o mito da loucura.

Nenhum dos dois lados dessas imagens, no entanto, pressupõe a aceitação de um “outro”, com diferentes formas de se situar no mundo. Se a tônica da repressão pelo “internamento” demonstra claramente a negação de aceitar o diferente, o da piedade ou da caridade escamoteia esta rejeição pelo discurso de simplesmente retirá-los da sociedade, de um lugar onde não podem circular, porque incomodam, para um lugar perverso e de desamparo, para “adaptá-los” a uma vida social em que predomina uma realidade que não lhes pertence.

Assim, podemos dizer que chegamos a um perfil dado ao doente mental infrator traçado pela opinião pública, pela psiquiatria forense, pela justiça, e que a questão da periculosidade criminal do doente mental dada pela opinião pública e dos profissionais do direito e da psiquiatria forense corresponde a um mito que é falado, repetido, assimilado e que se tornou uma verdade, mas que não pode ser provado “cientificamente”. O mito da negatividade, do perigoso, do criminoso, da sujeira, do abandono, da solidão, da tristeza, da pobreza, da vitimização. E, como toda opinião pública, é um reduto impenetrável em função da preservação de seu próprio mundo, aquela que representa o que a grande maioria da sociedade acaba por traçar, uma representação social para essa pessoa que tem como lógica uma razão cientificamente difícil de ser contestada.

A história da psiquiatria representa a semente da assistência psiquiátrica de massa e seus princípios teriam, segundo alguns autores, fortemente inspirado o pensamento dos nossos alienistas e moldado a organização da assistência ao doente mental no Brasil.

A razão e objetividade científicas, no entanto, falharam por não proporcionar a melhora efetiva, respeitando as diferenças culturais desses “outros”, e fizeram “implodir” assim como nas penitenciárias os encarceramentos nos manicômios judiciais. Dal se trazer à colação para o campo das ciências penais, uma legislação específica de proteção dos direitos do doente mental e que redireciona o tratamento dos portadores de transtornos psíquicos: a Lei 10.216, de 06.04.2001.

Agora, as inovações no âmbito psiquiátrico, em muitos países, inclusive no Brasil, levam a assistência psiquiátrica a questionar a “custódia” dos doentes mentais, e, com isso, abrem novos e múltiplos problemas teóricos e práticos entre a reforma psiquiátrica e a justiça criminal.

Nesse contexto é que afirmamos que a lei recentemente sancionada ainda não foi assimilada pelas autoridades tanto do próprio Legislativo como do Executivo, e, muito menos, pelas do Judiciário, especificadamente, na esfera criminal. Nota-se que sequer contém uma sanção para o caso de descumprimento de suas normas.

Constatamos na prática do Judiciário o desconhecimento das mudanças ocorridas no interior da assistência à saúde mental. Percebe-se que continua a aceitação da diferença, da austeridade, da tutela; enfim, da cronicidade da doença. Aliás, todas ainda concentradas na questão jurídica do crime e da periculosidade do doente mental, da defesa social, bem como em sua incapacidade e irresponsabilidade penal.

É preciso, no entanto, reconhecer que a farmacologia atual, com a fabricação e o aperfeiçoamento de uma vasta gama de psicotrópicos, possibilitou um tratamento mais eficiente e mais humano aos portadores de doença mental. Agora a palavra de ordem é esta: internamento por doença mental só como último remédio.

Entre os leigos, ainda é comum a falsa idéia de que doença mental é causa ou fator de criminalidade. A idéia, aliás, como se viu, foi defendida por estudiosos que, nos séculos XVII e XVIII, acreditavam ser o criminoso portador de uma anomalia mental. No século passado, César Lombroso afirmava que o delinquente nato deveria ser classificado como um autêntico louco moral (psicopata).

Essas afirmações não possuem sustentação científica e a experiência tem demonstrado que não há qualquer relação entre doença mental e delinquência, mesmo porque a maioria dos doentes mentais não pratica crimes.

Assim, a partir de leituras históricas do nascimento da psiquiatria e do manicômio nos textos de Foucault, Castel, Goffman, e notadamente após Basaglia, foi possível revelar uma imagem das instituições psiquiátricas e penitenciárias como resíduos institucionais mesmo na sociedade do Estado de Direito Democrático e Social. Ora, o direito penal, no entanto, não poderia deixar de assumir a defesa da dignidade humana diante desta realidade.

Não pode mais prevalecer a presunção de que o doente mental é perigoso. A questão que se ressaltava é a de saber em que situação ocorre a inimputabilidade diante do redirecionamento de conceitos compreendidos no século XIX. E, em caso de continuar a ser considerado inimputável, qual a medida alternativa penal a ser adotada em atendimento à nova política criminal e ao respeito aos direitos humanos.

O Código Penal de 1940 se caracterizava pelo chamado "sistema do duplo binário". Fruto das longas discussões que precederam ao aparecimento do Código, tal sistema comporta dois tipos de reação penal. De um lado, a pena, de caráter expiatório, medida segundo o grau de culpabilidade do sujeito e a gravidade de seu ato, e, de outro, a medida de segurança, fundada na avaliação do grau de periculosidade do acusado. A medida de segurança deveria atingir os loucos criminosos e algumas outras classes de delinquentes não-alienados.

Sua particularidade em face da pena foi bem sintetizada por Fragoso (1981:7): "A pena é sanção e se aplica por fato certo, o crime praticado, ao passo que a medida de segurança não é sanção e se aplica por fato provável, a repetição de novos crimes. A pena é medida afliativa, ao passo que a medida de segurança é tratamento, tendo natureza assistencial, medicinal ou pedagógica. O caráter afliativo que esta última apresenta não é o fim pretendido, mas meio indispensável para sua execução finalística".

O primeiro ponto contraditório é o que se refere à própria posição do perito psiquiatra e à relação entre seu papel e o que é desempenhado pelo juiz. Este último, por não ser psiquiatra, é obrigado a pedir uma perícia médico-psiquiátrica nos casos em que existe dúvida da sanidade mental do acusado. Causa perplexidade o fato dele poder recusar os resultados dessa perícia no todo ou em parte. Não se pode deixar de perceber a contradição nas disposições legais e, também, como por meio dela a autoridade judiciária se protege e ao mesmo tempo impõe limites ao poder de intervenção de observação dos psiquiatras em matéria penal.

A medida de segurança e a pena privativa de liberdade constituem duas formas semelhantes de controle social e, substancialmente, não apresentam diferenças. Consubstanciavam formas de invasão da liberdade do indivíduo pelo Estado, e, por isso, todos os princípios fundamentais e constitucionais aplicáveis à pena devem ser também adotados às medidas de segurança.

Por isso, chamamos a atenção para as contradições existentes entre a legislação penal e de execução penal, em relação à aplicação e execução das medidas de segurança em face da reforma psiquiátrica, notadamente após a vigência da Lei 10.216, de 06/04/2001, no contexto do Estado de Direito Democrático e Social. Na medida em que o Judiciário tende a tratar cada problema desses como uma questão isolada, essa dispersão acarreta a própria ampliação e posterior fragmentação de suas funções judiciárias.

5. O direito penal democrático

Por outro lado, como não podia deixar de ser, ocorrem grandes mudanças no estatuto da política criminal no quadro do Estado de Direito material contemporâneo (democrático e social), dentro do sistema jurídico-penal. A política e a dogmática jurídico-penal passam por transformações. A evolução do estatuto da política criminal perante a dogmática jurídico penal e a criminologia marcha em direção a um novo estágio.

Figueiredo Dias¹ afirma que no contexto deste Estado de Direito material a função e a tarefa da dogmática jurídico-penal transformaram-se profundamente. Enfatiza o mencionado autor que o jurista-penalista não é mais considerado

¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revistadas*. São Paulo: RT, 1999.

simplesmente um fazedor de silogismos, que se limita a deduzir do texto da lei as soluções dos concretos problemas jurídicos da vida: é antes um alguém sobre quem recai a enorme responsabilidade de se dar à aventura de procurar e encontrar a solução jurídica mais justa para cada um daqueles problemas.

As questões da aplicação e da execução das medidas de segurança exigem uma atenção prioritária da dogmática jurídico-penal e da política criminal, e sistema dirigido político-criminalmente, conforme a orientação preconizada por Figureiredo Dias.

Assim, por exemplo, a legitimação da intervenção penal para o autor inimputável não pode hoje ser vista como advinda simplesmente da defesa social. Daí a medida de segurança não mais possa se fundar no estado perigoso do indivíduo, ou seja, na presunção da potencialidade criminosa, como sendo a probabilidade de delinquir, bem como não pode ter como fundamento a posição defendida pelo positivismo criminológico do final do século XIX. Vale dizer, o objetivo específico do tratamento psiquiátrico e, eventualmente, ético-social do indivíduo infrator, que tenha agido sem a necessária capacidade de discernimento do caráter ilícito de sua conduta.

A concepção de periculosidade criminal nasceu no final do século XIX, dentro da escola positiva do direito penal, se tornando o conceito chave do direito penal moderno, ao contrário do direito clássico, que o detinha na gravidade do delito e na correspondente punição. O direito positivo considera o delito como um índice, um sintoma de uma personalidade anormal, tendo como base seu tratamento e a prevenção de novos delitos.¹²

Esse é, por assim dizer, o caminho que percorreu a escola positiva de direito e a da antropologia criminal, criada no século XIX. Com as escolas penais (clássica e positiva), o tempo se construiu numa sociedade composta dos eixos da criminalidade ou da não criminalidade. Fundou-se numa espécie de narrativa assentada em preceitos científicos sobre as entranhas da mente, cujo ponto de partida é o criminoso nato.¹³

Desde então a tentativa de elaboração de critérios objetivos para aferição da periculosidade dos sujeitos infratores vem sendo uma das tarefas principais da psiquiatria forense.

Dois aspectos vêm sendo amplamente debatidos nos últimos anos. Um deles é a habilidade por parte dos psiquiatras na determinação da periculosidade do doente mental, e o outro é sobre os aspectos éticos envolvidos na previsão de seu comportamento futuro.

Ainda hoje, percebe-se da prática nos tribunais que a tendência é de os psiquiatras serem excessivamente cautelosos e acabarem por não desinernar

peças, para prevenir a ocorrência de uma infração. Este ponto de vista parece ser o adotado pelos tribunais, pela população em geral e pela maior parte dos psiquiatras.

No Brasil, o conceito jurídico de periculosidade passa a ser utilizado a partir do Código Penal de 1940, cuja disposição característica foi a introdução do sistema do duplo binário, cuja característica principal era a presença de duas reações penais de naturezas diversas, que poderiam atingir os imputáveis. De um lado a pena, de caráter retributivo, aplicada segundo o grau de culpabilidade do sujeito e a gravidade do seu ato; de outro lado, a medida de segurança, que se calculava principalmente na avaliação do grau de periculosidade do acusado. Esta última se caracterizava principalmente pelo caráter preventivo, uma vez que objetivava uma dupla finalidade – a defesa social, segregando os considerados perigosos, e o tratamento desses indivíduos, com o objetivo de anular sua periculosidade.

Algumas categorias foram consideradas como presumidamente perigosas no Código Penal de 1940.

A revisão de 1984 acaba com o sistema duplo-binário, extinguindo a periculosidade presumida e a consequente medida de segurança para os imputáveis. Embora a periculosidade presumida não fique explícita no atual Código aos inimputáveis, estes, conforme o art. 97, devem se submeter a medida de segurança, que só poderá ser suspensa mediante a realização do Exame de Verificação da Cessação da Periculosidade pelo perito.

Pedro Delgado¹⁴ diz que a redução do alcance da periculosidade ao doente mental infrator reforça a equação "periculosidade-loucura" ou "louco é necessariamente perigoso".

Assim, a relevância desta discussão nos remete a outra questão fundamental para qualquer prática profissional: o modo como noções historicamente construídas acabam por adquirir um caráter "natural", determinando assim condutas profissionais. Poderíamos tomar como exemplo a identidade entre doença mental e periculosidade.

No momento em que surgem na sociedade de modo geral, e mais especificadamente no meio psiquiátrico, uma discussão acerca da reforma da assistência psiquiátrica e, conseqüentemente, da cidadania do louco, a necessidade de um questionamento acerca de toda a prática psiquiátrica, inclusive a forense, merece uma reflexão.

Enfim, pode-se dizer que a noção de periculosidade condicionou historicamente a legislação e a praxe psiquiátrica, constituindo o ponto crucial para as previsões que balizarão a atitude da sociedade para com os doentes mentais, especialmente os que cometem crimes, tornando-os os excluídos dos excluídos.

¹² DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

¹⁴ DELGADO, Pedro Gabriel. *As razões da tutela*. psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992.

6. Conclusão

A pesquisa revelou que, com a reforma penal de 1984, nosso sistema de sanções criminais foi convenientemente simplificado, com a adoção do sistema vicariante ou unitário, que prevê a aplicação de pena para o condenado imputável e de medida de segurança exclusivamente para o inimputável, nos termos do art. 26 do CP.

Quando a pena prevista para o fato cometido for de reclusão, a medida aplicável é a de internação em hospital de custódia; se a pena cominada for de detenção, aplica-se a medida de tratamento ambulatorial. Vimos que esse critério rígido não é justo, nem mais adequado, sendo aconselhável que a lei deixasse ao prudente entendimento do juiz escolher entre a internação e o tratamento em liberdade.

O prazo de duração mínima, fixado entre um a três anos, não se adequa aos fins a que se propõe a moderna psiquiatria: tratar o inimputável por doença mental, autor de um fato definido como crime. Da mesma forma, não é mais válido manter o agente internado ou mesmo em tratamento ambulatorial por tempo indeterminado, enquanto não se verifica a cessação da periculosidade, mas somente na hipótese de expressão necessidade, pois deve ser entendido que com tal medida não se terá um tratamento adequado e, em consequência, não se terá cessada a periculosidade, razão pela qual tal medida não recupera a saúde mental do autor inimputável.

Como se vê, há possibilidade da utilização de alguns recursos que já existem nas ciências penais à disposição dos operadores do direito para possibilitar modificações no contexto das medidas de segurança. Portanto, é preciso conciliar a reforma da justiça criminal com a reforma psiquiátrica, esta última com a transformação dos espaços, com a subjetivação dos indivíduos.

Daí por que o trabalho relaciona o direito penal atual com o trabalho de desmontagem do modelo de tratamento psiquiátrico tradicional, porque este último é, sobretudo, humano, de subjetivação, de requalificação do direito, de melhoramento da qualidade de vida.

Acreditamos, como Erving Goffman,⁴ que qualquer grupo de pessoas prisioneiras ou internas desenvolve uma vida significativa, razoável e normal, desde que alguém se aproxime delas, e que uma boa forma de se conhecer qualquer desses mundos é submeter-se à sua análise, ao seu estudo, por meio do contato com seus participantes, avaliando as conjunturas a que estão sujeitos.

Como bem demonstrou Goffman (1974), o manicômio e a prisão são verdadeiramente espécies do mesmo gênero. Daí, chama a atenção, de um modo geral, o fato de o manicômio judiciário ser, a um só tempo, um espaço prisional

e asilar, penitenciário e hospitalar. A verdade é que não mais se coaduna com a moderna percepção da loucura e do crime, pois são fruto de um processo tortuoso que já dura bem mais de dois séculos.

Portanto, finalizamos com uma esperança: que a construção dessa mudança de paradigma na justiça criminal se faça urgente, pois se trata de uma questão de justiça, que se impõe.

O "princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. (...) Só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia (...). O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens jurídicos, ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa".⁵

⁴ GOLFFAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1974.

⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 84.