

Luis Humberto Ayala Vallenias

DOENÇA MENTAL E PERICULOSIDADE CRIMINAL

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo, como parte dos
requisitos para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Miguel Reale Júnior.

Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo

São Paulo
2005

A René Consuelo e Luís Fernando, meus queridos pais, que me deram a vida.

A Addy, amada esposa, sinfonia na minha vida.

A Solange e Luís Gustavo, meus tenros filhos, que são a minha vida.

"É mais fácil desintegrar um átomo do que um preconceito".
Albert Einstein

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 DOENÇA MENTAL E NORMALIDADE	2
2.1 <i>Escoço histórico</i>	2
2.1.1 <i>Histórico da medida de segurança no Brasil</i>	11
2.2 <i>Doença mental</i>	13
2.2.1 Desenvolvimento mental incompleto	18
2.2.2 Desenvolvimento mental retardado	21
2.2.3 Semi-imputabilidade	21
2.3 <i>O problema da normalidade psíquica</i>	25
2.3.1 Critério estatístico	28
2.3.2 Critério teleológico	29
2.4 <i>Estigma e preconceito</i>	31
3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PRINCÍPIOS PENAISS FUNDAMENTAIS	36
3.1 <i>Princípio da legalidade</i>	38
3.2 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	47

3.3 <i>Princípio da intervenção mínima</i>	49
3.4 <i>Princípio da presunção de inocência</i>	52
4 MEDIDAS DE SEGURANÇA CRIMINAIS	57
4.1 <i>Conceito de medida de segurança</i>	61
4.2 <i>Monismo e dualismo das reações criminais</i>	63
4.2.1 <i>Monismo</i>	63
4.2.2 <i>Dualismo</i>	69
4.2.3 <i>Sistema Vicarial</i>	74
4.3 <i>Finalidades das medidas de segurança</i>	76
4.4 <i>A legitimação das medidas de segurança</i>	79
4.5 <i>Medida de segurança pré-delitual</i>	82
5 A PERICULOSIDADE CRIMINAL	86
5.1 <i>Princípio da periculosidade</i>	88
5.2 <i>Periculosidade criminal presumida</i>	97
5.3 <i>Desinstitucionalização como desconstrução do sistema vigente</i>	101

5.3.1 <i>Desinstitucionalização</i>	104
6 CONCLUSÕES	109
7 BIBLIOGRAFIA	113

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo averiguar o nexo entre a doença mental do autor do fato previsto como crime, a presunção normativa de periculosidade criminal em virtude de doença mental e a determinação de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Traça histórico da legislação sobre o assunto, relata os importantes avanços obtidos pela denominada "Luta Antimanicomial" no Brasil, como pelas notáveis novidades introduzidas pela Lei nº 10.216 (06-04-2001), que define um novo modelo assistencial em saúde mental, e, por último, preconiza uma mudança de mentalidade no intuito de demonstrar à sociedade as vantagens de um tratamento médico especializado em favor do doente mental infrator em regime aberto, já que nos diversos períodos históricos, a noção de inimputabilidade do doente mental autor de crime foi utilizada frequentemente não com o propósito de se obter a sua cura e reabilitação, mas com finalidade repressiva e de exclusão social.

SUMMARY

The present survey has the objective to check the nexus between the mental disease of the author of the foreseen fact as crime, the normative swaggerer of criminal danger in virtue of mental disease and the determination of internment in safekeeping hospital and psychiatric treatment.

It traces the description of the legislation about the subject, it tells the important advances gotten for what is called "Antimanicomial Fight" in Brazil, like the notables new features introduced by the Law nº 10.216 (06-04-2001), that defines a new assistencial model in mental health, and, finally, praises a change of mentality in intention to demonstrate to the society the advantages of a medical treatment specialized for the mental sick person infractor in open regimen; since, in the diverse historical periods, the notion of unimputability of the mental sick person crime author was used frequently not with the intention of getting its cure and recovery, but with repressive purpose and of social exclusion.

1 INTRODUÇÃO

O delito como fenômeno social multifatorial altamente complexo e a doença mental como estado biofísico e social, são de natureza universal e supracultural. O primeiro lesa ou coloca em risco não somente bens juridicamente tutelados do indivíduo, senão, também do próprio organismo social, atingindo-o em sua harmonia e estabilidade.

A doença mental por sua vez percebida com receio tanto por leigos quanto por especialistas, provoca atitudes diversas e dramaticamente tão opostas como aquelas que trilham as sendas da piedade, passam pelo assistencialismo até chegar a repulsa total (eliminação física do doente mental).

A dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito se encontra consagrada no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, impondo-se não somente como autêntico limite ao poder punitivo, senão como verdadeira finalidade na construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

A finalidade deste trabalho é verificar, pois, o nexu entre a doença mental do autor do fato previsto como crime, a presunção normativa de periculosidade criminal em virtude da doença e a determinação da internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Para isso, o segundo capítulo será dedicado à análise da doença mental e da chamada normalidade psíquica. Estudar-se-á através de um esboço histórico as diversas manifestações que a doença mental tem suscitado, assim como os critérios utilizados para resolver o problema de dita normalidade.

No terceiro capítulo, serão abordados os princípios penais fundamentais no marco de um Estado Democrático de Direito.

O quarto capítulo tratará da medida de segurança criminal, espécie de sanção penal que junto à pena constitui modernamente um importante instrumento legal de luta contra a criminalidade.

A periculosidade criminal do doente mental será examinada no quinto capítulo. Os incessantes avanços da psiquiatria forense, da psicopatologia e da criminologia, assim como os seus reflexos no âmbito punitivo merecerão também especial atenção. Igualmente o fenômeno da desinstitucionalização psiquiátrica será digno de estudo.

2 DOENÇA MENTAL E NORMALIDADE

2.1 Escorço histórico

As medidas de segurança criminais tal como hoje a doutrina majoritária as entende, pertencem ao âmbito do Direito Penal moderno ¹, visto que, ao final do século XIX e começo do século XX a “pena deixou de ser a única solução possível para lutar contra o fenómeno da delinquência” ². Fenômeno este que responde dentre outras razões à concepção eminentemente vindicativa da pena “(...) rigidamente construída sobre a ideia de retribuição” ³ no marco duma compreensão clássica do Direito Penal que em face da criminalidade ⁴ protagonizada pelos delinquentes menores de idade, pelos doentes mentais que se encontravam numa situação de inimputabilidade e pelos delinquentes habituais tidos como perigosos, sentiu a necessidade político criminal de “flexibilizar” e “alongar” ⁵ os esquemas tradicionais do Direito punitivo.

¹ Cf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1986, p. 7; SOUSA, Moacir Benedito de. *O problema da unificação da pena e da medida de segurança*. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 157; COBO DEL ROSAL, Manuel. *Peligrosidad social i medidas de seguridad*. Valencia: Universidad de Valencia, 1974, p. 37; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Medidas de Seguridad <<inocuidadoras>> para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 38, p. 902, oct., 2001; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. 2. ed. Lima: Grijley, 1995, p. 555; ANGELES GONZÁLES, Fernando; FRISANCHO APARÍCIO, Manuel. *Código Penal: parte general*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1996, v. 1, p. 373.

² BARREIRO, Agustín Jorge. As medidas de segurança aplicáveis aos doentes mentais no CP espanhol de 1995. Trad. Cláudia Cruz Santos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 10, fasc. 1, jan./mar. 2000, p.37.

³ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 1, t. 3, p. 254.

⁴ O crescimento alarmante da criminalidade e a sua necessidade de contenção e prevenção desafiaram a argúcia dos penalistas do século XIX que tentam explorar novos caminhos na luta contra o crime, já que, nas palavras de Aníbal Bruno, o sistema penal da época “(...) se mostrava incapaz de dar remédio”. *Ibid.*, p.255. Dita incapacidade ancorada empiricamente em dados estatísticos, demonstra o fracasso das funções de intimidação e emenda em face da criminalidade crônica: reincidentes e habituais do crime.

O aumento da criminalidade motivou-se pelas “dificultades de adaptación de amplias capas de la población a la nueva situación que determinaron el capitalismo, el maquinismo industrial y la aparición del proletariado”, MIR PUIG, Santiago et al. *Política criminal y reforma del Derecho penal*. Bogotá: TEMIS, 1982, p. 74. Tosca Hernandez informa que o capitalismo liberal europeu do final do século XIX e começo do XX além de ter gerado o maquinismo industrial, provocou também movimentos populacionais criadores de grandes aglomerações urbanas, vagância e miséria, visto que: “el mismo estado social favorecedor de la iniciativa privada y de la libre competencia, no ofrecía ya refugio suficiente al vencido o al inválido (...)” *La ideologización del delito y de la pena: un caso venezolano. La ley sobre vagos y maleantes*. Caracas: Imprenta de la Universidad Central de Venezuela, 1977, p.19.

⁵ Estes termos são de autoria de Aníbal Bruno. *Ibid.*, p. 254; JAÉN VALLEJO, Manuel. *Sistema de consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002, p. 63.

Não obstante as medidas de segurança criminais responderem a uma estrutura moderna do Direito Penal podem ser observados rudimentos embrionários desde tempos muito remotos, intimamente relacionados com o problema dos doentes mentais, ou seja, “com os pressupostos da inimputabilidade por razões de doença mental”.⁶

A presença de medidas de caráter preventivo misturadas com funções nitidamente punitivas nascidas de “exigências práticas da vida”⁷ tinha como escopo frustrar a reincidência criminal. Conforme salienta Rui Carlos Machado Alvim as medidas preventivas “podem ser observadas no que se conceituou como <talião simbólico>, um tipo de apenamento que cumpre, ao mesmo tempo, duas funções, punindo o criminoso e frustrando-o de reincidir, por tirar-lhe a habilidade necessária a pratica de novo crime, sem se chegar ao extermínio físico ou legal do acusado, como era comum no direito arcaico. Instaura-se a idéia de arrebatado do criminoso sua aptidão de causar prejuízos delituais: era necessário expiar o mal sacrificando a parte do corpo que havia servido para cometê-lo (e, por conseguinte, sofrendo o que havia sofrido o adversário)”⁸.

Desde os primórdios da civilização humana o homem relacionou a saúde mental aos conceitos mágico-religiosos⁹. As várias causas invocadas para explicar as doenças mentais eram “inteiramente destituídas de lógica e de razão”.¹⁰

A ausência de uma abordagem científica na compreensão e explicação das doenças mentais, superando o velho entendimento “castigo ou favor da divindade”¹¹ foi

⁶ BARREIRO, Agustín Jorge. *As medidas...* cit., p.37.

⁷ BRUNO, Anibal. *Direito...* cit., p. 255.

⁸ *Uma pequena história das medidas de segurança*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997, p. 23. Dentre os inúmeros exemplos típicos do chamado “talião simbólico”, podem ser destacados: o corte da língua, dos lábios do culpado, caso a ofensa seja proferida contra alguém de uma casta superior (Lei de Manu), a castração daquele que se entrega a pratica de atitudes sexuais anormais (Código Visigótico). No caso do ladrão, este podia ser submetido a duas formas de apenação: cegá-lo, para que se torne inteiramente inofensivo ou cortar-lhe as mãos, privando-o da sua capacidade de apropriação.

⁹ O médico-psiquiatra Sérgio Paulo Rigonatti, ensina: “Já nas sociedades ditas *primitivas* surge a figura do feiticeiro ou Xamã que aconselhava, tratava e mesmo curava os membros da tribo. O termo Xamã, muito usado no momento, é derivado da linguagem da Tribo Tungus da Sibéria”, *Diagnóstico psiquiátrico e inimputabilidade frente aos crimes contra os costumes*. Dissertação (Mestrado em medicina) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo: 1995 p. 3. Grifo original.

¹⁰ GOMES, Helio. *Medicina legal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, v. 1, p. 173. Igualmente José Machado Corrêa entende que: “(...) o homem primitivo curava seus males com várias técnicas empíricas, toscas e intuitivas, refrescava seus ferimentos com saliva, aliviava a febre deitando-se em água fria, extraía matéria estranha de sua pele da melhor maneira possível com os dedos (...) A primeira tentativa de explicar a doença mental ocorreu quando as causas de uma doença não eram evidentes”. *O doente mental e o direito*. São Paulo: Iglu, 1999, p. 41-42.

¹¹ O termo pertence a Helio Gomes. *Medicina...* cit., p. 173.

levada adiante por Hipócrates.¹² O "Pai da Medicina" entendia que a loucura era devida à ação da bile ou da pituita, mesclada com o sangue. Por sua vez Cornelius Aurelianos pôs em destaque a influência das causas psíquicas como fator preponderante da loucura.

Na Bíblia de Jerusalém a loucura imposta como castigo divino cobra presença no Deuteronômio¹³. Assim, Deus punira os pecadores com loucura, isto é, com mania, demência e estupor.

No antigo Egito, Imothep (aquele que veio em paz) é descrito como médico, sacerdote, arquiteto; "teria sido o primeiro a unir leis a prática médica"¹⁴. Do mesmo modo os egípcios foram os que fizeram as primeiras referências a histeria num papiro de Kahun¹⁵, datado do século XX a.C. A histeria seria a consequência dos movimentos do útero (*hysteria*) e para o qual se recomendava o matrimônio às jovens e viúvas.

A tendência prevalente de mesclar o tratamento das doenças com a religião e o misticismo, foi a nota que caracterizou a Grécia clássica, "o cuidado com os loucos era feito no templo-hospital de Eusculapio (...)"¹⁶

No antigo mundo helênico a divisão da alma humana em racional e irracional foi feita por Platão (427-347 a.C.). Para muitos, a subdivisão tripartida da alma em apetite, razão e têmpera feita por Platão em "*A República*" foi comparada à divisão psicanalítica em id, ego e superego. A racionalidade da alma na sua concepção é o que distingue o ser humano dos animais; portanto "os seres humanos, sendo livres para escolher, são responsáveis pelos seus atos"¹⁷.

¹² Hipócrates pai da medicina nasceu na pequena ilha de Cós (400 a.C.), tendo estudado em Atenas, praticado a medicina na Trácia, Crotona, em Perinto, Salamina e Macedônia, morrendo com a idade de 104 ou 107 anos em Tesália. Genival Veloso França informa que Hipócrates questionou o véu sagrado que cobria a epilepsia, assim Hipócrates teria dito: "Em minha opinião, não é mais sagrada que outras doenças, senão que obedece a uma causa natural, e sua suposta origem divina está radicada na ignorância dos homens e no assombro que produz peculiar caráter". *Direito médico*. 3. ed. rev. aum. São Paulo: Fundo Editorial Byk-Prociensx, 1982, p. 10; CORRÊA, José Machado. *O doente...cit.*, p. 52.

¹³ Bíblia de Jerusalém (Deuteronômio, 28:28). São Paulo: Paulinas, 1981.

¹⁴ RIGONATTI, Sérgio Paulo. Notas sobre a história da psiquiatria forense, da antiguidade ao começo do século XX. In: *TEMAS em psiquiatria forense e psicologia jurídica*. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2003, p. 17.

¹⁵ COHEN, Cláudio; MARCOLINO, José Álvaro Marques. Noções históricas e filosóficas do conceito de saúde mental. In: _____; SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho (Org.). *Saúde Mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, 1996, p. 14.

¹⁶ GRAEFF, Frederico Guilherme; BRANDÃO, Marcus Lira. *Neurobiologia das doenças mentais*. 2. ed. São Paulo: Lemos, 1993, p. 19.

¹⁷ RIGONATTI, Sérgio Paulo. *Notas...cit.*, p. 18. Por sua vez, Aristóteles (384 - 322 a.C.), afirma que uma pessoa é moralmente responsável se, com conhecimento das circunstâncias e, na ausência de forças externas, tal pessoa deliberadamente escolheu cometer um ato específico.

Elementos de Antropologia Criminal que séculos depois viriam a ser defendidos por Cesare Lombroso no seu *Uomo delinquente* encontram-se já na obra de Aristóteles.¹⁸

Na “Lei das Doze Tábuas” existem referências a incapacidade legal dos *infans* (infante, menor de sete anos) e dos portadores de doenças mentais, providenciando tutores para os insanos. No Código de Justiniano (editado em 528 d.C.) distinguiram-se nos agentes a insanidade psíquica (*furor*), a demência (*dementia*), a estupidez (*moria*) e os alienados em geral (*mente capti*). A incapacidade de dispor de seus próprios bens no caso dos *imbecillitas* foi também objeto de preocupação normativa por parte dos romanos.¹⁹

Os jurisconsultos romanos do período clássico equiparavam os *furiosi* aos *infans*. Embora os *furiosi* (loucos) eram excluídos do âmbito do Direito Penal, no entanto, se lhes impunha um estado de custódia, “*ad tutelam ejus et securitatem proximorum*”²⁰. É significativo também destacar que naquele período admitiu-se a punibilidade do *furiosi* pelo fato praticado num intervalo lúcido.

A história registra um celebre caso de aplicação de medida de custódia protagonizada pelo imperador Marco Aurélio. Quando um pretor consultou-o sobre o destino que devia ter Élio Prisco quem tinha por causa da loucura assassinado sua mãe “(...) o imperador romano, depois de ponderar que ao criminoso faltava capacidade de imputação, em face de seu estado mental patológico, ordenou, todavia, que o pusesse em custódia, para evitar a reprodução de outros fatos criminosos e garantia da integridade individual e segurança da ordem coletiva”²¹.

Aos loucos criminosos impunha-se uma custódia rígida, cogitando-se também a utilização de correntes (*vinculis coercendum*); todavia aos loucos em geral (não

¹⁸ Roberto Ciafardo doutrina: “(...) Aristóteles describía, como indícios de delincuencia, la asimetría facial y la enofalmía, destacando que se trata de caracteres normales en los monos”. Tesis fisionomistas também são defendidas por Sêneca quando afirma que: “el hombre lujurioso puede ser reconocido en el andar, en el porte, en los movimientos de las manos, en el aspecto”, *Criminología*: publicación oficial de la Policía Federal Argentina. Buenos Aires: López, 1971, p. 66.

¹⁹ O instituto da relegação aplicado pelo poder consular com a finalidade de afastar do convívio social indivíduos tidos como perigosos à ordem pública, está presente já nas antigas leis romanas como destaca Moacyr Benedicto de Souza. *O problema da unificação da pena e da medida de segurança*. São Paulo: Bushatsky, 1979, p.22.

²⁰ Digesto, I, 23, 18, fragmento 14. Providências desse gênero, aplicáveis com o caráter de medidas de polícia, foram impostas como meios preventivos a ebrios habituais ou vagabundos.

²¹ RABINOWICZ, Leon. Mesures de sûreté. Apud. Moacyr Benedicto de Souza. *O problema...* cit., p. 23. O imperador Marco Aurélio entendeu que no caso do Élio Prisco, este já se encontrava suficientemente punido pela própria loucura (“*furiosus satis ipso furore punitor*”).

criminosos) recomendava-se sua guarda com parentes. Caso os loucos não pudessem ser contidos por seus familiares, seriam encarcerados.²²

A irresponsabilidade do louco foi explicada de diverso modo. Assim, enquanto para Modestino o *furiosus* era digno de compaixão e, portanto, não merecia punição; para Gaio a irresponsabilidade tinha fundamento na falta de compreensão da realidade. Seguidores do Direito romano os praxistas (desde o século XIII), defenderam a tese que considerava *máxima iniquitas* infligir pena ao louco.²³

Na Inglaterra, durante o reinado de Eduardo I (1272) foi editada a "Prerrogativa Real" ou "Direito Real", que além de estabelecer normas em relação às propriedades dos súditos da coroa deu tratamento diferenciado aos nascidos com transtornos mentais e aos que se tornaram doentes mentais no decorrer da vida. Estabeleceu-se comitê especial para determinar as condições mentais e os direitos de propriedade.²⁴

Durante a Idade Média²⁵, inúmeras providências disciplinares e de nitido conteúdo preventivo-policial foram impostas não somente aos loucos e menores, mas também a mendigos, ébrios habituais, andarilhos, entre outras categorias sociais tidas como personalidades desviantes e não necessariamente criminosas.

O período moderno da Medicina Legal começou em 1507, ano em que "o bispo de Bamberg decretou que em todos os casos de morte violenta fosse obrigatória a participação de peritos médicos. O Imperador Carlos V seguiu tal norma e, na dieta de Ratisbon, em 1532 requereu a presença de peritos médicos em todos os casos em que houvesse injúria pessoal, morte ou suspeita de gravidez".²⁶

Já no Renascimento, nasceu na Itália, Paolo Zachia, considerado pai da medicina legal moderna. Em 1648, publicou em Roma a primeira edição da sua monumental obra "Questões Médico-Legais". Zachia afirmava que o médico era o único

²² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 403.

²³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições...* cit., p. 403.

²⁴ A primeira cidade europeia a criar um serviço de médicos peritos foi Bologna (Itália) em 1292.

²⁵ O psiquiatra Mario Quijada H. destaca que: "En el periodo del medioevo, se le asignó al enfermo mental el carácter de poseído. Por consiguiente, el trato para él, en esa época, osciló entre la plegaria y el exorcismo, la santificación o la hoguera". De casa de orates a instituto psiquiátrico. Breve reseña de 150 años de historia de la psiquiatria chilena. *Psiquiatria y Salud Mental*, año 19, n 3, jul./sep. 2002, p. 122.

²⁶ RIGONATTI, Sérgio Paulo. *Notas...* cit., p. 19.

indivíduo competente para poder avaliar a condição mental de outro, "conferiu maior importância à pessoa do que à lei (...)".²⁷

Na Florença, o médico Vincenzo Chiarugi, diretor do Hospital Bonifácio elaborou seus estatutos determinando que "é um dever moral respeitar o indivíduo louco como pessoa".²⁸ No tratamento do paciente psiquiátrico, aboliu o uso da força física e a utilização de métodos cruéis.

Tanto o trabalho de Paolo Zachia quanto a do seu colega Vincenzo Chiarugi demonstram os esforços sérios empreendidos por estes dois pioneiros na luta a favor da humanização do doente mental, contra a marginalização e exclusão social.

É de se advertir que o pensamento e atitude renascentista em face dos "loucos" são totalmente diversos. Assim, superado o caráter demoníaco que lhe fora atribuído até a Idade Média, o "louco" "(...) adquiriu a condição de ente desprovido de consideração social e, amiúde perigoso".²⁹

A "nau dos loucos"³⁰ serviu para confinar não somente os doentes mentais, mas também os bêbados, os desordeiros, os blasfemos, etc. A simbologia por trás de esta postura denota nítido caráter segregacionista e marcado preconceito que sob o pretexto da garantia da tranquilidade e da ordem pública, de forma simplória, tentou se desfazer *ad perpetum* daqueles indivíduos incômodos para o sistema.

Em 1656, fundou-se por decreto, em Paris, o Hospital Geral³¹, com o objetivo de aprisionar não apenas a loucura, mas todos os marginalizados (desocupados, mendigos, criminosos, etc), institucionalizando-se a doutrina da exclusão. Muito embora, aquela instituição ostentar o nome de hospital "é antes uma estrutura semijurídica, uma espécie de entidade administrativa que, ao lado dos poderes já constituídos, e além dos tribunais,

²⁷ COHEN, Cláudio; MARCOLINO, José Álvaro Marques. *Noções...* cit., p. 16.

²⁸ RIGONATTI, Sérgio Paulo. *Notas...* cit., p. 19. Com lucidez Rigonatti acrescenta: "Os desdobramentos históricos da Psiquiatria comprovam o quanto tal recomendação foi esquecida". *Ibid.*, mesma página.

²⁹ QUIJADA, Mario H. *De casa...* cit., p. 122. Tradução livre do autor.

³⁰ Os "loucos" embarcados e assegurando-se de que partirão para longe num navio que vagava de porto em porto, eram confinados numa viagem sem destino fixo, sem ponto certo de chegada. Submetidos num exílio ritual, "prisioneiros de sua própria partida". PEREIRA, João Frayze. *O que é loucura*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 51.

³¹ João Frayze Pereira sublinha: "No decorrer do século XVII, a loucura abandona de modo definitivo a nau em que ritualmente navegava por toda parte e se fixa no hospital". *O que...* cit., p. 60. Foucault nos mostra como a loucura substituiu a lepra como principal objeto de exclusão e supressão de elementos dissociadores da ordem social. O novo "bode expiatório" "é a loucura. Mas será necessário um longo momento de latência, quase dois séculos, para que esse novo espantalho, que sucede à lepra nos modos seculares, suscite como ela reações de divisão, de exclusão, de purificação que no entanto lhe são aparentadas de uma maneira bem evidente". *História da Loucura na Idade Clássica*. 3 ed., São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 8. Grifo nosso.

decide, julga e executa. Esses poderes (de autoridade, direção, administração, comércio, polícia, correção e punição...), que ultrapassam os muros dos estabelecimentos para toda a cidade, são exercidos por diretores escolhidos entre a melhor burguesia e nomeados por toda a vida. O Hospital Geral é um poder estabelecido pelo rei entre a polícia e a justiça".³²

A ordem social dominante colocou assim atrás dos muros dos hospitais gerais que, a partir de 1676 surgiram em cada cidade da França todo e qualquer elemento dissociador do *status quo*, mesmo que isso signifique internar indivíduos sem apresentar qualquer anormalidade mental. Os muros dos hospitais não somente passaram a conter os excluídos, senão que tornaram nitidamente visível a linha rigidamente divisória da ordem, do trabalho, da razão e da loucura.

Para o homem do século XVII a preguiça foi o "pecado supremo"³³. Ela se encontrava no vértice superior na hierarquia dos vícios e males sociais. Assim, a medida de reclusão também deita suas raízes no aspecto econômico "(...) quando se cria o Hospital Geral o que se pretende é suprimir a mendicância, isto é a ociosidade, como fonte das desordens. A prática do internamento não tem sentido médico, nem preocupações de cura, mas é um problema de polícia".³⁴

Atravessando a economia europeia por períodos de crise (queda de salários e emprego), a sociedade foi protegida de possíveis revoltas, mediante o internamento compulsório da mendicância crescente; deste modo diminui-se a tensão social e o clima de insegurança. Os hospitais de internamento, verdadeiras "casas de trabalho forçado" exprimem o profundo sentido ético e econômico da exclusão social dos condenados pela "imposição de trabalho aos ociosos".³⁵

Superadas as preocupações burguesas em ordenar a miséria e a tradição da Igreja Católica de assistência aos pobres que se fizeram evidentes no interior dos hospitais gerais como "uma prática ambígua comprometida com o desejo de ajudar e a necessidade

³² Ibid., p. 62-63.

³³ Ibid., p. 65.

³⁴ Ibid., p. 65. Nesta linha de pensamento, as fontes históricas da medida de segurança segundo Jesús-Maria Silva Sánchez deitam raízes "(...) en el concepto autocrático de una policía que controla directamente la conducta de los súbditos". *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 24.

³⁵ PEREIRA, João Frayze. *O que é loucura*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 65. O trabalho desenvolvido pelos internos foi uma atividade voltada para a repressão e não para a produção. O Autor ressalta que o trabalho é rude, interminável e inútil para os ociosos. "A regra era mantê-los brutalmente ocupados". Ibid., p. 66.

de punir”³⁶, deu-se início com Philippe Pinel, também na França, a uma nova era no diagnóstico e tratamento da doença mental.

A “Primeira Revolução Psiquiátrica”, denominação com a que é conhecida o trabalho de Pinel é transcendente porque libertou “os insensatos de séculos de incompreensão e de maltratos, rompendo com uma tradição demológica da loucura e configurando-a como doença mental”³⁷. Pinel viu no doente mental não mais um animal feroz, nem um espírito satânico, mas sim um ser humano enfermo, como qualquer outro.³⁸

O louco como qualquer doente, necessita de cuidados, de apoio e remédios, cria-se assim um corpo de conceitos, a teoria psiquiátrica que instrumentaliza toda uma prática clínica. O asilo surge “como figura histórica, tornando-se o lugar adequado para a realização desta cura”.³⁹

A loucura tornou-se verdade médica, objeto de uma medicina especial, a Psiquiatria. E, o louco passou, então a ser visto como uma entidade diferente dos mendigos, indigentes e vadios, com os quais até então era identificado. Ganhando estatuto de doente, a medicina tentara enquadrá-lo dentro de sua racionalidade e lhe conferirá uma atenção especial.

O tratamento e cura da loucura foram enfrentados como um problema de ordem moral. Deve ser atingido “por meio do isolamento, da ordenação e da coação

³⁶ PEREIRA, João Fryze. *O que...* cit., p.63.

³⁷ BIRMAN, Joel. *A psiquiatria como discurso da moralidade*. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 1. O fato de Philippe Pinel ter conseguido liberar das correntes que aprisionavam os corpos dos enfermos mentais nos Hospitais de Bicêtre (1793) e Salpêtrière (1795) em Paris, significou: “la instauración definitiva de un nuevo criterio, el fisiológico, según el cual, el enajenado adquirió la condición de enfermo del cerebro, merecedor, en consecuencia, de un trato semejante al que se le dispensaba a los demás enfermos del cuerpo. Nace entonces la Psiquiatria y empieza la era científica del alienado” – expressa - QUIJADA, Mario H. De casa de orates a instituto psiquiátrico. Breve reseña de 150 años de historia de la psiquiatria chilena. *Psiquiatria y Salud Mental*, año 19, n. 3, jul./sept. 2002, p. 122. Esta mudança de atitude significou a transformação da diferença humana em patologia.

Por sua vez Koda, contestando com ironia o caráter “técnico científico” da prática pineliana como o gesto de “libertação” dos loucos expressa: “Liberdade paradoxal que só pode se efetivar dentro dos muros do asilo, sob a tutela do médico”. *Da negação do manicômio à construção de um modelo substitutivo em saúde mental: o discurso de usuários e trabalhadores de um núcleo de atenção psicossocial*. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e do Trabalho) – Faculdade de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2002, p. 21.

³⁸ “La convicción de que el loco, por tener perdida su alma tenía también perdida su condición humana, justificaba en el fondo el que se los tratara casi como animales”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Locos y culpables*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 53. Grifo nosso.

³⁹ BIRMAN, Joel. *A...* cit., p. 2; COSTA, Augusto César de Farias. Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica. In: BRASIL, Ministério da Saúde. *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, v. 1, p.146.

(tratamento moral). O trabalho de Pinel instaura o princípio terapêutico fundamental da Psiquiatria, que se estende até nossos dias: a prática do isolamento".⁴⁰

O isolamento do doente mental do meio social responde à necessidade de segurança do próprio enfermo, da sua família, assim como para a tranqüilidade pública. Entendeu-se que se as causas da doença mental encontram-se na desordem do meio social, por conseguinte o doente deveria ser isolado deste elemento perturbador.

Na Inglaterra de 1843, Daniel M'Naghten (doente mental) foi julgado, absolvido e internado, por razões de segurança pública, pela tentativa de homicídio do rei Jorge III. A partir de esse julgamento foram editadas importantes leis que visavam o tratamento dos criminosos doentes como a criação de manicômios criminais.⁴¹

O primeiro Código Penal italiano aprovado em 30 de junho de 1889 (Código Zanardelli), influenciado pelos postulados da Escola Clássica, incorporou no seu texto disposições de prevenção mediata, autênticas medidas de segurança, embora não utilizasse tal denominação. Previa, assim, o internamento em asilos dos enfermos mentais perigosos até que a autoridade judiciária determinasse a sua liberação ou sua permanência ininterrupta (art. 46); a instituição de casas de saúde destinadas a receber delinquentes com pequenas anomalias mentais (art. 47), como medidas relativas a menores, ébrios habituais e reincidentes. Por outro lado, não houve preocupação alguma em legislar sobre o tratamento dos doentes mentais delinquentes.

O projeto de Código Penal suíço de 1893, de autoria de Carl Stoos representa pela primeira vez um racional sistema de medidas, as quais denominou "medidas de correção e segurança" com vistas principalmente a prevenção individual. Desta forma, "surgiam as medidas de segurança como um novo recurso punitivo do Estado na luta contra o delito – com o seu específico pressuposto de aplicação (o estado pessoal de perigosidade criminal do sujeito) e com a sua finalidade exclusiva de prevenção especial – juntamente com as penas, como marco do novo sistema de sanções do moderno direito penal".⁴²

⁴⁰ KODA, Mirna Yamazato. *Da negação...* cit., p. 20.

⁴¹ O "*Criminal Lunatic Asylum Act*" de 1860 e o "*Trial of Lunatic Act* de 1883" são as mais importantes normas no tratamento do doente mental criminoso. Igualmente em 1863 surge o Instituto de Bradmore, que se tornou padrão no tratamento médico-psiquiátrico.

⁴² BARREIRO, Agustín Jorge. As medidas de segurança aplicáveis aos doentes mentais no CP espanhol de 1995. Trad. Cláudia Cruz Santos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 10, fasc. 1, jan./mar. 2000, p. 38.

O Código Penal italiano de 1930 (Código Rocco) agasalhou definitivamente e consolidou legislativamente o instituto das medidas de segurança criminais, constituindo-se em fase decisiva na evolução histórica.

2.1.1 Histórico da medida de segurança no Brasil

Os antecedentes históricos mais remotos da medida de segurança no Brasil encontram-se intimamente vinculados a velhas legislações. O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 inspirado na doutrina utilitária de Bentham e pelos Códigos Francês de 1810 e Napolitano de 1819 estabelecia que os denominados "loucos de todo o gênero" autores de crimes deviam ser recolhidos às casas a eles destinadas, ou encaminhados às respectivas famílias, segundo ao juiz criminal parecesse mais conveniente. Tratava-se de providências de natureza policial e administrativa com marcado caráter humanitário, já que o louco não era considerado criminoso.

A internação ou a entrega em confiança à família ficava exclusivamente ao arbitrio do juiz, com fulcro apenas no juízo de sua íntima convicção.

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890 determinava que não fossem considerados criminosos os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de compreensão e os que se acharem em estado de completa privação dos sentidos e da inteligência no ato de cometer o crime (art. 26).

Embora o destino do louco criminoso continuasse a ser determinado pelo juiz, a internação em hospital de alienados passou a exigir fundamentação, com base na doença mental, na periculosidade do agente e na garantia da ordem pública. A ampla discricionariedade que o Código Criminal do Império reconhecia em favor do juiz, encontrou uma primeira limitação normativa por razões de segurança pública, assim o magistrado devia fundamentar a internação e não mais se basear na sua íntima convicção.

Com a limitação da discricionariedade do magistrado, no tocante à escolha de uma ou outra destinação do "louco de todo o gênero" observa-se uma importante evolução doutrinária no intuito de rodear de garantias a aplicação de uma medida de internação tão contundente quanto o internamento em hospital de alienados.

Como se vê, a lei republicana trouxe um importante progresso. No entanto, também foi alvo de críticas severas, nomeadamente no que pertine à expressão "e os que se acharem em estado de completa privação dos sentidos, da inteligência". Acontece que

uma pessoa não poderia ser autora de crime algum neste estado, pois é muito provável que estivesse em coma ou em quadro semelhante.⁴³

O Código Penal de 1940 por vez primeira de modo expreso instituiu e sistematizou as medidas de segurança no Brasil. Na época representou grande novidade e expectativa conforme a Exposição de Motivos tinha consignado. Foram também inúmeras as palavras de elogio, como as célebres de Ataliba Nogueira considerando a sua adoção como a maior novidade, a mais profunda modificação com relação ao sistema penal anterior.

Tendo como exemplo imediato o Código Rocco, a nova lei adotou o sistema do duplo-binário (*Zweispurigkeit*). A medida de segurança passou a ser utilizada como complemento ou substituto da pena. Impunha-se a aplicação sucessiva de pena e de medida de segurança ao imputável e ao inimputável aplicava-se unicamente medida de segurança.

Além da presunção absoluta de periculosidade criminal (art.78) admitiu-se a medida de segurança para o "quase-crime" (crime impossível e ajuste, determinação, instigação e auxílio, quando o crime não chegou a ser tentado).⁴⁴

O nitido caráter segregacionista das medidas de segurança como a idéia do risco inerente aos doentes mentais contidos na originaria Exposição de Motivos, permitiu na época que os dois capítulos e 26 artigos que disciplinavam as medidas de segurança fossem denominados de "*código de segurança dentro do código penal*".⁴⁵

A Lei 7.209 que modificou a Parte Geral do Código Penal de 1940 significou importante alteração legislativa no âmbito das medidas de segurança. Extinguiu a medida de segurança para o imputável, sendo destinadas exclusivamente aos inimputáveis e semi-imputáveis.

⁴³ Contemporaneamente se entende que a doença mental, tanto na sua gravidade, quanto nas suas características, não anula integralmente, todavia as mínimas faculdades intelectivas e volitivas, cujas ausências tornariam o indivíduo um simples "*automa psíquico*" para quem não se deveria, nem se poderia determinar nem mesmo o hospital psiquiátrico judiciário. Bem como, a doença mental não pode continuar a ser vista como condição estática e irreversível, mas, como um estado transitório e tratável. SCLAFANI, Francesco et al. Prospettive di riforma delle misure di sicurezza per autori di reato infermi di mente. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, anno XIII, n. 3-4, p. 594, 596, giugl.-dec. 2002. Tradução livre do autor.

⁴⁴ O chamado "quase-crime" admite a quebra do pressuposto objetivo (fato típico) da medida de segurança. Assim, entende-se que se esta diante duma ação que ainda não reveste as características de crime, mas que se manifesta de modo tão próximo deste que permite reconhecer nessa um "*indizio sicuro di periculosità sociale*". FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed., Bologna: Zanichelli, 1995, p. 769.

⁴⁵ CORRÊA, José Machado. *O doente mental e o direito*. São Paulo: Iglu, 1999, p. 122. Grifo original.

As medidas de segurança patrimoniais não foram reproduzidas. No entanto adotaram-se duas espécies de medidas limitativas da liberdade de locomoção. A primeira privativa de liberdade denominada internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e a segunda restritiva, chamada de tratamento ambulatorial.

Por todo o exposto, a reforma de 1984 da parte geral do Código Penal adotou em toda a sua extensão o Sistema Vicariante, abandonando o sistema Duplo Binário; assim, eliminou-se definitivamente a aplicação dupla de pena + medida de segurança para os imputáveis e semi-imputáveis. Entendeu-se que dita aplicação conjunta lesa o princípio do *ne bis in idem* "pois, por mais que se diga que o *fundamento* e os *fins* de uma e outra são distintos, na realidade é o mesmo indivíduo que suporta as duas conseqüências pelo mesmo fato praticado".⁴⁶

A culpabilidade passa a ser o fundamento exclusivo da pena. A periculosidade, aliada a incapacidade penal do agente, torna-se o fundamento da medida de segurança.

2.2. Doença mental

A doença rotineiramente é entendida tão só como um "estado biofísico". Desta forma, refere-se a irregularidades no funcionamento biológico do corpo humano. Assim, "(...) tais anormalidades têm uma realidade objetiva biológica, independentemente daquilo que as pessoas pensam a respeito delas, e estão sujeitas a leis que se aplicam ao homem, ao camundongo ou ao macaco".⁴⁷

Por outro lado, a doença, pode e deve ser analisada também como um "estado social" intimamente atrelado às crenças, valorações e expectativas sociais. Neste sentido, junto a um conjunto de normas que representam a saúde, a normalidade, o equilíbrio e a conformidade com as normas e valores sociais imperantes, aparece a doença como representante da diferença e imprevisibilidade.⁴⁸

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 314. Grifos originais.

⁴⁷ MILES, Agnes. *O doente mental na sociedade contemporânea*. Introdução sociológica. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 11.

⁴⁸ Se as doenças existem independentemente do maior ou menor grau de consciência que se tenha delas, advirta-se que: "as normas de saúde e de desvio são normas sociais e culturais, no sentido de que, em determinadas sociedades e em certas épocas, existe um acordo geral entre seus membros quanto ao que é a saúde e ao que é a doença. Determinada condição pode ser considerada sadia numa sociedade e não em outra". MILES, Agnes. *O doente...*cit., p.12; PUEL, Elisia et al. *Doença mental: transpondo as fronteiras hospitalares*. Porto Alegre: Dacasa, 1997, p. 32.

Ao longo da história e da própria evolução da humanidade, podemos observar como a doença mental foi adquirindo e ainda continua a adquirir diversas "roupagens"⁴⁹, quase sempre correspondendo aos interesses de uma ou outra forma de poder e domínio⁵⁰. Assim sendo, as conceituações com relação à doença mental, o comportamento normal e ainda a conduta patológica, sem dúvida passam também a ter uma nítida função social, objetivando a permanência do *status quo* e por consequência de determinada forma de poder.⁵¹

Dentre os diversos modelos construídos ao redor da doença mental, da normalidade e da conduta patológica apontamos: o modelo religioso-filosófico, o médico-psiquiátrico e o jurídico.

Durante muito tempo a religião jogou um rol transcendente ditando normas e estipulando regras de conduta para uma sociedade pré-científica. Assim, muitos dos comportamentos exóticos foram qualificados como enormemente perturbadores, temíveis e ameaçadores da ordem social.⁵²

No Renascimento "vários clássicos renascentistas tornaram o louco porta-voz da verdade humana, como nas obras de Erasmo, Brant e Montaigne".⁵³

⁴⁹ Agnes Miles com fulcro em Scheff, lembra que: "as primeiras reações das pessoas à pintura impressionista francesa foram de assombro – os quadros foram considerados tão irrealis a ponto de serem vistos como **prova de loucura**". *O doente...* cit., p.23. Grifo nosso.

Uma roupagem peculiar atribuída à doença mental pode ser observada no passado recente da história brasileira. Esta veste veio esculpida através do Decreto nº 24.559, de 03.07.1934. Dita norma, editada durante a ditadura de Getúlio Vargas dispôs sobre a "profilaxia mental e a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas". Destarte, entendeu-se: a "doença mental" como caso de polícia e de ordem pública; a Psiquiatria passa a atuar como "sociedade política" (repressiva) e como "sociedade civil" (criadora de ideologia), legando aos psiquiatras poderes amplos sobre o "doente mental" e mesmo o direito de questionar uma ordem judicial; o louco perde a cidadania (...). COSTA, Augusto César de Farias. Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1, p. 150-151.

⁵⁰ Lembremos em poucas palavras o caráter sacro atribuído à loucura, já seja na vertente sacra religiosa ou sacra demoníaca. Concepções do pensamento órfãs de respaldo científico, hoje amplamente superadas. Todavia no Novo Testamento "(...) vemos a la locura considerada como una posesión por los malos espíritus a los que hay que desalojar del cuerpo del enfermo para curarle". BASTIDE, Roger. *Sociología de las enfermedades mentales*. 10. ed. Trad. Armando Suárez. México: Siglo veintiuno, 1988, p. 307.

⁵¹ Inúmeros teóricos sociais reconhecem que somente na história é que se podem encontrar subsídios válidos para se entender a doença mental. Pelbart, por exemplo, afirma que a doença mental é antes de tudo um produto histórico e que, muito mais do que tentar buscar em que condições sócio-culturais emerge a patologia, é necessário verificar sob que condições se constituem historicamente uma entidade reconhecida e designada como doença mental. PELBART, P.P. *Da clausura do fora ao fora da clausura: loucura e desrazão*. São Paulo: Brasiliense, 1989, *passim*.

⁵² A Idade Média foi o período do triunfo do pensamento cristão, no qual a conduta humana passou a ser patrimônio da religião, ao invés da filosofia ou da medicina. CARROBLES, J.A. *Análisis y modificación de conducta: aplicaciones clínicas*. Madrid: Simancas, 1990. p. 13. Tradução livre do autor.

⁵³ RAPAPORT, Andréa; ARLAQUE, Patricia; PETRARCA, Rita. *Doença mental: metamorfose histórica*. *Revista Psico*, Porto Alegre, v. 24, n. 2, jul./dez. 1993, p. 96. Foucault lembra que as últimas manifestações

Posteriormente com o surgimento do modelo médico-psiquiátrico e a substituição do sacerdote pelo psiquiatra, a idéia da possessão sacra ou demoníaca é trocada pela concepção dos fenômenos mentais como doença.

Dentre as causas biológicas condicionantes da responsabilidade criminal (causa de exclusão da imputabilidade), figura a doença mental (Código Penal art. 26) como a primeira. Neste sentido o Estatuto Penal deixou consignado de modo expreso a sanidade mental do agente (higidez) como pressuposto da imputabilidade. Assim, para se determinar a capacidade de culpabilidade, vale dizer, para poder responsabilizar alguém por seus atos é necessário verificar previamente a aptidão para ser culpável.

Uma primeira e transcendental preocupação para compreender e explicar a conduta humana, isto é, como categoria juridicamente valorada, lança mão do fenômeno da interdisciplinaridade⁵⁴ "pois a compreensão e controle eficaz da criminalidade requerem a consideração tanto do normativo como do empírico";⁵⁵ assim como porque, o problema da inimputabilidade em razão de doença mental é um dos mais erçados e cheios de dificuldades com que a dogmática jurídico-penal se depara. Os temores às quedas e tropeços são freqüentes neste âmbito, já que o jurista se move nas areias escaldantes e por vezes gélidas, não menos tormentosas dos indícios e das meras prognoses.

da Idade Gótica formam um movimento contínuo dominado pela idéia fixa de morte e loucura. A Dança Macabra e o Triunfo da Morte foram algumas das inúmeras festas de loucos que a Europa celebrou ao longo do Renascimento.

⁵⁴ Lidar com categorias e definições alheias ao campo estrito do saber dogmático-penal (médico-psiquiátricas, psicológicas e sociológicas) é outra das manifestações da interdisciplinaridade. Uma amostra do que foi dito pode ser encontrada na visão de imputabilidade elaborada pelo professor espanhol Juan del Rosal, quem pontifica: "(...) un concepto jurídico-penal de linaje médico, en amplia medida, pues no sin razón se há dicho que en maior medida que en otros es aquí donde en la determinación de este concepto penetran contribuciones extrañas a nuestro campo, y en donde la persona del delincuente cobra carácter de primerísimo rango. Por eso el jurista deberá andar con pies de plomo". *Transtorno mental transitório*. In: *ESTUDIOS penales*. Madrid: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministério de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1948, p. 84.

Sobre a importância da interdisciplinaridade, transdisciplinaridade e multidisciplinaridade Jorge de Figueiredo Dias doutrina: "(...) a dogmática jurídico-penal é cada vez menos uma ilha que possa ser contemplada ou habitada em esplêndido isolamento; bem ao contrario, ela participa de um conjunto inextricável de disciplinas, de que fazem parte, entre outras, com valor constitutivo para as próprias soluções da dogmática, a política criminal, a criminologia e as ciências do homem, o processo penal". *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 279.

Luiz Antonio Moura, depois de destacar o conhecimento ainda diminuto que se tem sobre a mente humana, do número escasso de juristas e legisladores interessados nela, reclama um "maior empenho na aquisição" destes conhecimentos. MOURA, Luiz Antonio. *Imputabilidade, Semi-Imputabilidade e Inimputabilidade*. In: COHEN, Cláudio; SEGRE, Marco; FERRAZ, Flavio Carvalho (Org). *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, 1996, p.100.

⁵⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMEZ, Luiz Flávio. *Criminologia*, 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 125.

Superar o "diálogo de surdos" entre juristas e cientistas do homem, assim como o estéril enfrentamento entre Criminologia e Direito Penal é uma atitude que vem sendo assumida cada vez mais intensamente. Um Direito Penal distanciado da investigação criminológica, sem respaldo empírico "despreza a realidade, com os riscos que uma atitude ignorante e arrogante de tal natureza comporta. A atividade dos juristas não passaria de mera especulação teórica, assim como a difícil e delicado labor de julgar tornar-se-ia incerta, se se carece dos conhecimentos científicos mais elementares sobre o problema criminal".⁵⁶

Toda e qualquer disciplina científica que se preza de tal, deverá ter como preocupação fundamental a definição e delimitação de seu real campo de conhecimento, ou seja, seu objeto de estudo.

A expressão doença mental mesmo no âmbito mais restrito do modelo médico-psiquiátrico continua a levantar sérias controvérsias⁵⁷, sendo tachada umas vezes de "expressão vaga e sem maior rigor científico"⁵⁸; vozes outras opinam pela sua substituição pelo termo "alienação mental"⁵⁹ em razão de ser "mais abrangente, compreendendo todos os estados mentais, mórbidos ou não, que demonstrassem a incapacidade do criminoso",⁶⁰ por último, erguem-se posturas que tolerando a ambigüidade do termo, contenta-se em não definir "doença" com exatidão, mas "certos de saberem constatá-lo, ao exame clínico".⁶¹

⁵⁶ Ibid, p. 215. De acordo com Francisco Muñoz Conde a "visão totalizadora da realidade" possibilitará ao penalista ter uma capacidade crítica da própria ciência penal. Dessa forma "uma capacidade crítica do penalista, que tenha de sua ciência, com a ajuda dos conhecimentos que lhe oferecem outras ciências que se ocupam do homem e do seu comportamento na convivência, uma ciência crítica das normas jurídicas". Função motivadora da norma penal e "marginalização". *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, ano 6, n 2, 1980, p. 46.

⁵⁷ BASTOS, Othon. O conceito de doença mental. *Jornal brasileiro de psiquiatria*, Rio de Janeiro, v. 44, n 3, p. 111, mar. 1995.; GRAEFF, Frederico Guilherme; BRANDÃO, Marcus Lira. *Neurobiologia das doenças mentais*. 2. ed. São Paulo: Lemos, 1993, p.19; ARAÚJO, Cláudio Th. Leotta de. Fundamentos médico-legais da perícia em matéria criminal. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 3, n. 32, p. 5, dez. 2000. Torna-se necessário não confundir doença mental propriamente dita com perturbação da saúde mental, como bem entende Araújo, já que: "Nas doenças psíquicas há sempre uma perturbação da saúde mental, mas essas perturbações nem sempre decorrem de uma doença mental". Ibid., mesma página.

⁵⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 219.

⁵⁹ Este é o posicionamento de Cezar Roberto Bitencourt. *Código Penal comentado*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 106. Hilário Veiga de Carvalho se manifesta contrário a utilização do termo "alienado mental" por ser "expressão defasada em psiquiatria clínica, mas ainda em uso em psiquiatria forense, por exigência dos juristas, para significar estar fora de si, apresentar-se incapaz de distinguir o bem do mal, ser perigoso para si e para outrem". *Compendio de medicina legal*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 345. O Autor conclui pela equivalência dos termos "louco" ou "alienado mental".

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código...* cit., p. 106.

⁶¹ CLARIDGE, Gordon. *Origens da enfermidade mental*. Trad. Maria Silvia Mourão Netto. São Paulo: Summus, 1988, p. 22. A dificuldade de se chegar a um critério definidor do que seja doença, leva ao Autor a expressar: "(...) é importante reconhecer que até mesmo na medicina física não tem sido fácil concordar com

No entanto, "em praticamente todas as culturas humanas conhecidas há formas de pensar, de sentir e de atuar que são encaradas como aberrantes, requerendo um tratamento especial por parte da comunidade".⁶²

Sem termos o propósito de adentrarmos na discussão de matiz médico-psiquiátrico que escaparia aos propósitos do presente trabalho, em conformidade com as orientações de Salgado Martins, a doença mental ou alienação mental no âmbito da dogmática jurídico-penal, consiste, fundamentalmente, no distúrbio profundo e persistente das funções psíquicas, pelo qual se produzem graves alterações na consciência do sujeito, com incapacidade de adaptação ao meio ambiente.⁶³

O Direito vincula a causa biológica, denominada doença mental, com a privação da faculdade de compreender o caráter ilícito do fato ou da faculdade de determinar-se de acordo com esse entendimento. Assim, não é qualquer alteração mórbida ou patológica da *psyque* humana, seja esta permanente ou meramente transitória que virá a

exatidão a respeito do significado do termo "doença", pois tem-se mostrado difícil, senão impossível, chegar a um conjunto de critérios definidores que abranjam todas as queixas levadas ao médico por seus pacientes. Critérios como incômodos pessoais, raridade estatística, desvantagem biológica, ameaça à vida e evidências de patologia física já foram todas tentadas e nenhum provou-se completo. Há sempre uma exceção a ser incluída. Apesar disso, essa questão está atualmente, no campo da medicina física, presente apenas como interesse principalmente acadêmico (...). *Idid.*, p. 22.

⁶² GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMEZ, Luiz Flávio. *Criminologia...* cit., p.19. Deve ser feita a ressalva que não é finalidade deste trabalho a avaliação da imputabilidade decorrente da utilização de álcool ou de substâncias tóxicas (drogas ilícitas). Tampouco o será a resultante de menoridade penal, visto ser objeto de tratamento legislativo especial.

⁶³ *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 306. Sendo o conceito de doença mental de difícil abrangência unitária, face das complexas manifestações assumidas argumenta-se que: "é metajurídico". ARAÚJO, Cláudio Th. Leotta de. *Fundamentos...* cit., p.5. Neste sentido, no âmbito jurídico penal, muito embora o conceito de doença mental se encontrar embasado nos conceitos médico-psiquiátricos, nem sempre coincide exatamente com esses.

O psiquiatra forense Nerio Rojas define a alienação mental em termos similares aqueles expostos por José Salgado Martins, colocando em relevo a ignorância e incompreensão do doente em face ao caráter patológico da doença; assim: "El trastorno general y persistente de las funciones psíquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo y que impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio, sin provecho para sí mismo ni la sociedad". *Medicina legal*. 9. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1966, p. 353.

As perturbações patológicas da saúde mental "compreendem todas as demências (de, negação; *mentis*, mente; ausência de merite), cujos quadros mentais manifestam-se por rebaixamento global das esferas psíquicas. Compreendem-se também, todas as psicoses (psicose epiléptica, psicose maniaco-depressiva, psicose puerperal, esquizofrenia, psicose senil, psicose por traumatismo de crânio etc.), mais o alcoolismo crônico e a toxicomania grave. Essas duas últimas entidades mórbidas, embora possam engendrar quadros psicóticos, na são originalmente psicoses, mas nem por isso deixam de ser verdadeiras doenças mentais, uma vez que solapam do indivíduo o entendimento e o livre arbítrio, que diga-se de casinho, são arquivadas da responsabilidade penal", doutrina PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de psiquiatria forense civil e penal*. São Paulo: Atheneu, 2003, p. 153. Há presença "das <doenças funcionais>, tanto na medicina somática como na psiquiatria, quando há alteração funcional, sem lesão orgânica", sublinha SONENREICH, Carol. Visão psiquiátrica das alterações mentais. In: D' INCAO, Maria Ângela (Org). *Doença mental e sociedade: uma discussão interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Graal, 1992, p. 95.

ter relevância jurídico-penal apta a induzir a inimputabilidade penal, mas "somente *aquela* que produzir os efeitos de completa inibição intelectual ou volitiva".⁶⁴ A presença do estado patológico também por si só não será suficiente, visto que, é mera presunção de inimputabilidade. Será forçoso que o agente, em razão daquele estado mórbido (doença mental), não possa entender a ilicitude do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

A incapacidade de entender a ilicitude ou de se autodeterminar conforme este entendimento somente constituirão causa de exclusão da imputabilidade penal se forem consequência direta da doença mental, do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, da dependência toxicológica ou da embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior. No entanto, observa-se que a total incapacidade de entendimento quanto à ausência completa do querer, frutos da doença mental, necessitam da presença concomitante do elemento tempo para poder gerar consequências relevantes na órbita penal. Assim, a perturbação da saúde mental *pre* ou *post delictum* gera consequências jurídicas diversas daquelas típicas.⁶⁵

2.2.1. Desenvolvimento mental incompleto.

Como segundo coeficiente biológico da imputabilidade, diz respeito ao desenvolvimento mental que ainda não se concluiu (ainda não atingido pelo agente) e que exclui a responsabilidade penal, quando torna o agente "inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".

A expressão abarca os menores de 18 anos de idade, os surdo-mudos não educados e os silvícolas não-aculturados (inadaptados ao convívio social, ou não adaptados à civilização).

⁶⁴ MARTINS, José Salgado. *Direito...* cit., p. 307. Grifo original.

⁶⁵ Neste sentido o pensamento de Luiz Antonio Moura, quando aduz: "A inimputabilidade deve existir ao tempo da ação ou da omissão, de modo que não cabe uma imputabilidade subsequente". Imputabilidade, Semi-Imputabilidade e Inimputabilidade. In: COHEN, Cláudio; SEGRE, Marco; FERRAZ, Flavio Carvalho (Org). *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, 1996, p. 99.

O delinqüente acometido de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado deve agir com total falta de entendimento ou total ausência do querer, ao tempo da ação ou omissão puníveis. Nem antes, nem depois. Em outras palavras, a doença mental anterior ao fato ilícito, já superado, é penalmente irrelevante. A superveniência de enfermidade mental, após o delito, não será motivo para a exclusão da culpabilidade, pois seus efeitos se limitarão ao âmbito processual, com a suspensão da *persecutio criminis*, até que se dê o restabelecimento do réu, nos termos dos arts. 152 e 682 do CPP.

A fórmula legal acolhida mereceu comentários cáusticos por obra de Leonídio Ribeiro e Murillo de Campos⁶⁶, que consideraram as expressões desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado como sinônimas. Nelson Hungria saindo em defesa da redação adotada informa que “a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio”.⁶⁷

A imputabilidade entendida como a “capacidade de culpabilidade”⁶⁸, pressuposto e não elemento desta⁶⁹. Esta capacidade de entender e de querer e, por conseguinte de responsabilidade penal, apresenta dois aspectos: a) o cognoscitivo ou intelectual que diz respeito à capacidade ética-jurídica de compreender a ilicitude do fato e, b) o volitivo ou de autodeterminação da vontade relativa à atuação conforme essa compreensão. Assim, não pode haver imputabilidade e conseqüentemente, responsabilidade penal sem agente consciente e livre.

Esta aptidão para ser culpável se apresenta de um modo especial no caso do menor de idade. Assim a “imputabilidade é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento. Em suma é a capacidade genérica de entender e

⁶⁶ Citado por MARTINS, José Salgado. *Ibid.*, p.309.

⁶⁷ *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, p. 324.

⁶⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2001, p. 819; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 105. Imputar é atribuir algo a alguém. Sinônimo de atribuíbilidade está referido diretamente ao sujeito como agente penalmente responsável.

No Código Penal de 1940 o conceito de imputabilidade é dado indiretamente pelo de inimputabilidade. Assim, imputável é o homem mentalmente desenvolvido e são (maturidade e higidez mental), que possui a capacidade de entender o caráter ilícito do seu ato e de determinar-se segundo esse entendimento. O fundamento da imputabilidade no magistério de José Frederico Marques: “é a vontade livre do homem” – e acrescenta – “Nem se compreenderia reprovação, no juízo de culpabilidade, sem livre arbítrio”. *Tratado de direito penal*. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, v. 2, 1997, p.253. Nesta linha de pensamento Marco Segre doutrina: “Embasamos, assim, o pensamento ético na pressuposição da capacidade de escolha, de livre-arbítrio, de autodeterminação”. Introdução a Criminologia. In: COHEN, Cláudio; SEGRE, Marco; FERRAZ, Flavio Carvalho (Org). *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, 1996, p. 28.

Enquanto a ilicitude é um juízo de desvalor (juízo valorativo negativo) que se formula sobre um fato típico, a culpabilidade é um juízo de reprovação (de censura) pessoal endereçado ao agente por não ter atuado (por não ter se motivado) conforme a norma, quando podia e devia fazê-lo.

⁶⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 197; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 314.

querer, ou seja, de entendimento da antijuridicidade de seu comportamento e de autogoverno, que tem o maior de 18 anos".⁷⁰

O critério biopsicológico ou misto adotado pelo legislador como critério de exclusão da imputabilidade que exige de um lado a presença de certos estados mentais anormais (doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado), e de outro, que resulte deles a completa incapacidade de entendimento da ilicitude do fato ou da autodeterminação, sofre uma exceção no caso do menor de idade.⁷¹

O menor de idade mesmo que dotado de capacidade plena (total) para entender a ilicitude do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento, a lei o considera imaturo e por via de consequência inimputável.⁷² Esta presunção é absoluta (*juris et de jure*), que não admite prova em contrário, mesmo que se trate de menor com indiscutíveis capacidades intelectivas e volitivas.

O estatuto jurídico do silvícola ou índio considera-o relativamente incapaz, estando sujeito à tutela da União para efeitos civis (art. 56 da Lei nº 6.001/73).⁷³

⁷⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições...* cit., mesma página. A responsabilidade penal é o dever jurídico de responder pela ação delitiva que recai sobre o agente imputável. Quer dizer, enquanto a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade, a responsabilidade é consequência.

⁷¹ O legislador exige a aferição além dos elementos intelectual e volitivo, ou seja, se, em virtude da anormalidade psíquica (aspecto biológico), tinha o agente ao tempo do fato ilícito condições para entender o caráter ilícito do fato, e se as tinha, se era capaz de autodeterminar-se conforme esse entendimento (aspecto psicológico). "Isto porque, mesmo sendo capaz de entendimento ético, pode o agente não ter condições de se autodeterminar, levado compulsivamente a prática do fato típico". MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 221.

Por sua vez Salgado Martins comentando a falta de maturidade mental que a responsabilidade penal pressupõe aduz: "De um fato biológico – idade inferior a 18 anos – induziu a incapacidade de entendimento ético-jurídico e a incapacidade de autodeterminação". *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 313.

⁷² "O menor de idade ainda não tem totalmente desenvolvido o cérebro, consequentemente também o psiquismo". PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado...* cit., p. 154. Hoje se levantam vozes ancoradas na radical mudança das condições sociais da sociedade brasileira e pregam o fim do critério biológico ("benefício") e sua substituição por uma diminuição da faixa de idade penal para 16 ou 14 anos de idade. A imaturidade mental *per se* esgota o conceito de inimputabilidade, tornando o menor de 18 anos incapaz de culpabilidade. Para tal propósito será suficiente a comprovação da sua idade biológica. Conforme previsão normativa contida no art. 228 da Constituição Federal esta regra foi elevada a nível constitucional.

⁷³ Na hipótese de condenação do índio, a pena aplicada deverá ser atenuada e, quando de sua cominação, o juiz atenderá ao grau de integração do silvícola, que poderá cumprir as penas (reclusão, detenção) em regime de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos de sua habitação.

À luz dos valores ético-políticos consagrados na Constituição Federal de 1988, nomeadamente do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, não resulta compreensível se manterem os dizeres contidos na Exposição de Motivos originária do Estatuto Penal de 1940 relativos ao índio (que não foi modificada pela Lei nº 7.209, de 11/07/1984). Reações meramente emocionais que não aceitam os que são diferentes. Palavras que refletem nítido preconceito e que não se condizem com a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e solidária. Na época, Heleno Cláudio Fragoso alertava: "(...) só impropriamente se pode dizer que tenham desenvolvimento mental incompleto". *Lições...* cit., p. 199.

O surdo-mudo é também portador de desenvolvimento mental incompleto, pois privado das sensações auditivas encontra-se impedido de entrar em contato com o mundo exterior. A aquisição de valores, idéias, etc. é feita através da palavra ouvida, falada o que no caso do surdo-mudo nunca "poderá apresentar, discernimento completo e íntegro, ainda que a educação especializada se proceda com competência. O fluir mental será sempre incompleto se comparado ao de um indivíduo normal, justamente por essa carência de sensações importantes para o desenvolvimento mental".⁷⁴

2.2.2. Desenvolvimento mental retardado

É aquele que não conseguiu atingir a maturidade psíquica. Neste grupo compreendem-se as oligofrenias (*oleigos*, pequeno; *phrem*, mente) ou retardos mentais (atrasos ou infranormalidades), nos três graus: 1. debilidade mental; 2. imbecilidade (*in*, negação; *bacillum*, bastão: falta o bastão da inteligência); e 3. idiotia (*idios*, *a*, *on*, próprio: indivíduo que só tem vida própria, não tem vida política).⁷⁵

Trata-se de distúrbios quantitativos do psiquismo (e não distúrbios qualitativos), basicamente os de inteligência.

2.2.3. Semi-imputabilidade

A semi-responsabilidade de que cuida o parágrafo único do art. 26 do Código Penal, diz respeito às pessoas que ao tempo da ação ou da omissão, embora não inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinarem-se de acordo com esse entendimento, possuíam capacidade parcial de entendimento e determinação.

O juízo de censura dirigido aos chamados "fronteiriços" fica sensivelmente diminuído em razão da maior dificuldade (esforço) destes para valorar adequadamente o fato ilícito e de assumir uma posição de acordo com esse entendimento.

⁷⁴ PALOMBA, Guido Arturo. *Ibid.*, p. 154-155.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 154. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código.*, cit., p. 223.

O termo jurídico *perturbação da saúde mental* utilizado pelo legislador é relevante no intuito de salientar aquela "zona cinzenta" ⁷⁶ ocupada por indivíduos que se encontram "no interregno da loucura e da normalidade psíquica". ⁷⁷

As diversas entidades psiquiátricas que acometem aos indivíduos denominados *borderline* tornam os seus portadores responsáveis, ⁷⁸ embora com menor grau de culpabilidade, em razão de apresentarem capacidade de entender e de querer, mas reduzida.

Se a capacidade de censura do agente se encontra diminuída em razão de diversas perturbações psíquicas, é de se entender que a censura de sua conduta típica e antijurídica também deve sofrer redução.

O legislador penal, não forneceu um conceito teórico, concreto de responsabilidade penal parcial, no entanto, conferiu ao juiz a delicada função de avaliar a personalidade do agente, valendo-se para esta função do auxílio da perícia médica (art. 182 do Código de Processo Penal).

O problema da semi-imputabilidade é dos mais controvertidos como destaca José Frederico Marques ⁷⁹, objeto de infindáveis e acaloradas discussões entre os saberes médico e jurídico. O "litígio doutrinário" ⁸⁰ versa sobre as fronteiras do normal e do

⁷⁶ Ocupam essa "zona intermediária" "os estados atenuados, incipientes e residuais de psicoses, certos graus de oligofrenias e em grande parte as chamadas personalidades psicopáticas e os transtornos mentais transitórios quando afetam, sem excluir, a capacidade de entender e de querer". BRUNO, Anibal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v.1, t.2, p.138; FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 39.

⁷⁷ BRUNO, Anibal. *Direito...* cit., p. 155.

⁷⁸ Fabbrini Mirabete doutrina: "Na verdade, a lei considera o agente imputável e, portanto, responsável por ter alguma consciência da ilicitude e por ter alguma capacidade de determinação". *Ibid.*, p. 223. Por sua vez Frederico Márquez aduz: "O Semi-imputável não é um irresponsável. Não se trata de doente mental e sim de indivíduo que apresenta uma personalidade anormal". *Tratado de direito penal*, 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, v. II, p. 252.

⁷⁹ "Não são a sua caracterização, como categoria especial no campo da imputabilidade psíquica, como também, o tratamento penal que lhes deve ser dispensado constituem fecunda messe de dissídios e discussões". *Ob. cit.* p. 252. Ao se estabelecer uma categoria "extremamente fluida de autores chamados semi-imputáveis (CP, art. 22, par. ún.) o sistema abre fontes de insegurança individual e manifestos vícios no quadro da teoria geral do delito, posto que a culpa e a periculosidade são noções irreduzíveis assim como também o são a pena e periculosidade", pontifica René Ariel Dotti. Conclui o Autor pela extinção da categoria "principalmente porque é muito difícil, quando não impossível, averiguar na prática do fato se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado tinha ou não a plena capacidade de entender e de querer". *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 341 e 345. Embora se reconheça a subjetividade do conceito (semi-imputabilidade) como dos riscos que a sua admissão poderiam dar margem a uma psiquiatrização do sistema penal, se admite como sendo "um avanço da legislação brasileira (...)". TELLES, Liseux Elaine de Borba et al. Doença mental e outros modificadores da imputabilidade penal. *R. Psiquiatr. RS*, v. 24, n.1, p. 45-52, jan./abr. 2002.

⁸⁰ Termo de autoria de Guido Arturo Palomba. *Tratado...* cit., p. 155. Um exemplo do denominado "litígio doutrinário" é aquele exposto por Reinhardt Maurach quando critica a expressão imputabilidade diminuída, denominando-a de equívoca e infeliz. Para o Autor, inexistente um grau intermédio entre a imputabilidade plena

patológico, girando as preocupações em torno de quando começa uma e termina a outra, quando é doença, quando perturbação da saúde mental e quando está a se falar em normalidade psíquica.

Lembrando o apotegma de Gottfried Wilhelm Leibniz, *natura non facit saltus*, (a natureza não dá saltos), não é de se supor a existência rígida, inflexível e exclusiva de dois extremos: o da normalidade mental e o da doença⁸¹. Assim, "de fato, na natureza, a pouco e pouco, a noite vira dia"⁸².

Comprovada a inimputabilidade do agente, impõe-se a absolvição conforme previsão normativa contida no caput do art. 26 do Código Penal, aplicando-se a medida de segurança nos termos dos arts. 96 a 99 do Estatuto punitivo.

Na hipótese dos *borderline* (capacidade diminuída)⁸³ a última questão a ser abordada é aquela referente ao fato de ser a causa de redução de pena facultativa ou obrigatória.

Uma primeira corrente entende que a fixação de pena reduzida é obrigatória no caso de condenação, para logo num segundo momento, se comprovada a necessidade de especial tratamento curativo ser substituída por medida de segurança. É este o

e a inimputabilidade, onde o autor conhecesse apenas em parte o injusto, ou somente até certo grau a si próprio. *Tratado de derecho penal*. Trad. y notas de J. Córdova Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v.2, p.120.

Desde a ótica médico-psiquiátrica Pedro Gabriel Godinho Delgado qualifica a semi-imputabilidade de: "expressão tecnicamente imperfeita, uma vez que o agente é imputável, e a doença figura como atenuante". *Psiquiatras, juízes e loucos: modelos de interação entre a psiquiatria e a justiça, na conjuntura das lutas pela cidadania plena e reforma psiquiátrica no Brasil*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1992. p. 108. Por sua vez Claudio Th. Leotta de Araújo entende que: "entre o estado de plena lucidez e consciência e a imensa região obscura do inconsciente observam-se graduações quanto à claridade do cenário e a intensidade dos fenômenos que nela se envolvem". *Fundamentos médico-legais da perícia em matéria criminal*. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 3, n. 32, p. 3, dez. 2000.

⁸¹ Luiz Regis Prado discursando sobre a semi-imputabilidade põe em destaque a dificuldade existente inúmeras vezes em determinar uma linha divisória exata entre saúde e doença mental, assim doutrina: "(...) área fronteiriça situada entre a perfeita saúde mental e a insanidade, em virtude da dificuldade existente muitas vezes em ser traçada uma linha precisa de demarcação". *Comentários ao código penal: doutrina, jurisprudência selecionada, leitura indicada*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 158.

⁸² PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado...* cit., p. 155. O Autor no intuito de diferenciar a saúde da doença mental lança mão do fenômeno natural da aurora. Assim: "sucede que entre a noite e o dia há a aurora, que não é nem dia nem noite, mas é aurora, que começa com o sol a dezoito graus abaixo da linha do horizonte, cuja luminosidade já se pode notar na parte da terra que estava em sombras. Em psiquiatria forense também termina a alienação mental quando se observam os raios da razão iluminarem o livre-arbítrio, e termina essa "aurora" quando razão e livre-arbítrio se fazem totalmente presentes, que é a normalidade mental." *Ibid.*, mesma página.

⁸³ A Exposição de Motivos esclarece, com relação a este parágrafo, que, além das correções terminológicas necessárias, previu o dispositivo *in fine*, do artigo 26 "o sistema vicariante para o semi-imputável, como consequência lógica da extinção da medida de segurança para o imputável. Nos casos fronteiriços em que predominar o quadro mórbido, optará o juiz pela medida de segurança. Na hipótese oposta, pela pena reduzida" (nº 22).

entendimento de Cezar Roberto Bitencourt ao defender a tese de que, no caso do réu semi-imputável "é preciso que caiba a pena reduzida, ou seja, que o agente deva ser condenado. E o art. 98 fala claramente em "condenado". Logo, no caso da semi-imputabilidade, requer-se, se for o caso, a condenação".⁸⁴

Compreende-se deste posicionamento que muito embora o texto legal utilize o verbo "pode", a redução da pena, nesta hipótese (culpabilidade diminuída) é obrigatória e não mera faculdade do juiz. Assim, existiria a impossibilidade de aplicação direta da medida de segurança em favor do semi-imputável. Previamente o juiz condenará o agente a uma pena determinada e a seguir necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena deverá ser substituída por medida de segurança.

Uma segunda corrente doutrinária entende que o juiz ao impor a pena, não é obrigado a diminuí-la, pois a redução é meramente facultativa. Esta posição é defendida dentre outros por Frederico Marques quem aduz "todavia, incongruente o Código fixou o limite mínimo dessa atenuação, dizendo que a "pena pode ser reduzida de um a dois terços". Ora, se o juiz pode deixar de diminuir a pena, por que estabelecer o limite mínimo de redução em um terço?"⁸⁵, pergunta-se.

Ao nosso ver, tanto a primeira quanto a segunda posição doutrinárias esbarram num problema de interpretação meramente literal, formal do texto da lei penal, descontextualizada do sistema.

Por um lado, participamos da posição relativa à diminuição obrigatória da pena em razão da presença (existência) da capacidade de compreensão do injusto típico, como da capacidade de autodeterminação, embora reduzidos. Isto é, impõe-se a diminuição legal do *quantum* da pena em atenção à presença dos requisitos causais: a) perturbação da saúde mental ou desenvolvimento da saúde mental incompleto ou retardado, b) cronológico (ao tempo da ação ou da omissão) e c) consequencial (falta de plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento).

Afigura-se-nos paradoxal a pretensa impossibilidade de aplicação direta da medida de segurança ao semi-imputável, já que, inexistente tanto no texto da lei quanto no ordenamento jurídico (sistema) proibição expressa ou tácita para poder aplicar diretamente uma medida terapêutica em favor de quem "merece especial tratamento curativo". Muito

⁸⁴ Código...cit., p. 108.

⁸⁵ Tratado...cit., p. 253.

pelo contrário nosso posicionamento se encontra ancorado na própria Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal (nº 22).

Em suma, será a prevalência ou maior incidência do quadro mórbido que irá determinar qual fiel da balança a opção entre: pena ou medida de segurança, sem a possibilidade de se admitir uma figura intermédia (híbrida) como aquela de aplicar primeiro pena para logo após substituí-la por medida de segurança. Posição contrária significaria em última análise evidente burla do sistema vicarial. Neste sentido, muito embora o legislador tenha empregado o verbo transitivo "poder" que insinua mera liberalidade, isto não significa que fique ao inteiro arbitrio jurisdicional conceder ou não a redução da pena. Comprovada a semi-imputabilidade, a incidência de causa redutora impõe-se, isto é, é cogente. Destarte, a redução da pena deve variar tanto em atenção da gravidade do fato ilícito quanto no grau de perturbação de saúde mental.

Contestando o posicionamento de José Frederico Marques, entendemos que a redução da pena é obrigação do juiz em razão das entidades psiquiátricas que acometem ao agente. Se isto não for assim, perguntamos, qual o papel das entidades médicas compreendidas sob o termo "perturbação da saúde mental no âmbito penal?"

2.3. O problema da normalidade psíquica

Toda organização social, nas diversas épocas e nos diferentes estágios do seu desenvolvimento "pensa a loucura e define os seus loucos"⁸⁶. Assim, a definição do normal e do patológico respondem necessariamente as concepções dominantes em cada época, quer dizer, responde ao jogo de poder das forças sociais, "não sendo exagero dizer que a cada sociedade corresponde um tipo de direito e de crime".⁸⁷

Os poderes públicos na França do começo do século XIX enfrentaram o problema da loucura com suma inquietação. Assim, apesar do número comparativamente menor de loucos em relação à massa crescente de indigentes, vagabundos, prostitutas, mendigos, etc (personalidades desviantes), incomodas para o regime de turno, demonstra

⁸⁶ MONTERO, Paula. O normal e o patológico. *Temas IMESC, Sociedade, Direito, Saúde* (Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo), São Paulo, v. 3, n. 2, dez. 1986, p. 152.

⁸⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p.17.

nitidamente o caráter ideológico⁸⁸ do sistema capitalista liberal que se viu premido em diferenciar dentre a massa amorfa dos marginalizados sociais o louco.⁸⁹

A partir da Revolução Francesa como informa Paula Montero, o louco se torna um problema institucional e jurídico, "é porque o que está em jogo para a França dos fins do século XVIII é um novo reequilíbrio ou rearranjo dos aparelhos estatais de poder".⁹⁰

Feitas estas breves considerações queremos destacar a observação do psicanalista Luiz Carlos Osório, para quem "há termos que, banalizados pelo uso, dão-nos a falsa impressão que não necessitam maiores considerações sobre seus significados; no entanto, embora se os empregue intensa e extensamente – e quiçá justamente por isso – sofrem certas distorções conforme o contexto em que os utilizamos".⁹¹ Nessa categoria encontram-se as noções de normalidade e anomalia psíquica.

A palavra latina norma, que está na origem do termo normal, significa aquilo que se estabelece como base ou medida para a realização ou a avaliação de alguma coisa. O termo latino *normalis* quer dizer "aquilo que não se inclina nem para a direita nem para a esquerda", ou seja, que é "perpendicular", que se mantém num justo termo. Assim, "uma norma, uma regra, é aquilo que serve para retificar, pôr de pé, endireitar".⁹²

Numa primeira abordagem teórica sublinhamos que as noções de normalidade psíquica e de personalidade normal encontram-se intimamente atreladas à idéia de determinado padrão de conduta ou comportamento médio ou ideal que expressaria uma

⁸⁸ Para Hernández A. Tosca: "toda conceptualización, contiene una posición ideológica, un método analítico y cristaliza una interacción histórica entre la concepción de un fenómeno, la realidad concreta y el pensamiento de una época". *La ideologización del delito y de la pena: un caso venezolano. La Ley sobre vagos y maleantes*. Caracas: Imprenta de la Universidad Central de Venezuela, 1977, p. 20.

⁸⁹ Discursando sobre a origem etimológica da palavra louco, Gonzalo Quintero Olivares, informa que: "Algunos lo sitúan en la palabra griega <<glaukos>>, pues Platón describía así los ojos perdidos de los mentalmente extraviados, que a ningún lugar miraban (...) mientras que otros prefieren relacionarla con la palabra árabe <<lauga>> (tonto)". *Locos y culpables*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 49.

⁹⁰ *O normal*, cit., p. 152.

Antes da Revolução Francesa tanto o judiciário quanto a polícia real eram duas instâncias de controle da loucura. A privação da liberdade do louco encontrava-se legitimada pelo poder real, de quem emanava toda justiça. Acontece que com o triunfo da revolução o substrato de legitimidade da prisão do louco não somente é posto em dúvida; senão que, é quebrado juntamente com a crítica ao absolutismo.

Diante da impossibilidade de continuar a usurpar o direito à liberdade individual do louco, "pois assim se colocaria em xeque uma conquista fundamental da revolução" – explica Paula Montero – mas tendo em consideração que este indivíduo não podia mais ficar sob o controle do Poder Judiciário, dado que representa uma ameaça constante a sociedade burguesa do século XIX, deve ainda, de alguma forma, ser controlado, cogita-se na medicalização da loucura. Por esta via obliqua "a medicalização isola o louco, retira-o do convívio social, sem confessar que o está privando de sua liberdade". *Ibid.*, p. 153.

⁹¹ Agressividade e violência: o normal e o patológico. In: *DESVIO e divergência: uma crítica da patologia social*. 4. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p. 522.

⁹² FRAYZE-PEREIRA, João. *O que é loucura*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 21.

harmônica relação com as expectativas e exigências de funcionamento com o sistema social. Assim, qualquer tipo de desvio da média implicaria automaticamente que o indivíduo e a conduta sejam acoimados de desadaptados.

Nesse diapasão as divergências das expectativas sociais, também se encontrariam vinculadas ao pensamento do "homem médio" (homúnculos) que representaria em tese aquele padrão abstrato, irreal de comportamento almejado e esperado pela sociedade. Esse paradigma de ser humano é o ideal de cidadão, obediente às normas de convivência social e que reagindo aos estímulos do meio demonstra coerência e adaptação plena com o seu entorno.

Em atenção ao exposto a anormalidade pode ser definida como todo e qualquer comportamento que foge dos cânones sociais. A conduta desajustada à maioria do grupo social será aquela tida como desviada⁹³ (*Deviant behavior, Abweichendes Verhalten*) ou anormal.⁹⁴ No entanto, se de modo intuitivo podemos perceber a conduta normal e a diferenciamos daquela outra chamada anormal, o nosso interesse diz respeito à normalidade psíquica. Para tanto será a psicopatologia, como disciplina da psicologia que tem por objeto o estudo das "anormalidades da vida mental"⁹⁵ a ciência chamada a fornecermos as ferramentas apropriadas para definir o que se entende por anormalidade mental e como se estabelece a diferença em face da normalidade.

O psiquiatra Honório Delgado recomenda que o critério de anormalidade em psicopatologia deve ser puramente descritivo "no intuito de não causar uma valoração de inferioridade pessoal, nem de doença, falta de liberdade, sofrimento, etc. - e acrescenta - ainda que o psicopatológico possa significar no caso dado inferioridade, doença, diminuição da liberdade, irresponsabilidade, sofrimento, etc".⁹⁶

⁹³ A expressão conduta desviada é um conceito utilizado pela Sociologia que toma como critério de referência as expectativas sociais. Um comportamento concreto será qualificado de desviado "na medida em que se afaste das expectativas sociais em um dado momento, enquanto contraria os padrões e modelos de maioria social". GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMEZ, Luiz Flávio. *Criminologia*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 55.

⁹⁴ Estimamos oportuno salientar que a qualificação duma conduta como anormal e desviante apresenta nitida carga valorativa negativa que denota complexidade, relativismo, subjetivismo e incerteza; pois, "condutas desviadas *in se* (por suas qualidades objetivas) não existem. A "desviação" reside propriamente nos demais; nas maiorias sociais que etiquetam um determinado autor com o estigma de desviado (nem sempre dando atenção a seus méritos objetivos). O conceito de "desviação" ao apelar para as "expectativas sociais mutantes, circunstâncias reconhece sua própria incapacidade para formular um conceito de delito "ontológico", objetivo, material". Garcia-Pablos. *Criminologia...cit.*, p. 58.

⁹⁵ DELGADO, Honório. *Curso de psiquiatria*. 3.ed., rev., atual. Barcelona: Científico-Médico, 1963, p. 15. Tradução livre do autor.

⁹⁶ DELGADO, Honório. *Curso...cit.*, p. 15. Tradução livre do autor.

Para a determinação da normalidade esboçaram-se dois critérios: o estatístico e o teleológico.

2.3.1. Critério estatístico

Denominado também quantitativo, é um critério próprio das ciências naturais. A normalidade estaria representada pelo "comum denominador"; isto é, normal é aquilo que se manifesta com frequência, de maneira rotineira, constante no grupo social, segundo a idade, sexo, etc. Nesta linha de pensamento o homem dito normal seria aquele que na maior parte dos casos, se comporta como a maior parte das pessoas.

O padrão de referencia (medida) "é o mediocre no aumento, diminuição das manifestações psíquicas".⁹⁷ O homem normal seria aquele que apresentasse um desenvolvimento mental médio, ajustado psíquica e socialmente.

A dificuldade e limitação deste critério se encontra em decidir o ponto onde termina a normalidade de determinado comportamento,⁹⁸ além do que pretender diferenciar a normalidade da anormalidade tendo como fundamento a frequência ou constância de determinada atividade animica é impossível quando não se trata de diferenças qualitativas ou de desvios consideráveis.

Diante das dificuldades e limitações surge a necessidade de se estabelecerem regras para assinalar objetivamente a amplitude das flutuações dos fenômenos dentro do normal. Este reto será superado no entender de Honório Delgado através do "bom sentido pessoal".⁹⁹

⁹⁷ Ibid., p. 15. Tradução livre do autor. Um exemplo da concepção estatística da normalidade psíquica é a definição dada por José Alves Garcia quando expressa que personalidade normal: "é aquela que funciona, por assim dizer, silenciosa e harmonicamente com a norma ou média do grupo social em que atua. Psiquicamente desviado é o homem que não pode responder às exigências da sociedade, quando a sua capacidade de acomodação a ela é nula ou escassa, quando as suas relações com os seus semelhantes é difícil". *Psicopatologia Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 172.

⁹⁸ "¿Será mas allá del 90%? ¿Será lo que pasa del 99% o del 999%?" - pergunta-se Honório Delgado *Curso...* cit., p. 15. Por sua vez, Geraldo José Ballone ensina que: "de um modo geral, o critério estatístico deve servirnos para destacar da população o não-habitual, o diferente ou o não-normal (...). É importante repetir que não há um ponto de normalidades para o ser humano no que respeita à sua postura diante da vida, há sim uma faixa de normalidade para sua maneira de existir, da mesma forma que existe uma faixa de normalidade para tantos outros parâmetros antropológicos. Esta faixa de normalidade pode ser bastante ampla e elástica, dependendo das concepções e tolerâncias do sistema sócio-cultural vigente, porém, mesmo sendo ampla esta faixa, sempre terá limites, além dos quais o indivíduo passa a produzir estranheza". *Síntese de psiquiatria: diagnóstico & tratamento*. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 1992, p. 33. Grifo original.

⁹⁹ DELGADO, Honório. *Curso...* cit., p. 16. Critério que segundo o Autor nos permitirá analisar cada caso desde diversos pontos de vista, de modo tal que a escala de graus é referida a nossa íntima imagem de ser normal. Grifo nosso. Tradução livre do autor.

Consideramos o critério do “bom sentido pessoal” inaceitável, visto que, além de se tratar de um típico critério de caráter subjetivo em nada contribui a superar o dilema, já que, cada um de nós tem em mente o seu próprio “protótipo de homem”, homem tal que prenhe de virtudes e valores está as mais das vezes muito além do nosso entendimento. Corremos assim um enorme risco de cair na fantasia ao tentarmos criar um ente alheio as complexidades próprias da natureza humana. Tentar homogeneizar a indole humana é tarefa inglória e de veras inútil.

O “homem médio” perfeito, formado mais por qualidades do que por defeitos também não é o velho e bom *pater familias* do Direito Romano. Admitir o contrário significaria elaborar um homem à imagem e semelhança dos nossos caros ideais, mas distante da situação concreta.¹⁰⁰

Frente a esta constatação e segundo uma opinião corrente, a normalidade não existe, pois é mera abstração, um ideal ou um puro e simples “meio termo” de caráter puramente matemático.¹⁰¹

2.3.2 Critério teleológico

Denominado também critério de adequação ou normativo (valorativo), corresponde a fins e requisitos anexos a arquétipos. A normalidade está representada pela idéia de homem, de mulher, de criança, etc, por excelência; “o que se aproxima do ótimo”.¹⁰²

O homem normal será aquele que se assemelha a um modelo desejável de perfeição humana segundo um determinado sistema de valores dominante. É um critério axiológico que determina como o homem normal “deve ser”. Para esta concepção a normalidade “é uma condição qualitativa”.¹⁰³

¹⁰⁰ Antonio Garcia-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes doutrinam: “O homem não é só Biologia: é, também, História, Cultura e Experiência”. *Criminologia*, 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997, p.17.

¹⁰¹ GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 343, v. I.

¹⁰² DELGADO, Honório. *Curso...cit.*, p. 16. Tradução livre do autor.

¹⁰³ MARIETAN, Hugo. *Sobre los conceptos de salud/enfermedad-normalidad/anormalidad*. Disponível em: <http://www.prosiga.br/oc_usp/saudemental/> Acesso em: 08 set. 2004. Tradução livre do autor.

A idéia de normalidade psíquica encontra-se atrelada a um tipo ideal de pessoa. O tipo ideal de normalidade identifica-se com "o que deve ser"¹⁰⁴ e não mais com o meio-termo puramente matemático (média) ou com a constatação da frequência.

O "ente ideal" fundamento do critério teleológico de normalidade psíquica também merece nosso rechaço por desvirtuar o homem real (aquele de músculos e ossos) que passa a ser desconsiderado ou considerado num segundo plano em virtude da busca incessante do super-homem.

Esta concepção do homem insere-se numa outra maior que considera a estrutura social estável e harmônica onde qualquer anomalia ou defeito gera dissidência que merece ser combatida e ainda extirpada para evitar a contaminação ou proliferação do sistema. Aos poucos o sistema (Estado) cobra maior relevo em detrimento do indivíduo, este passa a ser mera peça da maquinaria eficiente do Estado.

Diante dos critérios de avaliação de normalidade psíquica, observamos que nenhum deles satisfaz nossas expectativas e cientes de que "não existe um limite nítido de separação no que tange ao conceito de normalidade e de anormalidade em psiquiatria forense",¹⁰⁵ colocamos em destaque as pertinentes observações de Agnes Miles quando expressa que "as idéias de saúde e funcionamento normal são culturais e o próprio conhecimento médico é específico de sociedades e épocas em particular. A história da medicina mostra que as idéias de ontem e pelo menos dos conceitos de amanhã serão contraditórias às noções de hoje".¹⁰⁶

A estrutura social não é homogênea, assim deve ser uma forma de representar a ação social de atores diferentes e desigualmente situados no contexto social.¹⁰⁷

No entanto, verificamos que o doente mental, visto como um ser privado de lucidez, incapaz e violento se encontra constantemente excluído do universo dos normais.

¹⁰⁴ DELGADO, Honório. *Curso...*, cit., p. 16. Tradução livre do autor.

¹⁰⁵ CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 1998, p. 514. Encontrar o sutil limite entre normalidade e anormalidade "o sano y enfermo, es tal vez, pretender demasiado. En esta frontera difusa que posibilita la imperfección, el error, la enfermedad, pero también la libertad y la salud, quizás se encuentre lo esencial y distintivo del ser humano". MARIETAN, Hugo. *Sobre los conceptos de salud/enfermedad-normalidad/anormalidad*. Disponível em <http://www.prossiga.br/ee_esp/saudemental/> Acesso em: 08 set. 2004.

¹⁰⁶ *O doente mental na sociedade contemporânea*. Introdução sociológica. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 17.

¹⁰⁷ Conforme Vives Antón: "La comunidad no es un todo homogéneo y sin fisuras, sino que está llena de tensiones, de grupos con ideales e intereses contrapuestos. En muchas ocasiones, lo que por unos es considerado un daño, reviste para otros el carácter de un beneficio, y viceversa. ¿Cómo escoger, de entre las pautas de valoración que bullen en el mundo social, aquellas que determinen lo que resulta "dañoso para la

Enquanto a doença física desperta na maioria das pessoas sentimentos altruístas de: compaixão e solidariedade, a doença mental provoca o afastamento e a marginalização dos seus portadores, nutrindo aversão em extensas camadas da população dita normal. Assim, ao ficar fora da humanidade, o louco, "torna-se supérfluo".¹⁰⁸ Portanto, o objetivo frequentemente invocado para a criação dos antigos manicômios judiciais (hoje hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico) – a necessidade de proporcionar ao doente mental delinqüente um ambiente terapêutico – não tem sido alcançado. Muito pelo contrário, criou-se um ambiente perverso que se consolidou em poderosa ferramenta que amplificou a exclusão (física e social) e que legitimada por um pretense saber científico, escamoteia secularmente os seus direitos civis. Destarte, o doente mental delinqüente é "penalizado" também ao ser excluído simbolicamente do universo da cidadania.¹⁰⁹

Superar a nossa camisa - de - força que se traduz em: temor, intolerância e preconceito é um primeiro passo para devolver a dignidade e cidadania ao louco. Reconhecer também que os indivíduos ditos normais são os que cada vez mais delinqüem é outro passo a ser dado. A criminalidade econômico-financeira, a de funcionários e profissionais, a juvenil, a de tráfico, dentre outras, confirmam empiricamente esta assertiva.¹¹⁰

2.4 Estigma e preconceito

Dentre os inúmeros fatores que contribuem para o surgimento da doença mental (de natureza biológica, genética, psicológica, etc.), os denominados fatores sociais têm cumprido também um rol não secundário no seu decurso e prognóstico.

Superadas as polemicas e infecundos debates entre fatores biológicos e sociológicos, "a experiência quotidiana mostra claramente que **fatores culturais** entram no

comunidade." Métodos de determinación de la peligrosidad. In: Cobo del Rosal, Manuel (Dir.). *Peligrosidad social y medidas de seguridad*. Universidad de Valencia, 1974, p. 394.

¹⁰⁸ PUEL, Elisia et al. *Doença mental: transpondo as fronteiras hospitalares*. Porto Alegre: Dacasa, 1997, p. 35. Desta maneira, as características comumente atribuídas ao doente mental são: "presume-se que ele seja facilmente identificável, potencialmente perigoso e muito imprevisível". MILES, Agnes. *O doente mental na sociedade contemporânea*. Introdução sociológica. Trad. Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 63.

¹⁰⁹ "Desse modo, o "louco" é "louco" demais para que se perca tempo dando-lhe atenção. Suas palavras desconexas, suas frases misturadas, seus sentimentos expressos de forma confusa, tornam-se tão impertinentes quanto um alarme disparado na madrugada ... por mais que tente falar, expressar seus afetos, desejos e queixas, raros serão os que perderão um só segundo para ouvi-lo." PUEL, Elisia et al. *Doença...cit.*, p. 33, 34.

¹¹⁰ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia...cit.*, p. 65.

processo de definição e etiquetamento da doença mental e concorrem influenciando e modulando o seu decurso".¹¹¹

A experiência diária do estigma social para com o doente mental posta em destaque por Greco e Catanesi ganha contornos de especial relevo científico quando John Monahan, catedrático de Direito, Psicologia e Medicina Legal na Universidade de Virginia (USA) conclui que "a crença de que as doenças mentais estão associadas à violência é **historicamente constante e culturalmente universal**".¹¹²

Este diagnóstico da realidade tem conseqüências dramáticas na prática social, traduzindo-se no estigma¹¹³ em face de indivíduos portadores de doenças mentais. Assim, "a estigmatização do doente mental é o maior obstáculo para sua reintegração social".¹¹⁴

Erving Goffman informa que os gregos criadores do termo estigma (*stizein*) utilizaram-no como indicativo de uma degenerescência. A marca ou impressão foi utilizada para identificar o mal, a loucura, a doença o crime. O estigma "informava" e evidenciava algo de extraordinário ou mau sobre o *status* moral de quem os apresentava.¹¹⁵ Durante a

¹¹¹ GRECO, Oronzo; CATANESI, Roberto. *Malattia mentale e giustizia penale. La percezione sociale della malattia mentale e della pericolosità del malato di mente*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 70. Grifo nosso. Tradução livre do autor. CARRIERI, Francesco et al. *Malattia mentale, imputabilità e pericolosità sociale*. In: CANEPA, Giacomo; MARUGO, Maria Ida (Org.) *Imputabilità e Trattamento del Malato di Mente Autore di Reato*. Padova: CEDAM, 1995, p. 76.

¹¹² A terror to their neighbors: beliefs about mental disorder and violence in historical and cultural perspective. *Bulletin American Academy Psychiatry Law*, v. 20, n. 2, p. 191, 1992. Grifo nosso. Tradução livre do autor.

O Autor destaca que os achados antropológicos (relação doença mental e periculosidade) são comuns tanto nas sociedades de ocidente quanto nas de oriente e que a crença persistente desde a antiguidade não significa que seja válida.

Devemos sublinhar também que ao longo da história e em praticamente todas as culturas, grupos de pessoas incluídos os doentes mentais, tem sido vítimas do estigma social. ARBOLEDA-FLÓREZ, Julio. What causes stigma?. *World Psychiatry*, v. 1, n.1, p. 26, feb. 2002.

¹¹³ A palavra estigma deriva "Do grego *stigma*. Marca infamante, vergonhosa; labéu". Novo Dicionário Aurélio, 1986, p. 721; LÓPEZ-IBOR JR., Juan J. The power of stigma. *World Psychiatry*, v. 1, n. 1, p. 23, feb. 2002.

Estigmatizar "é criar um estereótipo negativo, generalizá-lo, e adotar uma conduta preconceituosa, sem maior reflexão sobre o problema. Por exemplo, **todo doente mental é violento**". ROCHA, Tibério. A estigmatização dos manicômios. *Psiquiatria Hoje*. Associação Brasileira de Psiquiatria, ano 24, n. 2, p.7, 2002. Grifo nosso.

¹¹⁴ GATTAZ, Wagner F. Violência e doença mental: fato ou ficção?. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 21, n.4, 1999, p. 196. Nesta linha de pensamento, Norman Sartorius depois de destacar o compromisso da Associação Mundial de Psiquiatras (WPA) no desenvolvimento de ferramentas hábeis a lutar contra o estigma e a discriminação dos pacientes vítimas da esquizofrenia, aduz: "A reabilitação é conseqüentemente uma tarefa difícil, particularmente quando feita em um ambiente intolerante e hostil permeada pela ignorância e preconceito". Stigma: what can psychiatrists do about it?. *The Lancet*, v. 352, p. 1058, sept. 26, 1998. Grifo nosso. Tradução livre do autor.

¹¹⁵ Na antiga sociedade grega o estigma era a marca colocada nos escravos que servia para identificá-los na rígida estrutura social, como demonstrava a qualidade de indivíduos de menor valia. ARBOLEDA-FLÓREZ,

Era Cristã, por exemplo, o estigma foi considerado tanto sinal de graça divina “que tomavam a forma de flores em erupção sobre a pele”¹¹⁶, quanto de alusão médica de distúrbio físico.

Hodiernamente o termo amplamente utilizado tem nítida conotação valorativa negativa (pejorativa) “que se forma na falta de informação suficiente, por crença e não por certeza”¹¹⁷, visto que, se utiliza como sinônimo de degradação, ou perda de dignidade humana.¹¹⁸ Todavia, o preconceito, além de se encontrar permeado pela ignorância, é relutante na busca da verdade.¹¹⁹

A estigmatização pela rotulagem é o começo do processo de segregação do doente mental criminoso pelo resto da sociedade. O indivíduo estigmatizado passa a ser visto e tratado como um ser incomum sendo reduzido a “pessoa estragada e diminuída”¹²⁰. Acredita-se que o doente mental delinqüente não é um indivíduo completamente humano dado que por causa do estigma, “lhe-falta” esse *plus* para ser “totalmente humano”.¹²¹

A rotulação de desequilíbrio psíquico que se faz “encerra o indivíduo no quadro estreito e rígido de uma personalidade imutável, cujo destino estaria traçado de uma vez por todas”.¹²² Os Determinismos Biológico e Social postulados fundamentais da Escola Positiva que vieram a revolucionar e substituir na época os ideais de livre arbitrio e

Julio. What ... cit., p. 25. Modernamente o estigma como construção social é: “(...) a distinguishing mark of social disgrace is attached to others in order to identify and to devalue them”. Idem, mesma página. Grifo nosso.

¹¹⁶ *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, 3. ed. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Zahar, 1980, p. 11.

¹¹⁷ GRECO, Oronzo; CATANESI, Roberto. *Malattia...* cit., p. 70. Tradução livre do autor.

¹¹⁸ Orlando Soares traduz a impressão social: “de que a loucura despoja o homem do que nele pode haver de humano, ou seja, a animalidade é a própria essência da doença”. Incapacidade, inimizabilidade e preservação da saúde mental. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 90, v. 325, p. 83, jan./mar. 1994.

¹¹⁹ ARBOLEDA-FLÓREZ, Julio. Considerations on the stigma of mental illness. *Can J Psychiatry*, v. 48, n. 10, p. 647, Nov. 2003. Tradução livre do autor. CARRIERI, Francesco et al. *Mallatia...* cit., p. 76.

¹²⁰ Estes termos são de autoria de Erving Goffman. *Estigma...* cit., p. 12.

¹²¹ *Ibid.*, mesma página.

¹²² LANDRY, Michel. *O psiquiatra no tribunal: o processo da perícia psiquiátrica em justiça penal*. Trad. Jurca Franco Canargo. São Paulo: Pioneira, EDUSP, 1981, p. 18. O criminoso assim - se vê condenado a carregar pelo resto da vida com a pecha de “desequilibrado” - acrescenta Landry. *Ibid.*, p. 18.

Uma vertente do pensamento psiquiátrico manifestamente etnocêntrico, racista e altamente preconceituoso foi defendida até a poucas décadas no Brasil por Nina Rodrigues. Acreditava-se por exemplo que no caso do indígena nativo acostumado a séculos de vida nas selvas africanas é vítima da vida civilizada, não por causa da dinâmica histórica da sociedade que produz relações desiguais entre os homens lançando certos grupos sociais a condições sub-humanas de vida, mas sim devido ao “despreparo constitucional cerebral” que os torna presa fácil da miséria e da loucura. DALGALARRONDO, Paulo. *Civilização e loucura: uma introdução à história da etnopsiquiatria*. [S.l.]Lemos,[s.d.],p. 32; ZAFFARONI, Engenio Raúl. *Criminologia*. Colombia: Temis, v. 1, 1993, p. 147.

responsabilidade moral defendidos pela Escola Clássica ainda permanecem ativos entre nós.¹²³

Se a reação habitual por parte da população leiga diante do doente mental é no sentido de rejeitá-lo, de excluí-lo do convívio social, observa-se que parcela significativa dos operadores do Direito como profissionais da saúde também incorrem em condutas preconceituosas e estigmatizantes.¹²⁴ Nem mesmo os psiquiatras, profissionais especializados em desvendar os mistérios da mente humana, conseguem se sair imunes ao pré-conceito e estigma social e o que é lamentável, pois, muitas vezes contribuem para a sua difusão e reforço.¹²⁵

Por todo o exposto, vê-se que o preconceito e estigma sociais nos induzem a construir uma teoria que legitime “racionalmente” nossa antipatia. Para isto, na procura por tentar explicar o crime como fenômeno anômalo buscamos em alguma misteriosa doença ou quadro mórbido a razão do comportamento criminal. Esta estratégia de “psiquiatrizar o crime” ou “patologizar o delito” ira satisfazer e tranquilizar as nossas consciências. A necessidade de identificar esse “algo de patológico” que tem forçosamente o infrator ganha

¹²³ Criticando acidamente os velhos postulados da Escola Positiva, Zaffaroni doutrina: “El positivismo fue un materialismo burdo, que en su grosera manipulación del saber provoco un cataclismo ideológico de tales proporciones, que aún hoy no podemos medir por completo, porque de alguna manera permanecemos todavia aprisionados por muchos de sus mitos”. *Criminologia*, cit., p. 132-133.

¹²⁴ HUDSON JONES, Anne. Mental illness made public: ending the stigma? *The Lancet*, v. 352, p. 1060, Sep. 26, 1998; FEDOSEJEVA, Regina; GIRGENSONS, Roberts. The mentally ill in prison: developments in Latvia. *The Lancet Perspectives*, n. 356. Dec. 2000, p. s47; HOTOPF, Matthew. Psychiatrists can cause stigma too. *The British Journal of Psychiatry*, v. 177, p. 467, Nov. 2000; HAUSMAN, Ken. Psychiatrists not immune to mental ilhes or stigma. *Psychiatric News*, v. 37, n. 15, p. 8, Aug. 2, 2002; THIRU G, Sriram.; YAD M, Jabbarpour. Are mental health professionals immune to stigmatizing beliefs? *Psychiatr Serv*, v. 56, n. 5, p. 610, May, 2005.

¹²⁵ “(...) even well-trained professionals from most mental health disciplines subscribe to stereotypes about mental illness”. CORRIGAN, Patrick W.; WATSON, Amy C. Understanding the impact of stigma on people with mental illness. *World Psychiatry*, v. 1, n.1, p. 16, Feb., 2002.

Juristas de vulto também incorrem em gritantes preconceitos. Assim, por exemplo, quando se compara um sujeito “perigoso” anormal a “um fragmento de natureza perturbada”. BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*. Trad. Manuel da Costa Andrade. 1. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, p. 187. Grifo nosso.

Na ótica de Isaias Paim o preconceito evidencia-se quando “o julgamento do psiquiatra é muitas vezes ditado em razão de preconceitos de classes. Como a maioria de tais profissionais procede da classe média, por motivos ideológicos estão propensos a admitir que os criminosos pobres são portadores de periculosidade”. A crueldade da medida de segurança. *ESMAGIS*, Campo Grande, n.10, 2º sem., p.126, Nov. 1997.

Depois de ter estudado a correlação entre homicídio/comportamento violento e doença mental, Flavio Jozef e Jorge Adelino Rodrigues da Silva, expressam: “A visão popular do doente mental como um “louco perigoso”, atacando estranhos inocentes em lugares públicos, ainda influencia tanto juristas quanto formuladores de políticas por toda a parte”, Homicídio e doença mental. *PSIQUIATRIA na prática médica*, v. 34, n. 4, p 1, 2001/2002. Grifo nosso.

relevância nas sociedades contemporâneas que psiquiatrizam tudo o que as incomoda e pesa, para validar a correlação crime - anormalidade do infrator.

No entanto, sabemos que toda sociedade independentemente do seu modelo e grau de desenvolvimento organizacional gera uma "taxa inevitável de crime".¹²⁶ O comportamento delitivo além de ser uma "resposta previsível, típica, esperada: normal"¹²⁷ é "um distúrbio da conduta revelada psicossocialmente, isto é um distúrbio na personalidade".¹²⁸

O nosso pensamento pretende além de desmistificar e expressar o nosso rechaço à tradicional forma de enxergar o crime identificando-o de forma automática (determinista) com a anormalidade psíquica do infrator, superar a inércia cultural da repetição (mantra jurídico), quando se expressa que no intuito de "trazer de volta" à normalidade o doente mental, se pensa mecanicamente na sua internação indeterminada.

¹²⁶ GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia...*, cit., p. 65.

¹²⁷ *Ibid.*, mesma página.

¹²⁸ MACEDO, Gilberto de. *A periculosidade na moderna medicina legal*. Tese (Livre-Docência em Medicina Legal) - Faculdade de Direito, Universidade de Alagoas, Maceió, 1961, p. 95. Distúrbio na personalidade "que procede de desajustamento do indivíduo em seu grupo humano: família, escola, trabalho, comunidade, etc., causando-lhe conflitos e frustrações com suas seqüelas de hostilidade, ressentimento, ódio, e, sobretudo, a agressividade, que estão na origem do ato criminal". *Ibid.*, p. 95-96.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PRINCÍPIOS PENAIS FUNDAMENTAIS

O Direito é um todo, enquanto *sistema*, é uma ordem axiológica ou teleológica de princípios.¹²⁹

As normas jurídicas observou Hans Kelsen, encontram-se em posição de subordinação e coordenação, integrando a chamada hierarquia das normas jurídicas. As primeiras fundamentam e dão suporte de legalidade às segundas, que, no mesmo nível, cumprem revelar harmonia no sentido de que se integram, formando uma unidade.

A Constituição Política de um país fixa os princípios básicos de qualquer ordem jurídica, assim a tarefa interpretativa tem que ser "*do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendido *do direito*".¹³⁰ Nesta linha de pensamento, não se pode raciocinar sobre qualquer instituto ou categoria, desprezando ou minimizando a importância do estatuto político e jurídico do Estado,¹³¹ além do que nenhum texto normativo é estanque. A integração da norma ao sistema lhe confere sentido.

Num Estado Democrático de Direito¹³² entendido como um Estado constitucionalmente conformado, guardião das liberdades públicas, não existem poderes sem regulação, poderes ilimitados, arbitrários, ou poderes que não encontrem limites formais e matérias nos deveres jurídicos.

A Constituição Federal de 1988 instituiu no Brasil um Estado Democrático de Direito, alicerçado nos princípios especificados em seu art. 1º. Esta definição constitucional tem um significado próprio que não pode ser descuidado pelo legislador ordinário, máxime em matéria penal. Um Estado Democrático de Direito não convive, por

¹²⁹ Canaris *apud* GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36.

¹³⁰ GRAU, Eros. *Ensaio...cit.*, p. 34. Grifos originais.

¹³¹ A importância da relação entre a Constituição Política e o Direito Penal é tal que Figueiredo Dias destaca a necessidade de uma referibilidade entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a tutela da ordem legal dos bens jurídicos. Sobre o estado atual da doutrina do crime: Sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. esp. lançamento, p. 27, dez., 1992. Por sua vez Eros Roberto Grau afirma que qualquer seja a circunstancia, o intérprete deverá trilhar o percurso do texto até a Constituição. *Ibidem.*, p. 34.

¹³² Mir Puig discursando sobre o Estado de Direito expõe: "(...) del Estado de Derecho, es decir, de un Estado en el que el poder se somete a la ley. Pero un Estado de Derecho, por el solo hecho de serlo, no es necesariamente un Estado democrático. Para ello no basta que el poder se ajuste al derecho, sino que es preciso, además, que ese derecho sirva a cada ciudadano". *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Eros, 2002, p. 134.

ser um Estado de Direito, com um poder punitivo estatal absoluto, desregrado, ou meramente persecutório (gendarme), mas apenas um poder punitivo submetido ao Direito.

Um Estado Democrático de Direito não suporta um poder que se destaca pela insegurança jurídica, evidente manifestação de desrespeito à preservação da dignidade humana, e além do mais, um poder *ad infinitum* que se esquece propositadamente que todo o discurso jurídico penal tem no axioma onto-antropológico¹³³ consagrado no Código Político o seu eixo central, diríamos a sua "primeira pedra", em face ao absoluto indeterminismo do prazo máximo de duração da medida de segurança criminal.¹³⁴

O sistema jurídico-penal revela-se um sistema aberto e não mais fechado. Um sistema que em cada dia se vai refazendo porque em cada dia a dogmática vai sendo confrontada com novos e instigantes problemas; ou com velhos problemas, mas que, à luz de uma nova compreensão da funcionalidade e racionalidade do sistema, reclamam novas soluções. Do que se trata em última análise pensamos é de se encontrar soluções justas e adequadas para os concretos problemas da vida de relação comunitária.¹³⁵

O entendimento do sistema jurídico como aberto, significa que este é incompleto. Encontra-se em constante mutação, já que, o saber científico (dogmática jurídica) é provisório. Esta concepção da mutabilidade e instabilidade do ordenamento jurídico responde à idéia da própria dinamicidade do tecido social. O Direito como um todo e o Direito Penal como subsistema, é produto da atuação das diversas forças sociais e, por isso, a elaboração do direito não é produto de nenhuma vontade. Surge o direito de um processo de luta, de luta pela sua criação.¹³⁶

O Direito como ciência histórica cultural de natureza social¹³⁷ encontra-se condicionado pelos fatores culturais e históricos, assim como, pelo tempo e espaço. A

¹³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aquitas, 1993, p. 10.

¹³⁴ É elucidativa a expressão de Paulo José da Costa Jr. quando afirma que: "as medidas de segurança não poderão atentar contra determinados princípios basilares do Estado do Direito". *Comentários ao código penal*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 460.

¹³⁵ Eros Grau destaca a inexistência de soluções prontas, como produtos semi-industrializados numa linha de montagem, para os problemas jurídicos. Cada solução jurídica reclama um trabalho artesanal do intérprete. *Ibid.*, p. 26.

¹³⁶ GRAU, Eros. A jurisprudência dos interesses e a interpretação do direito, In: *JHERING e o direito no Brasil*. Recife: Ed. Universitária, 1996, p. 73.

¹³⁷ Mir Puig discursando sobre as objeções que se tecem com relação à dogmática como algo mais que pura "reprodução" aclaratoria do direito vigente, e precisando abandonar o plantamento estritamente positivista, afirma: "si se conseguiese derrumbar la valla que aísla a la Dogmática de la realidad social, sin descuidar por ello el específico sentido normativo de lo jurídico, sino, al contrario, considerando al Derecho como forma de configuración de la vida social, esto es, como uno de los mas importantes sistemas sociales, se demostraría que estudiar las normas jurídicas constituye uno de los modos de abordar la contemplación de la vida social:

interpretação do Direito e dos fatos não é mera operação matemática, fria, insossa, distante nem automática, até porque a neutralidade política do intérprete não existe¹³⁸. Tampouco se pretende voltar à velha concepção do juiz como autómata da subsunção. Os seus textos normativos reclamam continua adaptação à realidade.¹³⁹ Negar esta assertiva significa negar o dinamismo do Direito enquanto "organismo vivo".¹⁴⁰ Todo e qualquer Direito que entre em conflito com a realidade, perde a sua força normativa e transforma-se em obstáculo ao desenvolvimento social.

A coerência do sistema é dada pelos princípios, assim dentre aqueles que consideramos relevantes e incidem sobre as medidas de segurança, temos: o princípio da legalidade, o da dignidade da pessoa humana, o da intervenção mínima e o da presunção de inocência.

3.1. Princípio da legalidade

Historicamente o princípio da reserva legal ou da intervenção legalizada veio à luz para diferenciar o Estado Constitucional daquele absolutista ou tirânico característico do *Ancien Régime*¹⁴¹, o que importa em restrições ao legislador e ao intérprete da lei.

que la ciência del Derecho penal es una ciencia social" *El Derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. 1. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 24-25.

¹³⁸ Na visão de Eros Grau: "a neutralidade política do intérprete só existe nos livros". *Ensaio...*, cit., p. 45. Uma visão pretensamente "asséptica" da realidade social é a formulada por Günter Jakobs através do chamado Direito penal do inimigo. Este discurso jurídico-penal de cunho autoritário e antidemocrático é contestado por Muñoz Conde, quando depois de qualificá-la de concepção belicista do direito penal, expressa: "Una visión puramente tecnocrática, funcionalista o descriptiva de un sistema jurídico, convierte al jurista en simple notario que constata una realidad, pero que ni la aprueba, ni la desaprueba". *El nuevo Derecho Penal autoritario: consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo*. In: *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003. t. 1, p. 122.

¹³⁹ Na Introdução à tradução da obra de Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1972, p. 10, Muñoz Conde, doutrina: "El Derecho, y el Derecho penal, como una parte del Derecho, no es mas que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico no hacia adentro, sino hacia afuera, abierto a los problemas y fines sociales. Claro es que con ello el sistema perdera en belleza, pero ganará em funcionalidad y eficacia". Grifo nosso.

¹⁴⁰ A expressão linguística é de autoria de GRAU, Eros. *Ensaio...*, cit., p. 49; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 265; HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 167.

¹⁴¹ Como reação ao absolutismo monárquico o Iluminismo, preconiza a limitação do poder do Estado, garantindo ao cidadão um espaço mínimo de ação. Foram o sadismo e a crueldade as notas distintivas das penas aplicadas aos indivíduos condenados a morte, a penas corporais, a penas infamantes, etc., que provocaram em Itália e França a reação indignada de iluministas como Cesare Beccaria que invocando a humanização das penas, deu origem à elaboração do princípio da legalidade e irretroatividade da lei penal. Beccaria afirma que: "só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social".

O princípio da legalidade, aponta Nilo Batista, surge com a revolução burguesa e exprime, em nosso campo, o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal.¹⁴²

O sintético apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹⁴³ cumpre funções reciprocamente condicionadas: limitação das fontes formais do direito penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão. Faz-se, também distinção entre a simples legalidade formal, que tem na lei condição indispensável do delito, da pena e da medida de segurança, e o postulado da estrita legalidade ou legalidade substancial, como modelo regulativo que exige as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*).¹⁴⁴

A severidade, gravidade e transcendência dos meios formais de controle social que o Estado emprega na luta e prevenção da criminalidade, a ingerência na esfera de liberdade do cidadão, o caráter de *ultima ratio* do direito penal, reclamam a necessidade de um controle do poder punitivo estatal que circunscreva o âmbito de incidência a limites nítidos que afastem toda insegurança jurídica e qualquer abuso do poder punitivo.

O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Um Estado de Direito deve proteger e resguardar "o indivíduo não somente mediante o Direito penal, se não também do Direito penal. Destarte o ordenamento jurídico não somente tem que dispor de métodos e meios adequados para a prevenção do delito, mas também tem que impor limites ao uso da potestade punitiva para que o cidadão não fique desprotegido e à mercê duma intervenção arbitrária ou excessiva do <Estado Leviatán>".¹⁴⁵

Dos delitos e das penas. Trad. Paulo M. Oliveira. I. ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 23. A pena não deve continuar a ser mero ato de desbragada violência contra o cidadão, para isto "a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei". *Ibidem*, p. 97.

¹⁴² *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 65.

¹⁴³ A formulação latina do princípio de legalidade deve-se a Anselmo Von Feuerbach que não encontra correspondente no direito romano. Aforismo que veio a refletir e precisar uma das conquistas centrais da Revolução Francesa (art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789).

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 76. Nesta mesma linha de pensamento Ferrando Mantovani sublinha que na denominada reserva relativa da lei o legislador fixa as linhas fundamentais, delegando o seu detalhamento à Administração. Pela reserva absoluta só a lei pode disciplinar a matéria criminal excluindo-se qualquer outro tipo de disciplina normativa, mesmo no concernente aos aspectos marginais ou secundários. *Diritto penale: parte generale*. Padova: Cedam, 1979, p. 84-85.

¹⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2001, p. 137. Grifos originais. Tradução livre do autor.

Postulado básico do Estado de Direito que tem como objetivo evitar uma punição arbitrária e não calculável baseada numa lei imprecisa ou retroativa deita suas raízes no Iluminismo.¹⁴⁶ Como pedra angular do pensamento liberal, "a natureza política do princípio da legalidade é evidente"¹⁴⁷ na proteção do cidadão perante o Estado e principalmente frente ao poder arbitrário dos juizes.

No sentido lato o princípio da legalidade se identifica com a reserva relativa da lei, isto é, ninguém será submetido a medida de segurança criminal sem anterior previsão legal (observado o procedimento legislativo bicameral). O juiz submeter-se-á às leis vigentes qualquer que seja a formulação de seu conteúdo.

No sentido estrito (substancial) o princípio da legalidade identifica-se com a reserva absoluta da lei, exercendo uma função de garantia da liberdade individual, possibilitando ao cidadão o conhecimento dos limites de sua liberdade.¹⁴⁸

As medidas de segurança¹⁴⁹ constituíram inovações transcendentais do sistema penal brasileiro a partir do Código de 1940. Desde aquela data o instituto sob análise reclama como pressupostos de sua aplicação: a prática de um fato típico e ilícito do doente mental delinquente (fato pressuposto) e a periculosidade criminal (*pós delictual*) do autor do fato.

O princípio da legalidade (*nullum poena sine lege praevia*)¹⁵⁰ veda a aplicação de medidas de segurança não previstas de modo expresso e inequívoco na lei penal, sob

¹⁴⁶ O Iluminismo na visão de Miguel Reale Jr.: "não é apenas um conjunto de idéias, mas uma atitude espiritual, na expressão de Guido Fassó, uma visão do mundo, uma atmosfera cultural que se espalha e impõe o seu viés nos mais diferentes campos da vida social". *Parte geral do código penal (nova interpretação)*. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 13. O princípio da legalidade põe em destaque o monopólio do poder legislativo na escolha dos fatos a serem punidos e na sanção a eles aplicáveis. O princípio " sbarra dunque la strada nella produzione delle norme penali al potere esecutivo, al potere giudiziario e allá consuetudine". MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*, 3, ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 7.

¹⁴⁷ REALE Jr. Miguel. *Parte...cit.*, p. 13.

¹⁴⁸ O cidadão tem o direito de saber antecipadamente qual o limite máximo de privação de liberdade a qual estará sujeito na eventualidade de vir a ser objeto de uma medida de segurança criminal, tal qual acontece com a imposição de uma pena privativa de liberdade. Lamentavelmente a realidade crua desnuda uma situação injusta e discriminatória. A pior delas conforme Espinosa Iborra: "a desesperança" de não saber nunca quando ficará encerrada a condena. *El tratamiento penal del enfermo mental en el nuevo código*. Disponível em: <<http://www.lab-fourrier.com/aem/21_64.htm>> Acesso em: 31 oct. 2004.

O respeito meramente formal do princípio da legalidade é insuficiente se não se observar também o seu conteúdo material. Neste sentido pontifica-se que: "De poco sirve, entonces, que se respete la exigencia formal de una ley previa, si su contenido no permite diferenciar con seguridad lo delictivo de lo que no lo es". MIR PUIG, Santiago. *Introducción... cit.*, p. 129.

¹⁴⁹ A disciplina legal das medidas de segurança criminais de modo implícito encontra-se previsto no inc. XXXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e no art. 2º do Código Penal brasileiro.

¹⁵⁰ A redação originária do art. 75 do Código Penal de 1940 de nitido conteúdo autoritário, manifestamente discriminatório e altamente preconceituoso em face do doente mental delinquente, contentou-se com a simples existência da lei, relegando a idéia da anterioridade, a ponto tal que o seu principal redator, o

pena de flagrante inconstitucionalidade e de violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim como a pena, a medida de segurança é outra espécie de sanção da qual se vale o Direito penal na sua luta contra o crime. A sua aplicação implica a privação e restrição de direitos da pessoa em benefício da ordem e segurança sociais, não devendo por isso, ficar ao inteiro arbitrio do juiz. É de se destacar também a sua natureza eminentemente aflitiva, tradicionalmente negada por um setor da doutrina penal que em contraposição à pena criminal salientava o seu caráter simplesmente terapêutico.¹⁵¹

Do princípio da legalidade "se extrai a idéia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõe uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima".¹⁵²

A legalidade da intervenção penal no âmbito dos direitos individuais reclama a determinação precisa de sua duração. A existência de limites flexíveis ou o que é pior a ausência de prazo certo de duração, torna a intervenção punitiva em mero exercício arbitrário do poder.

ministro Nelson Hungria, afirmou que: "a medida de segurança tem de atender à lei sucessiva, não só no momento de sua aplicação, como no do início ou curso de sua execução. Nem mesmo a *res judicata* no caso concreto impede a inovação, ainda que *in pejus*, trazida pelo regime da lei sucessiva, ou ainda que a lei anterior não cuidasse de medida de segurança alguma". Pena e medida de segurança. In: NOVAS questões jurídico-penais. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1945, p. 35. Destacados juristas também participaram e defenderam ardorosamente o pensamento de que "essa exigência não existe" (estão se referindo ao princípio de anterioridade da lei penal). Entendeu-se que a medida a ser aplicada era a do tempo da sentença, ou a do tempo da execução. BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 1, t. 3, p. 280; MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 434; GARCIA Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. 4. tir. São Paulo: Max Limonad, [S.d.], v. 1, t. 2, p. 597. Na doutrina italiana MAGGIORE, Giuseppe. Las medidas de seguridad. In: *DERECHO Penal*. Bogotá: Temis, 1972, v. 2, p. 406.

Se o princípio de legalidade desdobra-se dentre outros, no princípio da *Lex praevia*, assiste razão a Francisco de Assis Toledo quando pontifica que: "Falar-se em legalidade sem anterioridade da lei em relação à conduta que autoriza a medida, é dizer-se muito pouco, pois sabido é que a lei retroativa pode igualmente, em certas circunstâncias ser posta a serviço do arbítrio, do autoritarismo". *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 41.

¹⁵¹ Conforme Angeles Gonzáles e Frisancho Aparicio as medidas de segurança "(...) no pueden ser presentadas asépticamente y sin más como medidas <<benefactoras>> dirigidas a <<curar>> al peligroso, porque ese es un discurso legitimador de intervenciones desmesuradas y carentes de limites, con el que se llega al denominado <<fraude de etiquetas>>, es decir, a tolerar mayores limitaciones de derechos y ausencia de garantías en la aplicación de las medidas de seguridad, con el argumento formal de que no son penas, sanciones o castigos". *Código Penal: parte general*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1996, v. 1, p. 372.

¹⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 214, 215.

A indeterminação no prazo máximo de duração da medida de segurança significa a negação de todos os postulados garantistas do Direito Penal democrático, espelha uma intromissão excessiva e ilegítima no âmbito dos direitos individuais. É por esta razão que a ausência de limite máximo de duração da providência terapêutico-assecurativa denota flagrante inconstitucionalidade, afrontando princípios basilares do Estado Democrático de Direito, tais como: a certeza jurídica, a dignidade da pessoa humana, e a proporcionalidade da resposta punitiva.¹⁵³

As garantias do Estado Social e Democrático de Direito são irrenunciáveis e todos os direitos do condenado (mentalmente são) valem também *ad litterem* para o doente mental delincente. Assim, todo o poder punitivo do Estado tem e deve ter um fim, "se não se quer fazer do enfermo mental delincente um sujeito de pior condição que o mentalmente sadio que comete o mesmo delito".¹⁵⁴

Resulta paradoxal que enquanto o delincente mentalmente sadio conhece o limite máximo da pena privativa de liberdade a qual estará sujeito. O doente mental delincente sob o artifício de uma medida aparentemente terapêutica torna-se alvo da fúria punitiva – prevencionista sendo relegado à condição de mera entidade biológica desprovida de dignidade humana. Em outros termos, a vedação constitucional de prisão secular é burlada através de um jogo de palavras.

A incerteza e o paradoxo que o ordenamento jurídico cria em detrimento do doente mental delincente se reflete graficamente nas palavras de Ricardo Antunes Andreucci quando expressa que o doente mental considerado cidadão de segunda categoria é "arremessado ao limbo jurídico, onde o fato substitui o Direito que, enevoado, se esvai em formas indefinidas".¹⁵⁵

A adoção de um prazo de duração máxima da medida de segurança responde a imperativos de legalidade substantiva, segurança jurídica e de proporcionalidade na resposta punitiva. Desta forma, quando o limite máximo de duração do internamento é

¹⁵³ Cf. BARREIRO, Agustín Jorge. As medidas de segurança aplicáveis aos doentes mentais no CP espanhol de 1995. Trad. Cláudia Cruz Santos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 10, fasc. 1, jan./mar. 2000, p. 56. Fernando Velásquez Velásquez observa que a Constituição Política da Colômbia de 1991 veda de modo expresse a indeterminação das medidas de segurança (artigos 28-3 e 34). Las medidas de seguridad. Derecho penal y criminología. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*. Bogotá, v. 18, n. 57/58, sept. 1995/ abr. 1996, p. 70. Contra MAGGIORE, Giuseppe. *Las medidas de seguridad...* cit., p. 410.

¹⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Adiciones de Derecho Español al Tratado de Derecho Penal de Hans - Heinrich Jescheck*. Barcelona: Bosch, 1981, p. 124.

¹⁵⁵ Manicômio judiciário e medidas de segurança alternativas. *Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*, Brasília, DF, ano 18, n. 43, p. 57, jul. /dez. 1981.

alcançado ou quando cessar a periculosidade criminal, inexistente fundamento material algum para prosseguir com a ingerência penal no âmbito dos direitos do imputável ou semiimputável submetido a especial tratamento curativo. Assumir a defesa de posição contrária significa atitude reveladora de odioso preconceito que identifica a doença mental com a periculosidade social. O nosso temor de ver o louco em liberdade acaba por negar-lhe o direito ao convívio social. Esta atitude "civilizada" legitima a pena perpetua eufemisticamente denominada medida de segurança.¹⁵⁶

Da mesma forma como acontece com o agente imputável, sentenciado a pena privativa de liberdade, finda seu cumprimento é posto em liberdade, ninguém cogita na eventualidade de continuar a mantê-lo detido. Idêntico raciocínio deveria ser feito no caso do doente mental delinqüente. A sociedade deverá assumir corajosamente o risco de vê-lo em liberdade, pois como pondera Miguel Reale Jr. "o preço da liberdade é o eterno delito".¹⁵⁷

Argumenta-se que a indeterminação da medida de segurança se justifica porque o risco da reincidência do doente mental é maior, dada a sua inerente periculosidade. No entanto, o risco de reincidência não é patrimônio exclusivo do imputável¹⁵⁸, muito pelo contrário pesquisas de campo têm demonstrado que os portadores de doenças mentais são mais vítimas do que protagonistas de crimes.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Se os homens por razões de necessidade abriram mão de importante parcela de sua liberdade individual (*pactum societatis*) para formar o Estado, foi no intuito de este garantir a paz e segurança. Dessa forma "o conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; e uma usurpação e não mais um poder legítimo". BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas...*, cit., p. 23.

Como bem destaca o Ministro do STF Marco Aurélio de Mello em recente liminar concedida no HC nº 84.219-4/SP j. 24.04.04., DJU de 03.05.04, p. 11, nº 88: "É certo que o § 1º do art. 97 do Código Penal dispõe sobre o prazo de imposição de medida de segurança para imputável, revelando-o indeterminado. Todavia, há de se conferir ao preceito interpretação teleológica, sistemática, atentando-se para o limite máximo de trinta anos fixado pelo legislador ordinário, tendo em conta a regra primária vedadora da prisão perpétua. A não ser assim, há de concluir-se pela inconstitucionalidade do preceito".

¹⁵⁷ *Instituições de direito penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 11. Grifo original.

Interessante a observação formulada por Paulo Lúcio Nogueira quando afirma que: "tanto pode ser perigoso o imputável, que fica sujeito somente à pena, como o imputável ou semi-imputável, sujeito tão só à medida de segurança, dependendo da gravidade do fato criminoso e da personalidade do agente. Só que o perigoso imputável poderá ficar recolhido indefinidamente, enquanto persistir sua periculosidade, ao passo que o perigoso imputável, cumprida sua pena, embora continue perigoso, será colocado em liberdade praticando novos crimes". *Curso completo de processo penal*. 9. ed rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 514.

¹⁵⁸ No âmbito nacional, a recidiva criminal em doentes mentais tem merecido escassa atenção. Para se ter uma visão geral do fenômeno Cfr. MOSCATELLO, Roberto. Recidiva criminal em 100 internos do Manicômio Judiciário de Franco da Rocha. *Rev Bras Psiquiatr*, v. 23, n. 1, p. 34-35, 2001.

¹⁵⁹ O primeiro estudo sobre vitimização do doente mental desenvolvido em grande escala nos Estados Unidos que se utilizou dos mesmos padrões de vitimização formulados pelo Comitê de Estatística Judicial, foram

Empiricamente, também o imputável é protagonista das altas taxas de reincidência criminal devido dentre outras razões ao efeito criminógeno das penas privativas de liberdade e aos presídios que mais estimulam e ensinam condutas violentas.

Sob o manto de uma medida pretensamente terapêutica e curativa, pulsa viva uma pena inumana, cruel e perpétua que transforma o doente mental delinquente num paria privado de dignidade e cidadania. A possibilidade de vislumbrar um dia nem que seja distante a liberdade é-lhe negada.¹⁶⁰

A manifesta desproporção da reação penal torna inatingíveis direitos como a liberdade e igualdade, autênticos valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Neste contexto não devemos esquecer que a perda da liberdade não significa também a perda da dignidade.

Quanto ao prazo mínimo obrigatório, observa-se que este varia de 01 a 03 anos, tendo por base maiormente a gravidade do fato e a periculosidade criminal do agente, muito mais do que seriedade ou grau de distúrbio psiquiátrico que acomete ao seu portador.¹⁶¹

Se o fim essencial da medida de segurança constitui a cura, a ressocialização do doente mental delinquente através do tratamento, entendemos que o prazo obrigatório mínimo imposto pelo legislador encontra-se vinculado a odiosa presunção normativa de periculosidade.

Advoga-se pela inexistência da presunção de periculosidade, mas sim pela incidência da prevenção geral de integração em razão de **exigências mínimas** de

liderados pela professora Linda Teplin da Faculdade de Medicina Feinberg da Universidade Northwestern (Chicago). Concluiu que de cada quatro portadores de doença mental, um é vítima de crime violento no curso de um ano. Em média a taxa de vitimização é 11 vezes maior que o resto da população. Assim são: 8 vezes mais vítimas de roubos, 15 vezes mais vítimas de assaltos e, 23 vezes mais vítimas de estupros. Acrescenta-se que muitos doentes mentais têm que lidar com o abuso de substâncias tóxicas, pobreza, e relações sociais conflituosas, tudo o que contribui para a sua vitimização. Crime victimization in adults with severe mental illness: comparison with the national crime victimization survey. *Arch Gen Psychiatry*, v. 62, n. 8, p. 911-921, August, 2005.

¹⁶⁰ Oportunas as palavras de Goethe sobre a dignidade da pessoa humana quando pontifica: "Quer se tenha de punir, quer de absolver, é preciso ver sempre os homens humanamente". RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 313. Grifo nosso.

¹⁶¹ Esta é aliás a ideologia que ainda subsiste no Código Penal italiano de 1930 e no seu similar brasileiro. Como bem informa Giovanni Traverso: "We would like to add that the "indeterminate" measures of the Ospedale Psichiatrico Giudiziario or Casa di Cura e di Custodia, are actually determines only in the *minimum* required time of internment for treatment, and this period varies in relation to the seriousness of the crime, rather than to the seriousness of the psychiatric disturbance suffered by the subject". The treatment of the criminally insane in Italy. *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 23, n. 5-6, p. 503, 2000. Grifos originais.

tranquilidade social e de tutela da confiança comunitária nas normas ¹⁶² em face ao profundo abalo social que um crime praticado por inimputável gera na comunidade.

É realmente irônico que nossa sociedade focalize a sua atenção em crimes praticados por determinados tipos de indivíduos (especialmente os doentes mentais), enquanto não demonstra a mesma indignação diante de condutas delitivas que podem abalar profundamente a própria estrutura econômica-social do Estado. Citem-se como exemplos, o tráfico de drogas, o crime de colarinho branco, a criminalidade econômico-financeira, em fim, os *crimes of the powerful*, que desvinculados dos seus espaços geográficos originais, espriam-se a nível mundial com especial danosidade social.

Por outro lado, a prática de crimes por obra do doente mental merece uma cobertura jornalística desproporcionada por parte da imprensa que de maneira sensacionalista lhe-dá um espaço que não lhe corresponde. ¹⁶³ Por esta razão, este tipo de notícias, mesmo que veiculadas de modo ponderado e cuidadoso despertam temor, apreensão e demanda da sociedade a adoção de medidas no intuito de evitar futuros crimes. Infelizmente a mídia não informa que tão somente uma pequena parcela dos doentes mentais são autores de crimes violentos e que o aporte no nível de violência social como um todo é insignificante. ¹⁶⁴

Há de se reconhecer, contudo, que nem todo crime protagonizado por enfermo mental deve ser automaticamente atribuído à doença mental. Fatores socio-demográficos e econômicos podem desencadear uma resposta legítima, mesmo por parte de quem não esteja sendo acometido por doença mental. ¹⁶⁵ Destarte, as doenças mentais não são nem

¹⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português. as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 477 e 428. Grifo original.

¹⁶³ Aaron Levin discursando sobre violência, doença mental e mídia, cita Otto Wahl professor de psicologia na Universidade George Mason no estado da Virginia (USA), quem no "Simpósio nacional sobre saúde mental, discriminação e estigma" em março de 2001 na cidade de Baltimore, disse: "(...) crimes takes a disproportionate amount of news space, and there is a bias toward reporting crimes by people with mental illness" - e acrescenta - "Crimes connected to mental illness are more likely to lead the news or be on the front page, and there is more multiple, ongoing coverage of crimes involving mentally ill people - arrest, trial, verdict, and sentencing". *Violence and Mental Illness: Media keep myths alive. Psychiatric News*, v. 36, n. 9, p. 10, may 4, 2001; STATEMENT ON VIOLENCE BY PERSONS WITH MENTAL DISORDERS. Disponível em: <http://gainscenter.samba.gov/pdfs/disorders/WhatweKnow.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2005.

¹⁶⁴ ARBOLEDA-FLÓREZ, Julio. Considerations on the stigma of mental illness. *Can J Psychiatry*, v. 48, n. 10, p. 647, Nov. 2003, p. 647. Tradução livre do autor.

¹⁶⁵ "Persons with persistent psychiatric disorders may be at increased risk for committing violence because of socioeconomic factors and because of how, where, and with whom they live, rather than because of their psychiatric disorders. The combination of having a major mental illness and living in meager, stressful circumstances may be much more predictive of the characteristics of social networks, relationships, and risk for violence than any clinical factor alone". ESTROFF, Sue E. et al. The influence of social networks and social support on violence by persons with serious mental illness. *Hospital and Community Psychiatry*,

necessária, nem suficientemente causas da violência. O abuso de substâncias (álcool e drogas) apresenta-se como o maior determinante da violência social, e isto acontece mesmo no contexto da presença de uma doença mental ou não.¹⁶⁶

Esse Estado de dois rostos e de duas posturas, tímido em relação à criminalidade transnacional e rígido e inflexível na resposta punitiva exacerbada em face ao doente mental, deve superar seus medos e preconceitos.¹⁶⁷

Embora se reconheça a função que a prevenção geral positiva cumpre nas medidas de segurança, esta é de caráter secundária, não sendo idônea a se sobrepor ou descaracterizar a função precípua que é o cuidado, cura e ressocialização do inimputável.¹⁶⁸

Washington D.C., v. 45, n. 7, p. 670, 1994. Neste mesmo sentido, argumenta-se que: "Active symptoms are probably more important as a risk factor than is simply the presence of an identifiable disorder". MULVEY, Edward P. Assessing the evidence of a link between mental illness and violence. *Hospital and Community Psychiatry*, Washington D.C., v. 45, n. 7, p. 665, 1994.

A conduta violenta protagonizada por um doente mental, pode ser causada por uma infinidade de fatores, os mesmos que provocam comportamentos violentos nas populações normais. Assim, por exemplo, os indivíduos tornam-se violentos quando se sentem ameaçados o quando consomem álcool ou drogas. WHAT DO WE KNOW ABOUT MENTAL DISORDER AND VIOLENCE? Disponível em: <http://gainscenter.samba.gov/pdfs/disorders/WhatweKnow.pdf>. Acesso em: 7 jul, 2005.

As características da conduta violenta do doente mental despertam o interesse exacerbado da mídia como bem elucida o psiquiatra espanhol Miguel Rocca Bennassar, citado por Rubiera. Dita conduta tem um "componente inexplicable, absurdo y aparatoso, que las hace espectaculares y terribles". *Psiquiatras ratifican que el ataque de un esquizofrénico <<es poco frecuente, aunque terrible por lo absurdo>>*. Disponível em: < <http://www.lne.es/secciones/noticia.jsp?pldnoticia=292831&pldSeccion=35&pNumEj...> > Acesso em: 23 maio, 2005.

¹⁶⁶ STUART, Heather. Violence and mental illness: an overview. *World Psychiatry*, v. 2, n. 2, p. 121, June, 2003. Tradução livre do autor. O Autor conclui sublinhando a profusão de pesquisas focadas no indivíduo acometido de doenças mentais, em detrimento de estudos relativos à natureza das relações sociais que conduzem à violência. Conseqüentemente sabe-se muito menos daquilo que deveria se saber acerca da natureza daquelas relações e dos fatores determinantes contextuais e, muito menos, sobre as oportunidades para uma prevenção primária.

¹⁶⁷ A norma penal cumpre uma função motivadora, no sentido de ser um fator integrador dos distintos grupos sociais, quando protege bens jurídicos ou valores socialmente relevantes (nos quais crêem e participam uma ampla base de cidadãos). No entanto, a norma penal como destaca Muñoz Conde, pode ter um efeito contrário, isto é, favorecedora a até mesmo causadora da "marginalização", quando grupos minoritários detentores do poder, dificultam a coexistência pacífica de diversos sistemas de valores, protege interesses minoritários ou priva os cidadãos de seus direitos fundamentais. Daí o porquê a dogmática jurídico-penal tem sido acusada de ser uma "<atividade intelectual esquizóide>, que, ao separar o mundo técnico-jurídico e sistemático do político, faz com que seja válido no âmbito jurídico o que, no âmbito social e político, é incorreto ou falso". Função motivadora da norma penal e "marginalização". *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 2, 1980, p. 45.

¹⁶⁸ Segundo informa Fernando Velásquez Velásquez o prazo mínimo de internação encontra-se expressamente proibido no art. 28-3 da Constituição Política da Colômbia. A sentença proferida pela Corte Constitucional Colombiana C-176 de 06 de maio de 1996 resulta transcendente, já que: "(...) b) La fijación de topes mínimos de las medidas de seguridad es inconstitucional porque la recuperación de la libertad no está condicionada a un cierto término sino al restablecimiento de la capacidad psíquica". *Las medidas de seguridad...* cit., p. 70.

3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Historicamente, o Direito Penal, considerado manifestação do poder punitivo Estatal, tem sido visto com razão sobretudo desde o movimento do Iluminismo e o pensamento emancipador frente ao *Ancien Régime*, como um puro poder material, repressivo, expansivo e insaciável, frente ao qual a tarefa política e jurídica mais nobre era impor rigorosos limites, é dizer, construir e desenvolver princípios ou postulados capazes de estipular (circunscrever) o quê e como castigar, para garantir assim os direitos individuais.

O Direito Penal clássico de cunho liberal formado originalmente entre a segunda metade do século XVIII e a primeira do século XIX é o responsável pela edificação de um direito penal orientado à tutela dos direitos fundamentais da pessoa contra a intervenção punitiva do Estado. Concretamente podemos afirmar que o Direito Penal contemporâneo está edificado sobre a herança do Iluminismo.

As idéias políticas do movimento iluminista marcaram o ritmo das idéias penais e constitucionais ao empenharem-se na fixação dos limites do poder do Estado. Tal vinculação não é fruto do acaso, nem de mero conjunturalismo, pois precisamente ao Direito Penal cabe a difícil e delicada tarefa de ser o instrumento mais poderoso do poder político para a proteção da dignidade humana, como constitui também a sua maior e mais seria ameaça através do recurso à pena criminal.¹⁶⁹

A Constituição Federal do Brasil de 1988, seguindo a trilha marcada pela Carta das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, elevou o homem à categoria de "valor fonte" de existência da sociedade brasileira. Proclamou o Estado Democrático de Direito, que tem, dentre outros, como fundamento: "a dignidade da pessoa humana".

¹⁶⁹ A preocupação de conotadas figuras do Iluminismo por estabelecerem limites à atividade legislativa e jurisdicional, levou-os a extremos tais como: negar a função interpretativa do juiz, quem simplesmente reduziu-se a ser a "boca que pronuncia as palavras da lei", como pontificava Montesqui; conceituar o juiz como um ente impessoal "autômato da subsunção"; "julgar isento de culpa e pena o que desposara três mulheres, porque o texto só previa o casamento com duas, a bigamia; e o de absolver o que obtivera, por dinheiro, um depoimento favorável, por se referir a lei ao suborno de *testemunhas*, no plural". MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.261. Grifo original.

A conceituação deste valor fonte, de difícil delimitação e conteúdo cambiante¹⁷⁰ se apresenta como uma intuição que cada pessoa tem de si na relação com o outro, quando na sua existência em sociedade. Embora pareça complexo o limite deste valor, sua concretização torna-se de fácil assimilação, sempre que se pretende restringir a liberdade do homem, além do limite determinado por lei.¹⁷¹

No Estado Democrático de Direito, o poder punitivo do Estado está restrito pelo princípio básico da intervenção em *ultima ratio* na dignidade humana.¹⁷² O princípio da dignidade da pessoa humana reclama do poder punitivo a impossibilidade de aplicar sanções que atinjam a integridade psicofísica dos infratores (penas corporais, inumanas e degradantes ou de duração indeterminada).¹⁷³

Em resumo, a noção de dignidade humana, que varia consoante as épocas e os locais, é um valor, um valor fonte, que atualmente possuímos e admitimos na civilização ocidental que é a base dos textos fundamentais sobre Direitos Humanos. Assim, o ser humano é um valor absoluto porque fim em si mesmo.¹⁷⁴

¹⁷⁰ A impossibilidade de uma predeterminação objetiva nos conduz na trilha de Jorge Reis Novais a configuração pelas "concepções e mundividência do interessado, a quem competirá, em última instância, a determinação do sentido da sua dignidade. Em contraponto à concepção tradicional, carregada de valorações filosóficas materiais e que, não raras vezes, transfere o conceito para o domínio dos "bons costumes" ou da decência, interpretados à luz das representações ideológicas dominantes, procura-se hoje privilegiar uma concepção da dignidade da pessoa humana como conceito aberto a um preenchimento onde impera a autonomia do interessado e o seu poder conseqüente de conformação da própria vida". Renúncia a direitos fundamentais. *Perspectivas constitucionais*. Coimbra, 1996, v. 1, p. 328-329.

¹⁷¹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 30.

¹⁷² Idem, *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 29.

¹⁷³ A Psiquiatria nos informa que o encerramento por mais de 10 anos provoca danos irreversíveis na psique (desestruturação da personalidade) do ser humano, impossibilitando-o do convívio em liberdade. Se isto é verdade, como admitir o encerramento *ad eternum* do doente mental delinquente?

¹⁷⁴ Após as atrocidades testemunhadas pela humanidade durante e depois da Segunda Guerra Mundial, surge um vigoroso movimento de internacionalização dos direitos humanos em prol da sua reconstrução. Esta reconstrução tinha como paradigma e referencial ético dois objetivos. O primeiro, superar o holocausto da guerra caracterizada pela grave ruptura (negação) dos direitos humanos. O segundo, consolidar num instrumento jurídico a ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores mínimos de cunho universal a serem seguidos e respeitados pelos Estados. Este movimento pela globalização dos direitos humanos culminou na aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Lamentavelmente assistimos ao surgimento de uma ideologia autoritária denominada "Direito penal do inimigo" que com fulcro na sociologia sistêmica prega a defesa da estrutura social vigente, a afirmação da validade contrafactica da norma abstrata e, a fidelidade do cidadão ao direito. O perigo deste "direito penal" que tem se adentrado no sistema pela porta dos fundos é a ausência de qualquer referencia a um sistema de valores. Deste modo, além de ser eminentemente funcional "(...) el derecho así entendido se convierte en un puro derecho de Estado, en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos". MUÑOZ CONDE, Francisco. *El nuevo Derecho Penal autoritario: consideraciones sobre el*

indivíduo, que somente tornar-se-á legítima quando for estritamente necessária, inevitável "para a proteção do próprio cidadão".¹⁷⁷

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio* do ordenamento jurídico, funda as suas raízes na tradição liberal que começa com Cesare Beccaria e postula a humanização do Direito penal no intuito de defender o cidadão do poder coativo do Estado.

A intervenção do Estado no âmbito da liberdade individual dos cidadãos através da criação de normas incriminadoras encontra a sua justificativa legal não somente formal, mas substancial (material) quando os outros ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar tutela efetiva a bens e interesses com virtualidade jurídica na vida do cidadão e da própria sociedade. Se isto não for assim, o convívio humano tornar-se-á insuportável, sufocante, e descambará no mero exercício arbitrário do poder punitivo (*vindicta pública*), instaurando o "terror penal".¹⁷⁸

Um Estado de Direito que se prece de democrático tem que ser contrário a toda tentativa expansionista, a todo pragmatismo efficientista. Advogar por um direito penal "moderno", "atual" eficiente e rápido em função dos objetivos econômicos da globalização gera agressões a princípios clássicos da justiça penal, produzindo um discurso meramente retórico.

O uso desnecessário, abusivo e ilegítimo do Direito Penal (pena e medida de segurança) não garante uma maior e melhor proteção de bens e interesses jurídicos; ao contrário condena o sistema penal a sua "*maximalización*"¹⁷⁹ como mera ferramenta de apoio de uma determinada política de governo; a um papel "promocional" (como instrumento idôneo para resolver os principais problemas sociais de uma sociedade em crise); a uma função meramente simbólica e negativa. Esta política, não produz a tão almejada segurança real dos bens jurídicos, simplesmente "reafirma a existência de comunicação entre políticos e cidadãos (mesmo sendo apenas **política espetáculo**, representação simbólica da opinião pública)".¹⁸⁰

¹⁷⁷ MIR PUIG, Santiago. *El derecho...* cit., p. 151. Tradução livre do autor.

¹⁷⁸ A supervalorização do direito penal como instrumento eficaz na prevenção e combate ao crime ignora a sua complexidade como fenômeno social multifatorial. O delírio legiferante de nossos dias caracterizado pela edição de leis cada vez mais abrangentes e severas torna-se inútil diante do incremento das cifras da estatística criminal.

¹⁷⁹ Termo de autoria de MIR PUIG, Santiago. *Ibid.*, p. 152.

¹⁸⁰ RUDNICKI, Dani. Prisão, direito penal e respeito pelos direitos humanos. In: *DESVIO e divergência: uma crítica da patologia social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p. 551. Grifo nosso.

O que importa no final das contas é manter um nível de tranquilidade na opinião pública, produzindo nesta a errônea impressão de que o problema está sob controle. Tanto os políticos quanto os cidadãos "percebem" que existe realmente um canal de comunicação eficiente, fluido, e o que é mais importante em "sintonia" com as preocupações sociais. Ledo engano, a ilusão recíproca é a única e triste realidade. Justifica-se, portanto, a assertiva de Arruda Campos para quem "como sucede com o ópio, a cadeia, no primeiro instante, produz uma sensação de euforia coletiva. O delinqüente desaparece da circulação e esse fato cria nas comunidades uma sensação de segurança. O problema humano, porém, continua em crise".¹⁸¹

Funções que provocam o descrédito público, já que o sistema assume forçadamente pesadas incumbências que não lhe correspondem, prejudicando o cumprimento de sua função de tutela, proteção; mas que as adota a contragosto.

Os incessantes encargos que se fazem ao sistema penal provocam a inflação legislativa (muitas leis, pouco ou nenhum direito) no intuito de obter o máximo de eficiência. Esta política "vai acrescentando o chamado "Direito penal acessório ou complementar" (*Nebenstrafrecht*), cada vez mais parecido ao Direito administrativo sancionador e cada vez mais afastado dos princípios do núcleo histórico do Direito penal".¹⁸²

A "legislação do terror" da qual lança mão o Estado rotineiramente, representa a "fuga ao direito penal", isto é, a evasão da sociedade que pretende encontrar a "solução única e ideal" dos seus cruciais problemas nas fronteiras do Direito Penal.¹⁸³

Se o Direito Penal não quer ser somente mera força, mero terror tem que respeitar *prima facie* à condição do homem como pessoa. Se quiser motivar os cidadãos em sua consciência, há de reverenciar o ser humano como ser capaz de reger-se pelos critérios de sentido. A dignidade do ser humano transforma-se assim em obstáculo permanente, irrenunciável, intransponível e impostergável diante de qualquer pretensão punitiva estatal ou particular. Como destaca Jürgen Habermas, os direitos básicos não são uma dádiva transcendente, mas uma consequência da decisão recíproca dos cidadãos iguais

¹⁸¹ *A justiça a serviço do crime*, 2. ed. rev., aum. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 75.

¹⁸² MIR PUIG, Santiago. *Ibid.*, p. 154. Tradução livre do autor.

¹⁸³ Como pontifica Francisco Muñoz Conde: "(...) o castigo, no mais das vezes desproporcionado e desnecessário, não é mais que um pretexto para aplacar a " má consciência" dos encarregados de exercer o poder punitivo estatal e de uma maioria integrada em um sistema que, ao mesmo tempo, a frustra e a aliena." Função motivadora da norma penal e "marginalização". *Ciência Penal*, ano 6, n. 2, 1980, p. 43. Grifo nosso.

e livres de "legitimamente regular suas vidas em comum por intermédio do direito positivo",¹⁸⁴

O Estado de Direito pressupõe a existência de uma Constituição. É um Estado "antropologicamente amigo"¹⁸⁵ respeitoso da dignidade da pessoa humana que proclama a inexistência de poderes absolutos ou sem regulação. Nele os poderes se encontram limitados por deveres jurídicos, relativos não só à forma, mas também aos conteúdos de seu exercício. Nesta linha de pensamento um Direito Penal garantista maximiza a defesa dos direitos fundamentais e minimiza o poder punitivo estatal.

A intervenção da atividade estatal na esfera dos direitos individuais sob o primado do princípio da legalidade substancial deve ser entendida como a interferência mínima adequada a resguardar a harmonia social. O Estado, portanto, abster-se-á de agir desnecessária e arbitrariamente na vida privada se possível a incidência de outro ramo que não o Direito Penal.

Diante do modelo tradicional da justiça penal da medida de segurança, nomeadamente no que pertine ao internamento de agente inimputável em razão de doença mental, acode ao nosso espírito um outro modelo. Um modelo médico-psiquiátrico muito mais compatível com a dignidade humana e com o cuidado, tratamento (cura e ressocialização) que o inimputável esta a precisar.

3.4 Princípio da presunção de inocência

A origem do princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência não é pacífica. Parte da doutrina a aponta no Direito Romano, por influencia do Cristianismo¹⁸⁶; outros a enxergam na Idade Média¹⁸⁷; ou, ainda, no Iluminismo¹⁸⁸, como resposta a um sistema judiciário qualificado de irracional, administrado por tenebrosas paixões individuais e sociais, prenhe de resíduos mágicos e de bárbaras formas de violência. Foram também os anseios de diminuir os exageros e abusos característicos do

¹⁸⁴ *Between facts and norms*. Cambridge: MIT Press, 1996, p. 119. Tradução livre do autor.

¹⁸⁵ Expressão de autoria de CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p.83. Grifo original.

¹⁸⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 9.

¹⁸⁷ BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 232.

¹⁸⁸ BATTIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. *La Tutela Dell'Imputato*. Saggio Storico - Concettuale. Disponível em: <http://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf> Acesso em: 29-10-2005.

processo inquisitório, qualificado pela presunção de culpabilidade¹⁸⁹ os que motivaram uma acra polémica contra o absolutismo do poder estatal.

Princípio fundamental de civilidade na expressão de Luigi Ferrajoli, “representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”.¹⁹⁰

A análise da interpretação do princípio no ordenamento jurídico constitucional italiano torna-se relevante em razão da Constituição brasileira seguir o modelo daquele país.

De modo expreso a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso LVII) ao consagrar o *status* de inocência do acusado, adotou a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória”. Esta importante inovação legislativa com relação aos Estatutos Políticos revogados é meramente formal, visto que, embora calassem quanto a esta particularidade, tácitamente, sempre forneceram elementos para extrair essa conclusão.¹⁹¹

A redação original do artigo 27 da Carta Constitucional italiana de 1948 aprovada pela Primeira Subcomissão foi fiel à regra estabelecida desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, determinando que “a inocência do imputado é presumida até a condenação definitiva”. O Comitê de Redação, por razões que não foram documentadas, alterou o texto do artigo, que passou a contar com a seguinte redação: “o imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva”.¹⁹²

A justificativa para tal alteração, apontada por Gilberto Lozzi, citado por Antonio Magalhães Gomes Filho, é a de que o constituinte italiano buscou adotar uma fórmula intermediária destinada a conciliar as duas correntes que se formaram à época, divergentes acerca da inclusão da presunção de inocência na Carta italiana.¹⁹³

¹⁸⁹ VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 33.

¹⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto...cit.*, p. 441.

¹⁹¹ Fabbrini Mirabete entende que o princípio do estado de inocência é consequência direta do princípio do devido processo legal. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 41. Entanto que Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr. afirmam que o princípio sob análise decorre dos princípios: a) do contraditório, b) princípio de defesa plena. *Direito penal na constituição*. 3ª ed., rev. amp. São Paulo: RT, 1995, p. 105.

¹⁹² ILLUMINATTI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. 6. ed., Bologna: Zanichelli, 1979, p. 19. Tradução livre do autor.

¹⁹³ *Presunção de inocência...cit.*, p. 25.

A discussão que se arrastou por décadas na Itália, teve seus reflexos no Brasil. De um lado Illuminatti entendeu como sumamente infeliz a opção do legislador, que teria adotado uma inconcludente enunciação retórica. Para ele, a presunção de inocência, cuja noção era extremamente clara e historicamente consolidada, acabou por tingir-se de significados ambíguos e contraditórios. Por outro lado, a postura adotada pelo legislador foi saudada como prudente e consciente, na medida em que tentou harmonizar a garantia da presunção de inocência com a admissão da prisão anterior à condenação definitiva.¹⁹⁴

Neste clima de aberta beligerância contra o princípio da presunção de inocência é de se destacar a influência do Fascismo¹⁹⁵ o qual entendeu que o legislador italiano adotou uma regra diversa, com significado ideológico e garantia de inferior abrangência.

A Escola Técnico-Jurídica que influenciou decididamente a elaboração do Código Rocco de 1930, enfraqueceu e esvaziou o princípio da presunção de inocência em detrimento do cidadão diante do autoritarismo na relação Estado-indivíduo.¹⁹⁶

O princípio foi lentamente restabelecido graças ao trabalho da doutrina pelo art. 27, § 2º, da Constituição republicana, no entanto “sua desqualificação operada por mais de meio século pela doutrina processualista e o longo atraso pela reforma do processo deixaram sua marca”.¹⁹⁷

Entendemos que distinguir entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade revela-se sem sentido, por diminuir e tentar esvaziar um significado

¹⁹⁴ Luigi Ferrajoli lembra que no final do século XIX o princípio da presunção de inocência foi objeto de intenso ataque. Um primeiro ataque foi lançado por Raffaele Garofalo e Enrico Ferri representantes da Escola Positiva. O primeiro favorável à prisão preventiva obrigatória e generalizada para os crimes mais graves e o segundo aderindo a modelos de justiça sumária e substancial além das provas de culpabilidade. Mas o golpe decisivo foi esgrimido pela pena de Vincenzo Manzini quem a julgou “grosseiramente paradoxal e irracional”, (baseado na experiência de que a maior parte dos imputados são na realidade culpados, que deve haver presunção de culpabilidade, e não de inocência-caso contrário, a ação penal e a prisão preventiva não teriam razão de ser). *Direito... cit.*, p. 442; *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Torino: UTET, 1931, v. I, p. 173-183.

¹⁹⁵ A ideologia fascista considerou a liberdade individual como mera “concessão do Estado” acordada no “interesse social”. O Estado Fascista caracterizado pelo totalitarismo de estado, defendeu abertamente a substituição do princípio em estudo pelo *in dubio pro republica*, como nitidamente foi a postura de Maggiore, quem advogou pelo denominado direito penal da vontade.

¹⁹⁶ Como informa Giovanni Traverso, deve-se à denominada Terça Escola ou Escola Eclética a introdução do sistema do *doppio binario* no Código Rocco. Desta forma, pretendeu-se superar as irreconciliáveis diferenças entre os defensores da Escola Clássica e Escola Positiva. Assim, como solução de compromisso o binômio responsabilidade e periculosidade foi adotado. Em resumo: “(...) retributive sentences were given to the responsible criminal, while security measures were taken in accordance with the dangerousness of the criminal to society. These provisions were first made in the Rocco Code (1930), and are still in force today in articles 215 and following”. *The treatment of the criminally insane in Italy. International Journal of Law and Psychiatry*, v. 23, n. 5-6, 2000, p. 499.

determinado, favorecendo soluções arbitrárias e antidemocráticas. O princípio da dignidade da pessoa humana, premissa irrenunciável do Estado Democrático de Direito, valor-fonte que se irradia a todo o ordenamento jurídico obsta por reconhecer a vigência de um pretense "principio de não culpabilidade" que não passa de mero artifício verbal para mascarar uma *posizione neutrale* que seria aquela entre a inocência e a condenação, privilegiando uma ideologia que funcionaliza o indivíduo em relação ao Estado todo-poderoso.

Destarte, esta sorte de *status* intermédio conciliaria a exigência da tutela do indivíduo com a exigência da averiguação da verdade dos fatos, impedindo, por exemplo, a adulteração das provas ou a intimidação das testemunhas, etc.

A consagração do princípio constitucional do *favor libertatis* tem um duplo significado garantista, sendo o primeiro a "regra de tratamento do imputado" e o segundo a "regra de juízo ou julgamento".

O primeiro significado garantista do princípio da presunção de inocência denominado regra de tratamento, obsta ou ao menos restringe ao máximo toda e qualquer limitação da liberdade pessoal do imputado antes da sua declaração definitiva de responsabilidade criminal.¹⁹⁸ Dessa forma a aplicação da medida de segurança criminal (detentiva ou restritiva da liberdade ambulatoria) somente poderá ser efetivada após o trânsito em julgado da decisão.

Pela "regra de juízo" de marcada incidência no âmbito processual, o imputado não está obrigado a fornecer meios de prova de sua inocência, toda vez que esta é presumida (presunção *juris tantum*), nem produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

O ônus da prova recai na acusação, isto é, a prova da prática do injusto típico (fato definido na lei como crime) pressuposto para a aplicação de medida de segurança criminal não cabe ao inimputável, nem ao semi-imputável. E bem por essa razão, a absolvição impõe-se em caso de dúvida (*in dubio pro reo*).

¹⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito...* cit., p. 442.

¹⁹⁸ Vedam-se assim as prisões processuais automáticas ou obrigatórias e impossibilita-se a execução provisória ou antecipada da sanção penal. Como observa Luiz Vicente Cernicchiaro "não se esqueça que a hipoteticidade da imputação tem a dúvida como base do processo. A situação de dúvida, originária do processo, não se desfaz senão com a sentença transitada em julgado; esta situação impõe que no processo penal persista a presunção de inocência até que a dúvida seja desfeita pelo juiz". *Direito penal...* cit. p. 106.

Em conformidade com Cristina Libano Monteiro o princípio *in dubio pro reo* "pretende responder ao problema da dúvida na apreciação judicial dos casos criminais"¹⁹⁹. A dúvida relevante, insuperável não diz respeito ao elemento jurídico, muito menos à questão interpretativa do texto normativo, mas sim ao elemento fático (tipicamente forense).²⁰⁰

A medida de segurança criminal espécie de sanção penal aplicável a inimputável ou semi-imputável, exige para sua incidência a presença de binômio indissociável: a) injusto típico, b) periculosidade criminal do agente. Sendo dúbia a periculosidade criminal ou incerta a prática do injusto típico, obsta-se a aplicação da medida de segurança criminal em virtude do princípio do *in dubio pro reo*, visto que, subsiste no espírito do juiz uma dúvida positiva e invencível que opera a favor do infrator penal (inimputável ou semi-imputável) de modo pleno.²⁰¹

A restauração da paz jurídica comunitária reclama a tomada de decisão mesmo naquelas questões indecidíveis. Uma decisão deverá ser tomada em resguardo do infrator penal quem não deve ver pairar eternamente sobre sua cabeça uma suspeita de crime. Toda e qualquer abstenção significaria uma atitude *contra reum*, inadmissível. A compulsoriedade da decisão "é que confere ao saber dogmático a necessidade de criar as condições de decidibilidade".²⁰²

¹⁹⁹ *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*. STUVIA IURIDICA, 24, Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 9.

²⁰⁰ Embora seja muito difícil encontrar a justificação material do princípio do *in dubio pro reo*, já que este varia de autor para autor, no entanto, Cristina Libano Monteiro identifica uma linha de fundo constante no pensamento ético jurídico da humanidade traduzida na ideia "é preferível absolver um culpado a condenar um inocente". *Ibid.*, p. 10.

²⁰¹ A proibição do *non liquet*, isto é, o da compulsoriedade de uma decisão jurisdicional, torna-se não somente exigência *pro reo*, senão também como expressa Cristina Libano Monteiro "porventura com menor intensidade, não será de desprezar tão pouco a paz jurídica da vítima". *Ibid.*, p. 23.

²⁰² FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 263.

4 MEDIDAS DE SEGURANÇA CRIMINAIS

Diante do incremento da delinquência e, em especial da reincidência, produto da influência do Positivismo Criminológico, isto é, da chamada "direção moderna" do Direito Penal, fizeram sua aparição no final do século XIX no sistema das consequências jurídicas do delito, as medidas de segurança.²⁰³ Estas medidas pretendiam enfrentar o problema da criminalidade com instrumentos distintos e mais eficazes daquelas próprias da pena clássica de cunho marcadamente retributivo e que era incapaz de conter o fenômeno *in crescendo* da delinquência.²⁰⁴

A preeminência da *difesa sociale*²⁰⁵ deu início assim a uma nova experiência no combate à criminalidade instaurando-se o sistema denominado "dualista", de "dupla via" (dois trilhos), "*doppio binario*" ou "bifronte" (pena e medida de segurança).

Tanto a pena quanto a medida de segurança permanecem até hoje com "diversos altibaixos"²⁰⁶ como as principais e maiores consequências jurídicas do delito.

²⁰³ SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables. In: *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, v.18, n. 57/58, p. 79, sep.1995/abr. 1996.

Interessante resulta observar conforme adverte Aníbal Bruno que o Estado viu-se "resignado" e "impotente" diante da criminalidade que não se deixava vencer pelas atitudes repressivas do sistema punitivo, continuou a retribuir o mal do crime pelo mal da pena. *Direito penal: parte geral* 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 1, t. 3, p. 256. Neste contexto histórico caracterizado também pelas lutas fervorosas entre as escolas penais no sentido de ser a pena instrumento retributivo ou de defesa, os penalistas tinham que decidir por outros rumos, "chegando-se no plano legislativo a solução de compromisso – propiciada por Carlos Stoos no Anteprojeto do CP sulço de 1893". BARREIRO, Agustín Jorge. As medidas de segurança aplicáveis aos doentes mentais no CP espanhol de 1995. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 10, fasc. 1, p. 38, jan./mar. 2000.

²⁰⁴ De acordo com Aníbal Bruno: "O mais impressionante nas severas conclusões das estatísticas era o quadro da criminalidade crônica, dos reincidentes e habituais do crime, sobre os quais a medida penal revelara o fracasso das suas funções de intimidação e de emenda". *Direito penal... cit.*, p. 255.

²⁰⁵ A defesa social assenta-se em dois pressupostos imanentes: a periculosidade social de determinados tipos de delinquentes; e a obsessiva patologização de todo comportamento tido como desviado. FORNARI, Ugo. Quale psichiatria forense. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, anno 1, v. 1, n. 4, p. 360, ott., 1990; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed., Bologna: Zanichelli, 1995, p. 765. Na dogmática penal chilena, Alfredo Etcheberry, critica a denominação das medidas complementares ou substitutivas da pena, alerta com precisão que "la denominación es poco feliz, ya que enfoca la naturaleza de esta institución desde el punto de vista exclusivamente social (la seguridad de que se habla es la de la comunidad, no la del afectado por la medida) y desde ese ángulo, las penas también pueden considerarse medidas de seguridad: la conminación, primero, y la ejecución, después, tienden a proteger la seguridad de los ciudadanos". *Derecho Penal. Parte general*. 3. ed. ver. atual. Santiago: Jurídica de Chile, 1997, p. 227. Grifo nosso.

²⁰⁶ A expressão é de autoria de Jesús Maria Silva Sanchez. *Consideraciones... cit.*, p. 79. Tradução livre do autor. Entre as demais consequências jurídicas do delito estão a responsabilidade civil e a obrigação de pagar as custas do processo.

A importância deste novo arsenal punitivo do qual lança mão o Estado é tal que vozes autorizadas pregam pela sua necessidade e imprescindibilidade no Direito Penal atual;²⁰⁷ não entanto, é de se advertir que no estudo desta matéria muito sensível e tormentosa observamos um pano de fundo político poucas vezes salientado pela dogmática que nos permitirá identificar o “caráter mais ou menos autoritário, mais ou menos democrático do sistema penal”.²⁰⁸

Por outro lado, a medida de segurança conformando um outro domínio sancionador ao lado da pena, não se encontra subordinada, nem depende desta; muito pelo contrário e conforme adverte Maria João Antunes o denominado “direito penal das medidas de segurança” precisa ser repensado, à luz de princípios e regras político criminais que sejam próprios e específicos desta matéria.²⁰⁹

Os problemas suscitados pelas medidas de segurança “tanto do ponto de vista dogmático, como político-criminal, como (e talvez até, sobretudo) criminológico”²¹⁰ não são nada inferiores quer em importância, quer em dificuldade e dignidade, aos que se apresentam em relação às penas. Se de um lado não resta dúvida alguma a importância deste “âmbito científico em vias de desenvolvimento”²¹¹, de outro lado sublinha-se o atraso e até a inexistência de uma dogmática própria em relação com a dogmática da pena.²¹²

Outro aspecto que merece destaque é o relativo às definições e aos conceitos deste tópico de direito os quais “moven-se no e pelo terreno do imponderável”.²¹³ A fluidez, arbitrariedade, insegurança e vagueza conceitual da periculosidade criminal (noção basilar da medida de segurança) no caso do agente inimputável em virtude de doença

²⁰⁷ Cf. BARREIRO, Agustín Jorge. *As medidas...* cit., p. 39; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 49; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aquitas, 1993, p. 415. Contra: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Las medidas de seguridad. *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, v. 18, n. 57/58, sep. 1995/abr.1996, p. 73; ANTUNES, Maria João. Discussão em torno do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 42, p. 102, jan./mar. 2003.

²⁰⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Las medidas...* cit., p. 59. Tradução livre do autor.

²⁰⁹ *Discussão...* cit., p. 97. Nesta linha de pensamento “a medida de segurança não é um domínio de segunda” em relação à pena. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...* cit., p. 434.

²¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...* cit., p. 434.

²¹¹ Expressão de autoria de Zipf, citado por DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...* cit., p. 434.

²¹² Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...* cit., p. 434; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997, p. 105. Grifo nosso.

mental é um claro exemplo de que avultam mais as dúvidas do que as certezas. Estes conceitos porosos na práxis potencializam (amplificam) o castigo, a repressão, em detrimento do cuidado, cura e ressocialização do doente mental delinquentemente.

As certezas que até pouco tempo atrás a psiquiatria biológica e positivista nos tinha acostumado e oferecia como respostas adequadas e suficientes para o controle da criminalidade dos chamados inimputáveis, por exemplo: a associação mecanicista entre doença mental e periculosidade; o risco inerente ao delinquentemente-inimputável ou semi-imputável; a maior incidência de comportamento violento da população de doentes mentais em comparação com a população dita normal, a indeterminação no prazo máximo da medida de internamento etc., contrapõe-se um outro discurso que desmistificando o comportamento violento, luta por quebrar a falsa identidade (doença mental = periculosidade criminal) tanto a nível médico psiquiátrico quanto normativo²¹⁴, como pelo entendimento de ser a doença mental um fator de risco gerador de violência idêntico a outros (idade, sexo, consumo de substâncias estupefacientes, álcool, etc.), pelo incremento do comportamento criminoso tendo aos menores de 18 anos os seus principais protagonistas, e também cada vez mais presentes em pessoas “normais” na concepção sócio cultural.²¹⁵

Se o Direito Penal²¹⁶ contemporâneo a despeito dos embates que vem sofrendo fruto do processo da globalização (flexibilização de garantias, decodificação, excessiva

²¹³ A expressão é de autoria de ROSSETTI, Janora Rocha, ALVIM, Rui Carlos Machado. *Das medidas de segurança: jurisprudência*. São Paulo: Universitária de Direito, 1994, p. 13-14.

²¹⁴ A Lei 180, de 1978 promulgada na Itália significou uma profunda modificação na abordagem psiquiátrica dos pacientes acometidos de doenças mentais. É uma lei que (...) “civiliza” a la psiquiatria, no en el sentido de actualizarla, sino en el sentido de privilegiar su vocación terapéutica y médica, y corta sus lazos con la custodia y el control. Estos lazos estaban encarnados por el asilo, el hospital psiquiátrico – una institución preparada para tomar a cargo los problemas (y la población) que cae fuera de los límites impuestos por la medicina y la justicia penal”. PITCH, Tamar. *Responsabilidades limitadas: actores, conflictos y justicia penal*. Trad. Augusto Montero y Máximo Sozzo. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 190. Grifo nosso.

²¹⁵ SERAFIM, Antonio de Pádua. Aspectos etiológicos do comportamento criminoso In: RIGONATTI, Sérgio Paulo (Coord.). *Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica*. São Paulo: Vetor, 2003, p.58-59. Grifo original.

²¹⁶ Roxin depois de ponderar a importância das duas principais consequências jurídicas do delito (penas e medidas de segurança) entende que a denominação “generalmente acuñada de Derecho penal es incorrecta. Más exactamente debería llamarse: Derecho penal y de medidas”. *Derecho penal...cit.*, p. 42. Defendendo posição contrária Mir Puig adverte que o argumento de “mayor peso es posiblemente el de que la pena sigue siendo la integrante esencial del derecho penal común. En él las medidas de seguridad no ocupan ni en la legislación ni en la ciencia, como tampoco en la práctica, mas que un lugar secundario”. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed., Buenos Aires: Euros, 2002, p. 9. Grifos originais.

A dogmática penal muito embora reconheça a falta de precisão na denominação “suele considerar preferible mantener la terminología <derecho penal>”. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2002, p. 9.

antecipação da tutela penal, etc.), se esforça pelo respeito das garantias penais, processuais e execucionais da pessoa, as medidas de segurança criminais continuam a trabalhar sobre conceitos incertos e ambiguos que espelham a falta de certeza jurídica,²¹⁷ incrementando desvios e excessos em nome de um combate à criminalidade dos loucos. Luta que desemboca nas mais das vezes em abertas discriminações, onde o princípio da dignidade da pessoa humana não vige e o *in dubio pro reo* curva-se para ser finalmente rendido frente ao *in dubio pro republica*.

Pretendemos assim à luz dos postulados de um Direito Penal garantista e fundamentalmente ao amparo dos princípios de um Estado Democrático de Direito consagrados no Código Político de 1988 rever o estudo das medidas de segurança criminais visto que, a ciência penal não pode se resignar “a la ciega aceptación de cuanto le viene dado, sino que lo someta a la crítica y revisión desde los más variados puntos de vista: técnico, político, de convivência social, etc”²¹⁸

Todo texto normativo vigente à data de entrada de uma nova Constituição Política deverá necessariamente passar pelo crivo interpretativo desta. Assim, se a Constituição inaugura uma nova ordem juridico-política, lógico é entender que subsistirão apenas e tão somente aquelas normas enquanto conformes com os princípios e valores constitucionais. Por conseguinte, as normas contrárias não poderão subsistir, já seja que se entenda que estas foram revogadas, que se tornaram caducas ou inconstitucionais.²¹⁹

²¹⁷ “As medidas de segurança, ao lado da constitucionalmente questionável indeterminação temporal de seu cumprimento, inspiram-se em dois conceitos de valoração intrínseca supinamente, escorregadia e equívoca: a periculosidade e a doença mental, ambos umbilicalmente entrelaçados, à medida que esta pressupõe aquela”. ROSSETTI, Janora Rocha; ALVIM, Rui Carlos Machado. *Das medidas...* cit., p. 14.

²¹⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel. *Peligrosidad social y medidas de seguridad*. Valencia: Universidad de Valencia, 1974, p. 38. Entendemos que as ciências não evoluem pelo mero acúmulo de novos dados ou informações anteriormente inexistentes, “(...) mas também pela reconsideração, pela confirmação ou refutação dos dados obtidos pela observação e experimentação das teorias construídas”. SONENREICH, Carol; ESTEVÃO, Giordano; SILVA F., Luis de M.A. Ensaio sobre modos de conceber a patologia mental. *TEMAS*. Teoria e prática do psiquiatra, v. 34, n. 66-67, p. 60, jan/dez., 2004.

Superar a preguiça, a falta de visão, assim como o rótulo tranquilizador da “doutrina dominante”, ou do chamado “entendimento pacífico” e “exorcizar certos fantasmas que não raro se materializam graças ao ectoplasma da nossa miopia” é o nosso objetivo. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 72, jan/fev. 2001.

²¹⁹ Uma nova orientação político-criminal de evidente ruptura com os sistemas precedentes representados pela Lei de Vagos e Meliantes de 1933, pela Lei de Periculosidade e Reabilitação Social de 1970 e pelo Código Penal derogado (Decreto 3096/1973), como a adoção de garantias que rodeiam os fundamentos e a aplicação das medidas de segurança, foram invocados, por exemplo, no novo Código Penal espanhol de 1995. É oportuno significar que a razão deste significativo cambio obedece, como ficou consignado na Exposição de Motivos do Código Penal, “à adaptação positiva do novo Código Penal aos valores constitucionais”. GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo et al. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte general 2. ed. Barcelona: PRAXIS, 1999, p. 391. Grifo original. Tradução livre do autor. No mesmo sentido

4.1 Conceito de medida de segurança

Tradicionalmente e desde um ponto de vista eminentemente formal a medida de segurança é definida como "a privação de bens jurídicos, imposta jurisdicionalmente pelo Estado com um fim ressocializador ou assegurativo, à pessoa socialmente perigosa, por causa da comissão de um delito, e, em princípio, enquanto aquele fim não se cumpra".²²⁰

Esta modalidade de sanção penal endereçada ao agente que apresenta condições de desajustamento social que façam prever que ele provavelmente torne a delinquir, sendo merecedor de uma medida de internamento (para seu tratamento) ou de tratamento ambulatorial e vigilância pela autoridade pública, deu início ao sistema denominado "dualista" nas conseqüências jurídico-penais.

As medidas de segurança inicialmente se caracterizaram pela possibilidade de se impor, além das penas fulcradas na culpabilidade pelo fato (isto é, num fator do passado) e concebidas de modo estritamente retributivo, medidas alicerçadas na periculosidade (isto é, num juízo de prognose, de futuro) e concebidas de modo preventivo-especial".²²¹

A adoção do "duplo binário" pela legislação penal de 1940 inspirado no modelo italiano (Código Rocco de 1930)²²², significou no entender dos doutrinadores do Direito Penal brasileiro uma importante conquista no campo da luta contra a criminalidade. Na época falou-se que o novel sistema de medidas adotado constituía "indubitavelmente o mais importante empreendimento do CP de 1940".²²³

SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, Ana-Esther. Responsabilidad, ley, salud mental. Reflexiones en torno al nuevo Código penal. *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, Madrid, v. 20, n. 73, p. 111, 2000.

²²⁰ BARBERO SANTOS, Marino. *Marginación social y derecho repressivo*. Barcelona: Bosch, 1974, p. 26. Tradução livre do autor.

²²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Consideraciones...* cit., p. 79.

²²² O Código italiano de 1930 ainda conserva o sistema do "doppio binario" para os imputáveis e semi-imputáveis. Para os inimputáveis, ao invés, o regime é o do chamado "binario único". Por outras palavras, os imputáveis considerados socialmente perigosos poderão vir a sofrer após a pena privativa de liberdade uma segunda restrição da liberdade individual (medida de segurança pessoal) ou uma medida de segurança patrimonial. No caso dos semi-imputáveis, cumprirão medida de segurança pessoal em "casa di cura o di custodia" depois de ter sido descontada a pena restritiva da liberdade. A medida de segurança é a única a ser aplicada aos inimputáveis. CRESPI, Alberto et al. *Commentario breve al codice penale*. Padova: CEDAM, 1992, p. 197-198.

²²³ Cf. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. rev. atual, 31. tir., São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 591, v. 1, t. 2; MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 432.

Além da possibilidade de verificação pessoal da periculosidade pelo juiz (art. 77 em sua redação original), foram instituídas diversas categorias de indivíduos presumidamente perigosos, consagrando-se odiosa "responsabilidade objetiva"²²⁴ (os inimputáveis e semi-imputáveis por enfermidade mental, os ébrios habituais condenados por crime cometido em estado de embriaguez, os reincidentes em crime doloso e os condenados por crimes cometidos como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores), assim como diversas espécies de medidas de segurança (pessoais e patrimoniais), dispositivos tidos como modernos e inovadores. Foi introduzida também como "providencia de natureza cautelar" a medida de segurança provisória.²²⁵

Passadas as primeiras euforias pela incorporação deste novo arsenal punitivo, uma onda de frustração invadiu os meios acadêmicos e jurídicos diante da ineficácia prática do sistema como fora nitidamente retratado por Nelson Hungria.²²⁶

A falta de estabelecimentos previstos em lei para a execução das medidas de segurança detentivas²²⁷, a custódia de segurança detentiva entendida como complemento da pena privativa de liberdade destinada a imputáveis e semi-imputáveis executava-se como se outra pena fosse, provocou a reação de uma parte da doutrina nacional expressando que "o sistema do duplo binário, adotado pelo C.P. de 1940, nunca funcionou".²²⁸

Luis Jiménez de Asúa comparando o Código Penal de 1940 com os demais códigos penais de latinoamérica teceu considerações elogiosas, considerando-o como: "acaso el más perfecto en orden a las medidas de seguridad". *Códigos penales iberoamericanos*. 1. ed. Caracas: Andrés Bello, 1956, p. 381.

²²⁴ DOTTI, René. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 341.

²²⁵ Conforme o revogado art. 80 do CP era cabível em dois supostos: 1º) quando ocorrer a presunção do artigo 78 nº I, do CP, isto é, se inimputável o réu, 2º) quando se verifica a presunção do art. 78, nº III, ou seja, se os réus forem ébrios habituais ou toxicômanos. Interessante observar que o art. 80 do CP, não fazia alusão à prática de crime para a aplicação da medida de segurança provisória. Assim sendo, "a providencia admissível se a infração cometida é apenas contravencional". MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 1. ed. 2. tir., Campinas: Millennium, v. 3, 2000, p. 261.

²²⁶ "Infelizmente, os dispositivos dos Códigos Penal e Processual Penal, no que respeita à instituição e execução das medidas de segurança detentivas, ainda não passaram de *pomo de boca*. À parte os superlotados manicômios judiciários, na sua maioria já instalados ao tempo da legislação anterior, inexistem qualquer dos estabelecimentos reclamados pelo novo sistema de prevenção contra a delinqüência". Pena e medida de segurança. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 100, 144, p. 435. Grifo original.

²²⁷ Graficamente esta triste realidade foi retratada na Exposição de Motivos (nº 16) do Código Penal de 1969, quando ficou consignado que: "na execução, a pena e a medida de segurança detentiva não se distinguem, sendo muitas vezes realizadas nos mesmos estabelecimentos, implicando numa mudança da ala esquerda para a ala direita".

²²⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 388. A execução da medida de segurança detentiva foi burlada corriqueiramente também através do expediente do livramento condicional, declarando-se a cessação da periculosidade (inc. II do art. 60 do CP em sua redação original).

O critério então vigente, da execução sucessiva de pena e medida de segurança, inspirado na idéia da intangibilidade entre ambas as providências "(...) é mera ficção com que se comprazem os juristas. Esse esquema por seu artificialismo não funcionou em parte alguma, estando hoje em completo descrédito"²²⁹. Em face destes sérios inconvenientes adotou-se o sistema vicariante a partir de 1984, alterando-se significativamente a estrutura das medidas de segurança.

4.2 Monismo e dualismo das reações criminais

O Direito Penal moderno reconhece dentro do sistema das sanções juridico-criminais a duas categorias principais de reações frente ao fenômeno da delinquência. Estes dois pólos de luta contra a criminalidade denominados pena e medida de segurança, deram origem aos sistemas monista e dualista das reações penais.

4.2.1 Monismo

A Escola Positiva do Direito Penal, abandonando o ponto de vista da Escola Clássica que conceituava o crime um ente meramente jurídico, passou a entendê-lo como um fato humano, oriundo de diversos fatores tanto individuais como sociais.

O interesse dispensado pela Escola Clássica com relação ao delinquente simples "pecador que optou pelo mal, embora pudesse e devesse respeitar a lei"²³⁰, nunca superou um nível meramente secundário, visto que, toda a preocupação esteve orientada ao estudo do crime como fato individual e abstração jurídico-formal.²³¹

Para a Escola Positiva, o crime, na sua objetividade, passou para um segundo nível de interesse, antes deveria ser apreciado e ponderado o complexo de causas e fatores, componentes da subjetividade da ação delituosa reunido na pessoa do delinquente²³².

²²⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições...* cit., p. 388. A falência do sistema (duplo binário) deveu-se dentre outras razões como ressaltou Fragoso "ao fato de nunca ter sido possível distinguir, na execução, a pena privativa da liberdade, da custódia de segurança". *Idem*, mesma página.

²³⁰ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 47.

²³¹ "Os clássicos renunciaram a toda análise etiológica do fato delitivo: não assumiram o estudo de suas causas, dos fatores individuais ou sociais que contribuem para ele, das suas variáveis". GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia...* cit., p. 124.

²³² O homem único responsável de si e de seus atos é "tirado do seu pedestal de "Senhor da criação" e centro do universo, tem que lidar de agota em diante com a idéia dinâmica de causas e efeitos que rege tanto o mundo social quanto o mundo natural. Nesta dinâmica (natural e social) encontrar-se-á a explicação do seu comportamento; assim surge a imagem de um homem concreto, não mais a de um arquétipo ideal, quase

O novo centro de gravidade não é mais a norma jurídica e sim a realidade social, nesta o delinqüente é colocado numa posição de destaque, daí o porquê do estudo da sua personalidade, razão pelo qual Enrique Ferri expressa: "Primeiro o delinqüente, depois o delito".²³³

Contestando o livre arbítrio (a liberdade humana é uma ficção) e proclamando o princípio da responsabilidade social pelo simples fato de se viver em comunidade, a Escola Positiva justificou o surgimento de um novo tipo de sanção penal baseado exclusivamente em função da defesa social, esta vinculada não ao grau de responsabilidade moral do agente, mas à sua periculosidade.²³⁴

Os pensadores da Escola Positiva buscaram a partir de um determinismo muito rígido estabelecer as diferenças entre as pessoas criminosas e não criminosas. Assim, "características raciais, corporais e <<genéticas>> fizeram parte da composição do estereótipo do criminoso: criou-se a chamada *Antropologia Criminal*".²³⁵

Neste contexto a medida de segurança (providencia não afitiva) substituiria à pena, assim como, o Direito Penal viria a ser substituído pela Antropologia e Sociologia Criminal.

No novel sistema defendido pelos positivistas, anula-se toda e qualquer diferença entre as duas espécies de medidas. A medida de segurança além de ser a "última a chegar ao âmbito da dogmática penal (...) devora a pena, sem deixar resíduos".²³⁶

algébrico dos clássicos". GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia...* cit., p. 63.

²³³ SOUZA, Moacyr Benedicto de. *O problema da unificação da pena e da medida de segurança*. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 69.

O protagonismo que ganhou o delinqüente na justiça penal é retratado nitidamente por Marino Barbero Santos quando assevera: "El hombre, sujeto activo del delito, logró por vez primera un lugar predominante en el campo penal". *Marginación social y derecho represivo*. Barcelona: Bosch, 1980, p. 11; SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Ob. cit., mesma página.

²³⁴ Rafael Garófalo entendeu que a responsabilidade do sujeito delinqüente não é mais motivo de preocupação principal, senão a sua "temibilidade". Daí o porquê da necessidade de se impor um novo tipo de sanção penal por razões de "higiene y terapeutica social". ESCOBAR, Raúl Tomás. *Elementos de Criminología*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1997, p. 100. Grifo nosso. MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1972, v. II, p. 397, 398.

O Direito Penal deveria abandonar toda e qualquer pretensão ética e se basear somente na defesa social, "como consecuencia de ello, el sujeto no responderá de su acción por ser inteligente y libre - que no lo es - sino porque es un ser social (...) el hombre responde de sus actos no en cuanto es libre, sino por el solo hecho de vivir en sociedad (principio de la responsabilidad social)". SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Buenos Aires: Editora Argentina, 1973, v. 2, p. 26.

²³⁵ PEDROSO, Regina Célia. *Os signos da opressão, História e violência nas prisões brasileiras*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003 (Coleção teses e monografias, v. 5), p. 65. Grifo original.

²³⁶ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1972, v. 2, p. 397, 398. Tradução livre do autor.

Os novos eixos sobre os quais o Direito Penal irá trilhar o seu caminho de luta contra a criminalidade, são: a periculosidade e a defesa. A **defesa indireta** tem por finalidade remover ou atenuar as causas sociais do delito (alcoolismo, tuberculoses, sífilis, malária, desocupação, etc) com medidas de previsão e de assistência sociais. A **defesa direta** torna inofensivos os indivíduos perigosos ou propensos ao delito, já seja através de medidas de polícia (antes do delito); e as de repressão, (depois do delito e por causa deste), mediante as medidas de segurança.

A tendência unitária ²³⁷ (*Einspurigkeit*) influenciada pelas idéias da Escola Positiva do Direito Penal "negando qualquer função retributiva à pena, equipara as duas formas de sanção penal, reduzindo-as, por conseguinte, a um único meio de que se valerá o Estado na luta contra a criminalidade. É a concepção unicista, que repudia o critério que assinala à pena e à medida de segurança fins diversos, por entender que ambas realizam tanto a prevenção geral como a especial". ²³⁸

As semelhanças entre as duas espécies de sanção penal fizeram com que uma parte da dogmática se pronuncie pela inexistência entre elas de "diferença estrutural" ²³⁹, já que, tanto a pena, quanto a medida de segurança consistem numa restrição, diminuição, dos bens jurídicos, as duas significam um mal para o sujeito; ambas têm como pressuposto objetivo um injusto típico; participam da mesma finalidade a ressocialização do agente e a defesa social, sendo aplicadas jurisdicionalmente. ²⁴⁰

²³⁷ A adoção de uma única consequência jurídica tem sido auspiciada tanto desde uma vertente clássica do Direito Penal (pena retributiva) quanto desde uma ótica prevencionista que propõe a substituição total do sistema de penas pelas medidas ou tratamentos, como já aconteceu como a chamada "sanção criminal" do positivismo. É de se advertir como ressalta García-Pablos de Molina que: "Los monismos admiten una gama interminable de matices y formulaciones. (...) Los esquemas puros, sin embargo, no existen ni siquiera en el ámbito meramente doctrinal". *Derecho penal - introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 2000, p. 208.

²³⁸ SOUZA, Moacyr Benedicto de. *O problema...* cit., p. 57. O surgimento de uma única reação defensiva contra a criminalidade, indeterminada em seu máximo e determinada em seu mínimo permitirá a cessação da reação ao faltar a periculosidade do réu. Por sua vez, a determinação do mínimo visa assegurar um sofrimento proporcionado à gravidade do delito.

Historicamente o embrião da concepção monista pode ser encontrado no Correccionalismo de Carlos David Augusto Roeder para quem a finalidade da pena é corrigir a vontade perversa do criminoso, assim, não se justificaria que ela fosse determinada.

²³⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1986, p. 12. Tradução livre do autor. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal*. Parte general. 5. ed., corr. e atual. Valencia: tirant lo blanch, 1999, p. 986.

²⁴⁰ Bustos Ramírez defensor do pensamento unicista preconiza: "No hay pues diferencias sustanciales entre unas y otras; quizá solo se podrá hablar de reacciones mas o menos individualizadas, mas o menos tradicionales o modernas, mas o menos ajustadas al mandato constitucional, es decir, solo una diferencia cuantitativa, pero no de fondo". *Introducción...* cit., p. 12. Em contra deste posicionamento, alega-se que a união entre penas e medidas alcumbada de "mentalidade simplificadora em Direito penal", introduz muito mais do que uma fusão, uma "confusão" das instituições. Dita "confusão" não pode ser aceita.

Funcionando a pena e a medida de segurança como dois círculos secantes, com zonas comuns, é plenamente factível se pensar na sua unificação através de uma fórmula mista como a desenvolvida por Von Liszt. Surge a **pena de segurança** (*Schutzstrafe*) e a **pena de fim** (*Zweckstrafe*) as quais reuniriam as funções de retribuição e emenda.

A perda dos tradicionais atributos da pena (expição, mal, sofrimento, retribuição) fez com que esta providência se aproxime aos poucos da medida de segurança, tornando os seus limites difusos. Por outro lado, quando a medida de segurança se alargava para compreender a imputáveis já condenados os quais após o cumprimento efetivo da pena privativa de liberdade iam ser submetidos a providências cautelares, evidentemente também as medidas de segurança se aproximavam da pena.²⁴¹

O unicismo considera pouco nitida a diferença entre a pena e a medida de segurança, que se mostra mais em grau do que em natureza, objetiva um sistema de sanção único (em geral a pena).²⁴²

O monismo através de perspectivas garantísticas e tendo a pena como sanção única, pretende superar as diferenças teóricas entre as duas classes de providências. Orientada à reinserção e readaptação social do delinquentes, evita que junto ao Direito Penal da culpabilidade apareçam outros sistemas de controle social, "não limitados pelos princípios penais clássicos, mas muito eficazes na sua incidência sobre a liberdade dos indivíduos".²⁴³

É esta uma "pretensão louvável"²⁴⁴ de superar os escolhos, que ignora de plano a heterogeneidade das sanções como os seus diversos pressupostos. O pressuposto da

conceitualmente, nem por razões de política-criminal. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Ob. cit., mesma página.

²⁴¹ Colocando em destaque os princípios da proporcionalidade e das idéias ressocializadoras da pena, Silva Sanchez adverte: "(...) ultimamente se perciben más bien tendencias orientadas a un monismo con base en los principios básicos de la pena: muy en particular, el principio de proporcionalidad con el hecho cometido. Si a eso se añade la creciente orientación resocializadora de las penas privativas de la libertad, podría parecer que las medidas de seguridad carecen de entidad propia". *Consideraciones...* cit., p. 80.

²⁴² No Brasil, participa vivamente da corrente monista Moacyr Benedicto de Souza quando colocando em destaque o aspecto preventivo da medida de segurança e o caráter repressivo da pena, pontifica: "A medida de segurança, tanto quanto a pena, é sanção penal. Entre elas não existe diferença ontológica, mas, tão-só, de natureza quantitativa. (...) Substancial diferença existiria, se a pena ao contrário do que hoje se verifica, continuasse, como em outros tempos, associada à idéia exclusiva de retribuição". *O problema da unificação da pena e da medida de segurança*. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 157.

²⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 61. Tradução livre do autor.

²⁴⁴ O termo é de autoria de SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. *Consideraciones...* cit., p. 83. Tradução livre do autor.

pena é a culpabilidade ²⁴⁵ entendida como a atribuição subjetiva do fato típico e antijurídico a um agente culpável. No caso das medidas de segurança estando ausente a culpabilidade o pressuposto é dado pela periculosidade criminal. ²⁴⁶

A privação da liberdade joga um papel de diverso sentido que desde a óptica unicista, não se adverte. Na pena, a privação de liberdade (privação de bens jurídicos) “íntegra seu conteúdo essencial” ²⁴⁷. No entanto, nas medidas de segurança é um simples “fenômeno acompanhante” ²⁴⁸ ou “condição de viabilidade de algumas de suas variantes: mas circunstancial alheia a sua essência”. ²⁴⁹ A circunstância necessária de privação de liberdade encontra-se presente tão somente em algumas variantes da medida de segurança (internamento) e constitui uma necessidade para o correto desenvolvimento da sua finalidade.

O sentido que o tratamento terapêutico-ressocializador cumpre nas medidas de segurança é obrigatório, coativo. ²⁵⁰ Por sua vez, no caso da pena o tratamento

²⁴⁵ A relevância da culpabilidade como categoria jurídico-penal é tamanha que Roxin pontifica: “Nenhuma categoria do direito penal é tão controversa quanto a culpabilidade, e nenhuma é tão indispensável. (...) é possível conferir a este outra denominação, mas não se pode eliminá-lo”. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, jan./fev., 2004, p. 47.

A culpabilidade considerada autêntica máxima de civilização e de humanidade “adiciona um novo elemento (uma nova qualificação) à ação ilícita típica, sem o qual nunca poderá falar-se de fato punível”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 227.

²⁴⁶ A medida de segurança quando contraposta à pena, levanta como nota distintiva a periculosidade criminal do agente. A periculosidade criminal – juízo sobre a probabilidade de o agente voltar a delinquir é o “único pressuposto” da imposição de medida de segurança de internamento de agente imputável em razão de anomalia psíquica. ANTUNES, Maria João. Discussão em torno do internamento de imputável em razão de anomalia psíquica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 97, jan./mar., 2003, p. 97.

Referindo-se ao tema da periculosidade e destacando a sua importância nevrálgica Silva Sanchez preconiza: “si no hay peligrosidad, no se imponen; y, una vez impuestas, cesan tan pronto como decae la peligrosidad”. *Consideraciones...* cit., p. 84.

²⁴⁷ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 197. Tradução livre do autor.; SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Consideraciones...* cit., p. 84; LANDROVE DIAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosch, 1976, p. 178.

²⁴⁸ LANDROVE DIAZ, Gerardo. *Las...* cit., p. 178. Tradução livre do autor.

²⁴⁹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 197. Tradução livre do autor.; SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Consideraciones...* cit., p. 84.

²⁵⁰ No caso de imputável que se recusa a se submeter a tratamento terapêutico, a “negativa ha de ser estimada irrelevante, por provenir de una persona que carece de capacidade jurídica de decisión y, por tanto, debe procederse sin más a la imposición del tratamiento, aun de modo coactivo si fuere necesario”, salienta Silva Sanchez. *Consideraciones...* cit., p. 84.

ressocializador tem um caráter voluntário. Constitui um "(...) *direito* do apenado, não um *dever* diferente".²⁵¹

A ressocialização que reverencia a dignidade do ser humano (humanista) oferece oportunidades e um diálogo não coativo com o infrator da norma penal. Esta forma de ressocialização "respeita a livre escolha moral e os valores individuais e realça a autodeterminação e a responsabilidade".²⁵²

Por último, se ignora o diverso sentido do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso). Na pena, a escala da proporcionalidade está determinada pela culpabilidade pelo fato (injusto culpável). O princípio da proporcionalidade implica um juízo lógico ou de ponderação que compara valorativamente a gravidade do fato antijurídico, a gravidade da "<<carga coativa>> da pena e o fim que se persegue com a cominação legal".²⁵³

Na medida de segurança, "a falta de uma atribuíbilidade individual do injusto ao sujeito, o critério de proporcionalidade não pode ser aquele injusto (que não pôde lhe ser atribuído) e sim, a periculosidade revelada (a expressada no fato como a previsível no

²⁵¹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*... cit., p. 197. Tradução livre do autor.; SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Consideraciones*... cit., p. 84. A socialização ou ressocialização deve ser distinguida em: autoritária e humanista. A autoritária tem como objetivo "forçar o cumprimento normativo da adaptação institucional". ROTMAN, Edgardo. O conceito de prevenção do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, fasc. 3, p. 334, jul./set. 1998.

Uma "socialização forçada" no molde retribucionista atribuída à pena, hoje não tem mais espaço. A socialização humanista "deve surgir como dever estadual de proporcionar ao delinqüente as melhores condições possíveis para alcançar voluntariamente a sua própria socialização (ou a sua própria *metanoia*); o que de resto supõe que seja feito o possível para que a pena seja "aceite" pelo seu destinatário – o que, por seu turno, só será viável se a pena for uma pena suportada pela culpa pessoal e, nesta acepção, uma pena "justa". DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o estado atual da doutrina do crime: Sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. esp. lançamento, dez., 1992, p. 32.

Se a ressocialização humanista pressupõe voluntariedade, a pena para ser eficaz, pedagógica e terapêutica precisa estabelecer "una relación de cooperación con el condenado", adverte ROXIN, Claus. *Derecho penal*... cit. p. 96.

²⁵² ROTMAN, Edgardo. *O conceito*... cit., p. 334.

²⁵³ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*... cit., p. 398. Grifo original. Tradução livre do autor. Neste sentido, somente a pena proporcionada à gravidade do fato é humana e respeitosa da dignidade da pessoa. O juízo de proporcionalidade não somente encontra-se vinculado à gravidade do delito, também reconhece na finalidade de tutela da pena, um outro vínculo.

Uma pena justa (retributiva), proporcionada à gravidade do injusto culpável e à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do agente é necessária para o *mantenimento* da ordem social (reafirmação do ordenamento jurídico e reafirmação dos valores ético-sociais que subjazem às normas). A retribuição significa que "la pena debe ser equivalente a lo injusto culpable, conforme al principio de la justicia distributiva (*quia peccatum est*). En consecuencia, la retribución no tiene nada que ver con la venganza, los sentimientos soterrados de odio y las reprimidas querencias agresivas de la sociedad, sino que es un principio limitativo". GIL GIL, Alicia. Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal. In: *LA CIENCIA del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 25. PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena. *Revista Ciências Penais*, São Paulo, ano 1, n. 00, 2004, p.155.

futuro).²⁵⁴ Por outras palavras, a vigência do princípio da proporcionalidade tem como referência a “<< peligrosidad de pasado >> (expresada finalmente en el hecho antijurídico cometido) como a << peligrosidad de futuro >>, expresada en el pronóstico sobre los hechos que pueda cometer)²⁵⁵. Nesse diapasão, “a idéia da proporcionalidade referida não à periculosidade do autor senão à maior ou menor gravidade do delito cometido é alheio às medidas e perturbadora”.²⁵⁶

Dessa forma a periculosidade criminal do agente deve ser o “parâmetro de referência”²⁵⁷ para a incidência da medida de segurança.

Quando estamos a falar de pena e de medida de segurança nos encontramos diante de dois universos, o universo dos valores (culpabilidade) e o universo da natureza (periculosidade criminal). Destarte, os conceitos de culpabilidade e de periculosidade criminal podem coexistir, mas, não podem confundir-se, já que, “são noções completamente heterogêneas que repousam sobre planos distintos e respondem a exigências diferentes”²⁵⁸.

Em suma, enquanto o princípio da culpabilidade joga um rol preponderante e irrenunciável no âmbito do direito penal da culpa; no direito penal das medidas de segurança aquele princípio encontra-se ausente. Isto é, não tem qualquer palavra a dizer.

4.2.2 Dualismo

Desde finais do século XIX e no marco das teorias relativas da pena, o dualismo surge como o novo modelo de combate à criminalidade ancorada num sistema de rígida defesa social em detrimento das garantias e direitos individuais.²⁵⁹

²⁵⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Consideraciones...* cit., p. 85. Tradução livre do autor. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit. p. 197; MIR PUIG, Santiago. *Introducción...* cit. p. 141; ANTUNES, Maria João. *Discussão...* cit., p. 98.

²⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 44-45. Grifo original.

²⁵⁶ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal...* cit., p. 226. Tradução livre do autor.; BARREIRO, Agustín Jorge. *As medidas...* cit., p. 91.

²⁵⁷ JAÉN VALLEJO, Manuel. *Consecuencias jurídicas del delito: bases y propuestas para una reforma*. Disponível em <<http://www.biblioteca.org.pe/foro2/consecuencias%20juridicas%20del%20Delito.htm>> Acesso em 31-09-2004. Tradução livre do autor.

²⁵⁸ LANDROVE DIAZ, Gerardo. *Las...* cit. p. 179.

²⁵⁹ FIANDACA Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed., Bologna: Zanichelli, 1995, p. 766. Este rígido posicionamento de defesa social serviu também para secundar o autoritarismo repressivo do Estado fascista o qual transmitiu a idéia de ser um regime forte no combate à delinquência. Historicamente também é de se advertir que o sistema do *doppio binario* surgiu como solução de compromisso ou “*ibrido*”

Este modelo “contrapõe uma pena concebida como castigo retributivo da culpabilidade e desvinculada de finalidades preventivas, a uma medida de segurança entendida como tratamento (nas medidas corretoras, não nas simplesmente assegurativas), orientada preventivamente (prevenção especial) a eliminar a periculosidade do sujeito”.²⁶⁰

No esquema tradicional do direito punitivo e rivalizando com a pena, surgem as medidas de segurança com o intuito de “completá-la ou substituí-la”²⁶¹, visto que a pena clássica dada a sua rigidez dogmática era incapaz de fazer frente ao fenômeno da delinquência como a de assumir funções diversas das de cunho afitivo.²⁶²

O modelo dualista, que estabelece nitida diferença entre pena e medida de segurança muito embora tenha merecido maior acolhida não só por parte dos juristas como também continua a ser, nas diversas legislações porventura dominante, se encontra em “crise”.²⁶³

O dualismo rígido levado às últimas conseqüências práticas admite a aplicação sucessiva ao mesmo agente e pelo mesmo fato de uma pena e de uma medida de segurança. Assim, no caso dos imputáveis ou semi-imputáveis perigosos deverão primeiro expiar a sua culpabilidade com o cumprimento efetivo da pena imposta e logo cumprir com a medida de segurança apropriada. Nem se quer se cogita no agravamento do estado de

compromesso” no intuito de pacificar as tensas e ásperas relações que dominaram os intensos debates entre defensores da Escola Clássica e Escola Positiva sobre a natureza e função da pena. SCLAFANI, Francesco et al. Prospettive di riforma delle misure di sicurezza per autori di reato infermi di mente. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, anno XIII, n. 3-4, p. 595, giugl.-dec. 2002.

²⁶⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Consideraciones...* cit., p. 80. Tradução livre do autor. JAÉN VALLEJO, MANUEL. *Sistema de consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002, p. 51.

²⁶¹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, t.3, p. 261.

No sistema do duplo binário a reação penal denominada “medida de segurança” funciona como complemento ou substituto da pena. Observa-se o rol nitidamente secundário que é atribuído à medida de segurança no âmbito das reações criminais, visto que somente virá a entrar em cena como “complemento” ou em “substituição”, com o que se salienta tacitamente a sua vinculação ao protótipo de sanção penal (pena). Assim, a medida de segurança, surge e se desenvolve “à sombra” da pena.

²⁶² Depois de ressaltar a confusão existente em parte da doutrina que não chega a diferenciar a pena como ela é, daquela outra como se pretende que seja, Bruno enveredando pela trilha tradicionalista na concepção da pena, pontifica: “A pena é retribuição e aflição; retribuição em referencia ao fato cometido e à culpabilidade com que o agente o pratica; aflição, que se exprime na deliberada privação de um bem jurídico que se faz sofrer ao autor do fato punível. A medida de segurança nada tem de retribuição e aflição. A sua relação não é com o fato, mas com a perigosidade do agente, e a aflição que dela pode resultar é conseqüência necessária, mas não desejada, do meio empregado para executá-la”. *Direito...* cit., p. 261-262.

²⁶³ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Consideraciones...* cit., p. 80; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 203; MIR PUIG, Santiago. *Introducción...* cit., p. 67; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* cit., p. 420; Idem. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 158.

saúde psicofísico do interno, ou da periculosidade, tornando irracional e injusto ²⁶⁴ o sistema que sob o manto de um pretense "tratamento", "cura", nega-se a abrir mão da pena a qualquer preço, mesmo que este impossibilite ou na melhor das hipóteses retarde a almejada cura. Motivo pelo qual "se censura ao sistema da <<dupla via>> o fato de incidir numa lamentável <<fraude de etiquetas>> (*Etikettenschwindel*), que, além do mais conduz a um injusto <<duplo castigo>> (*Doppelbestrafung*)". ²⁶⁵

A favor do sistema da dupla via tem-se dito que conceitualmente encontra-se justificado porque repressão e prevenção são dois aspectos que interessam por igual ao Direito Penal, e que político-criminalmente pena e medida respondem a pressupostos e finalidades diferentes. Desta forma, a medida de segurança alivia a pena de uma pesada carga prevencionista e de defesa que não lhe corresponde.

O Binarismo é considerado autêntica garantia dos direitos do cidadão, única solução possível na qual as duas espécies de medidas penais se contrapõem com autonomia inconfundível. ²⁶⁶

Isto não significa que a pena não possa produzir outros efeitos como a intimidação, a prevenção, etc. Mas, ocorre que ditos efeitos são eventuais e marginais (*Nebewirkungen*) alheios à verdadeira essência da pena "(...) não dentro do seu recinto de atividade fundamental". ²⁶⁷

A pena tendo-se retirado aos seus princípios e ficado livre de "escórias estranhas e danosas" ²⁶⁸ brilha hoje mais do que nunca ao lado das medidas de segurança -

²⁶⁴ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 207; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal. Parte general*. 5. ed., corr. e atual. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 987.

²⁶⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 206. Tradução livre do autor. O sistema de acumulação (pena e medida de segurança) transforma-se na prática num alargamento da privação da liberdade, isto é, numa "criminalización subterránea", que aumenta deliberadamente a duração real da pena, sancionando duas vezes o mesmo comportamento. GONZÁLEZ RUS, Juan José. Comentários al Código Penal - Artículo 6. In: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al código penal*, Madrid: Edersa, 1999, p. 216. t.1. Em sentido contrário, Alfredo Echeberry considera que a adoção do duplo binário não é "un castigo suplementario, sino una disposición adoptada con miras a remover las causas de la tendencia a delinquir." *Derecho penal. Parte general*. 3. ed. ver. atual. Santiago: Jurídica de Chile, 1997, p. 230.

No caso da aplicação de medida de segurança privativa de liberdade em indivíduos necessitados de tratamento, resulta particularmente gravosa o cumprimento prévio de uma pena, tornando a aplicação da medida em tardia e quiçá inútil.

²⁶⁶ Nesta linha de raciocínio: "Para la pena, existir significa permanecer ligada al principio de retribución, para esta, existir quiere decir quedar incontaminada de todo elemento extraño, como la defensa, la prevención y la enmienda. También aquí resulta cierta la máxima evangélica de que no se puede servir a dos señores. Si la pena debe servirle a la expiación, no puede servirles a la prevención y a la defensa." MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1972, v. 2, p. 400.

²⁶⁷ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho...* cit., mesma página. Tradução livre do autor.

²⁶⁸ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho...* cit., p. 400. Tradução livre do autor.

argumenta-se. Estes princípios podem resumir-se em poucas palavras: "a pena castiga; para prevenir e corrigir existe a medida de segurança".²⁶⁹ No entanto e como pontifica Silva Sanchez tendo mudado as bases históricas que justificaram a permanência de esse sistema, modernamente atribui-se à pena funções preventivas.²⁷⁰

Por outro lado e desde um ponto de vista metodológico, tem-se advertido a necessidade de distinguir o plano teórico-conceitual do prático, na execução. Se no primeiro (plano teórico-conceitual) a distinção entre a pena e a medida assecuratória resulta evidente e reforça o sistema dualista, no plano da execução "os próprios seguidores do sistema binário reconhecem suas insuficiências e se mostram conformes com a necessidade dum tratamento unitário (...) sem que haja razão para que no julgamento dogmático do sistema de medidas sobressaia exclusivamente o matiz prático do fracasso, até o momento, de alguma delas".²⁷¹

Diante do processo de aproximação de penas e de medidas, "particularmente notável na zona <<comum>> das privativas de liberdade"²⁷², da identidade de funções que umas e outras cumprem, como do caráter inequivocamente afitivo²⁷³ das medidas de segurança (notadamente das privativas de liberdade), compreende-se o ceticismo de um setor da doutrina com relação à possibilidade de estabelecer nítidas diferenças entre as duas modalidades de sanção penal.

²⁶⁹ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho...* cit., mesma página. A pena argumenta-se é sanção repressiva, compensação do mal do crime. Incide depois da comissão do delito e porque tem se delinqüido (*quia peccatum est*), não para impedir futuros crimes, senão para retribuir o mal do delito com outro mal. A pena não previne, nem defende, nem cura, nem sana, nem reabilita, porque desvinculada de qualquer finalidade socialmente útil. A pena pressupõe homens livres e imputáveis. Por sua vez a medida de segurança, como reação preventiva, incide depois do delito (*postquam peccatum, non quia peccatum*). Pressupõe indivíduos que se encontram eventualmente fora do mundo moral. Coloca a pessoa perigosa na impossibilidade de causar dano ou de continuar a causá-lo. A pena se justifica como um fim em si mesmo, por seu valor axiológico intrínseco. Destarte, a repressão é nítida manifestação do direito penal da pena. A prevenção é a expressão do direito penal das medidas de segurança.

²⁷⁰ *Consideraciones...* cit., p. 80.

Desde uma ótica funcionalista a pena só pode ter natureza preventiva, seja de prevenção geral, positiva ou negativa, seja de prevenção especial, positiva ou negativa, não natureza retributiva. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões...* cit., p. 129.

²⁷¹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 204. Tradução livre do autor.

²⁷² GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 205. Grifo original. Tradução livre do autor.

²⁷³ O dualismo rígido que supõe uma separação extrema entre penas e medidas de segurança advoga por uma incomunicabilidade absoluta destas duas esferas de incidência repressiva no âmbito dos direitos individuais. Assim, tem se insistido sistematicamente em negar a torto e a direito o caráter afitivo da medida de segurança no intuito de diferenciá-la da pena. A medida de segurança viria a ser assim, nada mais que simples "terapia neutra", despojada de qualquer mal. SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. *Consideraciones...* cit., p. 80; SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Editora Argentina, 1973, v. 2, p. 404.

Defensor ardoroso do dualismo penal Manzini se insurge contra qualquer tentativa de unificação, visto que “a unificação num mesmo conceito significaria o retorno à confusão própria de ordenamentos primitivos”.²⁷⁴ Dessa forma, qualquer tentativa unificadora representaria simplesmente um retrocesso a estágios já superados de desenvolvimento da dogmática e legislação penais que não mereceriam maiores considerações. Esta volta ao passado não somente significaria um recuo inaceitável, senão traria como consequência lógica a introdução de um elemento (a unificação) que acabaria por dissociar o sistema de sanções penais.

Battaglini, também expressa seu repúdio à pretensão unificadora quando afirma: “Uma <<pena-medida>>, do tipo daquela almejada por Liszt com a denominação de “pena-de-finalidade” (*Zweckstrafe*), não seria mais pena – seria simplesmente medida de segurança. Do mesmo modo é inaceitável a doutrina positiva (Ferri, Garofalo, Florian, Grispigni) que queria juntar – com a denominação genérica de sanções (projeto Ferri 1921) – a pena propriamente dita e a medida de segurança”.²⁷⁵

A crítica que se formula à pretensão unificadora diz respeito ao perigo que a pena corre diante da medida de segurança. Isto é, por traz de um artificialismo meramente verbal “pena-medida”, a medida de segurança acabaria por “devorar” a sanção típica (pena), provocando o seu desaparecimento. Na verdade, a unificação das respostas penais sob a denominação de sanção não distingue os diversos meios de defesa social. Representando os imputáveis e os inimputáveis graus diversos de perigo, estariam a reclamar também soluções diversas.

O sistema monista, desvinculado de qualquer função preventiva, incapaz de responder eficazmente ao incremento do fenômeno delitivo e com fulcro no monopólio da pena retributiva entrou em crise de forma irreversível. Do mesmo modo o dualismo rígido, inflexível apresenta sérios inconvenientes no que diz respeito à execução das medidas de

²⁷⁴ *Tratado de derecho penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1949, p. 262. t.4.

Advogando pela nítida separação das duas espécies de providências penais chegou-se mesmo a cogitar a elaboração de dois códigos distintos. Um, cuidaria da responsabilidade e da pena (de natureza essencialmente repressiva), outro, apenas preventivo, trataria da periculosidade e das medidas de segurança. Esta foi por exemplo a posição de Birkmeyer, Longhi e Luis Jiménez de Asúa; pretensão hoje absolutamente superada.

²⁷⁵ *Direito penal* – parte geral. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Arnida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, EDUSP, 1973, v. 2, p. 21. No Brasil, destacam-se defensores do dualismo: Ataliba Nogueira, Madureira de Pinho e Nelson Hungria.

Nelson Hungria, depois de estabelecer sete diferenças essenciais entre as penas e as medidas de segurança, proclama nitidamente a sua opção dualista quando expressa: “(...) a pena é, conceitualmente, uma reação, um contra golpe em face do crime já praticado; a medida de segurança é um preventivo do crime que pode vir a ser praticado”. *Comentários ao Código Penal*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 9. v.3.

segurança que implicam privação da liberdade. Diante de tais inconvenientes se aventou “uma forma de superação parcial”²⁷⁶ de ambos os sistemas representado pelo “sistema vicarial ou substitutivo”.

4.2.3 Sistema Vicarial

Considerado por um setor da doutrina um passo decisivo na unificação dos instrumentos de combate à criminalidade e corretivo dos excessos do dualismo, surge o sistema vicarial²⁷⁷ como terceira posição e “solução de compromisso entre o sistema dualista e os monismos, ajustada às necessidades político-criminais contemporâneas (...)”²⁷⁸.

O também denominado “moderno sistema dualista” ou “neodualismo”²⁷⁹ permite que a execução de uma pena possa ser substituída por uma medida de segurança, mostrando-se assim, respeitosa com o princípio do *ne bis in idem*, com a reinserção social do infrator e com os fines preventivos do sistema penal. É também o sistema adequado à personalidade do autor.

A rígida separação entre o conceito, o fundamento, a natureza e fins das penas e das medidas de segurança hodiernamente abrem passo para dar lugar a uma preocupação desde uma vertente funcional ou de política criminal, orientada a superar o velho esquema “repressão” ou “prevenção”. Neste sentido a busca de soluções flexíveis e de compromisso visa destacar as zonas comuns e potencializá-las.²⁸⁰

²⁷⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Consideraciones...* cit., p. 86. Tradução livre do autor.

Nos sistemas contemporâneos, ainda que como bem destaca Miguel Polaino Navarrete é praticamente majoritário, (mesmo que não unânime) o reconhecimento de penas e medidas de segurança como instrumentos válidos de reação punitiva, “(...) el debate entre monismo y dualismo no se puede considerar al día de hoy zanjado (...)”; *Medidas de Seguridad <<inocuidadoras>> para delincuentes peligrosos?*. Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad. *Actualidad penal*, Madrid, n 38, p. 913, oct., 2001.

²⁷⁷ A raiz etimológica da palavra vicarial vem do latim “*vicarius*”, que significa o que substitui, aquele que faz as vezes. A maior característica do vicariato se encontra na “execução substitutiva”, eliminando assim os inconvenientes de uma execução simultânea, sucessiva de penas e medidas.

²⁷⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 214. Tradução livre do autor. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal*. Parte general. 5. ed., corr. e atual. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 987.

²⁷⁹ Frase de autoria de Miguel Polaino Navarrete. *Medidas...* cit., p. 913.

²⁸⁰ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 218. No sistema unitário (monismo atenuado) tenta se conciliar as necessidades de política criminal (defesa social) e as garantias (materiais, processuais e executacionais) em defesa do indivíduo (princípios de segurança e certeza).

No entanto, a adoção de uma resposta única frente ao fenómeno da delinquência, não significa um retorno à pena retributiva²⁸¹.

O chamado "monismo de novo cunho" (atenuado) ou "dualismo brando" (flexível) põe em evidência a comum função de ambas as respostas penais e a necessidade de rodear de garantias a imposição das medidas de segurança. Por outras palavras, pretende-se atribuir à pena o conteúdo e função própria das medidas, e cercar as medidas das garantias que em seu momento foram concebidas para as penas. Deste modo entende-se superado o problema tradicional monismo ou dualismo.²⁸²

García-Pablos de Molina enfatiza que no âmbito da execução e das funções que desempenham pena e medidas de segurança têm muito em comum, razão pela qual as diferenças de conceito e princípios passam a um segundo plano de considerações, já que: "as analogias e coincidências são superiores"²⁸³.

O sistema vicarial denominado "solução para o futuro"²⁸⁴, sem acabar se confundindo²⁸⁵ com o monismo acolhe grande parte dos seus ideais.

Não sendo ainda possível no estágio atual do desenvolvimento da dogmática penal prescindir por completo da distinção entre pena e medida de segurança, se salientam os pontos de contacto comuns, superando assim a opção pena ou medida.²⁸⁶

²⁸¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Consideraciones...* cit., p. 86.

²⁸² GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 218. A profunda crise dos conceitos e categorias clássicas reclamam uma redefinição orientada por exigências garantistas e de política criminal. Nesta linha de pensamento, na Espanha e com ocasião do novel diploma punitivo se aplaude "el processo irreversible de aproximación recíproca de pena y de medida de seguridad, optando por un sistema flexible y garantista de reacción unitaria al delito que pudiera denominarse << monismo de nuevo cuño >>". Idem, p. 219. Esta é a solução político-criminal adotada em Alemanha e que segundo Jescheck "(...) el dualismo entre penas y medidas que se deduce del principio de culpabilidad se aproxima durante el periodo de ejecución a la solución monista, a través de un flexible sistema de intercambio de las diferentes sanciones". *Tratado de derecho penal. Parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, v. 2, p. 1053, 1993.

Parte da moderna dogmática penal italiana, depois de criticar duramente o "doppio binário" e considerá-lo um sistema destinado a desaparecer, também se pronuncia a favor de uma postura unificadora. A unificação numa sanção única "con carattere retributivo e rieducativo" responderia assim a "proposta avanzata dalla dottrina penalistica (...)". CRESPI, Alberto et al. *Commentario breve al codice penale*. Padova: CEDAM, 1992, p. 198-199.

²⁸³ *Derecho...* cit., p. 218. Muito embora resulte nítida a diferenciação conceitual entre pena e medida, o Autor sublinha a semelhança existente no âmbito da execução das penas e medidas restritivas da liberdade. Ignorar esta similitude "(...) supone una autentica << estafa de etiquetas >>" - acrescenta. Idem., p. 236.

²⁸⁴ Frase de autoria de Hans Heinrich Jescheck, citado por GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 215; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo; JORGE BARREIRO, Agustín. *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 312.

²⁸⁵ A revisão ao qual tem sido submetidas penas e medidas de segurança gerou "una cierta aproximación de unas y otras que, sin llegar a confundirlas, redundan en el respeto de los derechos individuales". MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal - parte general*. 2. ed. revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 606.

No entanto, no momento dois ideais suscitam consenso científico. A necessidade social de estabelecer materialmente uma resposta única ao delito, resposta individualizada, adequada ao sujeito e ao fato cometido e, "(...) evitar uma injusta exasperação do castigo, restringindo ao máximo as hipóteses de acumulação de penas e medidas, colocando limites precisos à duração destas últimas".²⁸⁷

Hassemer e Muñoz Conde partidários de um sistema unitário de consequências jurídico-penais expressam que "não é uma questão de conceitos e distinções sistemáticas (culpabilidade-periculosidade; pena-medida), senão uma questão de eficácia político-criminal e de garantias jurídico-estatais. Neste sentido, o princípio vicarial (...) representa um grande avanço em direção à unidade das consequências jurídico-penais".²⁸⁸ Em decorrência, a busca de "objetivos comuns" a todas as consequências jurídico-penais respeitando as bases garantistas e político-criminais do Direito penal tradicional surge como uma grande missão do Direito penal que ainda fica por ser resolvida como uma unidade.²⁸⁹

4.3 Finalidades das medidas de segurança

Se por um lado na evolução histórica da teoria da sanção penal, relativamente à natureza e finalidades ou fins da pena²⁹⁰ e aos próprios fundamentos do *ius puniendi* estatal, observa-se uma marcada e profunda divergência doutrinária que ainda persiste, constituindo este contraste de posições o *punctum saliens* da denominada "luta de escolas".²⁹¹ Por outro lado, se adverte a existência de uma "estranha unanimidade no que

²⁸⁶ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 218; SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Consideraciones...* cit., p. 87.

²⁸⁷ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 219. Tradução livre do autor.

²⁸⁸ *Introducción...* cit., p. 166, 167. Tradução livre do autor.

²⁸⁹ *Introducción...* cit., p. 167. A execução das consequências jurídico-penais deverá nesta linha de pensamento estruturar-se do modo mais humano e digno possível.

²⁹⁰ Recordemos com Welzel que a preocupação do homem sobre o sentido e finalidade da pena tem estado presente: "desde que la reflexión filosófica acompaña su existencia". *Derecho penal alemán: parte general*. 12 ed. 3. ed. Castellana. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 328. Segundo Cury Urzua toda a gama de concepções sobre a natureza e finalidade da pena pode ser sintetizada na clássica pergunta: *Punitur quia peccatum est ut ne peccetur?* (Se castiga porque se há pecado o para que no se peque?). *Derecho penal: parte general*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1982, p. 48.

²⁹¹ SOUSA, Daniel Brod Rodrigues de. Controvérsias doutrinárias sobre a pena. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v.1, n. 1, jan./dez, 2002, p. 142; BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal*. Parte general. 3. ed. Madrid: Akal, 1994, p. 17.

pertine à função que corresponde às medidas de segurança: prevenir delitos em face do sujeito perigoso. Em outros termos: *a prevenção especial*.²⁹²

A fundamentação dogmática da prevenção especial ou individual como finalidade exclusiva das medidas de segurança encontra o seu alicerce na própria história²⁹³ e em razões político-criminais, destinadas a evitar, neutralizar a prática de fatos tipificados na lei penal como crime por parte dos inimputáveis.²⁹⁴

Desde uma vertente do Funcionalismo Teleológico parte da doutrina vem afirmando que além da finalidade preventivo-especial tida como finalidade primária ou prevalente das medidas de segurança, a **prevenção geral positiva ou de integração** assume um rol secundário, mas de forma autônoma, e não apenas de forma reflexa e dependente.²⁹⁵ Assim, nesta linha de pensamento a prevenção geral positiva no âmbito da medida de segurança teria como finalidade reforçar a convicção dos membros da sociedade na vigência da norma jurídica protetiva dos valores ético-sociais fundamentais para o

²⁹² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p.191. Grifo original. Tradução livre do autor.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Las...* cit., p. 68; MUÑOZ CONDE; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho...* cit., p.53; SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Consideraciones...* cit., p. 82; ANTUNES, Maria João. *Discussão...*cit., p. 97; LANDROVE DIAZ, Gerardo. *Las...*cit., p. 175; TERRADILLOS, Juan. *Peligrosidad social y estado de derecho*. Madrid: Akal, 1981, p. 129; RODRIGUEZ SANCHEZ, Ciro Félix. *Las medidas de seguridad*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 06 set. 2004; MIR PUIG, Santiago. *Introducción...* cit., p. 78-79; GONZÁLES-RIVERO, Pilar. El fundamento de las penas y las medidas de seguridad. In: *El funcionalismo en derecho penal*. 1. ed. Eduardo Montealegre Lynett (Coord.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003, p. 69; REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Obras completas*. Bogotá: Temis, 1998, p. 73; ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Parte general. 3. ed. ver. atual. Santiago: Jurídica de Chile, 1997, p. 231; BRAMONT ARIAS, Luis Alberto; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Código penal anotado*. Revisado y concordado por María del Carmen García Cantizano. 3 ed. Lima: San Marcos, 2001, p. 291; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Parte general. 2 ed. Lima: Grijley, 1995, p. 556; VILLAVICENCIO T. Felipe. *Código Penal*. 2 ed., aum. atual. Lima: Grijley, 1997, p. 247; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de derecho penal*. Parte general. Lima: Santa Rosa, 2000, p. 83; AMADEO, Sebastián José. *Acercas del concepto de las medidas de seguridad*. Disponível em: <<http://www.dereitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=9&id=1076>>. Acesso em: 06 set. 2004; PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência selecionada: leitura indicada*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 414; CRESPI, Alberto et al. *Commentario breve al codice penale*. Padova: CEDAM, 1992. p. 488; BOSCARRELLI, Marco. *Compendio di diritto penale: Parte generale*. Ottava ed. riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè, 1994, p. 321; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed., Bologna: Zanichelli, 1995, p.769.

²⁹³ Zaffaroni lembra o pensamento marcadamente autoritário que permeou a edição do Código italiano de 1930. Nesse contexto, os irmãos Rocco entenderam que as finalidades chamadas a serem atingidas pelas medidas de segurança, foram: "(...) a prevención especial ou individual exclusivamente mediante la adaptación moral y social del individuo a la sociedad o mediante la eliminación del individuo de la sociedad, o, mejor aún, mediante la inocuidad social material o física de él: nunca mediante intimidación y coacción psicológica individual sobre el autor del delito". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1987, v.1, p. 108.

²⁹⁴ BARREIRO, Agustín Jorge. *As medidas...* cit., p. 37.

²⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Acquitias, 1993, p. 427. Grifo original. Idem. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 143-149.

convívio social. Se a prática de um injusto típico por parte de um inimputável provoca alarma social, surge a necessidade de reafirmar contrafactivamente a ordem jurídica violada, restabelecendo através da medida de segurança a paz jurídica comunitária.²⁹⁶

Maria João Antunes contestando a posição de Figueiredo Dias entende que o Autor não distingue a medida de segurança da pena no plano das finalidades das reações criminais. Assim a “identidade de finalidades das reações criminais – pena e medida de segurança – facilita, indiscutivelmente, se é que não impõe mesmo, uma concepção do facto pressuposto fundada na transposição das características do crime do agente imputável para o facto do agente inimputável, com excepção de tudo quanto colida com o que, verdadeiramente, faz a diferença entre uma e outra: a culpa. Culpa que é pressuposto irrenunciável da aplicação da pena, mas sem qualquer espécie de desempenho no âmbito da medida de segurança”.²⁹⁷

Prevenção especial é a denominação da função genérica que cumprem as medidas de segurança (comum a toda classe de medidas) e funções específicas ou subfunções determináveis segundo a classe de medida: correção ou educação, asseguramento e tratamento.²⁹⁸

Questão complexa e discutida é saber se a função de segurança ou a de socialização deve assumir primazia como destaca Figueiredo Dias.²⁹⁹ Se a proteção dos bens jurídicos se encontra em questão aparentemente a função de segurança deve prevalecer, no entanto entendemos que a função de socialização e cura através do tratamento deve prevalecer à luz dos postulados garantistas do Estado Democrático de Direito fulcrado na dignidade da pessoa humana.

Consideramos de suma importância salientar que a pessoa portadora de transtorno mental tem o direito de ser tratada com humanidade, respeito e no interesse exclusivo de beneficiar a sua saúde, visando alcançar sua recuperação. O tratamento

²⁹⁶ Em contra desta última posição e defendendo a prevenção especial como *finalidade exclusiva* no caso do agente inimputável em razão de anomalia psíquica. ANTUNES, Maria João. *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 476 et seq. Grifo original.

²⁹⁷ *Medida...* cit., p. 477. Por outro lado, embora se reconheça que as medidas de segurança cumprem “de facto” funções de prevenção geral, no entanto, entende-se que “(...) no es necesario, desde un punto de vista preventivo-general, castigar a los inimputables, pues los sujetos normales los consideran distintos y no dejan de sentirse intimidados por las penas por el hecho de que aquellos no las sufran”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 28.

²⁹⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 191; CRESPI, Alberto et al. *Comentario breve al código penal*. Padova: CEDAM, 1992, p. 488.

²⁹⁹ *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aquitas, 1993, p. 424.

médico visará como finalidade permanente a reinserção (no âmbito familiar, laboral e social) do portador de transtorno mental, conforme o novo modelo de assistência em saúde mental implementada pelo governo federal mediante a Lei nº 10.216 (09/04/2001). Em resguardo da dignidade do paciente os meios terapêuticos, por exemplo, serão os menos invasivos possíveis.

Pelo exposto, a medida de segurança criminal cumpre uma finalidade de prevenção especial positiva. O tratamento médico (cura) e a ressocialização do doente mental delinqüente exsurge como prioridade em face à medida meramente assecuratória (inocuidação-segregação). Este ponto de vista encontra fundamento na Exposição de Motivos³⁰⁰ da nova parte geral do Código Penal, como na posição nuclear que a dignidade da pessoa humana desempenha no ordenamento jurídico.³⁰¹

A ressocialização como princípio fundamental na aplicação das medidas de segurança visa evitar também a “marginação social”.³⁰²

Quanto à prevenção geral negativa ou de intimidação, esta é ineficaz em relação ao doente mental delinqüente (inimputável) ou semi-imputável necessitado de especial tratamento curativo, por não possuírem capacidade de compreender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esta compreensão.³⁰³

4.4 A Legitimação das Medidas de Segurança

No âmbito da luta contra a criminalidade, parcela importante da doutrina tem atribuído às medidas de segurança um “fundamento exclusivamente utilitarista em

³⁰⁰ O caráter preventivo e assistencial da medida de segurança criminal se encontra expressamente consignado no § 87 da Lei 7.209/84. A ressocialização também se encontra enunciada como objetivo prioritário tanto da pena quanto da medida de segurança, capaz de proporcionar as condições para uma harmônica integração social do condenado e internado (art. 1º da Lei 7.210).

³⁰¹ O texto constitucional (Preâmbulo e arts. 1º, IIº, e 5º, *caput*, da CF) agasalha a noção do ser humano, como pessoa livre, digna e capaz, contrária a qualquer possibilidade de utilização como simples meio a serviço de finalidades outras.

³⁰² RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Ciro Félix. *Las medidas de seguridad*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 06-set. 2004. Tradução livre do autor.

³⁰³ Jaques de Camargo Penteado e Oswaldo Henrique Duek Marques destacam que “a prevenção geral, pela ameaça da pena, é inócua em relação aos inimputáveis, por não possuírem capacidade de entendimento ou de determinação”. Nova proposta de aplicação de medida de segurança para os inimputáveis. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n.58, set. 1999, p. 10.

comparação à finalidade ética de justiça que lhe corresponde à pena".³⁰⁴ Este fundamento utilitarista estaria representado pela "defesa da ordem jurídico-social contra o crime".³⁰⁵ Assim, a defesa do valor (ordem jurídico-social) primordial para a convivência humana "basta para a justificação jurídica e ética da medida de segurança".³⁰⁶

Posição extrema na defesa da ordem jurídico-social é a defendida por Welzel quem tentou justificar o uso das medidas de segurança privativas da liberdade com fulcro no pensamento da "liberdade e autonomia interna". Neste sentido, aqueles que não possuem liberdade, nem autonomia interna (enfermos mentais, titulares de más inclinações, predisposições, vícios ou hábitos perniciosos congêntos ou adquiridos), não estão legitimados para participar nem exigir a plena liberdade exterior. A participação em forma íntegra (plena) na vida comunitária encontrar-se-ia assim condicionada à possibilidade de se deixar influenciar (motivar) e reger pelas normas. Por outras palavras, toda liberdade social ou exterior justifica-se em tanto exista harmônica correspondência com uma liberdade e autonomia interior. Inexistindo condições de uma livre escolha em favor da norma, a aplicação das medidas de segurança privativas de liberdade tornar-se-ia automática.

Esta postura arbitrária desde já merece nosso total rechaço porque além de ignorar a eminente dignidade do ser humano (de qualquer ser humano), propugna uma inaceitável medida de segurança pré-delitiva, como reflete um pensamento carregado de preconceito e estereótipo que somente encontra explicação num Direito Penal de autor.³⁰⁷

A própria denominação de "delinquentes de estado" (doentes mentais) possibilitaria a aplicação de medidas extraordinárias e indispensáveis para a proteção da comunidade, em atenção às possíveis violações do Direito. Trata-se não somente de

³⁰⁴ BARREIRO, Agustín Jorge. *Las... cit.*, p. 83. Tradução livre do autor. Enquanto pretendeu-se fundamentar o Direito Penal em pressupostos éticos, apelando ao caráter retributivo da pena "la medida de seguridad se consideraba justificada, sin más, invocando el critério finalista de la defensa de la sociedad". *Ibidem*, p. 83.

³⁰⁵ BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 3, p. 285.

³⁰⁶ BRUNO, Anibal. *Direito... cit.*, p. 285. Bruno apesar de reconhecer um único fundamento utilitarista na defesa da ordem jurídico-social, admite que a sua proteção deverá ser feita pelos meios necessários sem abrir mão das garantias asseguradas pelo Direito, na restrição dos direitos individuais.

³⁰⁷ Bettiol, depois de qualificar a ideologia da defesa social como um conceito arcaico, de cunho naturalístico e politicamente totalitário, expressa: "Non si può in nome dell'utilità far perire il singolo perché il mondo sopravviva, ma il mondo deve perire perché la giustizia e la libertà del singolo abbiano ad essere salve". *Scritti giuridici*. Padova: Cedam, 1966, t. 2, p. 983. Para o Autor, o Estado tem um dever ético no desenvolvimento da sua ação "em ordem a curar os doentes, recuperar os tarados, educar os menores delinquentes". *Instituições de direito e de processo penal*. Trad. Manuel da Costa Andrade. 1. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1974, p. 188. A medida de segurança deverá ser pensada e aplicada em defesa da pessoa; isto é "libertar a pessoa humana da situação patológica em que se encontra". *Ibidem*, p. 188.

reprimir, mas de "prevenir, em nome de uma exigência de defesa social, de modo que a sociedade (o novo valor absoluto, para o marxismo) seja posta a coberto de todo o ataque que atinja os pressupostos da sua existência, conservação e progresso".³⁰⁸

Contemporaneamente convivem um Direito Penal do Fato, com um Direito Penal de Autor. Pretende-se que o Direito Penal do Ato ou Fato, seja o da culpabilidade; no entanto, junto à pena entra a medida de segurança pela "periculosidade" do autor. Destarte, a imposição de sanções legitima-se não por aquilo que se fez, mas tão somente por aquilo que eventualmente se pode vir a fazer. Este conturbado panorama reflete uma verdadeira "esquizofrenia jurídica".³⁰⁹

A finalidade genérica da defesa social traduz-se na prevenção de injustos típicos por parte de agente perigoso autor de um ilícito-típico. Finalidade global que no marco de um Estado Democrático de Direito reconhece que a aplicação da medida de segurança criminal é monopólio do Poder Judiciário intimamente vinculado aos princípios da necessidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade.³¹⁰

A simples defesa da ordem jurídico-social não pode legitimar a aplicação de uma medida tão incisiva e que admite intromissões tão amplas³¹¹ na esfera dos direitos individuais.

A "veste puramente factica, naturalística e pragmática"³¹² do princípio da defesa social desvinculada de qualquer sentido ético, constitui uma reação arbitrária e inaceitável que não se coaduna num Estado Democrático de Direito. Isto é, o reconhecimento de limites ao poder punitivo estatal "nos conduz além do utilitarismo e nos preserva de um poder estatal totalitário".³¹³ Com efeito, o princípio da defesa social

³⁰⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições...* cit. p. 45.

³⁰⁹ Ao cunhar a frase, Zaffaroni doutrina: "(...) por un lado se busca en la "retribución" un limite a la pena pero por otro se dejan las "medidas" libradas al tiempo que demande la obtención de su fin; por un lado se procura defender al hombre contra el avance del Estado, por un lado se le dan reglas lo más precisas al juez, pero por otro se le pone a su cargo una "función policial" para combatir "estados de autor". *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1987, v. I, p. 97.

³¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* cit., p. 429. Neste sentido uma medida de segurança somente poderá ser aplicada em defesa de um interesse jurídico relevante para a comunidade, proporcional à periculosidade do agente e a gravidade do injusto típico.

³¹¹ Roxin discursando sobre o fim da pena e das medidas de segurança entende que estas duas espécies de sanção penal diferenciam-se na limitação, mas não no fim. Sendo a tendência preventiva a mesma – acrescenta- "La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena". *Derecho...* cit., p. 105.

³¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* cit., p. 430.

³¹³ BARREIRO, Agustín Jorge. *Las...* cit., p. 84. Tradução livre do autor.

vinculado ao princípio da ponderação de bens conflitantes³¹⁴ limitados pela preservação da dignidade humana legitimam a aplicação da medida de segurança criminal – argumenta Figueiredo Dias.³¹⁵

Se o utilitarismo é inerente à fundamentação das medidas de segurança em contraposição à idéia de Justiça que inspira às penas, é de se ressaltar que em virtude do renovado auge das garantias liberais nas posições doutrinárias a proporcionalidade em sentido estrito como princípio normativo, valorativo, “apela a una ponderación de intereses desde perspectivas de justicia material”,³¹⁶ restrito pela observância fiel do princípio da dignidade da pessoa humana.

4.5 Medida de segurança pré-delitual

A relevância do fato punível (injusto típico) como pressuposto da medida de segurança criminal nos permite estabelecer uma primeira e substancial diferença em face às denominadas medidas de segurança pré-delitais.³¹⁷ Medidas que devem ser desde logo banidas do âmbito do Direito Penal porque a circunstância de inexistir um fato comprovativo da periculosidade criminal do agente não permite chamá-las “conseqüências jurídicas do delito”; como pelo fato da sua aplicação constituir seria ameaça aos princípios de ofensividade, certeza e segurança jurídica.

A ausência de fato típico que lese ou ponha em perigo concreto de lesão um bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*) relevante, permite distinguir na incriminação das medidas de segurança pré-delitais o objetivo de atingir simples estados ou condições existenciais. Isto é, se sanciona uma característica fundamental do ser humano, mas não

³¹⁴ A supressão ou limitação da liberdade de uma pessoa (imputável ou imputável) somente poderá ser feita “cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad”. ROXIN, Claus. *Derecho...*, cit., p. 105.

³¹⁵ *Ibidem* ..., cit., p. 433.

³¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El...* cit., p. 43.

³¹⁷ Os defensores da periculosidade pré-delitual ou ante delitual levando a extremos os postulados da Escola Positiva, pretendem sem sucesso justificar a intervenção do Estado frente à periculosidade sem delito. Argumenta-se que a incidência de uma sanção defensiva se encontra justificada, já que: “no existe razón alguna en virtud de la cual, el Estado deba esperar que se cometa un acto previsto como delito, para movilizar el mecanismo defensivo de la sociedad (...); diversos hechos o circunstancias de naturaleza no delictiva, pero igualmente reveladores de peligrosidad, son suficientes para justificar la aplicación de medidas preventivas de tratamiento” – para tanto, não será necessária “certeza absoluta” da comissão de delito, como também será mais do que “simple conjetura”. CIAFARDO, Roberto. *Criminología: publicación oficial de la Policía Federal Argentina*. Buenos Aires: López, 1971, p. 241.

uma conduta. No entanto, entendemos que o Direito como ordem reguladora de condutas, jamais pode, nem poderia apenar o ser, senão o fazer dessa pessoa.³¹⁸

Nesta linha de pensamento, Terradillos pontifica que "(...) a afirmação da existência da periculosidade criminal não é admissível enquanto não se revelar pela comissão de um delito. Assim, falar de periculosidade criminal pré-delitual é um absurdo lógico".³¹⁹

É o conceito lato de periculosidade social³²⁰ entendido como a simples possibilidade de realização de eventos sociais danosos, sem constituírem ainda delitos, resultantes de uma irregularidade ou anormalidade de conduta do indivíduo que conduziriam à aplicação de restrições à liberdade ambulatoria dos cidadãos, quando não à sua simples eliminação física.

A ambição última da teoria da periculosidade sem crime é estabelecer uma legislação especial punitiva para os marginalizados (*outsider*), degenerados, vadios, mendigos, rufiões, doentes mentais, alcoólatras, etc.³²¹ desprovida dos mais elementares direitos e garantias individuais, já que, a sua conduta representaria um mau exemplo para a convivência comunitária, além do que, demonstraria evidente menosprezo e inclinação para o crime.³²²

³¹⁸ Daí que "(...) además de la transgresión al principio de *"nullum crime sine conduta"* – que todo estado peligroso sin delito importa, traducen principios discriminatorios y racistas, propios de ciertos desvarios peligrosistas". ZAFFARONI, Eugenio R. El estado peligroso sin delito. In: *Sistemas penales y derechos humanos en America Latina*. Informe final. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 182.

³¹⁹ TERRADILLOS, Juan. *Peligrosidad social y estado de derecho*. Madrid: Akal, 1981, p. 133; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1986, p. 13. Contra MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2002, p. 15.

³²⁰ Observe-se que o Código Penal italiano disciplina a denominada *"pericolosità sociale"* no art. 203. No entanto, esta espécie de periculosidade não tem nada a ver com a periculosidade social in extenso. Como ensina Pagliaro "(...) *la pericolosità sociale, detta anche pericolosità criminale, è quello aspetto della capacità giuridica penale, che è richiesto in ordine ai rapporti sanzionati con misure di sicurezza*". *Principi di diritto penale*. Parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 647.

³²¹ Zaffaroni discursando sobre o estado peligroso sem delito, observa muito agudamente que: "Lo que el Estado le prohíbe a los ciudadanos con el tipo de injurias, se le atribuye a si mismo. Los órganos policiales, es decir, los poderes ejecutivos, establecen el monopolio de la injuria i de este modo pueden etiquetar a las personas como "prostitutas", "rufián conocido", "proxeneta", "homosexual", "pederasta", "vicioso", etc. El origen de esta ideología es claro: se trata de la clasificación entre personas <<decentes>> y <<peligrosas>> (...)". El estado peligroso sin delito. In: *Sistemas penales y derechos humanos en America Latina*. Informe final. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 196. Grifo original.

³²² A Lei espanhola de Periculosidade e Reabilitação Social de 4 de agosto de 1970 (Lei 26/70), sucessora da chamada Lei de Vagos e Meliantes de 1933, continha este tipo de dizeres em seu texto normativo.

Esta "extensão aberrante, apriorística, do estatuto do perigoso a grupos sociais pré-definidos"³²³ que não chegam a configurar um ilícito penal denotam tipos penais de autor, que pretendem "traduzir em figuras contravencionais a maioria das velhas categorias de estados perigosos"³²⁴ conflitam flagrantemente com os postulados do Estado Democrático de Direito ancorado na dignidade da pessoa humana.³²⁵

Um modelo democrático de prevenção e repressão do crime deve manter um equilíbrio razoável entre os interesses da sociedade e os do indivíduo infrator. O modelo que defendemos põe em destaque e prioriza a sua ancoragem constitucional. Nesta visão antropocêntrica do homem, a dignidade do ser humano cobra especial relevância, assim a punição da vadiagem (art. 59 LCP) e da mendicância (art. 60 LCP)³²⁶ contrariam o objetivo básico do Direito Penal de cunho liberal, visto que se sancionam simples estados ou situações pessoais, mas não condutas ou atos.

Se a luta contra o fenômeno da delinquência (prevenção, repressão) responde a um modelo determinado de sociedade (democrática ou autoritária), afigura-se-nos hoje inexplicável a manutenção das "contravenções relativas à polícia dos costumes" (vadiagem e mendicância) à luz do valor-fonte dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição Federal de 1988 (art. 1., III).

É de se destacar que tanto a contravenção de vadiagem quanto a da mendicância na concepção do legislador de 1941 têm como nota característica comum a "tendência à delinquência". Esta concepção anacrônica de um positivismo criminológico retrógrado hoje amplamente superado denota marcado preconceito e expressa um "direito penal de autor" incompatível com um Direito Penal garantista.

Na apologia ao mundo do trabalho³²⁷ se legitima um "higienismo social" pelo qual, reservamos o cárcere aos miseráveis, pelo simples motivo de serem miseráveis.

³²³ DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. *Psiquiatras, juízes e loucos: modelos de interação entre a psiquiatria e a justiça, na conjuntura das lutas pela cidadania plena e reforma psiquiátrica no Brasil*. Tese (Doutorado) Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1992, p. 122.

³²⁴ DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. *Psiquiatras...* cit., p. 119.

³²⁵ O desrespeito à dignidade humana é tal que: "(...) es suficiente reunir dos o três <síntomas> para <detectar> la forma de vida de una persona, encuadrarla en una adjetivación peyorativa y privarla de libertad". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El...* cit., p. 196.

³²⁶ Recorde-se que tanto a vadiagem quanto a mendicância não são tipos penais recentes. O Código Criminal do Império de 1830 já os previa.

³²⁷ O Brasil tem hoje um dos maiores índices de desigualdade social no mundo. Enquanto uma pequena minoria concentra boa parte da renda e das riquezas nacionais, amplas margens da população ficam a míngua, marginalizadas, sem dignidade e sem esperança. A "implantação do modelo social vinte por oitenta, ou melhor, a convivência de 20% de incluídos no espaço de 80% de excluídos" é a característica deste arquipélago de riqueza no meio dum mar de miséria. É a chamada *brasilização*. SILVA FRANCO, Alberto.

Como se isto não fosse pouco, agravamos este quadro dramático de desproporcionalidade na resposta punitiva tornando as meras contravenções (vadiagem e mendicância) em figuras que recebem tratamento mais impiedoso que crimes.³²⁸

A concepção de Estado de Direito encontra-se intimamente ligado à idéia de Democracia³²⁹ e de contenção do arbítrio estatal. Numa democracia não somente formal senão materialmente concebida o poder punitivo estatal não pode nem deve ignorar a eminente dignidade humana. Assim, a derrogação expressa dos tipos contravençionais vadiagem e mendicância se impõem por razões de estrita justiça. Do contrário, estar-se-ia validando mero exercício arbitrário do poder punitivo despida da palavra Direito.

A incompatibilidade entre os postulados dos Direitos Humanos e a idéia periculosista é evidente. O ser humano desde esta ótica é confundido com um mero objeto que merece suma cautela. A conduta desviada, a mera suspeita dos chamados "delinquentes de estado" exige privação de liberdade. Lembre-se que historicamente os Estados totalitários se utilizaram em grande escala deste tipo de medidas para atentar contra a dignidade da pessoa humana. Daí porque, imprescindível recordar a natureza subsidiária do Direito Penal, para limitar o exercício punitivo do poder Estatal através das penas e das medidas de segurança post-delituais.

Globalização e criminalidade dos poderosos. In: Podval Roberto (Org.) *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 252-253. Grifo original.

³²⁸ Enquanto delitos como: o furto, a apropriação indébita, o abuso de incapazes, o estelionato, a lesão corporal gravíssima, etc, são afiançáveis; conforme inc. II do art. 323 do Código de Processo Penal a vadiagem e a mendicância são inafiançáveis.

³²⁹ Como lembra Friedrich Müller, exclusão social e democracia são categorias incompatíveis entre si: a primeira leva inexoravelmente à ausência da segunda. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre: edição especial, out. 2000, p. 45.

5 A PERICULOSIDADE CRIMINAL

Na averiguação dos crimes violentos, desvendar o perfil psicológico da denominada "mente criminal" freqüentemente é apresentada como técnica moderna e revolucionária; no entanto, a idéia de predizer as características do potencial infrator ancorada em determinados rasgos fisionômicos, ou no seu comportamento, é antiga técnica permeada pela fascinação de classificar e antever a criminalidade.

Um dos exemplos mais antigos encontra-se, na *Iliada*. O poeta Homero ao descrever o caráter de Thersites, apresenta-o como um indivíduo feio e disforme, cuja aparência era sugestiva de marcada predisposição criminal.

De fato, noções muito similares surgiram com o desenvolvimento da Psiquiatria Positivista Italiana (*Freniatria*) que elevou à categoria de dogma absoluto a validade do modelo médico-psiquiátrico da prognose criminal.³³⁰ A estreita colaboração (*felice connubio*) entre a justiça e a psiquiatria, permitiu que aquela pudesse acudir com plena fé à psiquiatria, recebendo esclarecimentos e soluções percebidas como definitivas e indiscutíveis, porque científicas.³³¹

Deste modo, a função de defesa social fundada na categoria do "socialmente perigoso" que os freniатras tinham atribuído a sua "ciência", reforçou as estruturas manicomialis, como a obsessiva patologização de todo comportamento considerado "desviado".

A tutela da sociedade em face da conduta nociva do doente mental era de amplo consenso entre os freniатras, os médicos legais e antropólogos criminais através do

³³⁰ Ugo Fomari e Rossana Rosso consideram que a pericia psiquiátrica: "doveva essere - anche in assenza di ogni richiesta in merito - innanzi tutto uno strumento al servizio della prognosi di pericolosità, postulata di fatto per quasi tutti gli autori di reato (...)" Perizia psichiatrica e prospettive terapeutiche. *Rassegna Italiana di Criminologia*. Milano, anno 4, n. 1, p. 78, gen. 1993.

³³¹ "L'alleanza fra scienza e codice, il loro felice connubio, avevano per fondamento una visione della malattia mentale, che era allora comune alla psichiatria, alla società e al diritto (...) la pazzia conservava un preciso significato, nessuno poneva in dubbio che il folle fosse sempre, e per definizione, incapace, irresponsabile, inaffidabile, inattendibile, pericoloso, non in grado di gestirsi, inidoneo alla vita sociale, che fosse persona da isolarsi e custodirsi nel manicomio". PONTI, Gianluigi. Il dibattito sull'imputabilità. In: CERETTI, Adolfo; MERZAGORA, Isabella (Org). *Questioni Sulla Imputabilità*. Padova: CEDAM, 1994, p. 2. Grifo original. MERZAGORA, Isabella. Scene da un matrimonio. I rapporti tra psichiatria e diritto. In: CERETTI, Adolfo; MERZAGORA, Isabella (Org). *Questioni Sulla Imputabilità*. Padova: CEDAM, 1994, p. 102.

O "antico idílio" ente o direito e a psiquiatria permitiu que o pensamento linear (doença mental - crime) vigorasse como paradigma durante um longo período de tempo. No entanto, de modo instigante argumenta-se contemporaneamente que: " (...) la scienza psichiatrica, abbandonato l'onnipotente convincimento di tutto sapere sulla mente, ha maturato la consapevolezza dei propri limiti, acquisendo la certezza che non esistono certezze". PONTI, Gianluigi. Il dibattito... cit., p. 11.

etiquetamento psiquiátrico e do recurso a duas instituições totais: o manicômio civil e o manicômio criminal.

No entanto, a fé cega no dogma da validade do modelo médico-psiquiátrico, tem ruído, colocando numa profunda crise o saber e o agir psiquiátrico.³³²

Se no passado remoto a mentalidade cartesiano-organicista, determinista, era consenso tanto no Direito quanto na Psiquiatria, hoje observamos que o discurso das ciências *psi* é outro, muito mais focado e preocupado com o cuidado e cura do sofrimento humano, do que com a prognose criminal, a inocuização e a identificação das causas das doenças mentais.³³³ Deste modo “advém o princípio de colocar a doença mental entre parênteses, como forma de inverter a tradição psiquiátrica, que é a de colocar o homem entre parênteses para se ocupar da doença (...)”.³³⁴

Parafraseando Fornari, numa cultura sensível, crítica e aberta ao câmbio, cada vez mais afastada da preservação e justificação do sistema, o psiquiatra forense deverá deixar de atuar como simples integrante e reproduzidor mecânico (*leggitimatore*) das funções concretas de controle social penal.³³⁵

³³² Com lucidez Fornari doutrina: “ L’avvento della psicofarmacologia; lo sviluppo delle tecniche di trattamento psicologico e sociale; l’evolgersi dell’assistenza psichiatrica; il tramonto della concezione determinista e fatalista della malattia mentale; l’acquicizione che questa non è sempre e comunque uno <<stato permanente di servizio>>, ma può anche rappresentare un <<quid novis>> o un <<quid pluris>> che improvvisamente e drammaticamente insorge e altrettanto rapidamente si risolve, anche con << restitio ad integrum>>; la constatazione che il malato di mente è una persona il cui comportamento patologico mantiene/è mantenuto oppure modifica/è modificato dai sistemi sociali, culturali ed economico in cui è inserito; tutto ciò ha messo profondamente in crisi il sapere e l’agire psichiatrico”. Quale psichiatria forense. *Rassegna Italiana di Criminologia*, ano 1, v. 1, n 4, p. 360, ott., 1990.

³³³ “Anche lo psichiatra forense, quindi, (che sia tale o che sia un clinico che lavora anche in ambito forense) avverte sempre più l’utilità del <<curare>> e la futilità del <<predire>>”. FORNARI, Ugo. *Quale...cit.* p. 361. Grifo nosso.

³³⁴ AMARANTE, Paulo. Manicômio e loucura no final do século e do milênio. In: FERNANDES, Maria Inês Assumpção (Org). *Fim de século: ainda manicômios?*. São Paulo: IPUSP, 1999, p. 48. Grifo nosso.

A relevância da doença mental em face ao seu portador foi oportunamente salientada por Franco Basaglia, máximo expoente da chamada Psiquiatria Democrática Italiana, quando pontifica que: “(...) o doente foi isolado e colocado entre parênteses pela psiquiatria para que se pudesse ocupar de definições abstratas de uma doença, da codificação das formas, da classificação dos sintomas (...)”. *L’instituzione negata: relato di un ospedale psichiatrico*. Torino: Einaudi, 1968, p. 498. Tradução livre do autor.

³³⁵ FORNARI, Ugo. *Quale... cit.*, p. 361; GIANNINI, Ilario. *Le critiche sulla scientificità delle conclusioni peritali e sulla affidabilità dei giudizi prognostici in tema di pericolosità sociale psichiatrica*. Disponível em: http://www.crimine.info/public/criminologia/articoli/critiche_conclusioni_peritali.htm#n15. Acesso em: 26-10-2005.

Somos conscientes também que : “(...) nel settore psichiatrico dell’area giudiziaria, non si può nascondere che appare estremamente difficile cambiare la sclerotica realtà che ci circonda. È difficile modificare il senso comune, ed i modelli culturali e collettivi sono estremamente resistenti al cambiamento in profondità, in quanto qualsiasi pur modesta proposta di mutamento in questo campo mette in discussione le basi stesse della nostra cultura, modi di pensare ormai cristallizzati e sedimentati (...)”. TRAVERSO, Giovanni Battista. Il trattamento del reo infermo di mente: prospettive di riforma. In: CANEPA, Giacomo,

5.1 Princípio da periculosidade

A teoria da periculosidade ³³⁶ surge a partir do conceito de *temibilità* ³³⁷ de Rafael Garófalo no final do século XIX nitida expressão da Escola Positiva do Direito Penal.

Ao invés da Escola Clássica que concentrou os seus esforços dogmáticos no estudo do delito e na sua punição, a denominada “direção moderna” do Direito Penal considera o delito um sintoma de periculosidade. Esta nova orientação dogmática ao reemplazar a imputação subjetiva pela periculosidade, renunciou com fulcro no determinismo biológico e social a distinguir entre indivíduos imputáveis e inimputáveis. ³³⁸

O delinqüente, por sua vez, é visto como uma fera perigosa (*belva feroce*), “um sub-tipo humano” portador de um conjunto de anormalidades somato-psiíquicas. ³³⁹ Desse

MARUGO, Maria Ida (Org). *Imputabilità e tratamento del malato di mente autore di reato*. Padova: Cedam, 1995, p. 244. Grifo nosso.

³³⁶ O termo periculosidade indica, em sentido genérico, um estado de perigo. É a probabilidade de um dano iminente ou futuro. Mas quando se fala em periculosidade em sentido específico, isto é, em estado perigoso, procura-se formular um conceito jurídico-penal relativo ao ser humano, e não um conceito relacionado a coisas inanimadas, ou a forças físicas, ou a acontecimentos naturais. MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale*. Bologna: Zanichelli, 1951, v. 1, p. 344 - 345.

³³⁷ A Escola Positiva italiana, pretendendo mudar o centro de gravidade do sistema, com a obra de Garófalo (*Critério positivo della penalità*, Nápoles, 1880), sustentava que a pena deveria ajustar-se à *temibilità* do agente.

Num primeiro momento a “*temibilità*” é considerada como: “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal que se puede temer de su parte”. Mas, como Rocco observara, a referência à temibilidade não era feliz. A temibilidade expressa uma marcada impressão subjetiva, e é, realmente, a consequência da periculosidade.

Numa segunda fase, “e elevando-se a uma fórmula mais construtiva, se apoiou na inadaptabilidade”. BARBERO SANTOS, Marino. *Marginación social y derecho represivo*. Barcelona: Bosch, 1980, p. 12; BRUNO, Anibal. *A perigosidade criminal*. Recife: [s.n.], 1937, p. 10. Ferri não teve fortuna no uso do termo “inadaptabilidade social”. Finalmente foi acolhido na doutrina o termo “periculosidade” proposto por Jiménez de Asúa e Grispigni.

³³⁸ O Positivismo periculosista, como informa Zaffaroni: “(...) tuvo la gratuita osadía de proclamarse capaz de un juicio fáctico acerca de su posible reiteración, cuando en verdad no hacía otra cosa que confirmar el rol asumido por el agente conforme al estereotipo”. El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, v. 4, p. 16.

³³⁹ MECLER, K. Doença mental e periculosidade. *Arquivos Brasileiros de Psiquiatria, Neurologia e Medicina Legal*, v. 72, 2000, p. 232.

Muito antes do pensamento periculosista se tornar expressão do positivismo criminológico italiano, no século XV e no novo continente, teve marcada presença, quando o conquistador europeu, “temia que sus conquistados pudieren arrebatar lo obtenido o liberarse del sometimiento. El indígena y el esclavo eran vistos como seres peligrosos dispuestos a rebelarse en cualquier momento, razón por la cual, muchos eran custodiados, militarizados y castigados”. ALLER MAISONNAVE, Germán. *Peligrosidad y derecho penal*. In: *VIOLÉNCIA y peligrosidad en la sociedad de hoy*. Montevideo: Imprenta Rosgal SA., 2002, p. 12. Grifo nosso.

modo, "loucura e crime estão vinculados através da noção de periculosidade".³⁴⁰ O crime deixa de ser uma questão de moralidade para ser uma questão médica, psicológica e sociológica.

A periculosidade criminal pressuposto da medida de segurança "é uma maneira de ser, um estado permanente do sujeito, de que a prática de um crime é simples episódio denunciador, o sintoma de uma situação que existira antes dele e provavelmente depois dele".³⁴¹ Por outras palavras é o complexo de condições subjetivas e objetivas que permitem inferir da configuração biopsíquica do indivíduo e de fatores meio-ambientais a elevada probabilidade de repetição pelo agente, no futuro de fatos ilícitos-típicos.

O conceito de perigosidade ou periculosidade deita as suas raízes num juízo de probabilidade em face ao desajustamento social do indivíduo; assim, este teria a "possibilidade qualificada"³⁴² de vir a praticar ou tornar a cometer no futuro novos fatos ilícitos-típicos. Não se trata de um juízo de simples possibilidade, mas sim de uma evidente probabilidade, visto que, para as pessoas em geral, o delito é um fato "possível".³⁴³

A periculosidade criminal é em essência um juízo de prognose que se formula diante de certos indícios. É um juízo empírico sobre o futuro que se projeta sobre o fato e o sujeito que o praticou tendo em vista o que provavelmente poderá ocorrer. Pressupõe uma ordem social homogênea, rigidamente determinada ao qual o indivíduo deve sujeitar-se e que não admite ser questionada.³⁴⁴

³⁴⁰ PERES, Maria Fernanda Tourinho. *Doença e delito: relação entre prática psiquiátrica e poder judiciário no Hospital de Custódia e Tratamento de Salvador, Bahia*. Dissertação (Mestrado em Saúde Comunitária) - Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 1997, p. 40.

³⁴¹ BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 1, t. 3, p. 299.

³⁴² O termo pertence a DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* cit, p. 441. Grifo original.

Na doutrina espanhola utilizam-se as expressões: "alta probabilidad" e "relevante posibilidad" para se referir à categoria jurídica periculosidade criminal. Cf. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo; JORGE BARREIRO, Agustín. *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 40 e 300. Por sua vez, na doutrina italiana emprega-se a expressão: "rilevante attitudine a delinquere in futuro". Cf. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed., Bologna: Zanichelli, 1995, p. 769.

³⁴³ SOUSA, Moacir Benedito de. *O problema da unificação da pena e da medida de segurança*. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 78-79. Atente-se para o fato que a denominada "pessoa perigosa", "não tem um único perfil: não existe indivíduo que sob determinadas circunstâncias, não possa vir a se tornar perigoso". BAUER, A. et al. Reflections on dangerousness and its prediction: a truly tantalizing task? *Med Law*, v. 21, n. 3, p. 495, 2002. Tradução livre do autor.

³⁴⁴ A periculosidade depois de ser qualificada como um conceito genérico, potencialmente carregado de uma pluralidade de significados e por esta razão virtualmente polifuncional, é caracterizada como uma noção na sua substância próxima a do senso comum. Assim, a "pericolosità si presta infatti a fungere da comoda etichetta che canalizza un bisogno emotivo di rassicurazione nei confronti di gruppi di persone percepite di volta in volta come socialmente minacciose (...)". FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto...* cit, p. 770.

No entanto, é de se advertir que a pretendida "inerente periculosidade" do doente mental à luz dos novos conhecimentos da Psiquiatria é seriamente questionada, visto que, além de carecer de sustentação científica ³⁴⁵, reflete uma "distorção" funcional do ponto de vista da estrutura social apoiada na crença de que a loucura e o louco são intrinsecamente perigosos para a sociedade. ³⁴⁶

Tradicionalmente as noções históricas construídas ao redor do louco – criminoso representante do mais profundo e enigmático lado obscuro de cada ser humano – "acabam por adquirir um caráter <natural>, determinando assim condutas profissionais" ³⁴⁷.

A identidade doença mental e periculosidade é um exemplo nítido desta ideologia e ética da exclusão social ³⁴⁸ que erigiu "um mito que é falado, repetido, assimilado e que se tornou verdade, mas que não pode ser provado "cientificamente". O

³⁴⁵ A experiência tem demonstrado que a relação entre doença mental e delinquência é mínima, mesmo porque a maioria dos doentes mentais não pratica crimes. Os doentes mentais também não são mais perigosos que os indivíduos ditos sãos da mesma população. MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do Direito Penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 3, nov, 2001, p.113; GATTAZ, Wagner F. Violência e doença mental: fato ou ficção?. *Rev Bras Psiquiatr*, v. 21, n.4, 1999, p. 196,197; SALUD mental y medios de comunicación. *Guía de estilo*. Disponível em: <http://www.msc.es/enfermedades/Lesiones/saludMental/guiaEstilo/pdfs/Salud_Mental_Guia_de_estilo.pdf> Ministerio de Sanidad y Consumo. Acesso em: 02 oct. 2004; LA ESQUIZOFRENIA abre las puertas. Disponível em: <<http://www.esquizofreniaabrelaspuestas.com/estigma/violencia.htm>> Acesso em: 04 oct. 2004; MULVEY, Edward P. Assessing the evidence of a link between mental illness and violence. *Hospital and Community Psychiatry*, Washington D.C., v. 45, n. 7, p. 664, July, 1994; ROY, Renée. *Psychiatric disorders and violence*. Disponível em: <http://www.cpa-apc.org/Publications/Archives/CJP/1998/Dec/editoria.htm>. Acesso em: 20-10-2204; TEPLIN, Linda A. The criminality of the mentally ill: a dangerous misconception. *Am J Psychiatry*, v. 142, n. 5, p. 598, May, 1985; GARCÍA ANDRADE, José Antonio. *Psiquiatria criminal y forense*. 2. ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 257.

³⁴⁶ DANTAS JUNIOR, Alirio Torres. O manicômio judiciário e o conflito de identidade da Psiquiatria. *Revista ABP – APAL*, v. 9, n. 3, 1987, p. 105; THE MAC Arthur Community Violence Study. Disponível em: <<http://www.macarthur.Virginia.edu/violence.html>> Acesso em: 18 oct. 2004; WEILER, Martin A. Violence in the severely mentally ill. *Arch Gen Psychiatry*, v. 51, n.1, Jan., 1994, p. 71.

A ausência de critério científico na determinação da periculosidade como a submissão e servilismo em relação ao poder imposto: "(...) no hacía otra cosa que otorgar rango científico al prejuicio público y policial que identifica al loco – y a todo diferente – como peligroso. La idea de peligrosidad del diferente es fruto del orden policial: la policía entendida como garante de un orden homogeneizante siempre desconfía de lo diferente, porque al salir de lo normal entra en el campo de lo desconocido y, por ende, de lo sospechoso o preocupante". ZAFFARONI, Raúl Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho... cit.*, p. 884. Grifo nosso.

³⁴⁷ MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do Direito Penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 3, nov., 2001, p. 116.

³⁴⁸ A ética da exclusão social do enfermo mental ainda vigora com muita força. Tal exclusão implica: 1) a exclusão jurídica (pela interdição); 2) a exclusão nos assuntos do círculo familiar (os segredos, os pactos de dependência, a vergonha, a construção permanente de fracassos); 3) a exclusão no trabalho (a aposentadoria por doença incapacitante, a noção de emprego "de favor"); 4) a exclusão no processo educacional (o estigma das classes especiais ou do apontamento pelos colegas da situação de hipossuficiência); 5) a exclusão terapêutica (hospitais psiquiátricos)". CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Direito e saúde mental. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 3, nov, 2001, p. 79.

mito da negatividade, do perigoso, do criminoso, da sujeira, do abandono, da solidão, da tristeza, da pobreza, da vitimização".³⁴⁹

Resulta paradoxal que enquanto a psiquiatria biológica e positivista ainda persiste na associação ente doença mental (periculosidade) e crime, esta idéia "(...) esta completamente superada na psiquiatria e, não obstante, se conservan nas legislações penais disposições que se originaram nos tempos da psiquiatria ordenadora ou policial. A razão é que o prejuízo não tem desaparecido da opinião pública e, por isto, o poder punitivo – permanentemente comprometido com a geração de ilusões de segurança – é colocado em crise pela absolvição de um incapaz psíquico".³⁵⁰

Assim, com toda a razão a doutrina tem se pronunciado no sentido que "nenhum conceito tem sido por ventura mais discutido pelos penalistas nos últimos anos do que o de periculosidade. Cabalo de batalha na controvérsia das Escolas, ainda hoje não há consenso sobre o que é, nem sobre o que representa".³⁵¹

No âmbito nacional consideramos muito oportuno evidenciar o próprio exame de consciência que realiza a Psiquiatria Forense quando reconhece que o texto base que fundamenta a sua prática como serve de alicerce aos juristas "é o texto do psiquiatra forense Heitor Carrilho datado de 1940. Ou seja, a revisão do Código Penal de 1984, ao perpetuar a equação doença mental = periculosidade, parece não levar em consideração a

³⁴⁹ MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do Direito Penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, ano 1, n. 00, 2004, p. 183.

³⁵⁰ ZAFFARONI, Raul Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho...* cit. p. 884. Tradução livre do autor. Além de persistir "o preconceito social de que os doentes mentais são perigosos. No entanto, são raríssimos os casos de enfermos mentais que tenham praticado crimes de morte". PAIM, Isaias. A crueldade da medida de segurança. *ESMAGIS*, Campo Grande, n. 10, 2. sem, nov. 1997, p. 126.

Conforme Giovanni Batista Travesso, a periculosidade social desenvolveu-se e sobrevive no tempo enquanto cumpre algumas funções fundamentais: a) Uma função mítica, em relação à formação de estereótipos e mitos, que concorrem a tornar transparente e reforçar a insegurança do grupo social em face à manifesta violência de determinado indivíduo; b) Uma função instrumental, de legitimação, a exemplo, das práticas de internamento e segregação de indivíduos perigosos nas instituições totais em resposta a comportamentos violentos que ameaçam a integridade do corpo social; c) Uma função paradigmática em relação ao papel simbólico desempenhado pela noção de periculosidade no âmbito do direito penal; a etiqueta da periculosidade tem de fato a função de através do processo de exclusão do sujeito, de restabelecer a integridade do corpo social. *Il giudizio di pericolosità ed il suo accertamento. Riv It Med Leg*, Milano, v. 490, p. 1042, 1986.

³⁵¹ BARBERO SANTOS, Marino. *Marginación...* cit. p. 1; LANDRY, Michel. *O psiquiatra no tribunal: o processo da perícia psiquiátrica em justiça penal*. Trad. Jurema Franco Camargo. São Paulo: Pioneira EDUSP, 1981, p.75. Com razão Sidnei Corocine, ensina que: "(...) a periculosidade não tem na literatura científica obras que possibilitem sua melhor definição do que a apresentada em dicionários de língua portuguesa." *A fabricação da periculosidade: um relato sobre a violência das instituições*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003 p. 2.

evolução do conhecimento médico-psiquiátrico nestes últimos anos, tanto no plano da etiologia e diagnóstico, quanto no plano de prognósticos e tratamento".³⁵²

Por todo o exposto, vê-se que o enorme defasamento entre o Direito Penal das medidas de segurança e a evolução da Psiquiatria junto com o "nihilismo terapêutico" estão presentes vivamente na consciência social. Por esta razão, se argumenta que "nos tribunais brasileiros ainda se leva em conta o pensamento da escola positiva do século XIX".³⁵³

Em decorrência daquilo que vimos, entendemos que a associação linear doença mental e crime além de ser cientificamente infundada, "representa uma solução simplista diante da realidade observada".³⁵⁴ Esta associação automática e irreflexiva (mecanicista)

³⁵² MECLER, K.; MENDLOWCZ, Mauro V.; MORAES, Talvane de. A avaliação da cessação de periculosidade no hospital de custódia e tratamento Heitor Carrilho, no Rio de Janeiro. In: MORAES, Talvane de (Org). *Ética e psiquiatria forense* Rio de Janeiro: Ed. IPUB/CUCA, 2001, p. 248, 249; PAIM, Isaias. *A crueldade...* cit., p.119.

³⁵³ MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do Direito Penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 3, nov., 2001, p. 111; ESPINOZA IBORRA, Julián. *El tratamiento penal del enfermo mental en el nuevo código*. Disponível em <http://www.lab-fourmier.com/acm/21_64.htm> Acesso em: 31 oct. 2004.

Crítica similar deve ser aventada com relação a atual realidade jurídico-penal italiana. Neste sentido, Traverso informa: "The notion of dangerousness, upon which our penal code has based indeterminate detentive and nondetentive security measures for criminals considered totally insane (not imputable, thus not responsible) or partially insane (affected by a diminished imputability), remains fundamental, a kind of "milestone" for our correctional policies. It plays an essential part in our judicial decisions, and such is tremendously difficult to overcome (...)". The treatment of the criminally insane in Italy. *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 23, n. 5-6, 2000, p. 505-506. Grifo nosso.

³⁵⁴ PAIM, Isaias. *A crueldade...* cit. p. 119. Nesta mesma linha de raciocínio Arboleda-Flórez sublinha: "An association exists between mental illness and violence, but the many covariations that naturally affect the equation between them introduce uncertainties in establishing causality". *Mental illness and violence: an epidemiological appraisal of the evidence*. Disponível em: <http://www.cpaapc.org/Publications/archives/CJP/1998/Dec/flores.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2004; MULVEY, Edward P. Assessing the evidence of a link between mental illness and violence. *Hospital and Community Psychiatry*, Washington D.C., v. 45, n. 7, p. 667, July, 1994. Muito embora os inúmeros estudos jurídicos, psiquiátricos, sociais, etc., que existem sobre a violência e a doença mental, Giancarlo Nivoli põe em destaque a persistência do preconceito de causalidade única na gênese da violência. Em síntese: "ricercare nel malato di mente cause uniche e specifiche del suo comportamento violento, legate esclusivamente allá sua psicopatologia, non permetterebbe certo di ampliare, in modo adeguato, le conoscenze sul <<perché>> il soggetto ha aggredito e su <<cosa>> bisogna fare in tema di trattamento". *Malattia mentale e comportamento violento: psicodinamica e criterio prognostico imminente, condizionale e generico*. *Rassegna Italiana di Criminologia*. Milano, anno 5, n. 2, p. 300, apr., 1993.

Por outro lado, como informa o psiquiatra A. Bauer da Faculdade de Medicina da Universidade de Tel-Aviv (Israel), o modelo utilizado pelas ciências sociais e ciências do comportamento humano para explicar determinado fenômeno, era o chamado "1-to-1". Isto é, entendia-se a existência de uma única causa idônea a provocar determinada consequência. No entanto, este modelo que teve vigência até inícios da Segunda Guerra Mundial, foi superado pelo reconhecimento da existência de uma multiplicidade de fatores que contribuem para o surgimento dum determinado efeito. Isto é "there was no longer a simple 1-to-1 relationship between cause and effect. Each single cause was now a necessary but not, alone, a sufficient cause of the effect." *Reflections on...*cit., p. 497.

Por sua vez, Gianluigi Ponti considera que o conceito de causalidade no âmbito do psiquismo deve ser rechaçado, e "que non è possibile identificare alcun elemento di per sé sufficiente a provocare quell'effetto psichico, quella decisione, quell'atto, perché anche nel suo paziente più grave, sempre entra in gioco

que potencializa um arbitrário Direito Penal de autor, que ignora os profundos câmbios nos conceitos e na prática da intervenção psiquiátrica como no âmbito dos direitos civis e humanos dos doentes mentais, se choca frontalmente com os postulados de um Estado Democrático de Direito, nomeadamente no que diz respeito à dignidade da pessoa, despertando também fundadas preocupações desde a perspectiva do princípio da certeza do Direito.

Diante do colapso das ingênuas pretensões mecanicistas no intuito de alcançar um elevado grau de certeza na prognose criminal, assistimos ao deslocamento do modelo unívoco para o multifatorial. Assim, a periculosidade deve ser entendida “como o produto de um grande número de complexas variáveis, cujo peso e interação relativos são sabidamente insuficientes”.³⁵⁵

Hoje, em pleno século XXI devemos perceber as transcendentais mudanças que a nova legislação³⁵⁶ traz. Dessa forma o respeito pelos direitos humanos e os avanços da Psiquiatria impõem superar um erro secular caracterizado pela impossibilidade de recuperação social do doente mental, como do modelo hospitalocêntrico. A desconstrução de o velho modelo asilar torna-se imperioso para não sucumbirmos ao pensamento de uma época já muito distante que se nega de modo contumaz a aceitar o diferente.

O discurso alienista contentou-se simplesmente em “retirar de circulação”³⁵⁷ os doentes mentais, porque incomodam “para um lugar perverso e de desamparo, para “adaptá-los” a uma vida social em que predomina uma realidade que não lhes pertence”.³⁵⁸ A desconstrução das instituições com características asilares, não somente deve limitar-se à instituição manicomial “mas também as idéias, as noções e os preconceitos que a acompanham e modelam, e que são parte do imaginário mesmo daqueles que, conscientemente, desejam destruí-la”.³⁵⁹

l'imponderabilità della scelta individuale. I concetti di causa e di effetto fanno parte di un bagaglio positivistico, ed egli li riconosce oggi come inutili, inadeguati, addirittura come fuorvianti in psichiatria". Il dibattito... cit., p. 12. Grifo original. BAUER, A. Reflections on... cit., mesma página.

³⁵⁵ BAUER, A. *Reflections on... cit.*, p. 496. Tradução livre do autor.

³⁵⁶ Estamos nos referindo à 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.

³⁵⁷ Assim como o médico sanitário diante do perigo de doenças transmissíveis lança mão de medidas preventivas no intuito de anular a disseminação, a psiquiatria biológica e o positivismo criminológico impõem o “seqüestro profilático” dos doentes mentais delinquentes.

³⁵⁸ MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do Direito Penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, ano 1, n. 00, 2004, p. 183.

³⁵⁹ BARROS, Denise Dias. Cidadania versus periculosidade social: a desinstitucionalização como desconstrução do saber. In: AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Org.) *Psiquiatria social e reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Ed. FIOCRUZ, 1994, p. 191; PITTA, Ana Maria Fernandes; DALLARI, Sueli

Por outro lado o pressuposto da medida de segurança radica num juízo de probabilidade de prática de crimes no futuro. Este juízo como qualquer prognóstico representa somente um simples cálculo de probabilidades que põe em sério risco a segurança jurídica do indivíduo "com fulcro na incerteza que a acompanha".³⁶⁰

A natureza imprecisa e intuitiva dos métodos de avaliação do risco de periculosidade é tal que as meras expectativas de comportamento futuro têm sido chamadas de "adivinhação"³⁶¹ e comparadas ao prognóstico do tempo (*forecasting*).³⁶² Logo, pretender reduzir a enorme complexidade da natureza do ser humano a uma massa homogênea, pasteurizada que deve responder sempre e da mesma forma aos diversos testes, é ignorar as ulteriores modificações do mundo circundante do sujeito impossíveis de completa previsão, como as subjetividades a que o profissional (perito)³⁶³ se encontra submetido.³⁶⁴

Gandolfi. A cidadania dos doentes mentais no sistema de saúde do Brasil. *Saúde em debate*, n. 36, out. 1992, p. 20.

³⁶⁰ BARREIRO, Agustín Jorge. *Las medidas de seguridad en el derecho español*. Madrid: Civitas, 1976, p. 134. Tradução livre do autor. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo Medidas de seguridad y estado de derecho. In: *Peligrosidad social y medidas de seguridad en la ley de peligrosidad y rehabilitación de 4 de agosto de 1970*. Valencia: Universidad de Valencia, 1974, p. 362; DEAN, Malcolm. Preventive detention for people with personality disorders. *The Lancet*, v. 354, July 31, 1999, p. 403.

³⁶¹ GONZALES RUS, Juan José. Comentários al Código Penal – Artículo 6. In: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al código penal*. Madrid: EDERSA, 1999, p. 239. t. I. Nesta linha de pensamento Vives Antón, pontifica: "Cabe concluir que nem a Biología, nem a Sociología, nem a Psicología, se acham condições de fundamentar teoricamente um prognóstico de periculosidade. Situação que pode corresponder a um imperfeito desenvolvimento dessas ciências, mas não se pode descartar que obedeça a que se está buscando o que não existe." Métodos de determinación de la peligrosidad. In: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Peligrosidad social y medidas de seguridad*. Universidad de Valencia, 1974, p. 410. Tradução livre do autor. MIDDENDORF, Wolf. *Teoría y práctica de la prognosis criminal*. Trad. José María Rodríguez Devesa. Madrid: Espasa-Calpe, 1970, p. 107.

³⁶² Farnham e James do Departamento de Psiquiatria e Ciência da Conduta da Escola de Medicina da Universidade de Londres, depois de questionar e qualificar de espúria a validade científica das "actuarially-based checklists" (tábuas de prognóstico) asseveraram: "The forecasting of dangerousness remains like that of the weather – accurate over a few days, but impotent to state longer-term outcome with any certainty". "Dangerousness" and dangerous law. *The Lancet*, v. 358, dec. 8, 2001, p. 1926; VIOLENCE and Mental Illness. Disponível em: <<http://www.psych.org/public-info/violence.pdf>> Acesso em: 10 oct. 2004; CONSTITUTIONAL rights and mental illness. Disponível em: <<http://www.nmha.org/positio/ps17.cfm>> Acesso em: 18 oct. 2004. Contra MONAHAM, John et al. *An actuarial model of violence risk assessment for persons with mental disorders*. Disponível em <<http://ps.psychiatryonline.org>>. Acesso em: 25 oct. 2005.

³⁶³ O perito deve desvencilhar-se de seu tradicional papel de agente da ordem, para se tornar um agente de saúde. No entanto: "there is still an evident danger that the forensic psychiatrist may too easily fall in with the system in which he works. Doctor, are, conservative by nature and may become agents of social control by default. It is possible for the psychiatrist to assume the part of a second prosecutor, his statements sounding like condemnations rather than evaluations". WHO REGIONAL OFFICE FOR EUROPE. *Forensic Psychiatry*. Siena, 1975, 13-17 October. COPENHAGEN, 1977, p. 32. Grifo nosso.

³⁶⁴ É de se advertir que a prognose estatística está intimamente vinculada à cláusula *rebus sic stantibus*. Destarte, o mundo circundante tal e como é avaliado no momento da prognose deve permanecer de modo constante e uniforme, sem ulteriores modificações. O indivíduo submetido a exame também deverá estar livre de situações que possam vir a influir decisivamente no resultado da avaliação.

Mesmo se fosse possível predizer o comportamento de um grupo de modo exato, nunca será possível predizer o comportamento individual, sendo possível tão somente atribuir escores de probabilidade a um comportamento individual futuro.³⁶⁵

Destarte a prognose criminal, “não sendo a probabilidade certa, faz-se depender a imposição de uma medida de segurança de um elemento incerto”.³⁶⁶ O juízo de prognose intrinsecamente inseguro além da profunda crise e descrédito pela qual atravessa se caracteriza por um “*deficit di precisione*”³⁶⁷ que coloca em tela de juízo a legitimidade constitucional da medida de segurança, visto que, é um conceito carente de autêntico fundamento científico que tem servido para potencializar os excessos e desvios que em nome da “prudência”³⁶⁸ e de supostas exigências de combate à criminalidade e defesa social deságuam em flagrantes discriminações, em estabelecimentos hospitalares psiquiátricos de tratamento e cura, meramente de fachada que privilegiando a simples custódia e intimidação excluem duplamente o interno: por ser doente e por ser criminoso.³⁶⁹

A precariedade e vagueza (*l'aleatorietà*)³⁷⁰ do juízo hipotético (prognose criminal) pelo que ficou dito está em evidente contradição com as mais elementares exigências de segurança jurídica, correndo o sério risco de se tornar arbitrária.

A necessidade de atingir um nível de segurança maior na avaliação da periculosidade tem levado o Maranhão aduzir que: “Um critério seguro a ponto de afastar erros repetidos ainda não pode ser alcançado e não se pode afirmar que um dia o seja”. MARANHÃO, Odon Ramos. *Elementos para a pericia médico-legal na avaliação da periculosidade*. Tese (Livre docência de Medicina Legal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1963, p. 7.

³⁶⁵ WHO REGIONAL OFFICE FOR EUROPE. *Forensic...* cit., p. 31. Tradução livre do autor.

³⁶⁶ BARBERO SANTOS, Marino. *Marginación...* cit., p. 21; Tradução livre do autor. BARREIRO, Agustín Jorge. *As...* cit., p. 45; GIANNINI, Ilario. *Il problema dell'accertamento della periculosità sociale*. Disponível em: <<http://www.crimine.info/public/criminologia/articoli/accertamento_pericolosita.htm>> Acesso em: 14 dez. 2004.

³⁶⁷ O termo é de autoria de MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 242.

³⁶⁸ Na lógica do sistema, argumenta-se: “A justice system says that it is better for ten guilty men to go free than for one innocent man to be convicted, whereas a predictive system says that ten non-dangerous men should be kept in prison rather than allow one dangerous man out”. WHO REGIONAL OFFICE FOR EUROPE. *Forensic...* cit., p. 30. No mesmo sentido Fornari doutrina: “(...) nell'ottica del sistema della giustizia e del controllo sociale, meglio se predice in positivo che in negativo”. *Quale psichiatria forense*. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, anno 1, v. 1, n 4, p. 361, ott., 1990. Grifo nosso.

³⁶⁹ ZAFFARONI, Raul Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho...* cit. p. 67; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso...* cit., p.244; MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed., rev. atual e ampl. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 201; ESPINOSA IBORRA, Julián. *El tratamiento penal del enfermo mental en el nuevo código*. Disponível em: <http://www.lab-fournier.com/aem/21_64.htm> Acesso em: 31 oct. 2004.

³⁷⁰ Depois de colocar em destaque o forte conteúdo emocional e a carga sugestiva intensa que os termos <<*pericoloso*>> e <<*pericoloso*>> trazem em si, com fulcro em Ennis e Litwak, Maria Grazia Terzi doutrina:

Na medida em que a prognose criminal legitima a intervenção estatal mais aguda e sensível na esfera íntima dos direitos individuais da pessoa baseada numa arbitrária antevisão de futuro, entendemos constituir esta intervenção um "sério desafio à idéia democrática de controlar o crime com base em factos passados".³⁷¹

A existência de um discurso duplo das medidas de segurança: função teórica que privilegia a finalidade terapêutica-ressocializante e, a função real, prática, de cumprimento efetivo da medida, na qual se privilegia sobremaneira o aspecto retributivo e de custódia semelhante ao das penas privativas de liberdade, permite-nos afirmar que por traz do discurso tutelar que se apresenta com roupagens garantísticos e de respeito a dignidade da pessoa, pulsa uma pena cruel, inumana e indeterminada.³⁷²

Uma amostra evidente do discurso duplo que permeia as medidas de segurança se encontra na denominada "sentença absolutória imprópria". Argumenta-se que a sanção penal a que deve se submeter o autor do fato é feita mediante uma "sentença absolutória".

Se o que realmente determina a natureza jurídica de um instituto é o seu real conteúdo e não a sua simples denominação, finalidade ou posição dentro do sistema resulta surpreendente absolver alguém e, no entanto, submetê-lo à execução de sanção penal tão drástica e indeterminada em sua duração.

"(...) l' aleatorietà del giudizio psichiatrico sulla pericolosità: uno psichiatra che si accinga a formulare tale giudizio avrebbe le stesse probabilità di successo di una persona che si affida al lancio di una moneta per prendere una decisione (...)". E acrescenta "(...) perché se << è possibile prevedere comportamenti aggressivi e violenti nell'ambito di un episodio psicopatologico particolare, non appare possibile una previsione a lungo termine, quale quella richiesta dal magistrato >>". In Tema di Pericolosità Sociale Psichiatrica. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, anno 4, n. 2, apr., 1993, p. 372.

³⁷¹ ROTMAN, Edgardo. O conceito de prevenção do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, fasc. 3, p. 32, ju./set.1998. É a mera virtualidade do infrator penal que o torna "perigoso", daí porque "julgar o futuro com os horizontes do passado torna-se cada vez mais difícil". FERRAZ, Tércio Sampaio. Liberdade e responsabilidade penal. *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, 1979, p. 64. Com razão Fragoso, ensina: "Em suma, o que se tem a dizer é que não há métodos científicos para determinar a periculosidade, que é um conceito vago e indeterminado, sendo o procedimento judicial de sua verificação fundado na intuição do juiz, com critérios de evidente irracionalismo". Sistema do duplo binário: vida e morte. In: *Studi in Memoria di Giacomo Delitala*. Milano: Giuffrè, 1984, v. 3, p.1924.

³⁷² Nesta linha de pensamento argumenta-se que: "A mais rigorosa pena criminal é menos cruel que as medidas de segurança detentivas. A verificação desse fato está na origem da tendência desinstitucionalizadora da atual legislação penal brasileira". SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 308.

Idéias preventivistas e utilitaristas podem fazer que um Direito penal democrático se transforme num mero exercício arbitrário do poder estatal. Neste sentido "a idéia de perigosidade abre um flanco vulnerável ao sistema democrático de garantias contra a intervenção estatal injustificada. Os princípios jurídicos podem ser facilmente violados através de uma <<troca de etiquetas>>, tais como denominar << terapia >> ou << tratamento penitenciário >> a formas de privação de liberdade que de outra maneira seriam consideradas ilegais". ROTMAN, Edgardo. *O conceito...* cit., p.327-328.

O artifício verbal pelo qual se pretende descaracterizar a execução de sentença condenatória transitada em julgado tenta inutilmente ignorar a imposição velada de uma verdadeira "sequestração definitiva".

Um outro paradoxo pode ser advertido na fixação do "prazo mínimo" de duração. Se o que se procura com o discurso teórico é o cuidado, tratamento e cura do inimputável afigurasse-nos absurdo defender um prazo mínimo qualquer seja este. A determinação do prazo mínimo de duração serve para reforçar o estereótipo da existência de uma relação causal simples e unidirecional entre doença mental e periculosidade "(...) evidenciando, também, que a medida de segurança não se desvinculou senão nominalmente da pena. Permanece ligada à idéia de proporcionalidade com o bem jurídico lesado e ao castigo, desatenta ao seu sentido médico".³⁷³

5.2. Periculosidade Criminal Presumida

Em 1984, a Parte Geral do Código Penal brasileiro foi revista acabando com o velho sistema do duplo-binário, extinguindo a periculosidade presumida para os imputáveis. No entanto, a periculosidade presumida não fique explícita no atual Código aos inimputáveis, estes, conforme o art. 26, caput combinado com o art. 97, deve se submeter obrigatoriamente à medida de segurança, que consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Se o fato previsto como crime for punível com pena de detenção, a medida de segurança poderá ser tratamento ambulatorial. A medida de segurança somente poderá ser suspensa mediante a realização do chamado Exame de Verificação de Cessação de Periculosidade.

Em termos gerais, se "o perigo é um fator que funciona como pano de fundo invariavelmente presente nas relações pessoais e faz parte de cada potencialidade individual"³⁷⁴, vê-se que o perigo ficou restrito ao inimputável através da presunção normativa absoluta.

³⁷³ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Manicômio judiciário e medida de segurança alternativas. *Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*, Brasília, DF, ano 18, n. 43, jul. /dez., 1981, p. 58; MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Direito...* cit. p. 20. Com agudeza Fragoso oportunamente já advertira: "O critério segundo o qual o prazo mínimo da internação se fixa em função da pena cominada ao crime, é simplesmente absurdo. Percebe-se aqui a hipocrisia do sistema. Se a medida de segurança se funda na periculosidade, esta é que deve ser critério para regular o prazo de internação", Sistema do duplo binário: vida e morte. In: *Studi in Memória de Giacomo Delitala*. Milano: Giuffrè, 1984, v. 3, p. 1925. Grifo nosso.

³⁷⁴ BAUER, A. *Reflections on...* cit., p. 498. Tradução livre do autor

A redução do âmbito da periculosidade ao doente mental delinqüente reforça a equação unidimensional "periculosidade-loucura", isto é, o "louco é necessariamente perigoso".³⁷⁵ A loucura termina por justificar em nome de um risco que não se pode nem se deve correr, a exclusão, portanto, a punição da doença.

A postura da legislação punitiva não obstante a reforma de 1984 e a pretensa finalidade preventiva assistencial da medida de segurança (conforme § 87 da "Exposição de Motivos") denotam uma posição marcadamente discriminatória despida de fundamento científico, visto que o texto legal adota a presunção absoluta de periculosidade. Destarte, a aplicação da providência terapêutica – assegurativa aos inimputáveis será feita sem a elaboração de qualquer exame ou juízo específico de periculosidade.

Em face do automatismo provocado pela presunção normativa de periculosidade, entendemos que "o juiz se acha, no caso, totalmente robotizado"³⁷⁶, além do que se torna altamente questionável a qualidade de pena como critério para a escolha da espécie de medida de segurança.

O magistrado obrigado a submeter-se à compulsória aplicação duma fórmula pasteurizada carente de fundamentação científica, leva-o ao risco daquilo que Alfredo Augusto Becker, denominou de "coisificação do Direito". O campo decisório do juiz tornou-se sumamente estreito e o arejamento do Direito em decorrência das mudanças sociais, tornou-se inexistente.

Nesse contexto entendemos que não pode mais vigorar a presunção normativa absoluta de periculosidade do inimputável. Presunção normativa que além de ser

³⁷⁵ DELGADO, Pedro Gabriel. *As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil*. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992, p. 32. Por outros termos, "a medida de segurança fica restrita hoje apenas para os doentes mentais que forem considerados penalmente inimputáveis, o que acaba vinculando a periculosidade social às doenças mentais e estigmatizando os portadores das mesmas. Assim, com essa mudança do nosso código, no Brasil apenas os doentes mentais passaram a ser considerados perigosos. Isto fez com que o público leigo muitas vezes tenha feito uma associação errônea entre doença mental e criminalidade". COHEN, Cláudio. A periculosidade social e a saúde mental. *Rev Bras Psiquiatr*, v. 21, n.4, 1999, p. 197.

³⁷⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Presunção normativa de periculosidade e garantias constitucionais*. Seleções Jurídicas, São Paulo, dez. 1983, p. 46. A conduta robotizada do juiz de hoje "(...) é o resultado final de um petrificante processo positivista, de uma visão compartimental de suas atividades, de uma compreensão burocrática dos feitos submetidos a seu julgamento e de uma postura insegura e corporativa (...) E a submissão à lei é de total ordem que, mesmo quando ela se mostre em flagrante colisão com o conteúdo material da Constituição é dever do juiz salvá-la a qualquer preço (...) De tanto girar em torno do eixo do direito construído, o juiz acaba por alongar-se da realidade exterior e por criar mentalmente um mundo autônomo. Essa perigosa espécie de autismo encontra reforço ainda na visão compartimental de seu saber. O juiz atual está satisfeito com os seus conhecimentos e prescinde da influencia e, não raro, até mesmo da comunicação de outros saberes". FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. In: MESSUTI, Ana; SANPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (Compiladores) *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: Universidad, 2001, p. 100. Grifo nosso.

eminentemente subjetiva e circunstancial, ostenta um déficit empírico científico que no caso brasileiro adota proporções singulares em face da mudança de mentalidade que a novíssima legislação impõe como necessidade de redirecionar o modelo assistencial em saúde mental e proteger de melhor forma os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais.³⁷⁷

A *praesumptio iuris et de jure* de periculosidade não se coaduna com os postulados liberais de um Direito Penal democrático, nem com os princípios do Estado Democrático de Direito. Se de um lado o ordenamento punitivo trata o doente mental de forma muito mais gravosa que os imputáveis ou semi-imputáveis, visto que a presunção de periculosidade não vigora nestes dois casos. De outro lado, a periculosidade prejulgada conflita frontalmente com a presunção de inocência ao tabelar uma resposta dura e extrema como a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico em atenção ao tipo de pena prevista para o crime. Daí porque o critério de dispensar a averiguação judicial e presumir a periculosidade criminal do inimputável em virtude da doença mental além de resultar “*especialmente inaceitável*”,³⁷⁸ luta-se pela sua exclusão do âmbito penal³⁷⁹, como pela inconstitucionalidade da medida de segurança.³⁸⁰

Importante salientar que o Código Rocco de 1931 transcendente fonte de inspiração de seu similar brasileiro de 1940 tem sofrido há algum tempo notáveis modificações fruto do avanço da chamada “Psiquiatria Democrática” Italiana no que diz respeito às medidas de segurança, mas que lamentavelmente até agora não mereceram idêntica atenção neste lado do Atlântico. Assim, em 13 de maio de 1978, depois de mais de 10 anos de intensos debates na Câmara e no Senado italianos foi aprovada a Lei 180 de Reforma Sanitária e Assistência Psiquiátrica.

A Lei 180 (modificada pela Lei 833) revoga a antiga Lei 36 de 14 de fevereiro de 1904 (Lei Giolitti) na qual a internação era principalmente regulada através do juiz de primeira instância e pelo Tribunal de Justiça. Em caso de urgência esse expediente poderia

³⁷⁷ Estamos nos referindo à Lei n. 10.216/2001.

³⁷⁸ Silva Sanchez pontifica agudamente: “En efecto, lo que resulta especialmente inaceptable es la presunción de peligrosidad a partir de la constatación de la enfermedad y de la comisión del hecho antijurídico”. *El nuevo Código Penal*; cinco cuestiones fundamentales. Barcelona: Bosch, 1997, p. 43.; MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Direito...* cit., p. 201.

³⁷⁹ SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. Conselho Nacional de Saúde. Comissão Organizadora da III CNSM. Relatório Final da III Conferência Nacional de Saúde Mental. Brasília, 11 a 15 de dezembro de 2001.

³⁸⁰ SEMINÁRIO NACIONAL PARA A REORIENTAÇÃO DOS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO, 2002, Brasília. *Relatório final*, Brasília: Ministério da Saúde, Ministério da Justiça, 2002.

provisoriamente ser realizado pela polícia. No bojo da Lei Giolitti os alienados deviam ser custodiados e tratados nos manicômios quando perigosos a si ou a outros, ou quando pudessem implicar em risco de escândalo público.³⁸¹

Por outro lado, a Lei 180 estabelece a proibição de construção de novos hospitais psiquiátricos e de novas internações psiquiátricas com um direcionamento para os serviços territoriais; a extinção gradual dos hospitais psiquiátricos existentes; a criação de serviços territoriais que passam a serem responsáveis por toda a assistência em saúde mental. Tudo isto significou a dissolução definitiva do nexos doença mental e periculosidade "que, por longos anos, foi o grande parâmetro de avaliação da necessidade de uma intervenção psiquiátrica".³⁸²

A Corte Constitucional italiana em duas sucessivas sentenças de 27 de julho de 1982 (sentença n.139) e sentença n. 249 de 15 de julho de 1983, terminou por afirmar a inexistência de um vínculo automático entre doença mental e periculosidade, mesmo quando o infrator seja um doente mental. Isso significa que a *pericolosità sociale* não é mais presumida, devendo ser verificada em cada caso concreto pelo juiz.³⁸³

Tornou-se a periculosidade uma característica eventual do réu a ser acertada caso a caso. A doença mental deixou de ser considerada causa *speciale* de periculosidade, interagindo como qualquer outro fator no evento delitivo.

³⁸¹ A "Legge sui manicomi e sugli alienati" de nitida inspiração positivista, recebeu também influência da Lei francesa de 1838. Como informa Giovanni Traverso, dita lei não previu hipótese alguma de tratamento "(...) but was rather highly concentrated on the notion of "dangerousness to oneself and to others". Indeed, Article 1 of the law stated that "persons afflicted with mental alienation, resulting from any cause, and who are not or cannot be cared for outside of psychiatric hospitals must be confined to civil psychiatric institutions when they present danger to themselves or to others, or cause public scandal". The treatment of the criminally insane in Italy. *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 23, n. 5-6, 2000, p. 494.

³⁸² BARROS, Denise Dias. *A Desinstitucionalização italiana: a experiência de Trieste*. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 1990, p. 84.

³⁸³ Até porque: "le scienze criminologiche denunciano infatti l'assenza di leggi scientifiche o di massime di esperienza che consentano di affermare nel caso concreto la pericolosità sociale di una persona". MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso...* cit. p. 248.

A Lei Gozzini (nº 663 de 10 de outubro de 1986) veio a derogar definitivamente qualquer presunção de periculosidade, resolvendo definitivamente o binômio: periculosidade - doença mental. Depois de ter revogado o artigo 204 do Código Penal italiano dispõe que: "Tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa". A importante modificação legislativa encontra amparo na dogmática penal quando se expressa que: "L'opinione certo più in linea com la ratio dell'innovazione legislativa è quella che ritiene espunta dal sistema delle misure di sicurezza personali qualsiasi presunzione di pericolosità, con obbligo de accertamento in concreto sia nella fase del giudizio che in quella dell'esecuzione". CRESPI, Alberto et al. *Commentario breve al codice penale*. Padova: CEDAM, 1992, p. 497.

5.3. Desinstitucionalização como desconstrução do sistema vigente

A psiquiatria manicomial ³⁸⁴ caracterizada pelo binômio cura-custódia se encontra em crise. O tradicional pacto entre psiquiatria e justiça penal por meio do qual aquela como auxiliar do direito proporciona os saberes necessários para legitimar “cientificamente” o nexo causal “doença mental-periculosidade criminal” e perpetuar deste modo um sistema de medidas de segurança sob os ideais pinelianos ³⁸⁵ destinada aos doentes mentais delinquentes, entendemos, merece uma redefinição político criminal que prestigiando os avanços da psiquiatria ³⁸⁶ e o reconhecimento pleno da cidadania do infrator trilhem os novos rumos do atendimento em ambiente terapêutico e em serviços comunitários de saúde mental.

O Direito Penal ciência histórica cultural de natureza eminentemente social, não pode se limitar a ser uma ciência dogmática no mais estrito sentido da palavra, ancorado numa concepção asséptica, neutra e por tanto apolítica. ³⁸⁷

A revisão crítica dos postulados do Direito Penal torna-se possível graças ao reconhecimento dos importantes aportes que o resto das ciências sociais e ciências do homem nos oferecem, até porque, a dinâmica dos acontecimentos no mundo globalizado obrigam a que o aparato coercitivo estatal num Estado Democrático de Direito fulcrado na

³⁸⁴ O antigo manicômio judiciário (misto de hospital, asilo e prisão) foi substituído pelo denominado Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. O modelo assistencial vigente e que ainda luta tenazmente pela sua sobrevivência, encontra-se esgotado. Contudo “vale lembrar que por ser asilar, manicomial, institucionalizador, violento, desumano, ineficaz, iatrogênico e caracterizado por uma prática assistencial balizada no silenciamento dos sintomas e na repressão da expressão da subjetividade, esse modelo não merece mais nenhuma chance”. COSTA, Augusto César de Farias. Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica. In: BRASIL, Ministério da Saúde. *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1, p. 157. Grifo nosso.

³⁸⁵ Philippe Pinel elaborou três princípios sob os quais executou na época uma política de higiene social. Além das sérias críticas técnicas e humanistas a que deu margem, entendia necessários ao tratamento dos portadores de doenças mentais: 1) o *isolamento* para romper com o foco permanente de influências incontroladas que é a vida social; 2) o estabelecimento da *ordem asilar*, com lugares rigorosamente determinados, sem possibilidades de transgressão; 3) uma *relação de autoridade* entre o médico com seus auxiliares e o doente a ser *tratado*. PITTA, Ana Maria Fernandes; DALLARI, Sueli Gandolfi. A Cidadania dos doentes mentais no sistema de saúde do Brasil. *Saúde em debate*, n 36, 1992, p. 20, 21.

³⁸⁶ A importância dos aportes criminológicos quanto dos conhecimentos psiquiátricos no âmbito das medidas de segurança foi recentemente proclamada pela Corte Constitucional italiana mediante a Ordinanza n° 111 de 1990, quando se expressa que: “(...) deve riconoscersi che l'intera materia delle misure di sicurezza dovrà essere tutta rimeditata e coordinata con gli apporti più moderni della scienza psichiatrica e di quella criminologica, e che, in particolare, per quanto si riferisce ad infermi e seminfermi di mente che hanno delinquito, dovranno essere studiati idonei luoghi di cura con specifici presidi terapeutici (...)”. Disponível em << <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html> >> Acesso em: 04 dez. 2004. Grifo nosso.

³⁸⁷ García-Pablos de Molina lembra que as sanções do controle social formal (Direito penal) “a diferença daquelas que as agências <informais> impõem, nunca são neutras, senão negativas, estigmatizantes”. *Derecho penal – introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 2000, p.4. Tradução livre do autor.

eminente dignidade da pessoa humana possa superar e se desvencilhar de velhos mitos ou paradigmas muitos deles construídos sobre uma aparente ciência, utilizada ao longo dos tempos simplesmente para vilipendiar o ser humano.³⁸⁸

A nova lei que redireciona o modelo assistencial em saúde mental proclama o acesso à saúde como um direito da pessoa portadora de transtorno mental e realça a tolerância para com a diferença entre os seres humanos.

É direito do portador de sofrimento psíquico ser tratado pelos meios menos invasivos possíveis num ambiente terapêutico, vedada a internação em instituições com características asilares como qualquer forma de abuso e exploração no intuito de alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade através de serviços comunitários de saúde mental.

A internação psiquiátrica veste-se numa nova roupagem: somente será indicada como último remédio; isto é, quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Mesmo neste último recurso o tratamento visará, a reinserção social do paciente.³⁸⁹

A nova política de saúde mental implementada pelo governo federal tem como pressupostos básicos a inclusão social e a habilitação da sociedade para conviver com a diferença. Assim ter-se-á garantido o exercício pleno da cidadania. Tudo isto implica na deslegitimação da medida de segurança ("Prisão Perpétua à brasileira")³⁹⁰, na desinstitucionalização do modelo hospitalocêntrico, manicomial e na construção de um "processo ético, de reconhecimento de uma prática que introduz novos sujeitos de direito e novos direitos para os sujeitos".³⁹¹

³⁸⁸ Com agudeza argumenta-se: "El sistema es immaculado, neutro, por eso el horror a cualquier planteamiento que critique el sistema o que lo ponga a debate, solo a las personas hay que ponerlas en la picota. Libre albedrio y peligrosidad revelan la miseria de nuestra ciencia penal, que para construir un modelo de control penal ha tenido que recurrir a ficciones y de ese modo no enfrentarse con el Estado". BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: la culpabilidad y la peligrosidad. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. (Ed.) *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 6,7.

³⁸⁹ Por trás do discurso terapêutico da medida de segurança ainda sobrevive a instituição germânica da *Friedlosigkeit* (perda da paz) por efeito da expulsão da *Rechtsgemeinschaft* (grupo). Na metáfora com o imputável: "o condenado é maldito (*sacer este*), e, sofrendo a pena, é objeto da máxima reprovação da coletividade, que o despoja de toda proteção do ordenamento jurídico que usou violar". ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Manicômio*...cit, p. 56.

³⁹⁰ Expressão de autoria de Augusto César de Farias Costa. *Direito*...cit., p. 171.

³⁹¹ AMARANTE, Paulo. Novos sujeitos, novos direitos: o debate em torno da reforma psiquiátrica. *Cad. Saúde Públ.* Rio de Janeiro, v. 11, n.3, jul/set, 1995, p. 494.

No limiar de um novo século advertimos que os fatores históricos que deram origem ao surgimento do Direito penal da periculosidade (medidas de segurança) não vigoram mais ³⁹². Resultam também evidentes as enormes dificuldades inerentes ao conceito de periculosidade criminal e ao juízo de prognose, como a necessidade do Direito Penal de um Estado moderno de excluir as ficções ainda existentes no sistema. ³⁹³ Por outro lado a moderna legislação sobre saúde mental resgata o compromisso humanitário com o indivíduo portador de sofrimento mental.

Se no âmbito do Direito penal das medidas de segurança, nomeadamente no que diz respeito ao internamento do doente mental delinqüente crescem mais as dúvidas do que as certezas em relação àquela que é a noção basilar deste direito (periculosidade criminal), acreditamos na sua substituição (modelo de justiça penal) que prima pela simples custódia-castigo por um modelo alternativo (médico-assistencial) compatível com os princípios norteadores de respeito dos direitos humanos, de desospitalização e superação do modelo asilar. ³⁹⁴

Com esta postura, queremos salientar o caráter subsidiário do Direito Penal. Reconhecer a intervenção punitiva do Estado como a mais violenta e dramática das formas de ingerência na vida das pessoas significa que não devemos apelar a sanções extremas (penas e medidas de segurança) quando seja possível lançar mão de outras formas de controle social menos invasivas. Limitar, pois, tanto quanto seja possível, o marco de

³⁹² O marco histórico que possibilitou o surgimento dum Direito penal da periculosidade esteve caracterizada por: "el liberalismo autoritário, el utilitarismo y el auge de la psiquiatría forense, con la consiguiente fe prácticamente ilimitada en la capacidad de diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento de la enfermedades mentales". SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 48.

³⁹³ Bustos Ramírez, doutrina: "(...) un principio fundamental del Derecho penal del Estado moderno fue y es la exclusión de ficciones del sistema penal". *La ciencia...* cit., p. 3. Acreditamos que o homem confrontado com os problemas e ciente das suas enormes limitações elabora inúmeras formulas para poder continuar sua longa caminhada e tranquilizar seu espírito. Por outras palavras, "sabemos pouco, y, con frecuencia, sustituimos la realidad que ignoramos con esquemas preconcebidos y con criterios valorativos sin apoyo fáctico suficiente". GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 232. Grifo nosso.

³⁹⁴ No sentido de substituir o modelo de justiça penal por um modelo médico assistencial pronunciam-se favoravelmente: ANTUNES, Maria João. Discussão em torno do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, n. 42, jan./mar., 2003, p.102. Em favor dum Direito Psiquiátrico: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 67. A substituição das medidas curativas em benefício da "assistência social" é defendida por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho...* cit., p. 236. Advogando por instituições civis ROBINSON, Paul H. *The criminal-civil distinction and dangerous blameless offenders*. Disponível em: <<http://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/books>> Acesso em 20 set. 2004. Em sentido contrário e defendendo a permanência das medidas de segurança no Direito penal "por razones de protección social sometidas al filtro de la ponderación de los intereses en conflicto". SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El nuevo...* cit., p.49.

intervenção punitiva, é uma exigência de racionalidade como um imperativo de estrita justiça.

A palavra de ordem deve ser: superar a visão do Direito Penal como *sola* ou *prima ratio* na solução social dos conflitos, para antes de franquear o ingresso da resposta punitiva formal esgotar todos os meios extrapenais de controle. Em síntese, é reconhecer o caráter de extrema ou *ultima ratio* da política social.

O uso arbitrário da sanção penal ancorada em ficções jurídicas carentes de comprovação científica não garante uma maior e mais eficaz proteção dos bens e valores jurídicos, muito pelo contrário, condenam o sistema punitivo a uma função meramente simbólica, provocando o seu desgaste e descrença.

5.3.1 Desinstitucionalização

A principal característica da assistência psiquiátrica pública desde os anos 60 percorre os caminhos da substituição do modelo asilar. Nos Estados Unidos, por exemplo, o processo de reformulação iniciou-se com John Kennedy, com a criação dos Centros Comunitários de Saúde Mental. Importa salientar que nesta época os americanos criaram o termo *deinstitutionalization* (desinstitucionalização) "para designar os processos de <<alta>> e de reinserção dos pacientes psiquiátricos na comunidade".³⁹⁵

Na Europa o processo de desinstitucionalização foi, mas devagar que o seu similar Norte-Americano devido dentre outras razões a falta de incentivos oficiais como pelo fato de ter como passado próximo duas conflagrações bélicas de proporções dantescas, a última das quais provocou a comparação dos hospitais psiquiátricos com os campos de concentração.

Particular interesse merece a experiência italiana, pelo fato de ter optado por um modelo muito mais <<político>> e participativo que somente administrativo.³⁹⁶ O modelo italiano mobilizou-se inicialmente pela palavra de ordem da humanização dos manicômios sob a batuta do médico-psiquiatra Franco Basaglia. Este processo começou

³⁹⁵ BARROS, Denise Dias. Cidadania *versus* periculosidade social: a desinstitucionalização como desconstrução do saber. In: AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Org). *Psiquiatria social e reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Ed. FIOCRUZ, 1994, p. 172.

³⁹⁶ MOSHER, L. Radical Desinstitutionalization: the Italian Experience. *Int. J. Ment. Health*, v.2, n.4, p. 129-136, 1983.

em 1961, na cidade de Gorizia com a transformação do hospital psiquiátrico em comunidade terapêutica.³⁹⁷

Na cidade de Trieste desenvolveu-se também outra importante experiência de transformação da assistência psiquiátrica. O manicômio judiciário da cidade foi substituído por uma rede de serviços comunitários cuja função primordial foi a de criar e manter um regime de vida social para o paciente.³⁹⁸

Este ideário inspira o movimento de Reforma Psiquiátrica no Brasil³⁹⁹, e que há mais de trinta anos luta pelo fim do isolamento dos doentes mentais nos eufemisticamente denominados "Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico".⁴⁰⁰

Estas instituições totais⁴⁰¹ refletem uma das mais profundas contradições nas sociedades contemporâneas, aquela que por um lado prega uma ideologia humanista, pluralista e tolerante para com o outro (diferente) e, por outro lado, a existência de instâncias oficiais de controle social que institucionalizam a segregação social e perpetuam a forma mais brutal de domínio de um ser humano sobre outro. Assim por exemplo no caso da medida de segurança de internação a relação de poder é absoluta, visto que, o internado

³⁹⁷ O modelo era o da comunidade terapêutica inglesa, no qual procurava-se abandonar a violência como recurso, eliminando-se do cotidiano institucional práticas repressivas como a proibição do uso de roupas próprias, sistemas de punições, banhos coletivos, eletrochoques, etc.

³⁹⁸ Na experiência triestina "nota-se também um esforço para que os pacientes anteriormente internados durante muitos anos no extinto hospital psiquiátrico possam aceder a um outro tipo de vida, recuperando seus laços sociais, sem terem, com isso, violentadas suas condições existenciais". GOLDBERG, Jairo Idel. *A doença mental e as instituições: a perspectiva de novas práticas*. Dissertação (Mestrado em Medicina Preventiva) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1992, p. 57,58.

³⁹⁹ Parafraseando Paulo Amarante na denominada Luta Antimanicomial ou Reforma Psiquiátrica o que importa são os conteúdos que aplicamos às coisas e não apenas as palavras que usamos para denominá-las. O princípio que norteia este movimento é a ruptura com a velha tradição científica e a sua substituição pelas palavras de ordem: inclusão, solidariedade, cidadania. *Manicômio... cit.*, p. 48-49.

⁴⁰⁰ "No hospital psiquiátrico o desejo de normatização é explícito, escancarado: a arquitetura, a separação entre sexos, a omnipresença do regulamento, a ruptura dos laços familiares e de vizinhança, o controle rígido do tempo, as relações de poder, tudo está a serviço da reprogramação completa da existência em virtude das exigências da ordem e da disciplina". MELMAN, Jonas. *Repensando o cuidado em relação aos familiares de pacientes com transtorno mental*. Dissertação (Mestrado em Medicina Preventiva) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998, p. 30. Entendemos que a sociedade disciplinar no intuito de domesticar o ser humano isolou-o permanentemente para assim torná-lo obediente às normas internas do convívio institucional. Como premissa de tratamento o isolamento é arcaico e atético. O interno além de se encontrar condenado ao sepulcro do eterno silêncio e exílio social assiste passivamente à desintegração moral e ao embrutecimento da sua personalidade.

⁴⁰¹ Razão lhe assiste a Goffman ao qualificar os manicômios judiciários como autênticas "instituições totais". Numa instituição total o indivíduo "se encontra à mercê do controle, do juízo e dos projetos dos outros, sem a possibilidade de se reger a própria vida". IBRAHIM, Elza. O manicômio judiciário do Rio de Janeiro: hospital ou prisão?. *J. Bras Psiq.*, v.37, n.2, 1988, p. 109.

(misto de doente e delinqüente) pode literalmente acabar seus dias numa instituição dita "terapêutica".⁴⁰²

O hospital psiquiátrico⁴⁰³ favorece o processo de cronificação (embotamento afetivo, isolacionismo, etc). Ao cronificar o indivíduo, a instituição psiquiátrica o condena ao internamento por toda a vida, à morte em vida, pois inviabiliza qualquer possibilidade de retorno ao convívio social.

A lógica perversa do sistema entende que o doente mental delinqüente é um indivíduo em estado de permanente periculosidade do qual não pode se desvencilhar (pessimismo terapêutico). Assim "uma vez perigoso, sempre perigoso. O caráter reclusivo da instituição se revela de modo inequívoco".⁴⁰⁴

É este modelo (arcaico, repressivo e antiterapêutico)⁴⁰⁵ que pretende ser substituído. Muito mais do que uma medida de caráter técnico administrativo e do que derrubar paredes, muros e grades, o que se pretende hoje através da desinstitucionalização é a mudança das velhas estruturas mentais rigidamente construídas como cânones inflexíveis, imunes a mudanças.⁴⁰⁶

⁴⁰² A medida de segurança "tal como la concibió Stoos y como sobrevive hasta el presente, es un recurso administrativo - recurso de policía - que se aplica a "algo peligroso" no a "alguien responsable". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1982, p. 34.

⁴⁰³ "I manicomi giudiziari, attualmente denominati ospedale psichiatrici giudiziari, appaiono sempre più come cattedrali nel deserto, del tutto disancorati dalla realtà scientifica del settore ed isolati nella coscienza collettiva. Essi sono ormai degli autentici ingombri lungo la via di un autentico rinnovamento nel settore e di un ripensamento degli istituti giuridici che sono alla base del sistema". MONTEVERDE, Lino. *La nozione di imputabilità penale*. Disponível em: <http://www.priory.com/ital/monte.htm>. Acesso em : 09 set. 2004. Grifo nosso.

⁴⁰⁴ DANTAS JÚNIOR, Alirio Torres. O manicômio judiciário e o conflito de identidade da Psiquiatria. *Revista ABP - APAL*, v. 9, n. 3, p. 105, 1987; CAMPOS FILHO, Cláudio José de; ARAÚJO, Francisco de Assis. Transformação da instituição psiquiátrica - um caminho. *J. Bras Psiq*, v. 35, n.5, p. 313-318, 1986.

Adverta-se que o risco de violência não é um traço estático da personalidade, como sofre variações o tempo inteiro. Assim: "In efforts to predict and treat violence, it is important to recognize that risk fluctuates over time. Risk is not a static personality trait; violent behavior is a product of the interactions between and individual and his or her environment. The level of risk depends on many factors other than mental disorder that vary, thus increasing or decreasing risk of violence by persons with mental illnesses". CAMPBELL, J.; STEFAN, S.; LODER, A. Putting violence in context. *Hosp Community Psychiatry*, v. 45, n. 7, 1994, p. 633.

⁴⁰⁵ Frase de autoria de Tullio Bandini. Prospettive di riforma in tema di imputabilità e trattamento del malato di mente. In: CANEPA, Giacomo; MARUGO, Maria Ida (Org.). *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*. Padova: CEDAM, 1995, p. 252.

⁴⁰⁶ "A instituição a ser negada, desmontada, desconstruída não se resume ao hospital psiquiátrico. O processo envolve repensar, transformar o conjunto de aparatos científicos, legislativos, administrativos, culturais e relações de poder que se articulam e dão sustentação ao manicômio". MELMAN, Jonas. *Repensando...*, cit., p. 34.

A desinstitucionalização não significa abandonar as pessoas em suas famílias, muito menos nas ruas, significa "delinear um outro lugar social para a loucura na nossa tradição cultural".⁴⁰⁷

Esses outros espaços sociais para lidar com a loucura já existem. Os CAPS (Centros de Atenção Psicossocial)⁴⁰⁸ são dispositivos assistenciais voltados para a atenção integral "a clientela com sofrimento psíquico grave com abrangência territorial estrita, concebidos como um "espaço de acolhimento e cuidados", onde os pacientes psiquiátricos "podem reconstruir sua trajetória e seu estatuto de cidadão". O objetivo é integrar esta população historicamente marginalizada e altamente estigmatizada e auto-estigmatizada pelos recursos assistenciais até então existentes à uma vida social.

As Residências Terapêuticas constituem a alternativa de moradia para abrigar os pacientes que não tem família ou que não podem ficar perto desta. Essas residências (repúblicas), no entanto, são bem diferentes dos manicômios. Isso porque os doentes se encontram inseridos nas suas comunidades sob a assistência de profissionais de saúde.

Além destes dois novos espaços sociais que acolhem terapêuticamente à loucura, digno é de se mencionar o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que prestando atendimento multidisciplinar assiste ao doente mental delinqüente, com a intenção de conjugar tratamento, responsabilidade e inserção social.

Os resultados deste pioneiro e louvável programa permitiram destruir na praxe e não somente no discurso o mito que envolve o doente mental delinqüente. O "índice de reincidência é praticamente zero, sendo que nenhum dos pacientes condenados pela pratica de crime violento voltou a cometê-lo".⁴⁰⁹

Especial interesse desperta o Programa PAI-PJ visto que muito antes duma mudança legislativa na órbita penal o programa percorre os caminhos da humanização, da desospitalização e desinstitucionalização, evoluindo para um regime aberto.

Dentre as varias diretrizes estabelecidas no Seminário Nacional para a Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico sublinha-se a diretriz

⁴⁰⁷ BIRMAN, Joel. A cidade treloucada. In: BEZERRA Junior B.; AMARANTE, P. (Org.). *Psiquiatria sem hospício*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992, p. 72.

⁴⁰⁸ O primeiro CAPS a surgir no Brasil foi idealizado pela psiquiatra Ana Pitta na década de 1990 na cidade de São Paulo.

⁴⁰⁹ PROGRAMA de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br/anexos/projetos_inovadores/pai_pj/index.html> Acesso em: 18 junho 2004.

geral da desinstitucionalização dos manicômios judiciários na direção de sua superação, através da universalização do cumprimento da medida de segurança em regime aberto na rede de serviços de saúde mental do SUS. Assim, após a desinternação, o paciente deverá ser assistido nos serviços extra-hospitalares de sua comunidade.

Finalmente, o risco de por termo a uma medida de segurança quando o delinqüente doente mental ainda é criminalmente "perigoso", é o mesmo risco que a sociedade corre quando, encerrada a duração máxima da pena.⁴¹⁰

⁴¹⁰ O "preço da liberdade" deve ser assumida pelo Estado, "pues pretender que la medida de seguridad dure mientras el individuo no recupere su normalidad síquica es sancionar por la enfermedad y no por el hecho cometido lo cual va contra la esencia misma del Estado social de derecho, que debe promover las condiciones para que las personas sean sancionadas por lo que hacen y no por lo que son, por su conducta contraria al ordenamiento y no por su carácter, personalidad o pensamiento". SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. Regulación de las medidas de seguridad frente al Estado Social de Derecho en Colombia. Derecho Penal y Criminología. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, v.16, n. 52, 1994, p. 32,33.

6 CONCLUSÕES

1. Desde os primórdios da civilização humana o homem relacionou a saúde mental (normalidade psíquica) a conceitos mágico-religiosos positivos ou negativos, destituídos de qualquer lógica ou razão. Assim, o louco ente desprovido de humanidade tratado e punido como perigoso, contranatural, monstruoso e aberrante merecia ser "liberado" através do castigo denominado "rito da purificação".

2. A visão tradicionalista da saúde entendida simplesmente como ausência de doença, não pode hoje mais ser defendida. Embora se reconheça a enorme dificuldade de se chegar a um critério definidor do que seja doença, devido ao conjunto de critérios que devem ser incluídos, tais como: incomodo pessoal, desvantagem biológica, ameaça à vida, etc, a saúde mental toma a definição de saúde proposta pela OMS (Organização Mundial da Saúde) e postula que a etiologia da doença mental é biopsicossocial, isto é, composta pela união dos enfoques biológicos, psicológicos e sociais.

No âmbito jurídico-penal, ainda que o conceito de doença mental se encontrar embasado nos conceitos médico-psiquiátricos, nem sempre coincide exatamente com estes.

3. O Estado Democrático de Direito nasce em oposição ao Estado Absolutista. É da sua essência a submissão da atuação do Estado e dos seus aparatos de controle social ao direito.

A dignidade humana adquire no contexto de um Estado de Direito uma especial relevância, porque se trata de um valor-fonte e de um princípio jurídico que inspira a civilização ocidental.

A indefinição do limite máximo da medida de segurança proporciona a extensos setores paz e tranquilidade em nome de um utilitarismo defensista. No entanto, resulta inaceitável jurídico-penalmente porque quebra o princípio da segurança jurídica e da humanidade da resposta punitiva. Assim, está a se admitir tácitamente o "internamento indefinido", com o que fica vulnerado de forma velada a proibição constitucional da prisão perpétua.

4. A origem das medidas de segurança responde a dois movimentos no Direito Penal relativamente recentes. Por um lado, a pena, principal consequência jurídica do delito, mostrou-se incapaz de enfrentar o alarmante aumento contínuo da criminalidade e, sobretudo da chamada criminalidade crônica (reincidentes, habituais), os quais se mostravam absolutamente refratários à intimidação e a emenda. Aqueles indivíduos constituíam verdadeira ameaça à ordem estabelecida o que os tornava em inimigos potenciais do sistema.

A condição subjetiva que tornava os indivíduos nocivos à sociedade foi denominada periculosidade.

Por outro lado, a criminalidade dos menores de idade e dos doentes mentais (loucos) reclamava da sociedade um mecanismo de defesa efetiva. Essa resposta formalizada no intuito de prevenir a comissão de novos crimes (reincidência) através da simples segregação (custódia) ou neutralização, veio a ser denominada medida de segurança.

5. Deve-se à Escola Antropológica (Positiva) do Direito Penal a introdução das medidas de segurança no Código Penal italiano de 1930, pelo qual a categoria jurídica da responsabilidade foi substituída pela periculosidade social.

Partindo do pressuposto de que o delinqüente é um ser antropológicamente inferior e degenerado pertencente aos estágios iniciais da escala biológica, a sanção penal cumpre uma dupla finalidade: curar e segregar. Nesta perspectiva a resposta punitiva em face do crime considerado autêntico sintoma de patologia psicossomática se encontra emoldurada numa idéia de higienismo social.

6. A idéia da periculosidade criminal se encontra íntima e historicamente vinculada ao doente mental (tido como incapaz, imprevisível e incurável).

A periculosidade criminal *conditio sine qua non* de qualquer medida de segurança é entendida como a elevada possibilidade ou possibilidade qualificada de o agente vir a cometer no futuro novos fatos ilícitos-típicos.

A previsibilidade e determinabilidade do comportamento humano é uma tarefa árdua e sem dúvida uma das mais conflitantes em matéria de medida de segurança.

A dificuldade de antever o comportamento humano esbarra na aleatoriedade do juízo psiquiátrico de periculosidade. Assim, embora pareça possível

prever o comportamento agressivo e violento no contexto de um episódio psicopatológico particular, não parece possível previsão em longo prazo, aquele que justamente é requerido pela justiça. O déficit de certeza jurídica do juízo de prognose é evidente.

7. A previsão normativa de periculosidade do inimputável por doença mental, torna-o alvo de aplicação obrigatória de medida de segurança detentiva. Dita presunção, além de conter o sério defeito das suposições próprias das ficções jurídicas, foi superada já há algum tempo em outras latitudes.

Pesquisas de campo também contrariam a presunção normativa. Assim, embora se admita que alguns grupos de indivíduos afetados de doenças mentais são provavelmente mais violentos que o resto da população dita normal (especialmente aqueles que abusam do álcool e de drogas), se reconhece que os doentes mentais são responsáveis por uma parcela ínfima das condutas violentas em sociedade. Isto é, a contribuição no nível de violência geral por parte dos doentes mentais é trivial.

8. A crença da existência de um forte vínculo entre a violência e a doença mental firmemente enraizada em vastos setores da população leiga e erudita identifica sua origem na apreensão e temor públicos fomentados as mais das vezes pelos meios massivos de comunicação os que regularmente difundem este ponto de vista altamente seletivo, preconceituoso, sensacionalista e estigmatizante.

9. Os antigos manicômios judiciários deram passo aos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico. Espaços estes donde se verifica uma dupla violência institucional. Nas prisões-hospitais ou hospitais-prisões (misto de asilo, hospital e cárcere) praticam-se atividades manifestamente antitéticas (tratamento e custódia). No entanto, é a instância custodial a que prevalece através da justificativa da medida de segurança detentiva executada sob o manto de um pretense discurso "terapêutico" em manifesto desrespeito aos direitos fundamentais do ser humano.

10. A novíssima lei em saúde mental (Lei 10216/2001) abre caminhos para a superação de velhos mitos e crenças como do modelo hospitalocêntrico baseado na exclusão social do doente mental.

A substituição do modelo punitivo por um modelo médico-assistencial compatível com a eminente dignidade do ser humano, com os avanços da Psiquiatria e com

o caráter fragmentário e subsidiário da intervenção penal, é um desafio, não apenas para a Administração Pública, mas, também, para a sociedade.

A mudança de mentalidade é urgente para superar a inércia cultural e os nossos preconceitos, fundamentalmente para não ficar atrelados a um tempo já distante que prestigiava o isolamento, o pessimismo terapêutico e o flagrante desrespeito pelos direitos humanos.

Hoje a palavra de ordem é a defesa da cidadania e do direito ao tratamento em liberdade do doente mental infrator da norma penal.

7 BIBLIOGRAFIA

- ALLER MAISONNAVE, Germán. Peligrosidad y derecho penal. In: *Violência y peligrosidad en la sociedad de hoy*. Montevideo: Rosgal, 2002.
- ALVIM, Rui Carlos Machado. *Uma pequena historia das medidas de segurança*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997.
- AMADEO, Sebastián José. *Acerca del concepto de las medidas de seguridad*. Disponível em: <<http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=9&id=1076>>. Acesso em: 06 set. 2004.
- AMARANTE, Paulo. Novos sujeitos, novos direitos: o debate em torno da reforma psiquiátrica. *Cad. Saúde Públ.*, Rio de Janeiro, v.11, n.3, jul./set. 1995.
- _____. Manicômio e loucura no final do século e do milênio. In: FERNANDES, Maria Inês Assumpção (Org). *Fim de século: ainda manicômios?*. São Paulo: IPUSP, 1999, p. 47-53.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Manicômio judiciário e medidas de segurança alternativas. *Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*, Brasília, DF, ano 18, n. 43, p. 53-61, jul./dez. 1981.
- ANGELES GONZÁLES, Fernando; FRISANCHO APARÍCIO, Manuel. *Código Penal*. parte general. Lima: Ediciones Jurídicas, 1996, v. 1.
- ANGERMEYER, M.C. Stigma changes when it crosses borders. *Psychiatric News*, v.39, n. 18, p.33, sept. 17, 2004.
- ANTUNES, Maria João. O Internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis. (Os arts. 103, 104 e 105 do Código penal português de 1982). *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1993.
- _____. Alterações ao sistema sancionatório – as medidas de segurança. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, fasc. 1, p.51-65, jan./mar., 1998.
- _____. *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.
- _____. Discussão em torno do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 42, jan./mar. 2003.
- ARAÚJO, Cláudio Th. Leotta de. Fundamentos médico-legais da perícia em matéria criminal. *Boletim dos Procuradores da Republica*, ano 3, n. 32, p. 3 – 6, dez. 2000.
- ARBOLEDA-FLÓREZ, Julio *Mental illness and violence: an epidemiological appraisal of the evidence*. Disponível em: <http://www.cpaapc.org/Publications/archives/CJP/1998?Dec/flores.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2004.

- _____. What causes stigma? *World Psychiatry*, v. 1, n. 1, p. 26, Feb. 2002.
- _____. Considerations on the stigma of mental illness. *Can J. Psychiatry*, v. 48, n 10, p. 647, Nov. 2003.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general*. 3. ed. Madrid: Akal, 1994.
- BALLONE, Geraldo José. *Sinopse de psiquiatria: diagnóstico & tratamento*. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 1992.
- BANDINI, Tullio; LAGAZZI, Marco. Misure di sicurezza e pericolosità sociale nel progetto di Legge-Delega per la riforma del codice penale. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, anno 4, n 1, p. 5-17, gennaio, 1993.
- _____. Prospettive di riforma in tema di imputabilità e trattamento del malato di mente. In: CANEPA, Giacomo; MARUGO, Maria Ida (Org.). *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*. Padova: CEDAM, 1995.
- BARBERO SANTOS, Marino. *Marginación social y derecho represivo*. Barcelona: Bosch, 1974.
- BARREIRO, Agustín Jorge. *Las medidas de seguridad en el derecho español*. Madrid: Civitas, 1976.
- _____. As medidas de segurança aplicáveis aos doentes mentais no CP espanhol de 1995. Trad. Cláudia Cruz Santos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 10, fasc. 1, p. 37-94, jan./mar, 2000.
- BARROS, Denise Dias. *A desinstitucionalização italiana: a experiência de Trieste*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 1990.
- _____. Cidadania versus periculosidade social: a desinstitucionalização como desconstrução do saber. In: AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Org.). *Psiquiatria social e reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Ed. FIOCRUZ, 1994, p. 171-193.
- BASAGLIA, Franco. *L'instituzione negata: relato di um ospedale psichiatrico*. Torino: Einaudi, 1968.
- BASTIDE, Roger. *Sociologia de las enfermedades mentales*. 10. ed. Trad. Armando Suárez. México: Siglo veintiuno, 1988.
- BASTOS, Othon. O conceito de doença mental. *Jornal brasileiro de psiquiatria*, Rio de Janeiro, v. 44, n 3, p. 111-115, mar. 1995.
- BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. *La Tutela Dell'Imputato*. Saggio Storico – Concettuale. Disponível em: <http://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf> Acesso em: 29-10-2005.

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. – parte geral. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, EDUSP, 1973, v. 2.
- BAUER, A. et al. Reflections on dangerousness and its prediction: a truly tantalizing task? *Med Law*, v. 21, n 3, p. 497, 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- BETTIOL, Giuseppe. *Scritti giuridici*. Padova: Cedam, 1966, t. 2.
- _____. *Instituições de direito e de processo penal*. Trad. Manuel da Costa Andrade. 1. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1974.
- BIRMAN, Joel. *A psiquiatria como discurso da moralidade*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.
- _____. A cidade treloucada. In: BEZERRA JUNIOR, B; AMARANTE, P. (Org.). *Psiquiatria sem hospício*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992, p. 71-90.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOSCARELLI, Marco. *Compendio di diritto penale*. Parte generale. Ottava ed. riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè, 1994.
- BRAMONT ARIAS, Luis Alberto; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Código penal anotado*. Revisado y concordado por Maria del Carmen García Cantizano. 3 ed. Lima: San Marcos, 2001.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de derecho penal*. Parte general. Lima: Santa Rosa, 2000.
- BRUNO, Anibal. *A perigosidade criminal*. Recife: [s.n.], 1937.
- _____. *Direito penal: parte geral*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 1, t. 3.
- _____. *Das penas*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1986.
- _____. Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: la culpabilidad y la peligrosidad. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos, 2003.

- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.
- _____. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CAMPBELL, J.; STEFAN, S.; LODER, A. Putting violence in context. *Hosp Community Psychiatry*, v. 45, n. 7, 1994, p. 633.
- CAMPOS, Arruda. *A justiça a serviço do crime*. 2. ed. rev., aum. São Paulo: Saraiva, 1960.
- CAMPOS FILHO, Cláudio José de; ARAÚJO, Francisco de Assis. Transformação da instituição psiquiátrica – um caminho I. *J. bras Psiq*, v.35, n.5, 1986. p.313-318.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.
- CARRIERI, Francesco et al. *Mallatia mentale, imputabilità e pericolosità sociale*. In: CANEPA, Giacomo; MARUGO, Maria Ida (Org.) *Imputabilità e Tratamento del Malato di Mente Autore di Reato*. Padova: CEDAM, 1995.
- CARROBLES, J.A. *Analisis y modificación de conducta: aplicaciones clinicas*. Madrid: Simancas, 1990.
- CARVALHO, Hilário Veiga de. *Compendio de medicina legal*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed., rev. ampl. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- CIAFARDO, Roberto. *Criminologia: publicación oficial de la Policía Federal Argentina*. Buenos Aires: López, 1971.
- CINTRA JUNIOR., Dyrceu Aguiar Dias. Direito e saúde mental. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n 3, p.77-87, nov. 2001.
- CLARIDGE, Gordon. *Origens da enfermidade mental*. Trad. Maria Silvia Mourão Netto. São Paulo: Summus, 1988.
- COBO DEL ROSAL, Manuel. *Peligrosidad social i medidas de seguridad*. Valencia: Universidad de Valencia. 1974.
- _____. *Comentários al código penal*. Madrid: Edersa, 1999.
- _____. VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal*. Parte general. 5. ed., corr. aum. atual. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- COHEN, Cláudio; MARCOLINO, José Alvaro Marques. Noções históricas e filosóficas do conceito de saúde mental. In: _____; SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho (Org.) *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, 1996, p. 13-23.

- _____. Medida de segurança, In: *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, 1996.
- _____. A periculosidade social e a saúde mental. *Rev Bras Psiquiatr*, v. 21, n 4, 1999, p. 197-198.
- CONSTITUTIONAL rights and mental illness. Disponível em : <<http://www.nmha.org/positio/ps17.cfm>> Acesso em: 18 oct. 2004.
- CORRÊA, Josel Machado. *O doente mental e o direito*. São Paulo: Iglu, 1999.
- CORRIGAN, Patrick W. WATSON, Amy C. Understanding the impact of stigma on people with mental illness. *World Psychiatry*, v. 1, n.1, p. 16-20, Feb., 2002.
- COSTA, Augusto César de Farias. Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1, p. 143-178.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- CURY URZUA, Enrique. *Derecho penal: parte general*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1982.
- CRESPI, Alberto et al. *Commentario breve al codice penale*. Padova: CEDAM, 1992.
- CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 1998.
- DALGALARRONDO, Paulo. *Civilização e loucura: uma introdução à história da etnopsiquiatria*. [S.l]:Lemos, [s.d.].
- DANTAS JUNIOR. Alirio Torres. O manicômio judiciário e o conflito de identidade da psiquiatria. *Revista ABP - APAL*, v.9, n. 3, p. 103-106, 1987.
- DEAN, Malcolm. Preventive detention for people with personality disorders. *The Lancet*. v. 354, p.403. July 31, 1999.
- DELGADO, Honório. *Curso de psiquiatria*. 3. ed., rev., atual. Barcelona: Científico-Médico, 1963.
- DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. *Psiquiatras, juizes e loucos: modelos de interação entre a psiquiatria e a justiça, na conjuntura das lutas pela cidadania plena e reforma psiquiátrica no Brasil*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1992.
- _____. *As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil*. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992.
- DEL ROSAL, Juan. Transtorno mental transitório. In: ESTUDIOS penales. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministério de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1948.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o estado atual da doutrina do crime: Sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. esp. lançamento, p. 23-52, dez., 1992.
- _____. *Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993.
- _____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- DÍAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedad democratica*. Madrid: Taurus, 1983.
- DIGESTO, I, 23, 18, fragmento 14.
- DORR ZEGERS, Otto. Fenomenologia de la conducta agresiva (acerca de la conducta agresiva em el hombre). *Revista ABP-APAI*, vol. 9, nº 1, p. 29-38.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- _____. Visão Geral da Medida de Segurança. In: *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. Sérgio Salomão Shecaira (Org.) São Paulo: Ed. Método, 2001.
- ESCOBAR, Raúl Tomás. *Elementos de criminología*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1997.
- ESPINOZA IBORRA, Julián. *El tratamiento penal del enfermo mental en el nuevo código*. Disponível em: <<http://www.lab-fourmier.com/aem/21_64.htm>> Acesso em: 31 oct. 2004.
- ESTROFF, Sue E. et al. The influence of social networks and social support on violence by persons with serious mental illness. *Hospital and Community Psychiatry*, Washington D.C., v. 45, n. 7, p. 669-679, 1994.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Parte general. 3. ed. ver. atual. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.
- FARNHAM, Frank R.; JAMES, David V. "Dangerousness" and dangerous law. *The Lancet*, v. 358. Dec. 8, 2001, p. 1926.
- FEDOSEJEVA, Regina; GIRGENSONS, Roberts. The mentally ill in prison: developments in Latvia. *The Lancet Perspectives*, n. 356. Dec. 2000, p. s47.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Ed. RT. 2001.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. Liberdade e Responsabilidade Penal. *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, 1979, p. 57-64.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed., Bologna: Zanichelli, 1995.
- FORNARI, Ugo. Quale psichiatria forense. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, anno 1, v. 1, n. 4, p. 359-493, ott., 1990.
- _____. ROSSO, Rossana. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, anno 4, n. 1, p. 77-88, gen. 1993.
- FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. 3 ed., São Paulo: Perspectiva, 1972.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. In: *Studi in Memória de Giacomo Delitala*. Milano: Giufre, 1984, v. 3.
- _____. *Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva. Presunção normativa de periculosidade e garantias constitucionais. *Seleções Jurídicas*, São Paulo, dez. 1983, p. 41-48.
- _____. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: *Temas de Direito Penal Econômico*. Roberto Podval (Org.). São Paulo: Ed. RT, 2000.
- _____. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. In: MESSUTI, Ana; SANPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (Compiladores). *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: Universidad, 2001.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 3. ed. rev. aum. São Paulo: Fundo Editorial BYK-PROCIENX, 1982.
- _____. *Medicina Legal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.
- FRAYZE-PEREIRA, João. *O que é loucura*. 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 1983.
- GARCÍA ANDRADE, José Antonio. *Psiquiatria criminal y forense*. 2. ed., Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed., 31. tir. São Paulo: Max Limonad, 1968, v. 1, t. 2.
- GARCIA, José Alves. *Psicopatologia forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMEZ, Luiz Flávio. *Criminologia*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- _____. *Derecho penal – introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 2000.
- GATTAZ, Wagner F. Violência e doença mental: fato ou ficção? *Rev Bras Psiquiatr*, v.21, n. 4, 1999, p.196-197.

- GIANNINI, Ilario. *Il problema dell'accertamento della pericolosità sociale*. Disponível em: <<http://www.crimine.info/public/criminologia/articoli/accertamento_pericolosita.htm>> Acesso em: 14 dez. 2004.
- _____. *Le critiche sulla scientificità delle conclusioni peritali e sulla affidabilità dei giudizi prognostici in tema di pericolosità sociale psichiatrica*. Disponível em: <<http://www.crimine.info/public/criminologia/articoli/critiche_conclusioni_peritali.htm#n15>> Acesso em: 26-10-2005.
- GIL GIL, Alicia. *Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal*. In: *LA CIENCIA del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid: Tecnos, 2003.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 3. ed., Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.
- GOIN, Márcia. Criminalization of mentally ill people: How can we stop it? *Psychiatric News*, v. 39, n. 6, mar.19, 2004, p. 3-5.
- GOLDBERG, Jairo Idel. *A doença mental e as instituições: a perspectiva de novas práticas*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 1992.
- GOMES, Helio. *Medicina legal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, v. 1.
- GOMES, Luiz Flávio. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo et al. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte general. 2. ed. Barcelona: PRAXIS, 1999.
- GONZÁLES-RIVERO, Pilar. *El fundamento de las penas y las medidas de seguridad*. In: *El funcionalismo en derecho penal*. 1ª ed. Eduardo Montealegre Lynett (Coord.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.
- GONZALES RUS, Juan José. *Comentários al Código Penal – Artículo 6*. In: COBO DEL ROSAL, MANUEL (Dir). *Comentários al código penal*. Madrid: EDERSA, 1999.t.1.
- GOULART, Henny. *Penologia II*. São Paulo: Livr. Ed. "May Love", 1975.
- GRAEFF, Frederico Guilherme; BRANDÃO, Marcus Lira. *Neurobiologia das doenças mentais*. 2. ed. São Paulo: Lemos, 1993.
- GRAU, Eros. *A jurisprudência dos interesses e a interpretação do direito*. In: *JHERING e o direito no Brasil*. Recife: Ed. Universitária, 1996.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- GRECO, Oronzo; CATANESI, Roberto. *Malattia mentale e giustizia penale*. La percezione sociale della malattia mentale e della pericolosità del malato di mente. Milano: Giuffrè, 1988.
- HABERMAS, Jurgem. *Between facts and norms*. Cambridge: MIT Press, 1996.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- _____. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: *Pena y Estado: función simbólica de la pena*. Barcelona: PPU, 1991.
- HAUSMAN, Ken. Psychiatrists not immune to mental illness or stigma. *Psychiatric News*, v. 37, n. 15, p. 8, Aug. 2, 2002.
- HERNÁNDEZ A., Tosca. *La ideologización del delito y de la pena: un caso venezolano*. La Ley sobre vagos y maleantes. Caracas: Imprenta de la Universidad Central de Venezuela, 1977.
- HERRERA VALENCIA, R. Salud mental y prisiones. *Rev Esp Sanid Penit*, fasc.2, 2000, p. 138-140.
- HOTOPF, Matthew. Psychiatrists can cause stigma too. *The British Journal of Psychiatry*, v. 177, p. 467, Nov, 2000.
- HUDSON JONES, Anne. Mental illness made public: ending the stigma? *The Lancet*, v. 352, Sept. 26, 1998, p. 1060.
- HUNGRIA, Nelson. Pena e medida de segurança. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 100, 1944, p. 419-427.
- _____. Pena e medida de segurança. In: *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1945, p. 129-144.
- _____. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 3.
- IBRAHIM, Elza. O manicômio judiciário do Rio de Janeiro: hospital ou prisão? In: *J. bras Psiq*, v. 37, n.2, 1988, p. 109-112.
- ILLUMINATTI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. 6. ed., Bologna: Zanichelli, 1979.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. *Sistema de consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002.
- _____. *Consecuencias jurídicas del delito: bases y propuestas para una reforma*. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.pe/foro2/consecuencias%20Juridicas%20del%20Delito.htm>> Acesso em 31-09-2004.

- JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). *El funcionalismo en el derecho penal*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Códigos penales iberoamericanos*. 1. ed. Caracas: Andrés Bello, 1956.
- JOSEF, Flavio; SILVA, Jorge Adelino Rodrigues da. Homicídio e doença mental. *PSIQUIATRIA na prática médica*, v. 34, n. 4, p.1, 2001/2002.
- KODA, Mirna Yamazato. *Da negação do manicômio à construção de um modelo substitutivo em saúde mental: o discurso de usuários e trabalhadores de um núcleo de atenção psicossocial*. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e do Trabalho) – Faculdade de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2002.
- LA ESQUIZOFRENIA abre las puertas. Disponível em: <<http://www.esquizofreniaabrelaspuertas.com/estigma/violencia.htm>> Acesso em: 04 oct. 2004.
- LANDROVE DIAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosch, 1976.
- LANDRY, Michel. *O psiquiatra no tribunal: o processo da perícia psiquiátrica em justiça penal*. Trad. Jurema Franco Camargo. São Paulo: Pioneira EDUSP, 1981.
- LASCANO (H), Carlos J. La cruzada de Ricardo Nuñez contra el derecho penal autoritario. *Revista de Derecho Penal Integrado*, Córdoba, n 8, año 5, p. 117, 2004.
- LEHMANN, Christine. APA convenes conference on jail-diversion programs. *Psychiatric News*, v.39, n. 6, mar.19, 2004, p. 1-5.
- LEVIN, Aaron. Violence and Mental Illness: Media keep myths alive. *Psychiatric News*, v. 36, n. 9, p. 10, may 4, 2001.
- LIPTON, Liz. Judges Educate Colleagues About Mental Illness. *Psychiatric News* May 3, 2002, v. 37, n. 9.
- LÓPEZ-IBOR JR., Juan J. The power of stigma. *World Psychiatry*, v. 1, n. 1, p.1-61, Feb. 2002.
- MACEDO, Gilberto de. *A periculosidade na moderna medicina legal*. Tese (Livre-Docência em Medicina Legal) - Faculdade de Direito, Universidade de Alagoas, Maceió, 1961.
- MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Direito penal – parte geral*. 2. ed., rev., atual e ampl. Bauru: EDIPRO, 2001.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale*. Bologna: Zanichelli, 1951. v. 1.
- _____. Las medidas de seguridad. In: *DERECHO penal*. Bogotá: Temis, 1972. v. 2.

_____. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1972. v. 2.

MANNA, Adelmo. Il trattamento sanzionatorio del malato di mente autore di reato e le prospettive di riforma. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, anno 5, n. 2, p. 269-293, apr., 1994.

_____. Considerazioni Sulla Riforma del Diritto Penale in Italia. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, fasc 2-3, p. 525-542, apr.- set., 1996.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. Padova: Cedam, 1979.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Torino: UTET, 1931. v.1.

_____. *Tratado de derecho penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1949. t.4.

MARANHÃO, Odon Ramos. *Elementos para a pericia médico-legal na avaliação da periculosidade*. Tese (Livre docência em Medicina Legal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1963.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 1. ed., atual. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2. v.3.

MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MAURACH, Reinhardt. *Tratado de derecho penal*. Trad. y notas de J. Córdova Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v.2.

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do Direito Penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 102-122, nov., 2001.

_____. As contradições das medidas de segurança no contexto do Direito Penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, ano 1, n. 00, p. 15-189, 2004.

MARIETAN, Hugo. *Sobre los conceptos de salud/enfermedad-normalidad/anormalidad*. Disponível em: <http://www.prossiga.br/ee_usp/saudemental/> Acesso em: 08 set. 2004

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 3.ed., Milano: Giuffrè, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MECLER, K. Doença mental e periculosidade. *Arquivos Brasileiros de Psiquiatria, Neurologia e Medicina Legal*, v. 72, 2000.

- _____. MENDLOWCZ, Mauro V.; MORAES, Talvane de. A avaliação da cessação de periculosidade no hospital de custódia e tratamento Heitor Carrilho, no Rio de Janeiro. In: MORAES, Talvane de (Org). *Ética e psiquiatria forense*. Rio de Janeiro: Ed. IPUB/CUCA, 2001.
- MELMAN, Jonas. *Repensando o cuidado em relação aos familiares de pacientes com transtorno mental*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.
- MERZAGORA, Isabella. Scene da un matrimonio. I rapporti tra psichiatria e diritto. In: CERETTI, Adolfo; MERZAGORA, Isabella (Org). *Questioni Sulla Imputabilità*. Padova: CEDAM, 1994.
- MIDDENDORF, Wolf. *Teoria y práctica de la prognosis criminal*. Trad. José Maria Rodriguez Devesa. Madrid: Espasa-Calpe, 1970.
- MILES, Agnes. *O doente mental na sociedade contemporânea*. Introdução sociológica. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. *Processo penal*. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- MIR PUIG, Santiago et al. *Política criminal y reforma del Derecho penal*. Bogotá: TEMIS, 1982.
- _____. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. 1. ed., Barcelona: Ariel Derecho, 1994.
- _____. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed., Buenos Aires: Euros, 2002.
- MONAHAM, John. A terror to their neighbors: Beliefs about mental disorder and violence in historical and cultural perspective. *Bulletin American Academy Psychiatry Law*, v. 20, n.2, 1992, p.191-195.
- _____. *An actuarial model of violence risk assessment for persons with mental disorders*. Disponível em <<http://ps.psychiatryonline.org>>. Acesso em: 25/09/2005.
- MONTERO, Paula. O normal e o patológico. *Temas IMESC, Sociedade, Direito, Saúde* (Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo), São Paulo, v. 3, n. 2, dez. 1986.
- MONTEIRO, Cristina Libano. *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*. STUVIA IVRIDICA, 24, Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- MONTEVERDE, Lino. *La nozione di imputabilità penale*. Disponível em: <http://www.priory.com/ital/monte.htm>. Acesso em : 09 set. 2004.

- MORAES, Talvane de (Org). *Ética e psiquiatria forense*. Rio de Janeiro: Ed. IPUB/CUCA, 2001.
- MORAN, Mark. Psychiatrists learn to argue for treatment of offenders. *Psychiatric News*, v.39, n.23, p. 12-15, dez. 3, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 2, n. 1, jan./jun. 2001, p.71-83.
- MOSCATELLO, Roberto. Recidiva criminal em 100 internos do Manicômio Judiciário de Franco da Rocha. *Rev Bras Psiquiatr*, v. 23, n. 1, p. 34-35, 2001.
- MOSHER, L. Radical Desinstitutionalization: the Italian Experience. *Int. J. Ment. Health*, v 2, n.4, p. 129-136, 1983.
- MOURA, Luiz Antonio. Imputabilidade, Semi-Imputabilidade e Inimputabilidade. In: COHEN, Cláudio; SEGRE, Marco; FERRAZ, Flavio Carvalho (Org). *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, 1996. p. 85-104.
- MULVEY, Edward P. Assessing the evidence of a link between mental illness and violence. *Hospital and Community Psychiatry*, Washington D.C., v. 45, n. 7, p. 663-668, July, 1994.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Função motivadora da norma penal e "marginalização". *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 2, p. 38-46, 1980.
- _____. *Adiciones de Derecho Espanhol al Tratado de Derecho Penal de Hans-Heinrich Jescheck*. Barcelona: Bosch, 1981.
- _____. *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- _____. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal - parte general*. 2. ed. revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- _____. La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo. *Revista Penal*, Barcelona, n. 10, p. 3-14, jul. 2002.
- _____. El nuevo Derecho Penal autoritário: consideraciones sobre el llamado "derecho penal del enemigo". In: ONTIVEROS ALONSO, Miguel; PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes (Coord). *La influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamerica*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003. t. 1.
- MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?, *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre: edição especial, out. 2000.
- NIVOLI, Giancarlo et al. Malattia mentale e comportamento violento: psicodinamica e criterio prognostico imminente, condizionale e generico. *Rassegna Italiana di Criminologia*. Milano, anno 5, n. 2, p.299- 334, apr., 1993.
- NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de segurança*. Saraiva: São Paulo, 1937.

- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a direitos fundamentais. Perspectivas constitucionais*. Coimbra, 1996, v. 1.
- OLIVOS A. Patrício. Tratamiento y manejo del paciente psiquiátrico en la comunidad. *Psiquiatria y Salud Mental*, ano 19, n.2, p. 101-105, 2002.
- ORDINANZA 111, 1990. Disponível em: <<
<http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>>> Acesso em: 04 dez. 2004.
- ORTIZ VALERO, Tomás; LADRÓN DE GUEVARA Y GUERRERO, Javier. *Lecciones de psiquiatria forense*. Granada: Comares, 1998.
- OSÓRIO, Luiz Carlos. Agressividade e violência: o normal e o patológico. In: *DESVIO e divergência: uma crítica da patologia social*, 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. Parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- PAIM, Isaias. A crueldade da medida de segurança. *ESMAGIS*, Campo Grande, n.10, 2º sem., p. 119-137, nov. 1997.
- PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de psiquiatria forense civil e penal*. São Paulo: Atheneu, 2003.
- PEDROSO, Regina Célia. *Os signos da opressão. História e violência nas prisões brasileiras*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003. (Coleção teses e monografias, v. 5).
- PELBART, P.P. *Da clausura do fora ao fora da clausura: loucura e desrazão*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- PENTEADO, Jacques de Camargo; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Nova proposta de aplicação de medida de segurança para os inimputáveis. *Boletim do IBCCRIM*, n. 58, p. 10, set. 1999.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, 2. ed. Lima: Grijley, 1995.
- PEREIRA, João Frayze. *O que é loucura*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- PERES, Maria Fernanda Tourinho. *Doença e delito: relação entre prática psiquiátrica e poder judiciário no Hospital de Custódia e Tratamento de Salvador, Bahia*. Dissertação (Mestrado em Saúde Comunitária) - Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 1997.
- _____. *O Perigo na vida cotidiana: um estudo da relação entre doença mental e comportamento violento em uma comunidade litorânea da Bahia*. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia. Salvador, maio de 2001.

- PITCH, Tamar. *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Trad. Augusto Montero y Máximo Sozzo. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.
- PITTA, Ana Maria Fernandes; DALLARI, Sueli Gandolfi. A cidadania dos docentes mentais no sistema de saúde do Brasil. *Saúde em debate*, n. 36, p. 19-23, out. 1992.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Medidas de Seguridad <<inocuidadoras>> para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad. *Actualidad penal*, Madrid, n 38, p. 897-923, oct., 2001.
- PONTI, Gianluigi. L'imputabilità nel progetto di Legge-Delega per la riforma del codice penale. *Rassegna Italiana di Criminologia*. Milano, ano 4, n. 1, p. 101-115, jan. 1993.
- _____. Il dibattito sull'imputabilità. In: CERETTI, Adolfo; MERZAGORA, Isabella (Org). *Questioni Sulla Imputabilità*. Padova: CEDAM, 1994.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- _____. *Comentários ao Código Penal: doutrina jurisprudência selecionada: leitura indicada*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- _____. Teoria dos fins da pena. *Revista Ciências Penais*, São Paulo, ano 1, n 00, p. 143-158, 2004.
- PROGRAMA de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/anexos/projetos_inovadores/pai_pj/index.html> Acesso em: 18 junho 2004.
- PSIQUIATRIA HOJE: Associação Brasileira de Psiquiatria, ano 24, n. 2, 2002.
- PUEL, Elisia et al. *Doença mental: transpondo as fronteiras hospitalares*. Porto Alegre: Dacasa, 1997.
- QUIJADA, Mario H. De casa de orates a instituto psiquiátrico. Breve reseña de 150 años de historia de la psiquiatria chilena. *Psiquiatria y Salud Mental*, año 19, n. 3, p. 122, jul./sept. 2002.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Locos y culpables*. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. *El derecho a la presunción de inocencia*. Lima: Palestra, 2003.
- RABINOWICZ, Leon. *Mesures de sûreté. Étude de politique criminelle*. Paris: Marcel Rivière, 1929.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

- RAPAPORT, Andréa; ARLAQUE, Patrícia; PETRARCA, Rita. *Doença mental: metamorfose histórica*. *Revista Psico*. Porto Alegre, v. 24 n. 2, jul./dez. 1993.
- REALE JÚNIOR, Miguel et al. *Penas e medidas de segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____. *Parte geral do código penal (nova interpretação)*. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- _____. *Teoria do delito*. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- _____. *Instituições de direito penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1.
- RELATÓRIO SOBRE SAÚDE NO MUNDO 2001. Saúde mental: Nova concepção, nova esperança. Organização Pan-Americana da Saúde, Organização Mundial da Saúde.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Obras completas*. Bogotá: Temis, 1998. t. 3.
- RIGONATTI, Sérgio Paulo. *Diagnóstico psiquiátrico e inimputabilidade frente aos crimes contra os costumes*. Dissertação (Mestrado em medicina) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo: 1995.
- _____. Notas sobre a história da psiquiatria forense, da antiguidade ao começo do século XX. In: *TEMAS em psiquiatria forense e psicologia jurídica*. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2003. p. 17- 23.
- ROBINSON, Paul H. The criminal-civil distinction and dangerous blameless offenders. Disponível em: <<http://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/books>> Acesso em 20 set. 2004.
- ROCHA, Tibério. A estigmatização dos manicômios. *Psiquiatria Hoje*. Associação Brasileira de Psiquiatria, ano 24, n. 2, p.7, 2002.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo Medidas de seguridad y estado de derecho. In: *Peligrosidad social y medidas de seguridad en la ley de peligrosidad y rehabilitación de 4 de agosto de 1970*. Valencia: Universidad de Valencia, 1974.
- _____; JORGE BARREIRO, Agustin. *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Civitas, 1997.
- RODRIGUEZ SANCHEZ, Ciro Félix. *Las medidas de seguridad*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 06 set. 2004.
- ROJAS, NERIO. *Medicina legal*. 9. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1966.
- ROMANO, Carlos Alberto; SAURGNANI, Ilaria. L'ospedale psiquiatrico giudiziario oggi, tra ideologie e prassi. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, ano 12, n.3-4, p. 491- 535, giugl.-dic. 2001.
- ROSSETTI, Janora Rocha; ALVIM, Rui Carlos Machado. *Das medidas de segurança: jurisprudência*. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1994.
- ROTMAN, Edgardo. O conceito de prevenção do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, fasc. 3, jul./set. 1998.

- ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1972.
- _____. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2001.
- _____. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.46, jan./fev. 2004.
- ROY, Renée. *Psychiatric disorders and violence*. Disponível em: <http://www.cpa-apc.org/Publications/Archives/CJP/1998/Dec/editoria.htm>. Acesso em: 20-10-2204.
- RUBIERA, A. *Psiquiatras ratifican que el ataque de un esquizofrénico <<es poco frecuente, aunque terrible por lo absurdo>>*. Disponível em: <<http://www.lne.es/secciones/noticia.jsp?pIdnoticia=292831&pIdSecuion=35&pNumEj...>> Acesso em: 23 maio. 2005.
- RUDNICKI, Dani. Prisão, direito penal e respeito pelos direitos humanos, In: DESVIO e Divergência: uma crítica da patologia social. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- SALUD mental y medios de comunicación. Guia de estilo. Disponível em: <http://www.msc.es/enfermedadesLesiones/saludMental/guiaEstilo/pdfs/Salud_Mental_Guia_de_estilo.pdf-707.6KB-Ministerio de Sanidad y Consumo> Acesso em: 02 oct. 2004.
- SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. Regulación de las medidas de seguridad frente al Estado Social de Derecho en Colombia. Derecho Penal y Criminología. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, v. 16, n.52, 1994.
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, Ana-Esther. Responsabilidad, ley, salud mental. Reflexiones en torno al nuevo Código penal. *Rev. Asoc. Esp. Neuropsip.*, Madrid, v. 20, n. 73, p. 109-126, 2000.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- SARTORIUS, Norman. Stigma: what can psychiatrists do about it? *The Lancet*, v. 352, p. 1058- 1059, sept. 26, 1998.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.
- SCLAFANI, Francesco et al. Prospettive di riforma delle misure di sicurezza per autori di reato infermi di mente. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, anno XIII, n. 3-4, p. 579-623, giugl - dec. 2002.
- SEGRE, Marco. Introdução a Criminologia. In: COHEN, Cláudio; SEGRE, Marco; FERRAZ, Flavio Carvalho (Org). *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, 1996. p. 25-32.
- SEMINÁRIO NACIONAL PARA A REORIENTAÇÃO DOS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO, 2002, Brasília. *Relatório final*, Brasília: Ministério da Saúde, Ministério da Justiça, 2002.

- SERAFIM, Antonio de Pádua. Aspectos etiológicos do comportamento criminoso In: RIGONATTI, Sérgio Paulo (Coord.) *Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica*. São Paulo: Vetor, 2003. p. 49- 61.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. *Código penal de 1995*. Comentarios y Jurisprudência. Granada: Comares, 1998.
- SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. Conselho Nacional de Saúde. Comissão Organizadora da III CNSM. Relatório Final da III Conferencia Nacional de Saúde Mental. Brasília, 11 a 15 de dezembro de 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., 3 tir., São Paulo: Malheiros, 1993.
- SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables. *Derecho Penal y Criminologia. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminologicas de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, v. 18, n. 57/58. Sept.1995/abr. 1996. p. 79- 93.
- _____. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1997.
- SOARES, Orlando. Incapacidade, inimputabilidade e preservação da saúde mental. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 90, v. 325, p. 77 - 92, jan./mar. 1994.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Buenos Aires: Editora Argentina, 1973, v. 2.
- SONENREICH, Carol. Visão psiquiátrica das alterações mentais. In: D' INCAO, Maria Ângela (Org). *Doença mental e sociedade: uma discussão interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Graal, 1992.
- _____. ESTEVÃO, Giordano; SILVA F., Luis de M.A. Ensaio sobre modos de conceber a patologia mental. *TEMAS*. Teoria e prática do psiquiatra, v. 34, n. 66-67, p. 1-115, jan/dez., 2004.
- SOUSA, Daniel Brod Rodrigues de. Controvérsias doutrinárias sobre a pena. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v.1, n. 1, p. 137 - 177, jan./dez. 2002.
- SOUSA, Moacir Benedito de. *O problema da unificação da pena e da medida de segurança*. São Paulo: Bushatsky, 1979.
- STANZANI, D.; STENDARDO, V. *Le leggi dell'insanità mentale*. Disponível em: <http://www.diritto.it/articoli/antropologia/stanzani_stendardo.html> Acesso em: 27/1/2004.
- STATEMENT ON VIOLENCE BY PERSONS WITH MENTAL DISORDERS. Disponível em: <http://gainscenter.samba.gov/pdfs/disorders/WhatweKnow.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2005.

- STUART, Heather L.; ARBOLEDA-FLOREZ, Julio E. A public health perspective on violent offenses among persons with mental illness. *Psychiatric Services*, v.52, n. 5, p. 654 – 659, may 2001.
- _____. Violence and mental illness: na overview. *World Psychiatry*, v. 2, n. 2, p. 121, June, 2003.
- TALBOTT, John A. Deinstitutionalization: avoiding the disasters of the past. *Psychiatric Services*, v. 55, n. 10, p. 1112 – 1115, oct. 2004.
- TELLES, Lisieux Elaine de Borba et al. Doença mental e outros modificadores da imputabilidade penal. *R Psiquiatr RS*, v. 24, n.1, p. 45-52, jan. /abr. 2002.
- TEPLIN, Linda A. The criminality of the mentally ill: a dangerous misconception. *Am J Psychiatry*, v. 142, n. 5, p. 593-599, May 1985.
- _____. et al. *Arch Gen Psychiatry*, v. 62, n 8, p.911-921, August, 2005.
- TERZI, Maria Grazia. In tema di pericolosità sociale psichiatrica. *Rassegna Italiana di Criminologia*. Milano, ano 4, n. 2, p. 367 – 391, apr. 1993.
- TERRADILLOS, Juan. *Peligrosidad social y estado de derecho*. Madrid: Akal, 1981.
- THE MAC Arthur Community Violence Study. Disponível em: <<http://www.macarthur.virginia.edu/violence.html>> Acesso em: 18 oct. 2004.
- THIRU G, Sriram.; YAD M, JABBARPOUR. Are mental health professionals immune to stigmatizing beliefs? *Psychiatr Serv*, v. 56, n. 5, p. 610, May, 2005.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TRAVERSO, Giovanni Battista. *Riv It Med Leg*, Milano, v. 490, 1986.
- _____. Il trattamento del reo infermo di mente: prospettive di riforma. In: CANEPA, Giacomo; MARUGO, Maria Ida (Org). *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*. Padova: Cedam, 1995, p. 239-250.
- _____. et al. The treatment of the criminally insane in Italy. *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 23, n. 5-6, p. 493-508, 2000.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Las medidas de seguridad. Derecho penal y criminología. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, v. 18, n. 57/58, p. 59 – 76, sept.1995/ abr.1996.
- VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.
- VILLAVICENCIO T. Felipe. *Código Penal*. 2 ed., aum. atual. Lima: Grijley, 1997.
- VIOLENCE and mental illness. Disponível em: <<http://www.psych.org/public-info/violence.pdf>> Acesso em: 10 oct. 2004.

- VIVES ANTÓN, Tomás S. Métodos de determinación de la peligrosidad. In: Cobo del Rosal, Manuel (Dir.). *Peligrosidad social y medidas de seguridad*. Universidad de Valencia, 1974.
- WALSH, Ken. Compassion, prejudice and mental health nursing. *International Journal of Mental Health Nursing*, v. 11, n.1, p.1, 2002.
- WHAT DO WE KNOW ABOUT MENTAL DISORDER AND VIOLENCE? Disponível em: <http://gainscenter.samba.gov/pdfs/disorders/WhatweKnow.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2005.
- WEILER, Martin A. Violence in the Severely Mentally Ill. *Arch Gen Psychiatry*, v. 51, n.1, jan.1994.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 12 ed. 3. ed. Castellana. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987.
- WHO REGIONAL OFFICE FOR EUROPE. *Forensic Psychiatry*. Siena, 1975, 13-17 October. COPENHAGEN, 1977, p. 51.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.
- _____. El estado peligroso sin delito. In: *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Informe final. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- _____. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1987, v.1.
- _____. *Criminología*. Colombia: Temis, 1993. v. I.
- _____. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000.
- _____. El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, v. 4.