



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Gustavo Henrique de Azevedo Siqueira

A Ilegitimidade do Direito Penal Em Face Do Portador de Transtorno Mental

Brasília
2016

Gustavo Henrique de Azevedo Siqueira

A Ilegitimidade do Direito Penal Em Face Do Portador de Transtorno Mental

Monografia apresentada como requisito parcial do grau de bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professora Carolina Cordeiro

Brasília
2016

Gustavo Henrique de Azevedo Siqueira

A Ilegitimidade do Direito Penal Perante o Portador de Transtorno Mental

Monografia apresentada como requisito parcial do grau de bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professora Carolina Cordeiro

Brasília, ____ de _____ de 2016

Banca Examinadora

**Professora Carolina Cordeiro
(Orientadora)**

Professor _____

Professor _____

RESUMO

O presente trabalho põe em discussão a legitimidade do direito penal em face do portador de transtorno mental que pratica fato definido como infração penal, a partir da identificação das incompatibilidades que há entre os fundamentos do direito punitivo, a legislação específica atinente ao portador de transtorno mental e a sistemática que pauta a utilização das medidas de segurança. Diante dos princípios penais-constitucionais da culpabilidade e da responsabilidade subjetiva, o trato institucional que é tradicionalmente conferido ao doente mental desde a revolução industrial vem sendo questionado por parte da doutrina penalista. No Brasil, após a edição da Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216/2001), foram reconhecidos direitos ao portador de transtorno mental, bem como foi definida a forma de tratamento a ser-lhe conferida, as quais destoam da disciplina que informa o direito penal, em especial no que toca às medidas de segurança. Por meio de pesquisa bibliográfica, demonstrase, dogmaticamente, a incompatibilidade existente entre os fundamentos do poder de punir, nos termos preconizados pela Escola Clássica e pela Constituição da República (art. 5º, LVII) e o instituto da medida de segurança penal, bem como o descompasso do uso atual dessas medidas, em face dos achados da moderna psiquiatria. Inicialmente, o trabalho faz uma análise do instituto do dolo e seus elementos compositivos, reafirmando-o como elemento subjetivo do fato típico, na esteira do Finalismo de Hans Welzel, logrando demonstrar que o portador de transtorno mental, em estado de manifestação patológica, é incapaz de apresentar vontade livre e consciente, características fundamentais para a configuração do elemento subjetivo penal. Ao longo da exposição, demonstra-se que a natureza jurídica da medida de segurança é de verdadeira sanção penal e não de tratamento de saúde, como aludem seus defensores, uma vez que esta não é vinculada ao sistema público de saúde e tampouco rege-se pelas diretrizes que pautam o direito sanitário, sendo, antes, inteiramente regulada pela legislação penal e de execução penal, constituindo, em verdade, uma sanção penal disfarçada de tratamento de saúde. Nessa perspectiva, faz-se uma abordagem dos institutos que inspiram o direito sanitário e evidencia-se a flagrante contradição principiológica que há entre os regramentos penal e sanitário referentes ao tratamento do portador de transtorno mental, bem como sua não recepção pela Constituição Federal de 1988. Ao final, é apresentado um modelo alternativo de sucesso, levado a cabo pelos profissionais de saúde mental que atuam no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e que pode servir de inspiração para a extinção definitiva das medidas de segurança judiciais anacrônicas e segregacionistas.

Palavras-chaves: Dolo. Vontade Livre e Consciente. Culpabilidade. Responsabilidade Subjetiva. Medida de Segurança. Lei De Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216/2001). Direito Sanitário. Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

1 DOLO	9
1.1 PERCURSO PSÍQUICO DO DOLO.....	12
1.2 CONSCIÊNCIA E VONTADE.....	13
1.3 ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO E INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL.....	15
1.3.1 TEORIA DO DESVALOR DA AÇÃO.....	17
1.3.2 PERTURBARÇÕES DA CONSCIÊNCIA.....	20
1.4 ELEMENTO SUBNETIVO DO TIPO NA ANTIJURIDICIDADE.....	21
2 MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	27
2.1. CONTEXTO HISTÓRICO.....	27
2.2. PREJUÍZO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA?.....	31
2.3 NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	32
3 LEGISLAÇÃO SANITÁRIA	37
3.1. MANICÔMIOS JUDICIÁRIOS.....	41
3.2. PROGRAMA PAI-PJ: UMA EXOERIÊNCIA DE SUCESSO.....	44
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O presente trabalho coloca em discussão a legitimidade do direito penal em relação ao portador de transtorno mental que comete fato definido como ilícito penal, a partir da identificação das incompatibilidades que há entre os fundamentos do direito punitivo, a legislação específica atinente ao portador de transtorno mental e a sistemática que pauta a utilização das medidas de segurança.

A motivação para o trabalho partiu da leitura da obra *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault, durante o curso de Criminologia, disciplina facultativa da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB, bem como do chamamento à pesquisa feito por ninguém menos que Raul Eugênio Zaffaroni, quando se refere ao “erro de tipo por incapacidade psíquica”, em sua obra *Direito Penal Brasileiro – II*, I, escrita em conjunto com Nilo Batista.

Em *Vigiar e Punir*, Foucault analisa a repercussão, no direito penal, da transição do regime monárquico francês para a forma republicana de governo, após a revolução burguesa, bem como a maneira de como foi sendo moldada uma nova sistemática estatal punitiva, informada pelos princípios da revolução industrial. Entre outros temas, o autor aborda a expansão da jurisdição penal, decorrente do movimento jurídico-reformador do século XIX, a partir do qual os juízes penais passaram “a julgar coisa diferente além dos crimes; a ‘alma’ dos criminosos.”.

Naquela obra, Foucault assinala que o incremento nas atribuições do magistrado passou a contar com o apoio de especialistas, que tinham a missão de colaborar com o julgador, a partir de conhecimentos técnicos relativos ao criminoso, a fim de ensejar a aplicação de uma sanção o mais individualizada possível, consoante as necessidades da nova economia da pena, qual seja, o custo-benefício para a sociedade industrial, no adestramento dos “desajustados sociais”. Nessa perspectiva, deu-se a inclusão de vários sujeitos no âmbito da justiça penal, como os “vadios”, os “bêbados” e os “desajustados de toda sorte”, a fim de receberem disciplina, no âmbito das casas de correção “totais” (panópticos de Bentham) e passassem, efetivamente, a integrar as engrenagens do sistema capitalista de produção. Conforme o autor, na esteira desse movimento, também os doentes mentais, antes tratados estritamente sob a óptica médica (consoante dispunha o artigo 64, do Código Penal Francês de

1810), passaram a ser objeto dessa intervenção estatal "corretivo-adaptadora", levada a cabo por meio das ferramentas do direito penal, posto que reputados "socialmente desajustados".

Em face do constitucionalismo moderno, que adotou os princípios da culpabilidade e da responsabilidade subjetiva, em sede penal, e conferiu caráter fragmentário e subsidiário ao direito penal, o trato institucional que é tradicionalmente conferido ao doente mental desde a revolução industrial vem sendo questionado por parte da doutrina penalista.

No Brasil, com advento da Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216/2001), foram reconhecidos direitos ao portador de transtorno mental, bem como foi definida a forma de tratamento a ser-lhe conferida, as quais destoam da disciplina que impregna o direito penal, no que tange à aplicação das medidas de segurança penais.

Na verdade, o choque principiológico em relevo não é novo no âmbito da doutrina penalista, remontando ao atrito entre as teses da escola clássica e da escola positiva, no século XIX, quando esta sugeriu a adoção das medidas de segurança, a serem utilizadas com finalidade preventiva, independentemente do dolo, da culpa ou mesmo de infração penal preexistente. De acordo com essa linha de pensamento, o sujeito que comete crime, o faz pelo fato de ser um criminoso nato e, como tal, incide na prática delituosa cedo ou tarde, de maneira que a intervenção penal se justifica previamente.

Os ordenamentos jurídicos ocidentais em geral possuem como pressuposto do poder de punir o cometimento de um ilícito penal, bem como a culpabilidade e a responsabilidade subjetiva. Não obstante, permanece em pleno vigor o instituto da medida de segurança, pautado na periculosidade do agente e de cunho segregacionista, quando se trata de réu ou condenado portador de transtorno mental, ainda que os achados da psiquiatria moderna apontem no sentido da desospitalização e da desinstitucionalização como medidas mais adequadas sob o ponto de vista terapêutico, ético e humano.

Os marcos teóricos que fundamentaram o trabalho são as seguintes obras: *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault; *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*, de

Maxiliano Roberto Führer, publicado pela editora MMalheiros Editores; Direito Penal da Loucura - Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica, de autoria de República Paulo Vasconcelos Jacobina, publicada pela Escola Superior do Ministério Público; e Direito Penal Brasileiro – II, I, de E. Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, publicado pela editora Revan; Crime e Psiquiatria: Uma Saída: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, também da Editora Revan, de Virgílio De Mattos.

Buscou-se, por meio de pesquisa bibliográfica, demonstrar, dogmaticamente, a incompatibilidade existente entre os fundamentos do poder de punir, nos termos preconizados pela Escola Clássica e pela Constituição da República (art. 5º, LVII) e o instituto da medida de segurança penal, bem como o descompasso do uso atual dessas medidas, em face dos achados da moderna psiquiatria.

O trabalho busca realizar um estudo dogmático-analítico dos conceitos relacionados ao instituto do dolo, da imputabilidade penal por doença mental e da medida de segurança, sob uma perspectiva crítica das medidas de segurança, sem preterir o diálogo com outros ramos do conhecimento, em especial a psiquiatria.

O primeiro capítulo centra-se na análise do instituto do dolo e seus elementos compositivos, reafirmando-o como elemento subjetivo do fato típico, na esteira do Finalismo de Hans Welzel e na abordagem de Miguel Reale Júnior, para quem a imputabilidade por doença mental não deve ser entendida como elemento da culpabilidade, mas antes como verdadeiro pressuposto da própria ação típica. Para tal, foram carreados conhecimentos provenientes das ciências da mente, a fim de estabelecer o real alcance dos conceitos de consciência e vontade.

O segundo capítulo trata da natureza jurídica das medidas de segurança e do descompasso que a doutrina aponta entre sua utilização e os princípios que informam o atual regime constitucional, em especial os princípios da culpabilidade, responsabilidade subjetiva, fragmentariedade e subsidiariedade.

No terceiro capítulo é apontada a inconveniência da utilização dessas medidas nos dias atuais, em face dos modernos conhecimentos da área da psiquiatria e do advento da legislação específica relacionada ao portador de transtorno mental - Lei

10.216/01, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

1 DOLO

A partir da reforma penal de 1984, foi introduzida, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, a Teoria Finalista da Ação, na forma como concebida pelo jurista alemão Hans Welzel. Conforme aponta Maximiliano Fühler, até o advento dos ensinamentos de Welzel, predominava nos países ocidentais, na análise dos elementos do conceito analítico do crime, a teoria causalista da ação, segundo a qual, o crime era composto pelos seguintes elementos: fato típico, antijuridicidade e culpabilidade, em que o elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa) era inserido no âmbito da culpabilidade e o fato típico restava aperfeiçoado diante da presença dos elementos objetivos e normativos da ação humana. Assim, bastava a constatação de uma relação de causa e efeito entre uma ação humana voluntária e um resultado naturalístico ocorrido no mundo físico para que fosse reputado penalmente típico o fato, independentemente da intencionalidade do agente. A ação humana penalmente relevante era, portanto, ação voluntária, a despeito do fim a que se dirigia. Bastava ao ato humano a característica da voluntariedade na conduta e a causação de uma lesão a um bem jurídico tutelado pela norma penal para que estivesse aperfeiçoada a tipicidade penal. A avaliação do elemento subjetivo, na culpabilidade, era feita a título de verificar o maior ou menor grau de reprovabilidade social do autor, bem como a quantidade de pena a ser-lhe aplicada, em função da presença do dolo ou da culpa na conduta do agente¹.

Conforme assinala Fühler, Welzel, escorado nos estudos psicológicos da linha ontológico-realista do neokantiano Nicolai Hartmann, se opôs firmemente a esta concepção de delito, preceituando que a ação humana só poderia ser concebida a partir da finalidade a que fosse voltada². Segundo o autor alemão, a ação é "todo comportamento humano dirigido a um fim"³, vale dizer, toda ação humana é dirigida a uma finalidade específica, racionalmente considerada, de modo que não satisfaz ao estudo do ato humano a mera constatação dos elementos objetivos da conduta, em

¹ FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo: 2000. p. 116-120.

² FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo: 2000. p. 119.

³ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Fundamentos de Direito Penal: Introdução Crítica, Aplicação da Lei Penal, Teoria do Delito*, Malheiros, São Paulo: 2003. p. 114.

separado do seu elemento subjetivo.⁴ A diferença fundamental entre a ação humana e os acontecimentos da natureza residia, exatamente na intencionalidade racional da ação humana.

Assim, doutrinariamente, com a difusão do finalismo, o dolo foi retirado da culpabilidade e passou a integrar a composição do próprio fato típico. O crime passou a ser constituído, num primeiro momento, apenas pelos institutos do fato típico e da antijuridicidade, tendo a culpabilidade ganhado o status de pressuposto para aplicação da pena, consoante a Teoria Bipartide. A consciência da ilicitude, que antes era parte integrante do dolo (elemento normativo do dolo) torna-se instituto doutrinário autônomo, dentro da composição da culpabilidade. Tendo o dolo perdido sua característica de normatividade (consciência da ilicitude) transmuda-se em dolo natural (ou naturalístico). A consciência da ação (e não mais da ilicitude) e a vontade são erigidas a elementos centrais da ação humana penalmente típica. Posteriormente, a culpabilidade voltou a integrar a figura do crime, mas o dolo, como observa Führer, permaneceu em sua forma estritamente naturalística, separado da consciência da ilicitude, e integrando o fato típico penal, dando azo ao surgimento do segundo momento do finalismo, consubstanciado na Teoria Tripartide do Crime⁵.

Nos termos previstos pelo Código Penal Brasileiro (CPB)⁶, ação dolosa é aquela em que o agente quis ou assumiu o risco de produzir um resultado, *in verbis*:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Existem três teorias tradicionalmente concebidas ao se definir o dolo, no direito penal. A Teoria da Vontade, que requer “a consciência da conduta e do resultado e que o agente a pratique voluntariamente”; a Teoria da Representação, que não exige a presença da vontade, bastando a consciência da previsão do resultado, para que se aperfeiçoe a conduta dolosa; e a Teoria do Assentimento (ou do Consentimento), que

⁴ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Fundamentos de Direito Penal: Introdução Crítica, Aplicação da Lei Penal, Teoria do Delito*, Malheiros, São Paulo: 2003. p. 114.

⁵ FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo: 2000. p. 119-127.

⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

exige apenas representação, pelo agente, do resultado e a adesão ao eventual advento desse resultado, não sendo necessário que o agente efetivamente o queira. Segundo a doutrina penalista majoritária, o CPB adota a Teoria da Vontade, para os crimes praticados em dolo direto e a Teoria do Consentimento, para os delitos perpetrados em dolo indireto, eventual ou alternativo.⁷⁸

Para Welzel, precursor do finalismo penal, o dolo consubstancia-se na “vontade, que tem o agente, de praticar um ato, previsto como crime, consciente da relação de causalidade entre a ação e o resultado.”⁷⁹

Assim, tem-se que a conduta dolosa ocorre quando há vontade livre e consciente de dar causa a uma lesão jurídico-penal, ou seja, é o ato humano desimpedido e direcionado racionalmente à causação de um resultado penalmente relevante.

1.1 PERCURSO PSÍQUICO DO DOLO

Ao analisar as fases em que se desdobram o dolo, Mirabete reconhece dois momentos distintos na conduta dolosa: o momento interno, que se opera na mente do autor, em que ele propõe-se a um fim, seleciona os meios para a realização de seu objetivo e pondera os efeitos concomitantes que se unem ao escopo pretendido (efeitos secundários necessários que decorrem do atingimento do resultado), bem como o momento externo, que constitui a própria realização material da conduta típica.

¹⁰

Führer, por seu turno, pondera que o dolo percorre um caminho composto por três momentos. O primeiro refere-se ao momento cognitivo, em que o agente concebe a ideia de cometer o delito e mentalmente considera os meios e as condições em que será levada a cabo a ação. Em seguida, há o momento volitivo, em que o agente, após

⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, Atlas, São Paulo: 2014. p. 126-129.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, Saraiva: 2014. p. 358.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, Saraiva: 2014. p. 355.

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, Atlas, São Paulo: 2014. p. 127.

conceber o *iter criminis* e prever o resultado provável proveniente da sua ação, confirma mentalmente ser aquilo mesmo que deseja. Por fim, tem-se o momento de execução, em que o agente sai da esfera das abstrações e passa a praticar atos concretos no sentido da realização efetiva do delito. No que tange ao elemento da consciência, afirma-se que ela designa a “coordenação das atividades psíquicas”, um “estado de vigília”, em que o sujeito é capaz de perceber a si mesmo e o ambiente que o circunda, num dado momento.¹¹

Santoró, na esteira Teoria do Desvalor da Ação, reconhece dois elementos compositivos no dolo - o elemento intelectual e o elemento volitivo, dando destaque para o aspecto axiológico da vontade. Segundo o autor, o primeiro momento traduz-se na capacidade de o agente reconhecer as circunstâncias caracterizadoras do tipo penal, bem como o valor que se encontra subjacente à norma, que é por ela protegido. O elemento volitivo diz respeito à vontade de atuar em contrariedade a esse valor jurídico tutelado, conforme apreendido pelo agente. Em verdade, esse elemento “não prescinde da mínima capacidade de escolha do agente, pois requer que ele possa optar entre valores distintos e que efetivamente decida praticar a conduta na direção contrária ao valor preceituado pela norma.”¹²

1.2 CONSCIÊNCIA E VONTADE

Diante do analisado, conclui-se que dois são os elementos compositivos do dolo - a consciência, que é o conhecimento do fato que consubstancia a ação típica (aspecto intelectual) e a vontade, que se traduz no elemento volitivo de realizar esse fato, ou ainda, no dizer de Mirabete:

[...] a consciência do autor deve referir-se a todos os elementos do tipo, prevendo ele os dados essenciais dos elementos típicos futuros, em especial o resultado e o processo causal. A vontade consiste em resolver executar a ação típica, estendendo-se a todos os elementos

¹¹ FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo: 2000. p. 120-123.

¹² SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Fundamentos de Direito Penal: Introdução Crítica, Aplicação da Lei Penal, Teoria do Delito*, Malheiros, São Paulo: 2003. p. 161.

do tipo objetivos conhecidos pelo autor que servem de base a sua decisão em praticá-la.¹³

Bitencourt confere conceituação ainda mais precisa quanto ao elemento da consciência, informando que este refere-se à previsão ou à representação daquilo que se pretende praticar, abrangendo:

[...] a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexo causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação, dos elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõe uma maior ou menor gravidade do injusto (tipo qualificado e privilegiado) dos elementos acidentais do tipo. Além do conhecimento dos elementos positivos exigidos pelo tipo objetivo, o dolo deve abranger também o conhecimento dos 'caracteres negativos', isto é, de elementos, tais como, 'sem consentimento de quem de direito' (art. 166 do CP), da inexistência de nascimento (art. 241 do CP) etc. Por isso, quando o processo intelectual-volitivo não atinge um dos componentes da ação descrita na lei, o dolo não se aperfeiçoa, isto é, não se completa.¹⁴

Em diálogo com as ciências da mente, o psiquiatra Luiz Antônio Moura contribui para a elucidação do que se entende naquela seara a respeito de vem a ser a "consciência", *in verbis*:

o conjunto de fenômenos psíquicos, afetivos ou intelectivos que permite ao indivíduo, em um momento dado, dar-se conta de si e do meio. Assim sendo, não há senão estados de consciência que se fundem, que se ligam e, conforme o conteúdo mental, se orientam para o mundo interior, para os sentimentos ou, ao contrário, para a realidade exterior. Esses estados de consciência podem ser chamados de consciência do eu e consciência dos objetos (Jaspers). Como toda função biológica, a consciência está sujeita a oscilações e a variações de tensão, que ora não atinge sua plenitude operacional, ora se desvia de sua finalidade de prover a adaptação do indivíduo às circunstâncias.¹⁵

A lição do especialista em saúde mental Júlio César Fontana-Rosa complementa esse entendimento, ao trazer a lume importante noção da maneira como a patologia mental pode afetar o estado de consciência, *in verbis*:

13 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, Atlas, São Paulo: 2014. , p. 127.

14 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, Saraiva: 2014. p. 360.

15 MOURA, Luiz Antônio. *Imputabilidade, Semi-imputabilidade e Inimputabilidade in Saúde Mental, Crime e Justiça*, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo: 1996. p. 90.

"além da consciência no sentido neurológico, em psicopatologia, temos a consciência do eu. Esta compreende a consciência de identidade, de unidade, de atividade (execução e existência) e de oposição ao externo. Diferentes quadros, psicóticos, principalmente, podem determinar alterações na consciência do eu. Por exemplo: quanto à identidade, quando o indivíduo já não se reconhece como sendo a mesma pessoa que era anteriormente ao surgimento do evento patológico; quanto à unidade, quando ele assume duas ou mais personalidades; quanto à atividade, no que se refere à existência, como no caso em que o indivíduo diz que já não sente a vida e que está morto; quanto à execução, quando há referência de que sente dificuldade ou estranheza ao realizar atos simples como mover um segmento qualquer do corpo em oposição ao externo, quando o indivíduo sente que pode se "fundir" com outras partes do mundo.

[...]

Na esfera volitivo-afetiva, avaliamos os instintos, os impulsos, a vontade e a ação. De modo geral, a aferição das funções intelectual e afetiva permite-nos um importante entendimento dessa esfera. Assim, o deficiente mental pode apresentar perturbações da vontade e da ação conseqüentes a uma pobreza abstrativa que não lhe permite um entendimento adequado das regras sociais. O psicótico pode apresentar impulsividade com liberação de agressividade em virtude de delírio que o faça sentir-se ameaçado."¹⁶

Nesse diapasão, Führer constata, escorado nos achados do médico psiquiatra Isaías Paim, que há fatores - orgânicos e não orgânicos - que teriam o condão de "desintegrar" o estado consciência do indivíduo, fazendo emergir conteúdo do inconsciente e, conseqüentemente, prejudicando a percepção da realidade. Conforme enfatiza o autor, a consequência inexorável dessa constatação é a desconfiguração do fato típico penal, porquanto tecnicamente impossível cogitar-se em dolo penal, tendo em vista a ausência de elemento constitutivo basilar, consubstanciado na vontade livre e consciente¹⁷.

¹⁶ FONTANA-ROSA, Júlio César. *A Perícia Psiquiátrica in Saúde Mental, Crime e Justiça*, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo: 1996. p. 176.

¹⁷ FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo: 2000. p. 120-123.

1.3 ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO E INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL

Nesse ponto, cabe aludir ao conceito legal de inimputabilidade, uma vez que o elemento da consciência ali se encontra subjacente, na forma como prevista no Código Penal Brasileiro, como se verá em seguida, *in verbis*:

Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, 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.¹⁸

A despeito do tratamento conferido pelo ordenamento brasileiro (e pela maioria dos ordenamentos jurídicos alienígenas) em relação à (in) imputabilidade por doença mental, posicionando-a como elemento da culpabilidade, Führer é peremptório em afirmar que, em havendo alteração do estado de consciência, no primeiro momento de manifestação do dolo (momento cognitivo ou elemento intelectual), não há que se falar em vontade livre e consciente. E, uma vez constatada a ausência da consciência e da liberdade no agir, também não há que se falar em dolo. Ausente o elemento subjetivo, descaracterizada também restará a ação típica. Consequência imperiosa desse desdobramento é o próprio desfazimento do delito, juntamente com a possibilidade de eventual incidência das disposições típicas do direito penal.

Zaffaroni, embora conceba a inimputabilidade por doença mental como elemento da culpabilidade, apenas o faz de maneira apriorística, conforme observa Santoro Filho, porquanto admite a possibilidade de que se constate, no caso concreto, ser o agente inteiramente incapaz de reconhecer os elementos objetivos do tipo, em decorrência de debilidade psíquica, o que, segundo Zaffaroni, faria suprimir o dolo por "erro de tipo por incapacidade psíquica.". Na realidade, como afirma Santoro, essa

¹⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

concepção mais robustece do que mitiga o raciocínio que ora se desenvolve, tendo em vista que, uma vez revelada a ausência de vontade livre e consciente no fato praticado, mediante perícia médica, a consequência será exatamente a mesma da apresentada no presente estudo, ou seja a descaracterização do dolo e do fato típico penal. Santoro destaca ainda que o ilustre jurista argentino apenas criou, desnecessariamente, uma nova categoria penal ("erro de tipo por incapacidade psíquica"), porquanto a inimputabilidade por doença mental já é instituto que por si só satisfaz (ou deveria satisfazer) à necessidade de diferenciação entre a conduta do infrator sadio e o fato praticado pelo doente mental.¹⁹²⁰

Santoro lança luz sobre essa questão ao alertar que o que ocorre, a rigor, é uma confusão entre os institutos da culpabilidade e da imputabilidade por doença mental, que esvazia absolutamente o conteúdo doutrinário desta. Segundo o autor, da maneira como tradicionalmente concebida, o único diferencial da imputabilidade por doença mental em relação à culpabilidade é a higidez mental do agente. Com efeito, o afastamento da responsabilidade penal do doente mental infrator poderia, sem dificuldade, prescindir do instituto da inimputabilidade, já que os demais elementos integrantes da culpabilidade tem, por si só, o condão de fazê-lo: consciência da ilicitude a afastar o elemento intelectual do dolo, e a inexigibilidade de conduta diversa, que se caracteriza pela ausência de expectativa social de observância da norma, a elidir o aspecto volitivo. Desse modo, Santoro conclui que, ao fim e ao cabo, resta ao instituto da inimputabilidade por doença mental, na prática, apenas o papel de conferir legitimidade jurídica à medida de segurança, a fim de atender a reclamos de defesa social.²¹

1.3.1 TEORIA DO DESVALOR DA AÇÃO

Conforme Reale Júnior, a Teoria da Ação Final de Welzel, embora amplamente adotada no Ocidente, cometeu o erro fundamental de dotar a ação voluntária apenas de seu caráter natural ("dolo natural"), olvidando seu conteúdo axiológico, como se as ações humanas fossem dirigidas apenas por um querer objetivo, desconectado de

¹⁹ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Fundamentos de Direito Penal: Introdução Crítica, Aplicação da Lei Penal, Teoria do Delito, Malheiros*, São Paulo: 2003. p. 269.

²⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito Penal Brasileiro – II, I*. Editora Revan, Rio de Janeiro: 2010. p. 293 – 294.

²¹ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Fundamentos de Direito Penal: Introdução Crítica, Aplicação da Lei Penal, Teoria do Delito, Malheiros* São Paulo: 2003. p. 268.

seu significado valorativo, o que permitiu ao autor alemão considerar que o inimputável age com dolo, podendo ser submetido à medida de segurança, pois "apesar de sua ação não ser reprovável, ela se apresenta como ação voluntária."²²

Para Reale Júnior o aspecto valorativo, com efeito, está presente em toda ação humana, porquanto "toda ação é fruto de uma escolha, e toda escolha é fundada em valores que se põe como fim de agir" e complementa o autor:

a ação humana [...] é, no seu realizar-se, provida de sentido, como expressão que é de uma escolha conscientemente realizada e da eleição dos meios consonantes com os fins propostos pelo que o agir é um conduzir-se.

Desse modo, na esteira do posicionamento adotado por Santoro²³, no que se refere à capacidade de percepção do valor social embutido no bem da vida, para fins de caracterização da ação dolosa, Reale também sustenta que a mais coerente concepção da inimputabilidade por doença mental, na teoria do delito, deve situá-la, como "pressuposto da ação", em respeito à própria coerência lógica.²⁴

Na literatura alienígena, Giuseppe Bettiol explicita o aspecto axiológico presente na ação humana, *in verbis*:

[...] em nossa opinião, é no mundo dos valores que a ação está enquadrada e entendida. Os critérios necessários para individuar o conceito de ação são critérios extraídos da realidade social, não da realidade naturalística mecanicamente entendida. Neste mundo social a ação não é mais concebida como movimento muscular voluntário, equivalente à posição de causa, não é mais reduzida ao esquema de uma causalidade mecânica, não é mais seccionada em dois elementos muitas vezes contrastantes entre si sem nenhuma possibilidade de harmonia, mas é um conceito que deve ser examinado com fundamento em critérios de valor que não permitem prescindir de um elemento finalístico: apenas quem atue com finalidade consciente, cumpre uma ação no verdadeiro sentido da palavra. [...] A ação é, pois, um conceito finalístico, teleológico, de valor.²⁵

²² REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral, Forense*, Rio de Janeiro: 2013. p. 129.

²³ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Fundamentos de Direito Penal: Introdução Crítica, Aplicação da Lei Penal, Teoria do Delito, Malheiros*, São Paulo: 2003. p. 161.

²⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral, Forense*, Rio de Janeiro: 2013. p. 129.

²⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, Revista dos Tribunais LTDA., São Paulo, p. 306, 1971

Se, por um lado, a ação humana não pode ser concebida em separado de seu elemento finalístico e de seu conteúdo valorativo, por outro, o direito é, por excelência, como assinala Reale, “comando axiológico”. Importa, assim, que o receptor do comando normativo seja capaz de apreender o significado da ordem legal para que possa ser responsabilizado pelo seu descumprimento.²⁶

Com efeito, o desvalor jurídico de uma ação humana deve ser aferido em função do desvalor que ela revela dispensar aos bens juridicamente tutelados pelo ordenamento, que estão subjacentes aos tipos penais abstratos - vida e patrimônio, por exemplo, nos delitos de homicídio e furto, respectivamente. Desta feita, conforme assinala Santoro, importa que o agente seja capaz de perceber a realidade, lucidamente, e possa reconhecer os valores agasalhados pelo direito posto. Somente ante a presença dessa capacidade de percepção é que é possível ser feito algum juízo de reprovabilidade de sua conduta (juízo de culpabilidade), reveladora do desvalor do sujeito, no momento da prática do fato, frente ao direito e aos bens da vida por ele protegidos.²⁷

Nesse diapasão, o entendimento de Reale Júnior é no sentido de que o ato praticado pelo inimputável enfermo mental revela um mero “ato-fato” para o ordenamento jurídico, uma vez que não dispõe da possibilidade de “opção valorativa de desprezo, a um valor tutelado pelo Direito”.²⁸ Desse modo, o autor faz alusão à advertência de Ferrari, no sentido de que, sendo o fato praticado pelo inimputável diverso do realizado pelo imputável, opera-se uma dualização na formulação da teoria do crime, devendo haver uma específica, aplicável aos inimputáveis, frente à teoria do crime, relacionada aos imputáveis.²⁹

Depreende-se desse entendimento que a aferição da reprovabilidade social da conduta ilícita (juízo de culpabilidade) deve ser uma análise a ser feita *a posteriori*, somente após superada a indagação referente à lucidez, à consciência e à liberdade da vontade. Com efeito, antes de se questionar o grau de desvalor (desprezo) que o sujeito revelou atribuir ao bem jurídico violado com a prática do fato, há que se indagar

²⁶ REALE, Miguel Reale Júnior. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral, Forense*, Rio de Janeiro: 2013. p. 206-207.

²⁷ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Fundamentos de Direito Penal: Introdução Crítica, Aplicação da Lei Penal, Teoria do Delito, Malheiros*, São Paulo: 2003. p. 157-158.

²⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral, Forense*, Rio de Janeiro: 2013. , p. 496.

²⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral, Forense*, Rio de Janeiro:, 2013. p. 496.

se ele era efetivamente capaz de apreender psiquicamente o valor jurídico que estava a contrariar.

O psiquiatra Fontana-Rosa dá ênfase a esse aspecto quando esclarece o papel do perito criminal:

O objetivo principal do perito, em síntese, volta-se para a avaliação da capacidade do examinando de entendimento para reconhecer o valor de seus atos. [...] Nessa avaliação congregam-se vários fatores sociais, culturais, biológicos etc. para a definição da doença mental em oposição ou considerando-se o conceito de saúde mental.³⁰

Na esteira desse entendimento, Santoro faz a seguinte indagação: de que maneira reputar doloso o homicídio perpetrado, por exemplo, por um imputável, contra seus irmãos, estando sob quadro de delírios e alucinações, tendo-os percebido não como irmãos, mas como demônios que deveriam ser eliminados? De que modo razoável reconhecer o desprezo ou o desvalor ao bem jurídico "vida" se o autor sequer tinha consciência de que estava a agredir seres humanos? ³¹

Führer adverte que essa operação se trata de ilegítima, porém socialmente conveniente, presunção de dolo:

“sem grandes mecanismos de explicação e sem construção lógica [...] possibilitando a configuração do crime e remetendo o desagradável problema para o juízo de ausência de culpabilidade, que possibilita a aplicação da medida de segurança, como se fosse uma pena disfarçada, em lugar da pena.”³²

Nessa perspectiva, Alessandro Baratta sugere a reformulação da dogmática referente à inimputabilidade penal, a fim de acompanhar o desenvolvimento dos saberes oriundos das ciências da mente, em especial a psicologia e a psiquiatria:

A atual discussão, no âmbito das ciências psicológicas e psiquiátricas indica que os fundamentos sobre os quais se constroem os conceitos dogmáticos de autor imputável, semi-imputável e imputável e as correspondentes técnicas judiciais de verificação sofrem atualmente uma profunda crise que não pode seguir sendo passada de soslaio pela teoria geral do delito. Impõe-se, pois, a tarefa de redefinir um

³⁰ FONTANA-ROSA, Júlio César. *A Perícia Psiquiátrica em Saúde Mental*, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo:1996. p. 176.

³¹ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Fundamentos de Direito Penal: Introdução Crítica, Aplicação da Lei Penal, Teoria do Delito*, Malheiros, São Paulo: 2003. p. 271.

³² FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo, 2000. p. 126.

conceito de responsabilidade penal útil a toda a área do direito penal, concebido em sentido amplo e que permita assegurar, a todos os sujeitos, limites peremptórios de duração para cada medida de intervenção coativa prevista como consequência jurídica da realização de uma figura delitiva por meio de um fato.³³

Assim, conceber o fato cometido pelo doente mental, sob a influência da doença, como ação dolosa, remetendo a avaliação de sua higidez mental para momento ulterior e a título de mera reprovabilidade ou irreprovabilidade social do fato (culpabilidade) consubstancia inaceitável juízo de responsabilidade objetiva em sede penal. Trata-se, em verdade, de fazer um ilícito juízo de presunção do dolo, a afastar a aplicação do postulado constitucional da responsabilidade pessoal subjetiva.

1.3.2 PERTURBAÇÕES DA CONSCIÊNCIA

Isaías Paim, ao estudar os estados patológicos da consciência, informa os graus de comprometimento da consciência, quando, por exemplo, do fenômeno da "obnubilação", *in verbis*:

O enfermo perde a liberdade de escolher o modo de formação de figuras e torna-se vítima passiva das forças que lhe impõem configurações indesejadas, como ilusões, que se manifestam de modo fugaz e sem consistência. Há também deterioração do pensamento conceptual, que se torna incoerente e fragmentário, com frequência visualizado de forma alucinatória, pseudo-alucinatória ou delirante. Somente com muito esforço o obnubilado pode conseguir o controle de si próprio, assim mesmo de modo momentâneo e fugaz.³⁴

Desta feita, tem-se que o agir doloso é próprio dos homens imputáveis, porquanto somente esses detêm a capacidade intelectual de apreender o valor social intrínseco à norma penal. O inimputável, por desconhecer o significado axiológico-social de seu ato, em decorrência do estado de delírio ou alucinação próprio da doença, nas palavras de Reale, "não age, pratica fato previsto como crime", pelo que conclui o autor:

³³ BARATTA, Alessandro. *Princípios Do Direito Penal Mínimo Para Uma Teoria Dos Direitos Humanos Como Objeto e Limite da Lei Penal*. Ano 10, N. 87. Texto publicado na Revista "Doutrina Penal" n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987. pp. 623-650. tradução de Francisco Bissoli Filho, Florianópolis: 2003. p. 623-650.

³⁴ PAIM, Isaías. *Curso de Psicopatologia*, Editora Pedagógica e Universitária Ltda., São Paulo, 1983. p.125-126.

[...] se Direito é comando, não estão eles em condição de assimilar a ordem emanada ou não lhes é possível adequar sua vontade à vontade legalmente reclamada. Desse modo a sua ação poderá lesar um interesse, mas não poderá ser considerada contrária ao Direito.³⁵

Como visto, parte da doutrina penal já se deu conta da inviabilidade lógica em se situar a inimizabilidade por doença mental na culpabilidade, seja como seu pressuposto seja como elemento compositivo, dado que a liberdade de querer e a consciência da realidade, no momento do fato, constituem, na definição de Reale “pressupostos da própria ação”.³⁶

1.4 ELEMENTO SUBJETIVO NA ANTIJURIDICIDADE

Na esteira dos estudos de Jescheck³⁷, Führer pondera que a análise do elemento subjetivo penal não deve se limitar à tipicidade (conduta típica), tendo em vista ser igualmente fundamental a verificação do elemento subjetivo na antijuridicidade. O autor observa que tanto sob a ótica da visão subjetiva, assinalada por Antolisei³⁸, como pela corrente objetiva, defendida por Carnelutti³⁹, a vontade do agente ganha relevo na análise da antijuridicidade, embora em medidas distintas. Conforme observa Führer, a teoria subjetiva adverte que o sujeito que alega excludente de ilicitude precisa efetivamente saber que age acobertado por ela. Na legítima defesa, por exemplo, é necessário que o agente tenha consciência de que está se protegendo ou se defendendo de algo, precisa atuar com o objetivo específico de autodefesa, sob pena de não ser reconhecida a licitude de sua defesa. A teoria objetiva, menos exigente quanto ao elemento subjetivo, requer somente a constatação da voluntariedade na ação, independentemente de estar dirigida a um fim específico (de defender-se, na legítima defesa), na linha da antiga doutrina causalista da ação.⁴⁰

³⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*, Forense, Rio de Janeiro: 2013. p. 129.

³⁶ Idem.

³⁷ JESCHECK apud FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimizabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo: 2000. p. 130.

³⁸ ANTOLISEI apud FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimizabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo, p. 123-136, ago. 2000

³⁹ CARNELUTTI apud FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimizabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo: 2000. , p. 123-136.

⁴⁰ FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimizabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo: 2000. p. 123-136.

O autor destaca que, da maneira como há fatores que provocam a “desintegração” da consciência e deturpam o momento cognitivo do dolo, há disfunções e anomalias, de caráter orgânico ou endógeno, que viciam a vontade (o momento volitivo do dolo) e podem suprimir totalmente a capacidade de escolha do indivíduo, como no caso dos automatismos esquizofrênicos. É dizer: embora o sujeito tenha perfeita percepção da realidade (intacto o elemento intelectual do dolo), a volição se revela prejudicada.⁴¹

O psiquiatra Kronfeld, citado por Paim, relata o caso de um paciente esquizofrênico que, durante um encontro social, sem motivo aparente, corre em direção ao rio e nele se lança, aduzindo posteriormente que o fizera tomado de um "impulso inexplicável" e que somente percebeu o que fizera quando já se encontrava imerso na água. A rigor, não houve delírio ou alucinação, mas um impulso que o compeliu à realização do ato, de sorte que não se pode falar tecnicamente em ato voluntário, mas, antes, em ato decorrente de impulso patológico incontrolável, que toma o sujeito e refoge à sua capacidade de auto-determinação.⁴²

Paim explica que os atos impulsivos são geralmente observados em pacientes portadores de esquizofrenia e que caracterizam-se por:

ações isoladas, súbitas, involuntárias e desprovidas de finalidade. Algumas vezes, os atos impulsivos representam verdadeiras explosões emocionais, acompanhadas de acessos de riso ou lágrimas. Ou outras vezes, porém, os atos impulsivos se caracterizam pela impetuosidade, rapidez e falta de consideração para com o próprio indivíduo ou para com os demais. [...] caracteriza-se pelo inopino e pela conduta desmotivada e aparentemente livre de qualquer estímulo que não seja a própria doença. Inesperadamente o doente é tomado de grande periculosidade, não sendo incomum o crime de sangue.⁴³

A esse respeito importa aludir, outrossim, à categoria dos "atos automáticos", também explanados por Paim, que se constituem quando o indivíduo atua "sem interferência da vontade e sem que ele saiba o que está realizando. Em algumas enfermidades, o doente assiste à execução do ato como um expectador". Para fins de

⁴¹ FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo: 2000. p. 123-136.

⁴² PAIM, Isaías. *Curso de Psicopatologia*, Editora Pedagógica e Universitária Ltda., São Paulo: 1983. p.270.

⁴³ PAIM, Isaías. *Curso de Psicopatologia*, Editora Pedagógica e Universitária Ltda., São Paulo, p.226

exemplificação, o autor cita um caso clínico mencionado por Jaspers, em que o paciente sente perder o controle da própria fala e começa a confessar, contra sua vontade, crimes políticos, "atribuindo-se a participação em alguns planos que jamais havia pensado. E, apesar de tudo, não tinha a sua vontade nenhuma força para refrear a língua, que se havia desatado de modo completamente automático"⁴⁴

Nesta seara, não há que olvidar a experiência narrada Santoro, no exercício da magistratura criminal, que revela um caso chocante de severa impulsividade patológica, reconhecida pelo autor do fato. O autor relata que, realizando suas atividades habituais na comarca de Mogi-Mirim, processou uma ação penal em que um jovem estudante fora acusado da prática de abuso sexual contra crianças de dez anos de idade. Em seu interrogatório, o réu confessou a autoria de todos os crimes, oportunidade em que afirmou que desejava viver uma "vida normal", mas que era tomado de impulsos incontroláveis que o compeliavam a abusar dos menores. Ao final do interrogatório, em vez de pedir por clemência do julgador, o acusado teria solicitado que lhe fosse aplicada uma internação por prazo indeterminado, porquanto julgava-se incapaz de resistir ao impulso de abusar sexualmente de crianças e acabaria reincidindo na prática do delito.⁴⁵

Tendo o ordenamento positivo brasileiro adotado o princípio da responsabilidade pessoal subjetiva, na esteira da Escola Finalista, não parece adequado impregnar de ilicitude o fato cometido pelo enfermo mental, em situação de crise da doença. Com efeito, o reconhecimento do elemento subjetivo, sem estarem presentes as características da vontade livre e consciente, implicam (do mesmo modo como ocorre no juízo da tipicidade) em ilícita presunção de dolo e, por conseguinte, em inconstitucional responsabilidade penal objetiva.

Nesse sentido, Alessandro Baratta postula a impossibilidade de responsabilização penal ao sujeito que não detém as faculdades do querer e da consciência:

Não é possível fazer derivar responsabilidade penal alguma das características pessoais do imputado subsumíveis em um tipo de autor, senão unicamente em um tipo de delito previsto pela lei e imputável a um ato voluntário, do qual o autor haja sido capaz de entender seu sentido social, e em caso de sujeitos que superem a

⁴⁴ PAIM, Isaías. *Curso de Psicopatologia*, Editora Pedagógica e Universitária Ltda., São Paulo, p.270.

⁴⁵ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Fundamentos de Direito Penal: Introdução Crítica, Aplicação da Lei Penal, Teoria do Delito, Malheiros*, São Paulo: 2003. p. 270.

idade mínima estabelecida pela lei. Em particular, nenhuma consequência penal, em sentido estrito, assim como nenhuma medida que implique internação coativa, pode derivar-se, em substituição ou em concorrência com a realização de uma figura delitiva, da periculosidade social de um sujeito. O princípio de responsabilidade pelo fato se estende a todo o direito penal concebido em sentido amplo, incluindo o direito penal do menor e o regime de medidas de segurança para os adultos. Estes últimos são, de fato, os setores nos quais o velho conceito positivista da periculosidade do autor segue exercendo os seus efeitos no sistema penal.

Evidentemente, o portador de deficiência mental que pratica um fato lesivo à norma penal, movido por sintomas típicos da patologia que o acomete e, portanto, sem vontade livre ou consciente, não dispõe do necessário elemento subjetivo, seja no âmbito do fato típico ou da antinormatividade. Quando se protela a verificação da doença mental para a análise da culpabilidade, está-se indevidamente a presumir o elemento subjetivo nos momentos anteriores da teoria do crime, com vistas uma solução estritamente pragmática, porém em desprezo aos fundamentos doutrinários e constitucionais do direito penal.

Em razão dessas constatações, Führer adverte que a maneira como o doente mental infrator é tratado pelas esferas de controle social padece de nítida carga discriminatória. Com efeito, são conferidos tratamentos distintos para situações semelhantes, tendo como único diferencial o personagem, em decorrência de seu estado de saúde mental. Como exemplo, o autor cita os chamados “estados súbitos de inconsciência”, quando um sujeito mentalmente sadio perde a consciência, devido a fator absolutamente imprevisto, como um desmaio, delírio de febre, paralisia ou sonambulismo, vindo a atingir algum bem jurídico-penal durante esse estado de inconsciência. Não há dificuldade para se reconhecer a absoluta ausência do dolo, tendo em vista a ausência de consciência e de vontade, sendo a conduta praticada nesses termos equiparada ao caso fortuito ou força maior. Comprovada a situação de inconsciência, reconhece-se a absolvição do sujeito – a não ser que o sujeito soubesse do possível advento do estado de inconsciência, em razão de ser portador de algum problema de saúde já conhecido, quando então não lhe será afastada a responsabilidade, tendo em vista que teria então assumido o risco do advento da perturbação psíquica (*actio libera in causae*). Já quando o fato é cometido, nos mesmos termos, pelo doente mental, outra é a resposta jurídica. Adverte o autor que, não obstante sejam situações semelhantes no que se refere à ausência de vontade e

de consciência, não se equipara o fato a caso fortuito ou força maior. Em juízo de presunção, percorre-se todos os elementos constitutivos do crime - fato típico e antijuridicidade, até chegar-se à culpabilidade, quando então é reconhecida a inimputabilidade por doença mental e então aplicada uma medida de segurança. Segundo o autor, trata-se de um percurso que efetivamente não possui respaldo, inicialmente pela questão lógica, e depois no campo ético, constitucional e doutrinário.⁴⁶

Paulo Queiroz também faz menção ao aspecto discriminatório que macula o tratamento dispensado ao portador de transtorno mental infrator. Conforme assinala o autor, tem-se admitido que o doente, haja vista não compreender o caráter ilícito do fato (ou não ser capaz de determinar-se de acordo com seu entendimento), logicamente também não poderia alegar em sua defesa o erro de proibição, porquanto também não seria capaz de apreender o caráter proibitivo da norma - ou não seria capaz de determinar-se de acordo com sua percepção. Seguindo o raciocínio, o inimputável também não poderia alegar inexigibilidade de conduta diversa, porquanto esta pressupõe a exigibilidade de agir conforme o direito, o que não se exige do doente mental. O desdobramento desse entendimento é que, num mesmo contexto delituoso, seria possível que um imputável fosse absolvido, ao passo que o inimputável, pela única e exclusiva característica de ser doente, fosse sancionado com a medida de segurança. Exemplificando, o autor cita o caso fictício de dois pescadores, um sadio e o outro deficiente mental, que estivessem pescando em área proibida, ambos alheios à norma proibitiva. Enquanto o primeiro poderia ser absolvido, ante a alegação de erro de proibição, o segundo ver-se-ia constrangido a submeter-se à medida de segurança.⁴⁷

Nesse sentido, vem a calhar a advertência de Foucault:

O exame pericial deve permitir, em todo caso deveria permitir estabelecer a demarcação: uma demarcação dicotômica entre doença e responsabilidade, entre causalidade patológica e liberdade do sujeito jurídico, entre terapêutica e punição, entre medicina e penalidade, entre hospital e prisão. [...] Princípio da porta giratória: quando o

⁴⁶ FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo: 2000. p. 127; 134-136.

⁴⁷ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 399-400, 2009

patológico entra em cena, a criminalidade, nos termos da lei, deve desaparecer.⁴⁸

Nesse diapasão, Führer destaca ainda que sequer o princípio penal do *in dubio pro reu* é ofertado ao doente mental infrator. Ao revés, o sistema jurídico atribui uma consequência estritamente pragmática e socialmente conveniente e traz a seguinte reflexão:

A esperança reside no desenvolvimento adequado de uma verdadeira doutrina de Saúde Pública, que poderá retirar do Direito Penal este fardo estranho a seus fundamentos. A doença aos médicos, o crime ao promotor. [...] Enquanto a Saúde Pública não assumir suas obrigações de modo eficiente e adequado aos anseios da sociedade, incumbirão à Justiça Penal o controle e o tratamento dos loucos que cometam crime.⁴⁹

Diante do exposto, a conclusão a que se chega é que, no intuito de dar vazão ao medo e à desconfiança que a sociedade tem em relação ao doente mental, em especial quando ocorre ofensa a um bem jurídico-penal, opta-se por torcer a dogmática jurídica, mediante odiosa presunção de dolo, bem como o princípio da culpabilidade, que é o fundamento constitucional do direito penal, por meio de uma responsabilização objetiva.

⁴⁸ FOUCAULT, *Os Anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

⁴⁹ FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo, 2000. p. 127; 134-136.

2 MEDIDAS DE SEGURANÇA

Após identificar as inconsistências que inquinam o juízo penal de tipicidade e de antinormatividade da conduta praticada pelo portador de transtorno mental, importa perscrutar os contornos do seu consectário jurídico, qual seja o instituto da medida de segurança.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Assinala Michel Foucault que grande mudança na abordagem do portador de transtorno mental infrator começou a ser levada a cabo, no mundo ocidental, após a reforma penal ocorrida na França pós-revolucionária, a partir do séc. XIX. Os juristas reformadores daquela época, na esteira das linhas iluministas em ascensão na época, tinham em mente, entre outros pontos, a reformulação do irracional *modus puniendi* monárquico. Segundo Foucault, os juristas reformadores desejavam conferir economicidade à pena criminal, na esteira das lições de Beccaria, em seu clássico “*Dos Delitos e das Penas*”. Visavam os reformadores atribuir proporcionalidade, individualização e conformidade à sanção penal, a qual deveria incidir sobre as características de personalidade que estivessem na origem do desvio criminoso. Na esteira de Beccaria, consideravam que a certeza da punição era mais eficaz para fins de efeito preventivo geral do que os suplícios públicos que eram praticados no antigo regime, muitas vezes desprovidos de critérios legais fixos ou relegada ao arbítrio do monarca. Assim, buscavam implementar um sistema cujo o efeito dissuasório da punição estaria relacionado mais à probabilidade de efetivar-se do que propriamente ao seu rigor punitivo.⁵⁰

Foucault relata que, no curso daquelas transformações, houve uma expansão da jurisdição criminal ao doente mental infrator. Até aquele momento, na França, adotava-se o sistema biológico de aferição da inimputabilidade, que preceituava que, uma vez identificado transtorno mental o acusado deixava de ser objeto da jurisdição criminal. Segundo o autor, o Código Penal Francês, no final de seu artigo 64, reconhecia a irresponsabilidade penal, em absoluto, ao portador de transtorno mental que incidisse na prática de fato definido como crime, no exato instante em que fosse

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramallete, Editora Vozes, Rio de Janeiro: 2013. p.71-99.

formalmente reconhecida sua patologia mental. Assim, uma vez suscitado o exame psiquiátrico, o procedimento judicial era suspenso e, confirmada a incapacidade processual, era encerrada a jurisdição penal, sendo o infrator encaminhado ao sistema de saúde para tratamento.⁵¹

Foucault observa que, entre os juristas que levaram a cabo a reforma do sistema penal da época, não havia menção no sentido de invalidar a disciplina do artigo 64 do Código Penal Francês e atribuir capacidade processual penal ao portador de transtorno mental. Também a Suprema Corte e a jurisprudência chancelavam a aplicação daquele dispositivo, de modo que as atribuições da ciência médica e da ciência jurídica eram claramente delineadas.⁵²

No entanto, em 1.832, foi levada a cabo uma alteração no Código Penal Francês, visando o portador de transtorno mental infrator. A modificação previa a possibilidade do seu regular processamento criminal, reconhecendo, porém, a incidência de circunstâncias atenuantes, segundo o grau da patologia do acusado, de modo que o Poder Judiciário passou a declarar, de maneira inédita, que alguém poderia ser, nas palavras de Foucault, “ao mesmo tempo louco e culpado”.⁵³

Na verdade, como assinala Valéria Forti, o embrião da confusão entre os papéis até então reconhecidos aos profissionais de justiça e segurança pública e aos profissionais de saúde inicia-se ainda no início do século XIX, quando os tribunais franceses passaram a convidar os especialistas em saúde mental da época, chamados de “alienistas”, para colaborarem na elucidação de crimes tidos como “enigmáticos”, praticados sem que fosse identificada uma causa aparente, cometidos por pessoas que não transpareciam sinais de loucura.⁵⁴

Forti lembra que as primeiras reflexões a respeito da relação entre crime e doença mental partiu da análise de casos como aqueles, tendo os alienistas franceses desenvolvido o conceito de “monomania”, que se constituem delírios parciais, circunscritos a apenas uma ideia específica, a partir da qual se operava uma premissa falsa, sobre a qual o doente construía seu raciocínio. Segundo a autora,

⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramallete, EditoraVozes, Rio de Janeiro: 2013. p.71-99.

⁵² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramallete, EditoraVozes, Rio de Janeiro: 2013. p.71-99.

⁵³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramallete, EditoraVozes, Rio de Janeiro: 2013. p. 19-24.

⁵⁴ FORTI, Valéria. *Ética, Crime e Loucura: Reflexões sobre a Dimensão Ética no Trabalho Profissional*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2010. p. 123-134.

progressivamente a noção de monomania foi sendo alargada, passando a abarcar, além dos delírios parciais, aspectos relacionados a movimentos inesperados e incontroláveis das paixões e afetos, independente da presença de delírios. Tendo em vista a dificuldade de percepção daqueles sinais, inclusive pelas pessoas mais próximas do paciente, a presença do especialista passou a ser cada vez mais indispensável nos tribunais penais.

Consoante descreve a autora, o advento da doutrina da “degeneração do sistema nervoso central”, desenvolvida por Benedict-Augustin Morel, em meados do século XIX, ampliou a intercessão entre a loucura e o crime, iniciada com as noções das monomania, reforçando ainda mais o papel do especialista no tribunal e a incursão, cada vez maior, da medicina mental na seara do direito penal. Na esteira daquelas formulações, o médico Cesare Lombroso publica livro *Uomo Delinquente*, dando origem à Escola Positiva Italiana, no final do século XIX, sustentando a ideia do criminoso nato, cujas características anatômicas, fisiológicas e fisionômicas seriam bem delimitadas e facilmente identificáveis.⁵⁵

Forti destaca que a adoção do pensamento lombrosiano ampliou ainda mais a relação entre o crime e a loucura, estabelecendo entre eles uma relação de causa e efeito determinista, porquanto derivada da própria configuração orgânica e hereditariedade do infrator. Segundo a autora, as ideias de Lombroso puseram em questão os fundamentos do direito penal liberal, calcado na premissa do livre-arbítrio e no efeito retributivo da sanção penal, apontando para a necessidade de um direito criminal essencialmente preventivo, com foco na demanda de defesa social, e levado a cabo mediante a utilização das medidas de segurança.⁵⁶

Desse modo, se por um lado a ciência psiquiátrica passou a ser introduzida cada vez mais na seara do direito penal, seja por meio da ampliação do objeto de estudo da psiquiatria (ampliação do rol das “nosologias”), como se deu no início e meio do século XIX, seja pela afirmação determinística de que o crime tem sua origem na doença mental congênita, identificada em uma “sub-espécie” da raça humana, nos termos do pensamento lombrosiano, por outro lado, os tribunais tomaram para si a

⁵⁵ FORTI, Valéria. *Ética, Crime e Loucura: Reflexões sobre a Dimensão Ética no Trabalho Profissional*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010. p. 123-134.

⁵⁶ FORTI, Valéria. *Ética, Crime e Loucura: Reflexões sobre a Dimensão Ética no Trabalho Profissional*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010. p. 123-134.

atribuição de dizer a última palavra sobre a inimputabilidade do acusado, não estando o julgador vinculado ao laudo do especialista, a respeito da sua sanidade mental.

Forti observa que a extensão da jurisdição penal sobre o portador de transtorno mental infrator se deu em um contexto de crescimento substancial de demandas próprias do capitalismo industrial. Se, no início, a necessidade de disciplinamento de toda sorte de "vadios", "bêbados" e "desajustados" justificava o confinamento dessas pessoas em casas de correção totais (panópticos de Bentham), a fim de se adequarem ao modo de produção industrial em expansão, em momento posterior, a instabilidade social gerada pela proliferação desordenada de inchados centros urbanos e a desigualdade subjacente ao desenvolvimento do sistema capitalista propiciou o aumento da violência urbana. Em consequência, deu-se um aprimoramento das técnicas de controle e repressão estatais, que dirigiram seu olhar não apenas ao crime em si, mas aos segmentos da sociedade tidos como potencialmente perigosos, tendo sido os doentes mentais incluídos nesse rol.⁵⁷

Nesse sentido, Virgílio Mattos apregoa:

A revolução industrial precisava regular a loucura, segregar e utilizar a mão-de-obra barata resultante da precariedade das relações de trabalho, barrar, conter a mendicância e a vagabundagem, canalizar os pobres de todo gênero para as fábricas, para a produção.

Assim, escandalosos, loucos, pobres, doentes e desvalidos em geral são segregados em um mesmo local. O controle total começa a ganhar corpo, a tomar forma. O pobre útil de qualquer forma para a produção deve ser moído nas fábricas. O pobre improdutivo deve ser descartado. O local pode muito bem ser o hospital, o asilo, o orfanato, a rua, não necessariamente nesta ordem.

A construção do caráter perigoso. O engatinhar do conceito de periculosidade. Para os agitados e perigosos, controle e trabalhos manuais. Ocupadas, as mãos e a mente produziram seres dóceis, desde que, obviamente, fossem mantidos segregados. Separados por sexo e por categoria de doença.

Pelo saber da psiquiatria e também do direito penal, criava-se o vago rótulo de "periculosidade", que vigerá até os dias de hoje, depois de dois séculos. Perigosos seriam aqueles que pudessem colocar em xeque a segurança dos demais ou sua própria segurança, que atentassem contra a moral e os "bons costumes". Cumpriria duplo papel rotulação de periculosidade, sempre indelével: imantaria a necessidade de "tratamento", via imposição de diagnóstico de doença mental e também contemplaria a necessidade de neutralização penal, via exclusão.

⁵⁷ FORTI, Valéria. *Ética, Crime e Loucura: Reflexões sobre a Dimensão Ética no Trabalho Profissional*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010. p. 123-134.

[...]

A periculosidade torna-se o principal atributo do louco, paradoxalmente vai produzir ícones poderosos como a diferenciação entre imputabilidade e inimputabilidade, necessidade de segregação por meio da “defesa social” e o aparecimento das medidas de segurança no final do século XIX.⁵⁸

Nesse diapasão, arremata Foucault:

[...] devemos desconfiar: a burguesia tornou-se, a partir do fim do século XVI e no século XVII, a classe dominante. Dito isso, como se pode deduzir daí o internamento dos loucos? A dedução é fácil, e é precisamente isso que eu lhe reprovarei. É, de fato, fácil mostrar como o louco, sendo precisamente aquele que é inútil na produção industrial, como se é até mesmo obrigado a descartar-se deles. [...] mais uma vez, o sistema burguês pode suportar perfeitamente o contrário; o ponto em que ele encontrou seu interesse e pelo qual ele se mobilizou não foi no fato de eles serem excluídos, mas na técnica e no próprio procedimento de exclusão. Foram os mecanismos de exclusão, foi a aparelhagem de vigilância, foi a medicalização da sexualidade, da loucura, da delinquência, foi tudo isso, isto é, a micromecânica do poder, que representou, constituído pelo burguesia, a partir de certo momento, um interesse, e foi por isso que a burguesia se interessou.⁵⁹

Assim, o que se percebe é que foram dois os fatores históricos que determinaram a incursão da justiça penal sobre o doente mental infrator. O primeiro diz com o alargamento do conceito de “monomanias”, que passou a prescindir da presença de delírios para o seu diagnóstico e a abranger movimentos típicos das paixões e afetos, tendo esse alargamento culminado no desenvolvimento da doutrina da “degeneração do sistema nervoso central”, de Benedict-Augustin Morel e, posteriormente, na tese do “criminoso nato”, de Cesare Lombroso, em que medicina e direito penal se confundem completamente. O segundo fator refere-se ao advento das revoluções industrial e burguesa, nos séculos XVIII e XIX, as quais redirecionaram o sistema de produção para as grandes fábricas e desenvolveram métodos de coerção social, no sentido de adequar as populações àquele novo modelo social, em que as pessoas produtivas eram utilizadas nas engrenagens produtivas e as desvalidas, doentes ou indisciplinadas (aí incluídos os portadores de transtornos mentais) eram submetidas às casas de correção – situação que não prescindia da

⁵⁸ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 57.

⁵⁹ FOUCAULT, *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes: 1999. p. 36-38.

atuação do direito penal -, ou então eram apenas descartadas, posto que inúteis ao sistema capitalista de produção.

2.2 PREJUÍZO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA?

Paulo Jacobina questiona se o processamento penal do portador de transtornos mentais atende à garantia do contraditório e da ampla defesa, elementos do devido processo legal, previsto no inciso LIV, do art. 5º, da Constituição da República. Segundo a argumentação do autor, sabe-se que a ampla defesa contempla o direito à defesa técnica e à auto-defesa. Ao passo que a primeira é absolutamente indispensável na seara penal, a segunda resta disponível a juízo do acusado. No entanto, a disposição do direito à auto-defesa só pode se dar pelo próprio detentor da prerrogativa, de sorte que a indisponibilização dessa garantia, pelo órgão jurisdicional, configura manifesto cerceamento de defesa.⁶⁰

Assim, segundo o autor, a questão que se coloca é: de que forma assegurar a garantia da auto-defesa a um indivíduo que não entende os termos de um processo judicial ou a imputação que lhe é feita, tampouco os desdobramentos processuais que o afetam? Para Jacobina, a solução legal de nomeação de curador especial, a fim de representar os interesses do inimputável (artigo 51, do CPP, *in fine*) não é suficiente para os fins a que alude a garantia da ampla defesa, em sede penal, tendo em vista a natureza e a gravidade dos consectários do processo dessa natureza.⁶¹

Em sentido contrário, Virgílio de Mattos, sustenta que a autonomia e a responsabilidade penal do portador de transtorno mental infrator. Segundo o autor, nem mesmo uma enfermidade mental grave teria o condão de afastar a responsabilidade criminal. Nesse sentido, a dignidade inerente a cada ser humano requer a possibilidade de que todos possam ser responsabilizados por seu atos. Para ele, a alegação da inimputabilidade poderia servir, no máximo, como atenuante genérica, quando da hipótese da patologia possuir alguma relação com o ilícito

⁶⁰ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília: 2008. p. 98-100; 124; 127-128.

⁶¹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília: 2008. p. 98-100; 124; 127-128.

cometido, devendo a pena de prisão ser cumprida, normalmente, com a transferência para hospital penitenciário geral, em casos de crise da doença.⁶²

2.3 NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A doutrina diverge a respeito da natureza jurídica do instituto da medida de segurança. A título de exemplificação, Ferrari, citado por Paulo Jacobina, afirma tratar-se de medida administrativa do poder público, destinada a proteger a sociedade de um indivíduo que se tenha revelado perigoso, bem como a prover-lhe tratamento médico, a fim de possibilitar sua reintegração social. Damásio, por seu turno, reconhece a natureza penal das medidas de segurança, cuja finalidade, no entanto seria “essencialmente preventiva”, a fim de impedir que o indivíduo que tenha se revelado perigoso venha a reiterar na prática delitiva.⁶³

Portanto, a despeito da divergência doutrinária, parece haver um consenso no que tange ao seu pressuposto, fundado na periculosidade do agente, bem como quanto ao seu objetivo, qual seja o de defender a sociedade do sujeito revelado “perigoso”.

As medidas de segurança encontram-se disciplinadas em diplomas legislativos penais, em sua inteireza, a saber, nos artigos 96 a 99, do Código Penal, nos artigos 177 a 179, da Lei de Execuções Penais e nos artigos 751 a 779, do Código de Processo Penal.⁶⁴

Em razão de sua topografia, mas principalmente em virtude do seu conteúdo legal, não há como negar que as medidas de segurança constituem, em essência, uma sanção penal. Como efeito, as medidas de segurança apresentam-se como uma resposta constritiva do direito de liberdade do indivíduo, estabelecida pelo direito penal, em face da constatação pericial da inimputabilidade do acusado. A consequência imediata da imposição da medida, tanto na modalidade internação quanto no tratamento ambulatorial, é a suspensão ou a restrição do direito de liberdade de locomoção, respectivamente, aplicada no bojo de um processo penal e acompanhada por um juiz de execução penal, nos termos artigo do 158, da LEP.

⁶² DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 168.

⁶³ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 130-138.

⁶⁴ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 133.

Paulo Jacobina observa que a privação da liberdade nas medidas de segurança pode revelar-se ainda mais gravosa do que na pena de prisão, uma vez que àquela não se aplicam os benefícios que tradicionalmente incidem sobre esta. Direitos como a progressão de regime e o livramento condicional, assegurados inclusive aos condenados pela prática de crimes hediondos (Lei 8.072/92) não se aplicam às medidas de segurança. Tampouco a garantia a um termo final de privação de liberdade pré-fixado é garantido ao indivíduo submetido a uma medida de segurança.⁶⁵

Na mesma linha, Queiroz observa que a pena de prisão e a medida de segurança possuem diferenciação meramente formal, uma vez que “materialmente, a medida de segurança pode ser mais lesiva à liberdade inclusive.”⁶⁶

Nessa perspectiva, sustenta Virgílio de Mattos, *in verbis*:

É senso comum, mas de difícil verificação de um resultado positivo na prática, que muito “desviantes” simulam um sofrimento mental para obter uma pena menor, ou condições melhores de cumprimento da sanção a ser imposta. O que, de resto, também não é verdade. As “saídas legais” são menores, as condições de cumprimento das medidas de segurança são piores do que as penas privativas de liberdade e, insista-se, com menores possibilidades processuais de fala e escuta.⁶⁷

Alessandro Baratta também salienta a possibilidade de a aplicação das medidas de segurança vir a constituir-se sanção penal mais severa do que a pena privativa de liberdade comum, em especial pelo efeito ainda mais estigmatizante que impregna o instituto da medida de segurança:

A consequência perversa que se apresenta é que, com respeito às garantias jurídicas que devem alcançar todos os clientes do sistema penal segundo os princípios do Estado de Direito, são precisamente os menores e os adultos não imputáveis os sujeitos com menos garantias, por serem considerados como pessoas menos responsáveis e não responsáveis, enquanto que o regime de internação a que são submetidos apresenta os mesmos – senão maiores – efeitos repressivos e estigmatizantes que as medidas

⁶⁵ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006, p. 98-100; 133.

⁶⁶ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: Parte Geral, Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009. p. 401.

⁶⁷ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 171.

privativas da liberdade, às quais são submetidos os adultos “imputáveis”.⁶⁸

Por outro lado, Führer afirma que a declaração de inimputabilidade ou semi-imputabilidade pode revelar-se proveitosa para os apenados com sanção altas, cujo regime inicial seja o fechado, uma vez que o acusado, ao alegar transtorno mental, poderia estar buscando, além do destacamento do regime fechado, uma causa de perdão junto à família ou à sociedade.⁶⁹

No entanto, escorado nos achados de Altavilla e Tanzi, o autor informa que o exame pericial bem realizado permite identificar eventuais falseamentos, mediante o uso de técnicas específicas. Como exemplo, ele cita a contra-simulação, que consiste em informar ao periciando que o médico está quase convencido da patologia, mas estranha a ausência de um sintoma específico, quando na realidade o sintoma assinalado não guarda qualquer relação com a enfermidade alegada. Segundo o autor, nesses casos, a experiência demonstra que os simuladores passam a adotar aquele comportamento cuja ausência o médico afirmara estranhar, o que descortina a encenação do acusado.⁷⁰ Sob o aspecto clínico, eventuais exageros nos movimentos, na intenção de convencer o médico sobre a doença, e o olhar atento do periciando às reações do examinador também seriam indicativos de burla, conforme Führer. Quadros de amnésia, melancolia, epilepsia, estados maníacos e delírios de ciúmes envolveriam, segundo o autor, características muito próprias que se revelam, senão de imediato, com o transcurso do tempo.⁷¹

Nesse sentido, foi feliz a evolução jurisprudencial consagrada pelo Enunciado de Súmula nº 527, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de 18 de maio de 2015, ao estabelecer o limite temporal das medidas de segurança (sejam de internação sejam de tratamento ambulatorial) ao máximo da pena em abstrato cominada ao delito. Com efeito, a edição do verbete sumular minora as distorções decorrentes da utilização penal das medidas de segurança, porquanto vem corrigir pelo menos a questão

⁶⁸ BARATTA, Alessandro. *Princípios Do Direito Penal Mínimo Para Uma Teoria Dos Direitos Humanos Como Objeto e Limite da Lei Penal*. Ano 10, N. 87. Texto publicado na Revista “Doutrina Penal” n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987. pp. 623-650. tradução de Francisco Bissoli Filho, Florianópolis: 2003. p. 623-650.

⁶⁹ FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo: 2000. p. 105-110.

⁷⁰ FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo: 2000. p. 105-110.

⁷¹ FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal*. Malheiros, São Paulo: 2000. p. 105-110.

temporal. No entanto, como observa Virgílio de Mattos, a saída jurisprudencial não tem o condão de modificar o pensamento cotidiano dos operadores do direito e dos tribunais país afora, prevalecendo a crença na periculosidade do doente mental, juntamente com seu afastamento social por períodos longos ou mesmo indeterminado.⁷²

⁷² DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 25.

3 LEGISLAÇÃO SANITÁRIA

No ano de 2001, foi editada a Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, inaugura uma nova lógica de tratamento do doente mental, em sintonia com achados recentes da psiquiatria.

De acordo com Paulo Jacobina, as disposições daquele diploma legal são incompatíveis com as disposições da legislação penal, atinentes à medida de segurança. Segundo o autor, a razão dessa incompatibilidade reside no fato de que o regramento penal estabelece um sistema excessivamente rígido, em que o juiz deve aplicar a medida de internação, para as infrações puníveis com reclusão, ou o tratamento ambulatorial, destinado ao que cometerem delitos puníveis com detenção (artigo 97, CP). Em orientação diametralmente oposta, a Lei 10.216 preconiza que a espécie de tratamento deve se pautar pelo caso concreto, sendo a internação medida a ser aplicada apenas em último caso, quando da insuficiência dos recursos extra-hospitalares, dando preferência às técnicas menos invasivas de tratamento, nos termos do art. 4º daquele diploma legal: “A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.”^{73 74}

A legislação sanitária assegura ainda, em seu artigo 5º, o direito do tratando à desinternação progressiva, a ser acompanhada por autoridade sanitária, *in verbis*:

O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.⁷⁵

Segundo Jacobina, essa garantia não se afiniza com a sistemática adotada pela LEP e pelo CPP, que partem de uma perspectiva detentiva *ab initio*, bem como do prolongamento temporal indeterminado da segregação hospitalar, condicionando a

⁷³ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília: 2008. p. 110.

⁷⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10216.htm

⁷⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10216.htm

alta do interno ao cumprimento de tempo mínimo (1 a 3 anos, nos termos do art. 97, § 1º, CP) e à realização de exames periciais anuais, no intuito de aferir a cessação a periculosidade, nos termos dos artigos 175 a 179, da LEP.⁷⁶

A respeito dos exames anuais de verificação da cessação da periculosidade, Thelma Ferrão observa:

Uma única entrevista com o preso depois de anos e anos de internação, na hora de ser avaliado, não é capaz de fornecer um diagnóstico preciso. Era por isso que quem entrava ali só saía morto.⁷⁷

Assim, Jacobina e Paulo Queiroz defendem a aplicação integral da Lei 10.216/2001 aos doentes mentais infratores, de modo que os dispositivos penais que preveem o tempo mínimo de duração das medidas e espécie de tratamento, em função da natureza do delito foram tacitamente revogados por esta lei.

Nessa perspectiva, Queiroz, sem questionar, porém, a constitucionalidade das medidas de segurança, sugere uma releitura da legislação penal, aduzindo que estas teriam sido recepcionadas pela Lei 10.216/2001, sob a denominação de internação compulsória, nos termos do art. 6º, III, daquele diploma sanitário. O autor salienta, porém, o caráter estritamente terapêutico das medidas de segurança, de modo que estaria revogada “toda e qualquer disposição que tiver subjacente a ideia de castigo”.⁷⁸

Jacobina, por seu turno, sustenta a inconstitucionalidade pura e simples das medidas de segurança penais, posto que dissonantes dos fundamentos do direito penal e em descompasso com os avanços da moderna psiquiatria.⁷⁹ O autor sugere a reformulação completa do sistema de responsabilização do doente mental infrator, talvez distante do direito penal, sendo crucial, nesse mister, o diálogo com outras áreas do conhecimento.

Vamos ter, portanto, que construir um sistema de responsabilização do louco que passe ao ato (que comete crimes), que leve em conta a necessária integridade do sistema jurídico. No momento, há apenas o

⁷⁶ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília: 2008. p. 110.

⁷⁷ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília: 2008. , p. 137.

⁷⁸ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*, Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009. p. 402.

⁷⁹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília: 2008. p. 110-113; 142-144.

vácuo, no qual, por inércia, aplicamos o sistema das medidas de segurança sem pensar muito em sua coerência. Propomos, assim, a criação de um sistema de responsabilização coerente com os avanços da reforma psiquiátrica. Talvez seja necessário escapar dos limites do direito penal, talvez promover amplo debate desse próprio campo do direito, reformulando-o. Em qualquer hipótese, devemos estar integralmente abertos ao princípio da interdisciplinariedade que rege a questão.

Nesse sentido, Alessandro Baratta afirma que a solução para os casos dos portadores de transtornos mentais deve passar ao largo da incidência do direito penal:

Trata-se, pois, de substituir o atual sistema punitivo paralelo para os sujeitos que apresentam transtornos psíquicos, mediante a extensão a eles da disciplina jurídica normal, elaborada segundo concepções modernas e progressistas, fora de qualquer implicação como poder punitivo do Estado, e com o mais amplo respeito pela pessoa e as máximas garantias para seus direitos.⁸⁰

No mesmo sentido, Mattos não reconhece a recepção do art. 26, do CP, pela Constituição Federal vigente, in verbis:

Que lógica perversa é essa (excludente, inconstitucional e ilegal) que transforma o portador de sofrimento mental em cidadão de segunda classe? Por que não tem ele os mesmos direitos daquele que praticou o crime e não sofria, ao tempo da ação ou omissão criminalizada, de qualquer patologia mental? Por que, na prática, maiores e mais severas as punições em relação ao portador de sofrimento ou transtorno mental? Por que se permite o “fingimento” da “solução” sob a esfarrapada capa da legalidade? O tratamento que não cura, a inclusão que só exclui.⁸¹

Ângelo Ilha da Costa, noutro giro, defende que o portador de transtorno mental que incida na violar da lei penal não está abarcado pelas disposições da Lei 10.216/2001. Segundo o autor, a lei sanitária teria sido editada para regular o

⁸⁰ BARATTA, Alessandro. *Princípios Do Direito Penal Mínimo Para Uma Teoria Dos Direitos Humanos Como Objeto e Limite da Lei Penal*. Ano 10, N. 87. Texto publicado na Revista “Doutrina Penal” n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987. pp. 623-650. tradução de Francisco Bissoli Filho, Florianópolis: 2003. p. 623-650.

⁸¹ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 18.

tratamento dos doentes mentais comuns, apenas, excluídos os indivíduos em conflito com a lei.⁸²

Além disso, existe a possibilidade da decretação da medida de segurança "preventiva", a partir da instauração do procedimento de incidente de insanidade mental, a requerimento dos peritos oficiais (art. 150, CPP). Aduz a lei processual penal que o processo será suspenso e o acusado submetido à observação médica por prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável a pedido dos peritos, a fim de confirmar-se (ou não) seu estado de saúde mental. Nesse ponto, JACOBINA faz outro alerta, no sentido do perigo subjacente a esse dispositivo, haja vista a possibilidade de sucessivas prorrogações de prazo transformarem a segregação cautelar da medida de segurança preventiva em segregação perpétua, em especial porque trata-se de privação cautelar que não se rege pelos requisitos do artigo 312, do CPP.⁸³

Na prática, o que ocorre é que muitos acusados portadores de transtornos mentais são "esquecidos" e permanecem nos estabelecimentos judiciário-psiquiátricos por períodos prolongados, sem mesmo ter sido concluído o exame de verificação de insanidade mental. Conforme adverte Mattos:

Existem inúmeros casos de pacientes internados nos hospitais psiquiátricos há muitos anos, sem conclusão do processo, ou mesmo sem processo. Alguns ainda aguardam o exame de sanidade mental; outros incontáveis, também aguardam o laudo de cessação de periculosidade, e há os que, mesmo com laudo positivo para cessação da periculosidade, aguardam ad vitam o único alvará de soltura para eles possível: a morte.⁸⁴

O que se verifica, desse modo, é que há uma contradição principiológica flagrante entre os regramentos penal e sanitário referente ao doente mental, que permanece, em larga medida, sendo submetido a uma disciplina penal, em detrimento da legislação que fora editada justamente para lhe dar guarida, que é a Lei 10.216/2001.

Jacobina chama a atenção para as disposições dos artigos 549 a 555, do CPP, que regem a aplicação da medida de segurança "por fato não definido como crime".

⁸² ILHA DA COSTA, Ângelo. *Da Inimputabilidade Penal em face do atual desenvolvimento da PSICOPATOLOGIA E DA ANTROPOLOGIA*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011. p. 120.

⁸³ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília, 2008. p. 117-118.

⁸⁴ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2006. p. 78-79.

Assim, aqueles dispositivos autorizam a autoridade policial, ao tomar conhecimento de “fato que, embora não constituindo infração penal, possa determinar a aplicação de medida de segurança” que inicie um procedimento de investigação (correlato do Inquérito Policial), a subsidiar eventual requerimento impetrado pelo Ministério Público junto ao Poder Judiciário (correlato à Denúncia no Processo Penal), que poderá determinar uma internação compulsória (correlata da medida de segurança). Segundo o autor, trata-se de uma carta branca dada ao Poder Público para, por meio de suas instâncias penais, aplicar uma medida privativa de liberdade, independente do cometimento de qualquer ilícito penal, com fulcro numa suposta periculosidade, em flagrante ofensa ao postulado da não culpabilidade. Jacobina aduz que, para que se legitimasse essa prática, seria necessária uma mudança constitucional, no sentido de ampliar o teor do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição, para o seguinte: “ninguém será considerado culpado (ou perigoso socialmente) até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (ou da sentença absolutória que reconheça tal periculosidade)”. Conforme sustenta o autor, é evidente que uma redação nesses termos soaria absurda até para um estudante dos primeiros semestres do curso de direito, mas é isso que a prática penal vem levando a cabo de modo sistemático, em violação flagrante dos direitos dos portadores de transtornos mentais.⁸⁵

No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) chancela a constitucionalidade das medidas de segurança, nos termos em que ela se apresenta, como se pode observar a partir do Enunciado de Súmula nº 422, que preconiza: “A absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação da liberdade.”.

No âmbito acadêmico, o relatório final do Seminário Nacional para Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico denuncia, de forma categórica, a inconstitucionalidade do disciplinamento legal-penal das medidas de segurança:

“[...] Entre as ideias debatidas nestes espaços, o argumento da inconstitucionalidade da medida de segurança foi seguramente o mais arrebatador – talvez por revelar as razões de uma sensação, compartilhada pelos participantes do seminário, de que há algo essencialmente muito injusto na aplicação da medida de segurança. [...] nestas discussões, as noções de que a aplicação da medida de segurança fere os princípios constitucionais da reserva legal e da proporcionalidade da pena apontaram para a

⁸⁵ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília, 2008. p. 98-99.

necessidade de formulação de novos paradigmas jurídicos, além de novos paradigmas assistenciais no cuidado ao louco infrator. A Comissão Técnica constituída pelo seminário para propor mudanças na Lei de Execuções Penais (LEP) certamente não será o único fórum dedicado a esta questão. [...]” grifo nosso 86

Jacobina relata que estudos recentes na área da psiquiatria têm evidenciado que a política de inclusão é crucial na reinserção do doente. Tem-se verificado que o tratamento pautado pela individualização, por exames contínuos (e não anuais, como estabelece a lei penal) e pelo fortalecimento dos laços familiares e comunitários revela-se primordial para o atingimento do objetivo de inclusão do doente. Enfaticamente, nega-se o caráter terapêutico do internamento e o modelo hospitalocêntrico de tratamento da loucura, e alterando-se a perspectiva em relação ao tratando, em direção à desinstitucionalização e à devolução da sua identidade e autonomia, em detrimento do modelo tradicional que coisifica o doente e o reduz a mero objeto das ações a serem executadas. 87

Ademais, o autor lembra que, em sintonia com o movimento reformador e com a legislação hodierna, a Portaria Interministerial n. 628/2002 instituiu uma série de ações de saúde no sistema penal, como por exemplo, o estabelecimento de “metas de implantação de Programas Permanentes de Reintegração Social junto a 40% dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico no 1º ano, 60% no 2º ano, 80% no 3º ano e 100% no 4º ano.”. 88

3.1 MANICÔMIOS JUDICIÁRIOS

Com a reforma penal de 1984 foi alterada a nomenclatura dos manicômios judiciários para “Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico”. Na substância, no entanto, não houve qualquer modificação. Com efeito, as instituições destinadas ao cumprimento de internações judiciais continuaram vinculadas ao Departamento Penitenciário, em detrimento do Sistema Único de Saúde (SUS). Em decorrência disso, o tratamento do doente mental infrator permaneceu sendo pautado pela lógica

⁸⁶ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília, 2008. p. 112-113.

⁸⁷ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília, 2008. p. 134-134; 141.

⁸⁸ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília, 2008. p. 137-138.

da execução penal, a despeito de todo o regramento atinente à assistência à saúde e aos princípios do SUS, consagrados na Constituição da República, em seu art. 196, e nas leis 8.080/1990, 8.142/1990 e 10.216/2001.⁸⁹

A consequência prática da desvinculação dos estabelecimentos de tratamento psiquiátrico em relação ao sistema de saúde (e vinculação ao sistema carcerário) importa ao se verificar a diferença que há no rol de direitos previstos para os internados em medida de segurança, na Lei de Execuções Penais (art. 99 c/c 88, LEP) com os preceitos da legislação sanitária, expressos no parágrafo único, do artigo 2º, da Lei 10.216/2001, que preconiza:

São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

- I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;
- II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
- III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
- IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
- V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;
- VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
- VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;
- VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Segundo Jacobina, a lei sanitária é expressa em salientar que os direitos e garantias ali previstos são assegurados a todos os portadores de deficiência mental, independentemente de qualquer forma de discriminação, inclusive o “grau de gravidade” ou o “tempo de evolução do transtorno” (art. 1º, da Lei 10.2016). Assim, afastar a aplicação dos dispositivos daquela lei aos casos do portador de transtorno que vem à prática de fato proibitivo pela norma, em decorrência dos estímulos próprios da doença, significa fazer tábula rasa de toda a sistemática constitucional e sanitária vigente, em especial o respeito à dignidade humana.⁹⁰

⁸⁹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília: 2008. p. 98-100.

⁹⁰ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília: 2008. p. 103-104.

Nesse sentido, Adriana Maria Vasconcelos Feijó e Dalva Vanderlei Tenório, por ocasião do trabalho intitulado “Sistema Único de Saúde e Manicômio Judiciário”, promovido pela Universidade de Brasília (UnB), salientam a importância da disponibilização de métodos eficazes de tratamento aos internados, razão por que o credenciamento dos hospitais de custódia junto ao SUS é medida que se impõe, *in verbis*:

Promoção de credenciamento junto ao SUS dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, garantindo-se aos pacientes submetidos à medida de segurança o acesso a todos os métodos terapêuticos modernos como forma de possibilitar a melhoria na qualidade da saúde mental e o respeito à dignidade humana e à cidadania desses portadores de transtorno ou doença mental.⁹¹

Também nesse sentido é a conclusão do Seminário Nacional para a Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, que contou com a participação da Secretaria de Assistência à Saúde, do Ministério da Saúde (MS) e do Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça (MJ), em 2002, em atenção à orientação apontada pela "Reforma Psiquiátrica":

[...] nos estados onde existam manicômios judiciários, as condições mínimas devem se adequar às normas do SUS, com as mesmas regras para os hospitais psiquiátricos públicos ou credenciados aos SUS, direcionadas no sentido da humanização, desospitalização e desinstitucionalização, evoluindo para o regime aberto (GRUPO DE TRABALHO 3).⁹²

Cabe transcrever, ademais, a opinião abalizada de Alessandro Baratta, a respeito dos hospitais psiquiátricos, que destaca a contradição institucional da existência dos estabelecimentos manicomial, porquanto situados no limbo entre o sistema de saúde pública e o sistema penitenciário:

Nas mais recentes discussões, evidenciou-se claramente a contradição representada pela existência de “manicômios criminais”, instituições verdadeiramente anacrônicas e ainda mais

⁹¹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília: 2008. p. 108.

⁹² JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica*, Escola Superior do Ministério Público, Brasília: 2008. p. 106-107.

repressivas e destrutivas que o próprio cárcere, situadas em uma zona neutra entre o sistema carcerário e o sistema de direito ao tratamento terapêutico adequado para os sujeitos que padecem de transtornos mentais, assim como a grave contradição prática e jurídica representada pela acumulação de penas e de medidas de segurança.

Em verdade, os hospitais psiquiátricos constituem uma zona cinzenta, onde se segrega para tratar a doença, mas aplica-se, ao indivíduo e à instituição de custódia, todo o regramento penal, em detrimento das disposições legais referentes ao tratamento de saúde, o que configura uma situação absurda e demanda imediata reformulação.

3.2 PROGRAMA PAI-PJ: UMA EXPERIÊNCIA DE SUCESSO

Em 2005, Virgílio de Mattos realizou uma pesquisa de campo junto ao Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário (PAI-PJ), desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), em parceria com o Programa Polos de Cidadania, da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com a Escola Brasileira de Psicanálise, o Fórum Mineiro de Saúde Mental e com um centro universitário privado de Belo Horizonte-MG.⁹³

O programa é voltado ao acompanhamento de portadores de transtornos mentais que cometeram fatos definidos como crimes e contravenções penais e que foram submetidos a medidas de segurança, no âmbito daquele tribunal.

Segundo Mattos, o PAI-PJ passa ao largo do modelo tradicional hospitalocêntrico. Ainda que levado a efeito no âmbito da aplicação das medidas de segurança, o programa segue as diretrizes que inspiraram a edição da Lei 10.216/2001, em especial a desinstitucionalização, o tratamento além-muro e a atenção integral ao paciente.⁹⁴

Conforme Mattos constatou, os resultados do programa são um sucesso: em mais de mil atendimentos realizados em poucos mais de cinco anos de existência do

⁹³ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 174.

⁹⁴ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 174-175.

programa, o índice de reincidência atingia, à época, o impressionante percentual de zero.⁹⁵

Em entrevista realizada com a idealizadora do programa, a psicóloga Fernanda Otoni, Mattos extrai o seguinte:

Diferentemente do manicômio ou do presídio – incentivadores e multiplicadores da violência contra o próximo e contra si, ao propor com seus muros a ruptura dos laços de convivência -, o PAI-PJ aposta que cada um pode construir um projeto de vida com cabimento na rede social. Desde que esse paciente tenha acesso aos recursos para projetá-lo na cidade, produzindo uma redução da violência como resposta à emergência da falha em qualquer variação da estrutura psíquica.⁹⁶

Otoni relata, no entanto, que, como se tratam de medidas de segurança judiciais, para que seja levado a cabo o trabalho, a equipe tem de inicialmente lograr convencer o juiz de execução a converter os casos de internação em tratamento ambulatorial, para aí sim iniciar o trabalho, nos moldes em que é proposto. Segundo ela, como não há exigência legal de exame pericial para fins de conversão da medida, o parecer do médico no sentido do tratamento ambulatorial, juntamente com o projeto de acompanhamento específico do paciente, é suficiente para obtenção da “modulação” da medida, pelo magistrado.⁹⁷

Quanto ao acompanhamento dos doentes, Otoni relata que a atenção integral e a escuta são fundamentais para o sucesso do tratamento, uma vez que o portador de transtorno mental emite sinais claros de angústia antes de ser tomado pelo surto. Assim, diferentemente do que ocorre com o imputável, a possibilidade do cometimento de uma violência ou de outro ilícito é previsível e também evitável, na medida em que o profissional é capaz de colocar à disposição do tratando recursos que possam distanciá-lo do estado de angústia e, portanto, do próprio cometimento do ato. Como

⁹⁵ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 176.

⁹⁶ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 177.

⁹⁷ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 177-178.

exemplo, ela cita a terapia da escrita, mediante a qual diversos pacientes lograram uma porta de saída de seus estados de sofrimento.⁹⁸

No entanto, conforme relata Otoni, o tratamento só é possível com o paciente circulando e buscando viver autonomamente. Segundo ela, somente assim é que o paciente pode vivenciar suas dificuldades, no dia a dia, e ir trabalhando junto com o profissional.

Desse modo, a proposta do modelo tradicional manicomial não tem o condão de reinserir o tratando na sociedade porque, ao segregá-lo do convívio social, impede que ele se depare com suas dificuldades e possa trabalhá-las à medida em que aparecem. Conseqüentemente, quando o paciente sai da instituição, depara-se com os mesmos problemas.

Ademais, o trabalho desenvolvido no âmbito do PAI-PJ revela-se vantajoso sob o aspecto financeiro. Conforme constatou Mattos: enquanto o custo de um paciente em hospital judiciário sai por mais de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) por mês, o paciente no âmbito do programa de atenção integral custa R\$ 100,00 (cem reais) mensais aos cofres do estado.⁹⁹

Desse modo, não há como negar a premência de se reformular o sistema de aplicação das medidas de segurança ou, conforme Mattos, extinguí-las, pura e simplesmente, porquanto não recepcionadas pela Constituição vigente no País e na contramão de toda a sistemática que rege o tratamento referente aos portadores de transtornos mentais, tenham eles chegado à prática do ato ou não.¹⁰⁰

⁹⁸ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 178.

⁹⁹ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 179-180.

¹⁰⁰ DE MATTOS, Virgílio. *Crime e Psiquiatria: UMA SAÍDA*: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança, Editora Revan, Rio de Janeiro: 2006. p. 179-180.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar as contradições que permeiam a incidência do direito penal na esfera do portador de transtorno mental que chega à prática do fato proibido pela norma penal, em função dos distúrbios característicos da patologia que o acomete.

No primeiro capítulo, inicialmente, foi realizado um breve estudo da doutrina finalista da ação, desenvolvida por Hans Welzel, que substituiu a antiga concepção causalista de delito e que lastreia o conceito hodierno de dolo, no direito penal ocidental.

Em seguida, foi desenvolvido um estudo dos elementos que compõe o dolo, de forma a demonstrar que o portador de transtorno mental, quando em estado de manifestação patológica, é incapaz de apresentar vontade livre e consciente, características fundamentais para a configuração do elemento subjetivo penal, seja no que pertine à conduta - entendida como elemento do fato típico -, seja na verificação de sua antijuridicidade.

Nesse sentido, foram carreados os ensinamentos da doutrina jurídica nacional e estrangeira, bem como estudos de autores especialistas em saúde mental, que lançam luzes e auxiliam a ciência jurídica no entendimento dos conceitos de consciência e vontade, e apontam como os diferentes níveis de perturbações mentais podem vir a restringir significativamente, ou mesmo anular, a capacidade de autodeterminação do indivíduo.

Ao final, defende-se, na esteira de Michel Foucault e Maximiliano Fuhrer, a demarcação de uma linha divisória clara entre as funções médica e judicial, no que tange ao tratamento do portador de transtorno mental infrator.

O segundo capítulo tratou especificamente do instituto da medida de segurança, realizando, inicialmente, um estudo de sua origem como instrumento de controle penal, no século XIX, especialmente a sua relação com o contexto histórico da revolução industrial e da ascensão da classe burguesa.

Em seguida, buscou-se definir a natureza jurídica da medida de segurança: se se trata de tratamento de saúde, aplicado judicialmente, ou de efetiva manifestação do poder punitivo do estado. Conforme se pôde verificar, a medida de segurança consubstancia verdadeira sanção penal, uma vez que não está vinculada ao SUS nem segue as diretrizes do direito sanitário, apresentando-se, com efeito, como uma

punição, por vezes mais gravosa do que a pena de prisão comum, porquanto desprovida de termo final de duração ou dos benefícios tradicionalmente reconhecidos ao preso comum.

Posteriormente, foi realizada uma abordagem mais aprofundada dos institutos que regem o direito sanitário, em especial os institutos da desinstitucionalização, da autonomia e da atenção integral, positivados na legislação pátria com a edição da Lei 10.216/2001, alcunhada “Lei de Reforma Psiquiátrica”, porquanto estabelece a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Nessa perspectiva, foi evidenciada a contradição principiológica que há entre os regramentos penal e sanitário referentes ao tratamento do portador de transtorno mental, bem como a inconstitucionalidade (ou a não-recepção constitucional) do instituto da medida de segurança, tendo em vista sua dissonância em relação aos fundamentos do direito penal – que é pautado na responsabilidade subjetiva, ao passo que a medida de segurança se fundamenta no conceito impreciso de periculosidade -, bem como em função de seu descompasso em relação aos avanços da moderna psiquiatria, conforme explicitado na Lei 10.216/01.

Por fim, faz-se uma crítica dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátricos, que abrigam os condenados submetidos a medidas de segurança, e apresenta um modelo alternativo de sucesso, levado a cabo pelos profissionais de saúde mental que atuam no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e que pode servir de inspiração para a extinção definitiva das medidas de segurança judiciais segregacionistas e anacrônicas.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. Princípios Do Direito Penal Mínimo Para Uma Teoria Dos Direitos Humanos Como Objeto e Limite da Lei Penal. *Doutrina Penal*, Buenos Aires, ano 10, n. 87, p. 623-650.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 2898, de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.
- FONTANA-ROSA, Júlio César. A Perícia Psiquiátrica. In: COHEN, Claudio; FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco (Org.). *Saúde Mental, Crime e Justiça*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996.
- FORTI, Valéria. *Ética, Crime e Loucura: Reflexões sobre a Dimensão Ética no Trabalho Profissional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
- FOUCAULT, *Os Anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FOUCAULT, *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FÜHRER ROBERTO, Ernesto Maximiliano. *Tratado da inimputabilidade no direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- ILHA DA COSTA, Ângelo. Da Inimputabilidade Penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2011.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura: medida de segurança e reforma psiquiátrica*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público, 2008.
- MATTOS, Virgílio de. *Crime e Psiquiatria: uma saída: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MOURA, Luiz Antônio. Imputabilidade, Semi-imputabilidade e Inimputabilidade COHEN, Claudio; FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco (Org.). *Saúde Mental, Crime e Justiça*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996.
- PAIM, Isaías. *Curso de Psicopatologia*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária Ltda., 1983.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral, Forense*, Rio de Janeiro, 2013.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Fundamentos de Direito Penal: Introdução Crítica, Aplicação da Lei Penal, Teoria do Delito*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito Penal Brasileiro: Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. v. 2.