



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

AS MEDIDAS DE INTERNAÇÃO COMO MECANISMO DE EXCLUSÃO DO
DIFERENTE: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO DESENCARCERAMENTO DAS
PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS MENTAIS

André Grandis Guimarães

Rio de Janeiro
2017

ANDRÉ GRANDIS GUIMARÃES

AS MEDIDAS DE INTERNAÇÃO COMO MECANISMO DE EXCLUSÃO DO
DIFERENTE: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO DESENCARCERAMENTO DAS
PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS MENTAIS

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Talvane Marins de Moraes

Coorientadora:

Prof^ª. Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2017

ANDRÉ GRANDIS GUIMARÃES

AS MEDIDAS DE INTERNAÇÃO COMO MECANISMO DE EXCLUSÃO DO
DIFERENTE: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO DESENCARCERAMENTO DAS
PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS MENTAIS

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2017 – grau atribuído _____.

BANCA EXAMINADORA: _____

Presidente: Prof. Desembargador Luciano Silva Barreto – Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Prof. José Maria de Castro Panoeiro – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ.

Orientador: Prof. Talvane Marins de Moraes – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO AUTOR.

Aos meus pais Ari e Andréa, às minhas irmãs Amanda e Aline, à minha amada noiva Maíla,
aos meus avós, aos meus familiares e aos meus amigos, pilares de apoio incondicional;

À pequena Cecília, inspiração e esperança de renovação que reside na pureza da resposta das
crianças.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ari e Andréa, pelo exemplo, amor e dedicação incondicional e imensurável, que inclusive me permitiu a realização de mais esse sonho;

Às minhas irmãs, Amanda e Aline, pelo apoio de sempre, pelo companheirismo e pelo amor demonstrado nas mínimas sutilezas;

À minha companheira, cúmplice e noiva Maíla, por todo o suporte, amor, incentivo, inspiração e parceria que tornaram o meu caminhar mais suave nessa jornada;

Aos meus avós, sem exceção, pela sabedoria compartilhada e por estarem sempre ao meu lado;

Aos meus demais familiares, pela ajuda e confiança depositada em meus passos;

Aos meus amigos, em especial àqueles que me acompanharam nessa saga junto à EMERJ (Juan, Mari e Tânia), pela amizade e irmandade de vida;

Ao meu orientador, professor Talvane, por acreditar nesse projeto e dividir sua experiência e profunda sabedoria, sempre de forma atenciosa;

À minha coorientadora, professora Néli, pelo incentivo a essa pesquisa, pelo conhecimento que me foi passado com maestria, pelo carinho em cada atendimento e por todas as orientações;

À Ana Dina, à Cláudia e à Tarcila, integrantes do Setor de Monografia, pela compreensão e excelência no atendimento;

À EMERJ e a todos os seus membros e funcionários, pela oportunidade de aprimoramento pessoal e profissional, com instalações e aulas de excelência, proporcionando uma experiência desafiadora, intensa e recompensadora de aprendizagem;

A todos os professores que passaram por minha vida até hoje, por cada lição e pela dedicação que me permitiu alcançar mais essa realização;

Aos magistrados, aos assessores e aos secretários que agregaram para minha formação durante os períodos de estágio para prática jurídica;

Ao professor Cezar Augusto, pela orientação que transpassou os limites da graduação;

A todos que, de alguma forma, colaboraram para essa conquista e que compreenderam as ausências que foram necessárias para tanto.

“a violência e a desumanidade que representam o cumprimento de medida de segurança no interior dos fétidos manicômios judiciários, eufemisticamente denominados hospitais de custódia e tratamento, exigem uma enérgica tomada de posição em prol da dignidade humana, fundada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade assegurados pela atual Constituição Federal.”

Cezar Roberto Bitencourt

“Que a venda que cobre os olhos da Justiça não lhe cubra também os ouvidos e lhe permita estar sensível às demandas por reconhecimento, que se traduzem na efetivação de direitos humanos pelo respeito – e direito – às diferenças.”

Maila de Oliveira Bianor

“It has to be a better world: one in which the rights of every individual are respected, one that builds on past aspirations of good life, and one that enables every individual to optimally develop their potential”.

Nelson Mandela

SÍNTESE

O mito da loucura como um rótulo de comportamento desviante e presumidamente perigoso repercute há séculos na exclusão social das pessoas com deficiências mentais. Nesse contexto, o direito penal, especialmente por meio das medidas de segurança, acaba por servir como instrumento de controle e regulação social, de manutenção das relações de poder e de exclusão do diferente. Contudo, a emergência de movimentos antimanicomiais, de reforma da atenção em saúde mental e de desinstitucionalização, somados aos avanços na proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiências mentais, culminaram em um novo paradigma em âmbito internacional e repercutindo no ordenamento jurídico brasileiro. Diante do cenário de contraposição entre a subsistência do modelo de medidas de segurança enquanto sanção prevista na legislação penal brasileira e desconforme ao novo panorama, apresenta-se ao Poder Judiciário o impasse quanto à aplicação das medidas de segurança às pessoas com deficiências mentais. Nesse sentido, o presente trabalho busca, por meio de uma análise interdisciplinar, provocar questionamentos acerca da garantia do direito à diferença em contraposição à exclusão social decorrente da marcação enquanto comportamento desviante, com ênfase na situação das pessoas com deficiências mentais em conflito com a lei. Ademais, objetivar-se-á trazer à problematização o papel do Estado-juiz na promoção e garantia dos direitos humanos dessa população, apresentando-se, por fim, propostas à integração do Poder Judiciário ao modelo de atenção integral em saúde mental e à aplicação da lei na garantia do direito à diferença e dos direitos das pessoas com deficiência mental.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A LOUCURA E O HISTÓRICO DE EXCLUSÃO SOCIAL DO DIFERENTE.....	13
1.1. Os desviantes, o poder disciplinar e o biopoder.....	13
1.2. A degeneração e o criminoso nato: transformações da marcação do desvio.....	20
1.3. A eugenia, o nazismo e os indesejáveis.....	23
1.4. O Direito Penal do Inimigo em Jakobs e a periculosidade criminal.....	26
1.5. A loucura no histórico de exclusão social.....	29
1.6. Medidas de segurança: o direito penal como mecanismo de exclusão do louco.....	32
2. MEDIDAS DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO E REFORMA DA ATENÇÃO EM SAÚDE MENTAL NO BRASIL.....	36
2.1. Deficiências mentais e imputabilidade na legislação penal brasileira.....	37
2.2. Medidas de segurança como sanção no sistema penal brasileiro.....	40
2.2.1. A periculosidade como fundamento ou pressuposto das medidas de segurança e determinante do prazo de duração do cumprimento.....	46
2.2.2. A controvérsia quanto à indeterminação do prazo de cumprimento das medidas de segurança.....	51
2.3. Desinstitucionalização e reforma da atenção em saúde mental no Brasil.....	55
2.4. O modelo assistencial em saúde mental da Lei nº. 10.216/01 e seus reflexos nas medidas de segurança.....	59
2.5. A questão manicomial frente ao cenário internacional de proteção dos direitos humanos.....	65
3. O PODER JUDICIÁRIO COMO AGENTE DE PROMOÇÃO DO DESENCARCERAMENTO DA DIFERENÇA.....	73
3.1. O direito à diferença como contraponto ao desvio na marcação da loucura.....	73
3.2. O Estado-juiz e a aplicação da lei na proteção de direitos humanos.....	78
3.3. Da aplicação das medidas de segurança com observância à Lei nº. 10.216/01.....	84
3.4. A Lei nº. 13.146/15 e a pessoa com deficiência enquanto sujeito de direito.....	88
3.5. Propostas à integração do Poder Judiciário ao modelo assistencial em saúde mental.....	93
3.5.1. Fiscalização das condições de cumprimento das medidas de internação.....	94
3.5.2. Criação de redes de conexões intersetoriais, interdisciplinares e interinstitucionais.....	98
3.5.3. Da possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa na mediação da (re)construção das relações.....	107
CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS.....	118

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AMPASA – Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde
Art. – Artigo
CAPS – Centro de Atenção Psicossocial
CF – Constituição Federal
CFP – Conselho Federal de Psicologia
CID - Classificação Internacional de Doenças
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNPCCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
DJe – Diário da Justiça Eletrônico
DSM –Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais
GMF – Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário
HC – Habeas Corpus
HCTP - Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico
INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LEP – Lei de Execuções Penais
LINDB – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
MPF – Ministério Público Federal
MTSM– Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental
Nº. – Número
NAPS – Núcleo de Atenção Psicossocial
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OEA – Organização dos Estados Americanos
OMS – Organização Mundial de Saúde
ONU – Organização das Nações Unidas
P. – Página
PAI-PJ – Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental
PAILI – Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator
PNDH – Programa Nacional de Direitos Humanos
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
RHC – Recurso em Habeas Corpus
SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
SUS – Sistema Único de Saúde
TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul
VEP – Vara de Execuções Penais

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a temática das medidas de segurança de internação aplicadas às pessoas com deficiências mentais, a partir de uma ótica multidisciplinar – com ênfase jurídica, histórica e sociológica –, buscando provocar o questionamento acerca do tratamento penal dado à diferença humana, bem como discutir o papel do Poder Judiciário na proteção de direitos humanos das pessoas com deficiências mentais e no desencarceramento dessa população.

Há séculos, a loucura – enquanto marcação da diferença como comportamento desviante – tem remanescido num campo de esquecimento nos debates sociais e jurídicos, resultando na exclusão de pessoas com deficiências mentais do convívio em sociedade.

Nesse contexto, o direito penal, enquanto instrumento normativo mais severo de regulação social pelo Estado, acaba por servir como instrumento dessa exclusão, precipuamente por intermédio das medidas de segurança, sanção penal que representa a subsistência no ordenamento jurídico brasileiro da mácula de persecução penal da periculosidade presumida.

Na contramão desse cenário, emergiram movimentos de reforma da atenção em saúde mental e de desinstitucionalização, que culminaram com sua consolidação normativa, que se revela, por exemplo, na redação da Lei nº. 10.216/01 e da Lei nº. 13.146/15 – também denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência –, que não só positivam a proteção dos direitos das pessoas com deficiência, como se propõem a devolver a essas pessoas a cidadania, por meio do seu reconhecimento enquanto sujeitos de direito capazes.

Todavia, dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN demonstram que ainda há cerca de 2.500 (duas mil e quinhentas) pessoas submetidas a medidas de segurança de internação no Brasil, muitas delas por períodos excessivos ou mesmo em estabelecimentos inadequados ao modelo de atenção integral em saúde mental e à proteção dos direitos das pessoas com deficiência mental, o que acaba por manter o histórico de exclusão social e de violação de direitos humanos.

Diante desse impasse, propõe-se discutir sobre qual é o papel a ser desempenhado pelo Estado-Juiz, enquanto responsável pela aplicação da lei e também pela promoção dos direitos das pessoas com deficiência, a partir da defesa da necessidade da integração do Poder Judiciário à rede de atenção integral em saúde mental.

Inicialmente, no primeiro capítulo, busca-se mergulhar o leitor no universo de exclusão social, com enfoque na temática da deficiência mental – e da “loucura” – e nos

aspectos relativos à problemática da diferença humana tomada enquanto desvio patológico, bem como gerar familiarização acerca das formas de controle social e de exercício do poder.

Desse modo, pretende-se formar bases iniciais de contextualização e provocar questionamentos sobre a marcação do comportamento “desviante” sobre aqueles que não se adequam a um determinado padrão social – os diferentes – e que, por isso, estão sujeitos à exclusão, inclusive por meio da incidência de sanção penal.

Para tanto, traça-se uma análise interdisciplinar de modo a sublinhar a complexidade do tema, partindo de aspectos sociológicos e históricos sobre a marcação do comportamento “anormal” e da relação dessa marcação com a submissão de indivíduos à exclusão social, sempre focando nos aspectos que circundam a questão da loucura, para culminar no debate relativo às medidas de segurança.

Por sua vez, no segundo capítulo, traz-se o enfoque para as medidas de segurança de internação e para a reforma da atenção psiquiátrica – atenção em saúde mental – no Brasil, a partir da análise do estado da arte na legislação penal brasileira sobre a imputabilidade penal e sua relação com as deficiências mentais, bem como acerca das medidas de segurança como espécie de sanção penal, perpassando pelo debate sobre a noção de periculosidade.

Além disso, trata-se no segundo capítulo da incidência dos movimentos de desinstitucionalização e reforma da atenção em saúde mental no Brasil, para se alcançar a análise do modelo assistencial em saúde mental positivado na Lei nº. 10.216/01 e problematizar seus reflexos nas medidas de segurança.

Já no terceiro e último capítulo, traz-se o Poder Judiciário para a problematização, pretendendo-se debater o papel do Estado-Juiz na promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiências mentais e no desencarceramento da diferença humana. Nesse sentido, inicia-se retomando o debate sociológico provocado no primeiro capítulo, para apresentar o conceito de diferença como contraponto à noção de desvio, visando tratar do direito à diferença.

Em seguida, introduz-se a discussão relativa ao papel do Poder Judiciário relativo à aplicação da lei na proteção de direitos humanos e, em especial, quanto à aplicação das medidas de segurança – ao menos enquanto subsistem no ordenamento jurídico brasileiro – à luz da legislação especial, com enfoque na Lei nº. 10.216/01 e na Lei nº. 13.146/15, sem descuidar dos tratados, convenções e outros documentos internacionais aos quais o Brasil se vinculou.

Por fim, apresentam-se propostas à integração do Poder Judiciário ao modelo de atenção integral em saúde mental e à própria questão da garantia do direito à diferença humana e dos direitos das pessoas com deficiência mental.

Quanto à metodologia, trata-se de pesquisa de natureza aplicada, mas básica. No que tange à abordagem dos dados a pesquisa é qualitativa, enquanto no que diz respeito aos objetivos, é ora explicativa, ora descritiva e em parte exploratória. Finalmente, quanto aos procedimentos, a pesquisa é histórica, bibliográfica e documental.

1. A LOUCURA E O HISTÓRICO DE EXCLUSÃO SOCIAL DO DIFERENTE

O histórico de exclusão social das pessoas com deficiência mental pode ser relacionado com as transformações ocorridas nas relações de poder e sua atuação na esfera individual e coletiva em cada época.

O controle das vivências e dos corpos exercido pela sociedade e pelo Estado, acaba por estabelecer padrões sociais, culturais, psicológicas e físicos que geram sobre os indivíduos uma expectativa de adequação para “aceitação” e, em contrapartida, a marcação de condutas que desviam do modelo “normal” estabelecido.

Nesse contexto, destaca-se como relevante ao objeto do presente trabalho a influência e atuação da Medicina e do Direito enquanto instrumentos de regulação e controle social no estabelecimento de padrões de “normalidade”, em especial com a segregação penal e a patologização dos comportamentos desviantes – inclusive com a equiparação da “loucura” à doença mental.

Assim sendo, pretende-se traçar, nesse capítulo inicial, um panorama do histórico relevante das relações de poder e da marcação dos indivíduos que não se adequavam aos padrões normativos, partindo de abordagens sociológicas e jurídicas.

Buscar-se-á, pois, evidenciar que a hodierna marginalização e patologização das diferenças se relaciona com as formas de controle social e exercício do poder, bem como que o direito penal, enquanto mecanismo normativo-jurídico mais severo de regulação social – por poder implicar em cerceamento da liberdade e da autonomia dos indivíduos –, serve como instrumento de exclusão social das pessoas com deficiência mental – especialmente por meio da aplicação de medidas de segurança de internação.

1.1. Os desviantes, o poder disciplinar e o biopoder

As questões relativas à forma como as sociedades reagem e que “tratamento” destinam aos indivíduos, na tentativa de se livrar – excluir ou eliminar – daqueles que transgridem, infringem ou evitam as leis, tem sido objeto de estudo e discussão não somente no âmbito jurídico, mas também em outras áreas do conhecimento, em especial pela Sociologia, pela Antropologia e pela Filosofia.

Segundo Michel Foucault¹, a visão de exclusão defendida por Claude Lévi-Strauss² exerceu relevante papel para a caracterização do estatuto conferido numa sociedade aos indivíduos considerados anormais ou desviantes— dentre os quais se incluíam as pessoas com deficiência mental.

Para Lévi-Strauss³, as sociedades encontraram duas soluções para se livrar do indivíduo tido como perigoso: a solução antropofágica e a antropoemia. Por meio da solução antropofágica se buscava a assimilação dessa força, de modo a neutralizar o que nela havia de perigoso e hostil, enquanto a antropoemia é a solução pela qual se busca vencer, neutralizar e controlar as forças perigosas e hostis da sociedade por intermédio da exclusão do corpo social. Nesse sentido, segue a reflexão de Lévi-Strauss⁴:

Pienso en nuestras costumbres judiciales y penitenciarias. Estudiándolas desde afuera, uno se siente tentado a oponer dos tipos de sociedades: las que practican la antropofagia, es decir, que ven en la absorción de ciertos individuos poseedores de fuerzas temibles el único medio de neutralizarlas y aun de aprovecharlas, y las que, como la nuestra, adoptan lo que se podría llamar la antropoemia (del griego emein, 'vomitar').

Dessa forma, para Lévi-Strauss, a rejeição e a assimilação seriam opostas, como duas técnicas diferentes de excluir da sociedade o indivíduo considerado perigoso.

Por sua vez, Foucault⁵ teceu crítica à noção de exclusão sustentada por Lévi-Strauss, afirmando que tal visão desconsidera as lutas, as relações e as operações do poder a partir das quais a exclusão é realizada nas sociedades.

Isso porque, para Foucault, as táticas de sanção ou táticas penais são analisadores das relações de poder e para analisar um sistema penal, deve-se inicialmente deprender a natureza das lutas que se desenrolam em torno do poder – e contra ele– no âmbito de uma sociedade.

É relevante destacar que, dentre as quatro grandes formas de táticas punitivas, Foucault destacou as táticas de excluir e encarcerar, elucidando a tática “encarcerar” como se referindo à reclusão que hodiernamente se aplica e a tática de “excluir” como sendo exilar ou

¹ FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*, Curso no Collège de France (1972-1973). Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 4.

² LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes trópicos*. Tradução Noelia Bastard. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1988. p. 441.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

Em uma tradução livre: “Penso em nossos costumes judiciais e penitenciários. Estudando-os de fora, um se sente tentado a opor dois tipos de sociedades: as que praticam a antropofagia, é dizer, que vêem na absorção de certos indivíduos possuidores de forças temíveis o único meio de neutralizá-las e mesmo utilizá-las, e as que, como a nossa, adotam o que se poderia chamar a *antropoemia* (do grego *emein*, ‘vomitar’)”.

⁵ FOUCAULT. op. cit. p. 4

expulsar, proibir a presença em locais comunitários ou privar o indivíduo de sua casa, por exemplo.

Diferentemente de Lévi-Strauss, Foucault⁶ entendia que os procedimentos de exclusão não se opõem absolutamente às técnicas de assimilação, afirmando que “não há exílio, exclusão que, além daquilo que caracterizamos como expulsão, deixe de comportar uma transferência, uma reativação desse mesmo poder que impõe, coage e expulsa”.

Para Foucault, “a noção de exclusão nos fornece o estatuto do indivíduo excluído no campo das representações sociais”⁷, que consiste no efeito representativo geral de diversas estratégias e táticas de poder que atuam nas sociedades.

Nessa visão, defendeu Foucault a existência de instâncias de poder que seriam responsáveis pelo mecanismo de exclusão.

No século XVII, com a ascensão e o fortalecimento do capitalismo e da burguesia nas sociedades – em especial, nas européias –, houve intensas modificações nas relações de poder.

Com a definição da sociedade como um sistema de relações entre indivíduos que produzem e permitem a maximização da produção, passa-se a adotar como critério para designar como inimigo da sociedade aquele indivíduo que é hostil ou contrário à regra de maximização da produção.

Assim, o poder deixou paulatinamente de se concentrar na figura do soberano e passou ao corpo social, materializando-se nas instituições e na própria norma, que determina regras a fim de regular o comportamento social àquele adequado à lógica de vida burguesa. O uso da força passou a não mais bastar para garantir o exercício eficaz do poder e do controle sobre os indivíduos nas sociedades da época.

Foi justamente nesse contexto – ainda nos séculos XVII e XVIII – que, segundo Michel Foucault, houve o aperfeiçoamento da disciplina enquanto técnica de exercício do poder que visa inserir os corpos em um espaço individualizado e classificatório, exercendo controle sobre o desenvolvimento da ação dos indivíduos.

Surgiu, então, o que Foucault denominou por poder disciplinar, que se utilizava da disciplina e seus mecanismos de poder para “adestrar” os indivíduos, adequando-os ao padrão normativo. Nas palavras de Foucault⁸:

⁶ Ibidem. p. 5.

⁷ Ibidem. p. 4.

⁸ Idem. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 143.

O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura liga-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo. Em vez de dobrar uniformemente e por massa tudo o que lhe está submetido, separa, analisa, diferencia, leva seus processos de decomposição até às singularidades necessárias e suficientes. “Adestra” as multidões confusas, móveis, inúteis de corpos e forças para uma multiplicidade de elementos individuais (...). A disciplina ‘fabrica’ indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício.

Como se extrai da lição de Foucault, para alcançar seu objetivo de “adestramento” dos corpos, o poder disciplinar se vale de mecanismos de poder aos quais o próprio autor atribui o sucesso do poder disciplinar.

Como verdadeiros instrumentos de controle social, as técnicas disciplinares objetivavam sujeitar os indivíduos e potencializar-lhes as habilidades, de modo a gerar obediência e utilidade – tornar os indivíduos “dóceis” e “úteis” ao modelo de vida burguês.

Um desses mecanismos de poder era o chamado olhar hierárquico, que consistia na vigilância hierárquica perpétua e constante dos indivíduos para controlar suas ações e sua vida no cotidiano. Para tanto, valia-se da visibilidade dos meios de coerção e de controle intenso, o que se revelava, por exemplo, no exército e também nas fábricas, nas escolas, nos presídios e nos hospitais, até mesmo na arquitetura dos edifícios, de modo a permitir maior controle do interior e observação dos indivíduos.

Nessa ótica, substituindo-se à lógica do controle circular – no qual o poder se localizava no centro –, o poder disciplinar instituiu a forma piramidal de controle com a hierarquização, uma escala de olhares vigilantes uns sobre os outros, que gerava a multiplicação da vigilância por meio da integração dos indivíduos “ao dispositivo disciplinar como uma função que lhe aumenta os efeitos possíveis”⁹.

Além da vigilância hierárquica, o poder disciplinar se utilizava da sanção normalizadora, medida punitiva com a finalidade de reduzir a ocorrência de desvios, que funcionava como castigo, corretivo aplicado aos desviantes – que tinham comportamentos inadequados ao modelo ideal estipulado, aquele cujos comportamentos se amoldavam ao “normal” da sociedade burguesa, como trabalho, família e religião, por exemplo.

Em verdade, a sanção normalizadora possuía natureza dúplice, funcionando tanto por meio de gratificações quanto por intermédio de punições, o que servia para diferenciar e distribuir os indivíduos de acordo com suas condutas e aptidões, premiando-se aquelas consideradas positivas – adequadas ao modelo estipulado– e aplicando punições – corretivos

⁹ Ibidem. p. 146.

– às condutas e aptidões negativas – tidas como anormais –, para que fossem corrigidas por intermédio do castigo imposto.

Desse modo, por meio da sanção, que se materializava por meio de micro mecanismos penais, objetivava-se reduzir os desvios comportamentais por meio de corretivos, que incidiam, por exemplo, sobre os atrasos de funcionários em chegar ao trabalho –controle sobre o tempo.

Como elucidou Foucault¹⁰, a sanção normalizadora opera visando:

relacionar os atos, os desempenhos, os comportamentos singulares a um conjunto, que é a o mesmo tempo campo de comparação, espaço de diferenciação e princípio de uma regra a seguir. Diferenciar os indivíduos em relação uns aos outros e em função dessa regra de conjunto (...). Medir em termos quantitativos e hierarquizar em termos de valor as capacidades, o nível, a “natureza” dos indivíduos. Fazer funcionar, através dessa medida “valorizadora”, a coação de uma conformidade a realizar. Enfim traçar o limite que definirá a diferença em relação a todas as diferenças, a fronteira externa do anormal (...). A penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela normaliza.

Ainda, como mecanismo de poder do regime da disciplina, tem-se o controle normalizante realizado pelo chamado exame, que consistia numa combinação entre as técnicas disciplinares da vigilância hierárquica e da sanção normalizadora. Tratava-se de um mecanismo de objetificação, que dava visibilidade às pessoas num campo de vigilância e documentava tecnicamente seus resultados de maneira individualizada, constituindo um verdadeiro “estudo de caso”, um objeto para conhecimento do poder disciplinar.

Ritualizando as funções disciplinares de distribuição e classificação dos indivíduos por meio da combinação do olhar vigilante e da sanção, o exame, segundo Foucault¹¹, consiste na “vigilância permanente, classificatória, que permite distribuir os indivíduos, julgá-los, medi-los, localizá-los e, por conseguinte, utilizá-los ao máximo” e através da qual “a individualidade se torna um elemento pertinente para o exercício do poder” disciplinar.

O exame possibilitou que os indivíduos vigiados e docilizados pela sanção se tornassem um objeto descritível de análise em suas singularidades, condutas e aptidões, bem como permitiu “a constituição de um sistema comparativo que permite a medida de fenômenos globais, a descrição de grupos, a caracterização de fatos coletivos, a estimativa dos desvios dos indivíduos entre si, sua distribuição numa população”¹².

¹⁰ Ibidem. p. 152-153.

¹¹ Idem. *Microfísica do poder*. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989. p.106

¹² FOUCAULT. op. cit. p. 214.

Não por acaso, nesse mesmo cenário dos séculos XVII e XVIII – em que houve a ascensão burguesa e a instauração do regime da disciplina – diversas categorias sociais foram recolhidas indiscriminadamente a casas de internação, notadamente indivíduos que apresentavam algum tipo de desvio, como “o devasso, o dissipador, o homossexual, o mágico, o suicida, o libertino”¹³.

Em outras palavras, no referido período foram internados inúmeros indivíduos que apresentavam algum “desajustamento individual à rotina da instituição, incapacidade de cumprir as tarefas pessoais, inaptidão à vida social da instituição, a questão da sexualidade, a questão patrimonial e a de trabalho”¹⁴. Consoante leciona Paulo Vasconcelos Jacobina¹⁵, ao fazer referência aos estudos de Foucault:

nessa massa humana que é internada (Foucault menciona que cerca de 1% da população de Paris estava internada em 1662), a nascente burguesia europeia aplica a sua própria visão de mundo suspendendo a desordem por meio da força e aplicando coativamente a moral aos desajustados do mundo.

Todo esse panorama de crescimento da sociedade burguesa sob o regime do poder disciplinar – com a classificação, distinção e objetivação dos indivíduos –, fez com que o controle social exercido pelos governos sobre a vida da população se intensificasse, passando o Estado a se preocupar com questões como a natalidade, a mortalidade, a sexualidade e a incidência de doenças.

Somado a essa intensificação da preocupação e controle estatal sobre a população, houve o surgimento da chamada família canônica, na qual os pais exerciam vigilância de normalidade sobre seus filhos e se submetiam ao controle dos médicos e pedagogos.

No âmbito familiar, distinguia-se o que era normal e o que era anormal, com base no critério de adequação ao modelo docilidade-utilidade-productividade, seja econômica, social ou mesmo biológica, apontando-se como desvio – e muitas vezes como patologia – o comportamento que não se adaptava ao modelo. Refletia-se, pois, o modelo de controle social do regime da disciplina na dinâmica familiar.

Foi no século XVIII que se formou a ideia de que o crime não é tão somente uma culpa que causa dano a outrem, mas sim aquilo que causa prejuízo à sociedade e, portanto, rompe o pacto social que une os indivíduos. Assim, o indivíduo tido criminoso é considerado

¹³Idem.*História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978.p. 117.

¹⁴JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura e reforma psiquiátrica*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 44.

¹⁵ Ibidem. p. 43.

inimigo social e o crime consiste em um ato que reativa provisória e instantaneamente a hostilidade social.

A partir do final do século XVIII, tem-se a instauração de instituições como o ministério público e a polícia judiciária, que instituem o personagem do criminoso como inimigo social, o indivíduo irredutível às leis, “incapaz de adaptação, que vive uma relação de agressividade constante com a sociedade, sendo estranho a suas normas e a seus valores”¹⁶.

Constituíam-se, pois, o que Foucault denominou por “sociologia da criminalidade como patologia social”¹⁷, uma possibilidade de “apreensão psicopatológica ou psiquiátrica do criminoso”¹⁸.

Ainda no fim do século XVIII o sistema das penas se reorganizou tendo como cerne o encarceramento, a reclusão, fenômeno esse que foi contemporâneo do surgimento do criminoso como inimigo social.

Diante desse cenário, firmaram-se, então, sólidas bases para que, já no século XIX, se consolidasse outra forma de controle social das vivências individuais, que Foucault denominou de biopoder, o qual, na verdade, apoderou-se das técnicas de disciplina e somou a elas técnicas de regulação biológica da vida da população¹⁹.

Nesse modelo, conforme leciona Richard Miskolci²⁰, “os “desvios” do modelo economicamente produtivo e biologicamente reprodutivo da família burguesa passaram a ser classificados como aberrações” na sociedade que de disciplinar passou a ser de normalização, com base na lógica regulamentar elaborada pelas ciências exatas e biológicas – em especial, as médicas, com a ascensão da chamada medicina social, que enquadrava as práticas sociais de acordo com critérios médicos.

Por esse motivo, a consolidação do biopoder acabou levando à medicalização da população e ensejando na patologização de comportamentos enquadrados como desviantes. Entendia-se que os indivíduos que cometiam desvios não eram como a maioria da população, classificando-os no campo da anormalidade – incompatibilidade com a norma regulamentar posta pela sociedade de normalização então existente, sob o regime do biopoder.

¹⁶ FOUCAULT. op. cit. p. 34.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Segundo Juarez Cirino dos Santos, o conceito foucaultiano de biopoder ou biopolítica remonta a “mecanismos de regularização da tecnologia do poder sobre o conjunto da população viva”, sendo, pois, exercido “como guerra capaz de fazer viver os portadores de *capital humano* e deixar morrer os *inúteis* para as necessidades do mercado” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Foucault: poder como guerra e direito como dominação política*. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/foucault-poder-como-guerra-e-direito-como-dominacao-politica/>>. Acesso em: 14 mar. 2017).

²⁰ MISKOLCI, Richard. Reflexões sobre normalidade e desvio social. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, n. 13-14, 2003. p. 110-111.

Nesse sentido, comportamentos que há muito existiam – como alguns tipos de crimes, ocorrência de suicídios e comportamentos sexuais não compatíveis com a norma regulamentar, a exemplo da homossexualidade – passaram a ser tratados como desvios que, na lógica médica, constituíam patologias, muitas vezes psiquiátricas, fazendo com que inúmeros indivíduos fossem internados em hospícios. Como relata Miskolci²¹:

Se o crime e a prostituição já eram considerados alarmantes, algo ainda pior se temia diante do crescimento súbito e desorientador do número de internamentos nos hospícios. Segundo uma tese apresentada à Faculdade de Medicina no Rio de Janeiro em 1900, em apenas dez anos tinha se dado um crescimento de 7849% no número de internamentos. De 77 entradas no Hospício Nacional em 1889 passou-se a uma média anual de 612 casos em 1898, ou seja, 12 entradas por semana. Tais estatísticas ainda eram vistas como uma pálida estimativa já que se presumia que o número de casos de loucura era muito maior e a administração do Hospício deixava de atender requisições das autoridades por falta de acomodações.

Conforme se depreende do exposto, os regimes do poder disciplinar e do biopoder como formas de exercício do poder e de controle social, caracterizaram por séculos a atuação Estatal na esfera individual e social, gerando efeitos devastadores de exclusão social de indivíduos que não se adequavam ao padrão normativo imposto.

Nesses campos de exclusão, observa-se que o comportamento diferente do modelo foi classificado, distinguido e punido, seja por meio de sanção – como se viu com o adestramento do poder disciplinar – ou mesmo pelo estigma da patologia – inclusive o da loucura –, numa lógica de normalização das condutas e marcação daquelas consideradas como desviantes.

1.2. A degeneração e o criminoso nato: transformações da marcação do desvio

Com a sedimentação do desvio como contraponto à ideia de normalidade, isso é, marcação como desviantes dos indivíduos que não se adequavam à normatização que estabelecia o padrão tido como normal, e com a consolidação da medicina social, o desvio – anormalidade – passou a ser, paulatinamente, tratado como patologia.

No contexto europeu do século XIX, em que era crescente a industrialização e urbanização, além da “imigração, o trabalho feminino, o alcoolismo e as epidemias intensificadas pela concentração urbana”²², as sociedades começaram a temer o rompimento com suas tradições que resultaria em um processo de desagregação social.

²¹ Idem. Do desvio às diferenças. *Teoria & Pesquisa*. Vol. 1, n. 47, jul./dez. 2005, p. 10.

²² *Ibidem*. p. 15.

Passou-se, então, a se tratar o desvio como degeneração, que decorria de uma natureza corrompida, especialmente a partir da Teoria da Degeneração de Bénédict Augustin Morel, que ganhou grande relevância e influência na França, no período entre os séculos XIX e XX, teoria com a qual “a nascente disciplina psiquiátrica encontrava um sólido referencial sobre o qual ancorar suas pretensões a pertencer à medicina de pleno direito”²³.

A degeneração decorreria de uma natureza anormal, corrompida, definida por um conceito psiquiátrico, porém desenvolvido com base na ideia lamarckiana²⁴ da hereditariedade dos caracteres adquiridos.

Além disso, amparava-se em uma ideia moral de influência religiosa: uma concepção ideal de homem e de integridade moral inspirada em Adão antes de cometer o pecado original, “um homem a quem o físico está absolutamente submisso ao moral – vale dizer, um homem mítico, completamente responsável e racional, plenamente conhecedor de si mesmo e capaz de controlar totalmente a si próprio”²⁵.

Para Morel, havia clara relação entre o moral e o físico²⁶, o que era verificado pelas funções cerebrais – é de se notar que a palavra degeneração pode se referir à perda ou à diminuição de funcionalidades, qualidades ou características originais.

O indivíduo era diagnosticado como degenerado por meio de uma investigação de sua vida realizada por um psiquiatra, em busca de detectar a presença de traços indicadores da degeneração comportamentos destoantes do padrão moral estabelecido– o que nada mais era do que a aplicação da técnica disciplinar do exame.

Dentre os tipos de comportamento tidos como degenerados se incluíam, por exemplo, os suicidas, os excêntricos, os perversos sexuais, os monomaníacos e, até mesmo, os indivíduos para os quais o exame indicava a tendência ao comportamento criminoso.

Da inclusão da tendência à prática criminosa como um traço sinalizador da degeneração se pode delinear um paralelo com a ideia de criminoso nato desenvolvida pela

²³ PEREIRA, Mário Eduardo Costa. Morel e a questão da degenerescência. *Revista Latino americana de Psicopatologia fundamental*. 2008, v.11, n.3, p. 490-496.

²⁴Referência ao naturalista francês Jean-Baptiste Pierre Antoine de Monet, Chevalier de Lamarck.

²⁵JACOBINA. op. cit. p. 56.

²⁶ No âmbito da questão da alienação mental, Morel “resgatou o debate acerca do princípio da curados alienados por meio do tratamento moral individualizado”, bem como “procurou deslegitimar as causas morais das alienações”. Isso porque, de acordo com Morel, a degeneração seria a causa originária da alienação, cujo efeito seria a lesão física. (SOUZA, Roberta Clapp de. *Reforma Psiquiátrica Brasileira: crise do paradigma psiquiátrico e luta política*. 2015.175f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p. 77/78)

antropologia criminal²⁷ e o determinismo biológico teorizado por Cesare Lombroso²⁸, da escola criminológica positivista italiana.

Para Lombroso, o crime seria um fenômeno natural e o criminoso por natureza seria dotado de determinados atributos anatômicos, fisiológicos, culturais e psicológicos que se relacionariam com a psicopatologia criminal, isso é, características que psicológica e fisicamente – biologicamente – indicariam a propensão do indivíduo ao cometimento de delitos, o que envolvia desde a assimetria do crânio a ambidestria²⁹, até o uso da mentira, o amor pelo jogo ou mesmo o fato de possuir tatuagens.

Tal delinquência nata decorreria, segundo Lombroso, do ressurgimento de características genéticas de antepassados “selvagens” da raça humana, o que faz “aparecer em nosso meio um espécime antropologicamente distinto e bem marcado, um desvio patológico da espécie humana consistente em um ser pré-determinado para o crime”³⁰.

Diferentemente de Morel – que entendia tanto a loucura quanto o crime como degeneração, incluídas numa mesma categoria –, a teoria lombrosiana reconhecia a figura do criminoso louco como uma categoria específica, embora como espécie de criminoso nato, com características do criminoso nato somadas a características psicopatológicas e orgânicas decorrentes de uma doença mental.

De todo modo, tanto o criminoso nato quanto o criminoso louco estariam pré-determinados à prática criminosa e, conseqüentemente, à sujeição à sanção penal pelo exercício do *ius puniendi* estatal, por não possuírem “freios” motivadores de limitação de seu livre-arbítrio, pois, como afirmava Lombroso³¹:

Nas pessoas sãs é livre a vontade, como diz a metafísica, mas os atos são determinados por motivos que contrastam com o bem-estar social. Quando surgem, são mais ou menos freados por outros motivos, como o prazer do louvor, o temor da sanção, da infâmia, da Igreja, ou da hereditariedade, ou de prudentes hábitos impostos por uma ginástica mental continuada, motivo que não valem mais nos dementes morais ou nos delinquentes natos, que logo caem na reincidência.

²⁷ Segundo Virgílio de Mattos, Cesare Lombroso usou do método antropológico da psiquiatria “para encontrar, catalogar e descrever as semelhanças e diferenças entre crime e loucura”, especialmente por meio da análise de características físicas visíveis, “sinais exteriores” que identificassem o louco criminoso, o que era verificado, exemplo, mediante exames realizados nos crânios de ditos delinquentes, em unidades designadas para doentes mentais. (MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p.63)

²⁸ LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

²⁹ Em uma definição objetiva, trata-se da habilidade ou capacidade de usar com igual eficiência ambas as mãos.

³⁰ JACOBINA. op. cit. p. 84.

³¹ LOMBROSO. op. cit. p. 223.

Além das ideais de Morel e Lombroso, o entendimento do desvio como patologia contraposta ao normal serviu de arcabouço para o desenvolvimento de outras linhas teóricas que categorizavam, de certo modo, comportamentos ou características humanas distintas do normal como passível de extirpação do meio social, por meio do recolhimento à prisão ou mesmo o extermínio.

Como esclarece Miskolci³², “na Inglaterra, essas analogias consolidar-se-iam graças às teorias da evolução, da seleção natural e do temor crescente da degeneração que fundamentou toda uma corrente de estudos voltada para o controle da hereditariedade humana, a eugenia”.

1.3. A eugenia, o nazismo e os indesejáveis

Ainda no século XIX, a partir da aplicação dos pressupostos da Teoria da Seleção Natural – de Charles Darwin³³ – ao homem, Francis Galton³⁴ cunhou o termo eugenia, para designar a ciência que estuda os agentes sob o controle social que podem evoluir ou decair física ou mentalmente características, talentos e qualidades raciais de futuras gerações, como a inteligência, por exemplo, entendendo-se que as características humanas seriam inatas.

Segundo Galton³⁵, a Eugenia – eugenics– “*is the Science which deals with all influences that improve the inborn qualities of a race; also with those that develop them to the utmost advantage*”³⁶.

Nesse sentido, a eugenia de Francis Galton se baseia na hereditariedade humana e na seleção natural, buscando identificar os indivíduos dotados das “melhores características” para estimular a sua reprodução, de modo a se transmitir aos herdeiros, que farão parte da próxima geração suas qualidades raciais. Em contrapartida, a eugenia busca também identificar aqueles indivíduos que podem “empobrecer” as qualidades raciais, para que sua

³²MISKOLCI. op. cit. p. 15.

³³DARWIN, Charles. *A Origem das Espécies*, por meio da seleção natural ou a luta pela existência na natureza. Tradução de Joaquim da Mesquita Paul. Porto: LELLO & IRMÃO, 2003.

³⁴GALTON, Francis. *Hereditary Genius: an inquiry into its laws and consequences*. 2. ed. Londres: Macmillan, 1869.

³⁵Idem. Eugenics: its definition, scope and aims. *The American Journal of Sociology*. julho de 1905, vol. X, n. 1, p. 1-25. Disponível em: <<https://ia801604.us.archive.org/16/items/jstor-2762125/2762125.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2017.

³⁶Em uma tradução livre: “eugenia é a ciência que lida com todas as influências que melhoram as qualidades inatas de uma raça, bem como com aqueles que as desenvolvem para a máxima vantagem”.

reprodução seja evitada e a geração futura não herde tais características degenerativas, “piores”.

A princípio, Galton entendia que o controle reprodutivo por meio da reprodução orientada pela eugenia – permitindo-se a reprodução daqueles dotados das “melhores características” para serem transmitidas – constituía método eficaz para reduzir as mazelas sociais, que, para o autor, decorriam “da proliferação de indivíduos que se reproduziram mantendo no conjunto populacional, durante gerações consecutivas, características comportamentais e mentais viciosas, criminosas e degenerativas”³⁷.

Todavia, diante da dificuldade prática de realizar o controle da hereditariedade humana pela regulamentação das uniões conjugais, Galton mudou sua abordagem, objetivando, ao invés de uma imposição, que os próprios indivíduos optassem por aderir à ideia da eugenia.

Para isso, Galton passou a colocar a eugenia como uma obrigação moral, de modo que as uniões conjugais orientadas pela eugenia dependessem “muito mais da adesão de indivíduos conscientes de seu valor para o bem geral da humanidade, do que de algum tipo de controle externo”³⁸.

Da eugenia, decorre, pois, a ideia da degeneração racial, que, no cenário de nacionalismos exaltados no período pré-Segunda Guerra Mundial, com o fortalecimento, em especial na Alemanha, do nazismo e do anti-semitismo, deu azo não só ao próprio conflito armado de escala global, mas também ocasionou o genocídio daqueles que “prejudicavam” a supremacia ariana.

Hitler, em sua obra *Mein Kampf*, incluiu ideais eugênicos inspirados em Galton, elaborando, para solucionar a degeneração da raça ariana que para ele decorriam da hibridização, um “programa de ‘regeneração social’, com uma clara distinção entre os ‘cidadãos do Reich’, de sangue alemão, e os ‘não cidadãos’ ou ‘súditos’, entre eles os judeus”³⁹, estabelecendo diferenciação social e um ideal de tipos superiores – no caso, os “puros” da raça ariana - e tipos inferiores – bastardos, não arianos.

Nesse sentido, Hitler defendia a atuação estatal no sentido de promover a eugenia, esterilizando massivamente os ditos inferiores e fomentando a reprodução dos ditos superiores. Posteriormente, com a inflamação do discurso e alcançando seu viés extremado,

³⁷ DEL CONT, Valdeir. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Scientiae studia*. 2008, vol. 6, n.2, p.201-218.

³⁸ Idem. O controle de características genéticas humanas através da institucionalização de práticas socioculturais eugênicas. *Scientiae studia*. 2013, vol.11, n.3, p.511-530.

³⁹ BIZZO, Nelio Marco Vincenzo. O paradoxo social-eugênico, genes e ética. *Educar em Revista*. 1995, n.11, p. 45-61.

passou-se ao extermínio desses grupos marginalizados, o que se materializou dentro e fora dos campos de concentração do Terceiro *Reich* Alemão.

Com grande relevância para o sucesso do nacional-socialismo, vale destacar a atuação de Edmund Mezger na sedimentação das bases legais e científicas que amparariam os postulados políticos do regime nazista, inclusive a própria eugenia defendida por Hitler.

Mezger, por ser um dos penalistas alemães de maior relevância e prestígio da época, integrou a Comissão de Reforma do Direito Penal Alemão que visava adaptar a legislação ao regime nazista, substituindo-se o “Direito Penal de resultado por um Direito Penal de perigo e do conceito de bem jurídico pelo de violação de um dever; e a ideia de pena como meio para a eliminação dos elementos daninhos ao povo e à raça”⁴⁰, dentre outras mudanças, de modo a buscar a garantia da “superioridade ariana” e legitimar a eugenia por meio do direito penal.

Há que se destacar a participação de Mezger na elaboração da Lei do Delinquente Perigoso de 1933, que inseriu no Direito Penal alemão o instituto da medida de custódia de segurança, por meio do qual o Estado podia manter indivíduos sob sua custódia em centros de trabalho –os campos de concentração–, indeterminadamente, mesmo após o cumprimento da pena imposta, o que possibilitou ao regime do nacional-socialismo alemão internar, excluir, castrar e esterilizar –eugenia –, bem como exterminar milhares de pessoas –eliminação.

Além disso, destaca-se a participação de Mezger na elaboração do Projeto de Lei sobre o Tratamento dos Estranhos à Comunidade, que, ainda que não tenha entrado em vigor, chama à atenção por prever tratamento ainda mais severo aos grupos de pessoas indesejáveis, numa classificação – cuja elaboração participou Mezger – que abrangia, como elucida Marta Rodriguez de Assis Machado⁴¹:

o grupo dos fracassados ou dos que, por sua personalidade e forma de vida e especialmente por seus defeitos de compreensão ou de caráter, eram incapazes de cumprir as exigências mínimas da comunidade; o grupo dos refratários ao trabalho e dos que levavam uma vida desordenada; e o grupo dos delinquentes, pessoas que, por sua personalidade e forma de vida, deduziam-se tendências à comissão de delitos. Ou seja, medidas que alcançavam, de um modo geral, além dos não arianos, os marginalizados sociais, mendigos, vagabundos, “delinquentes” sexuais (incluindo entre estes os homossexuais), ladrões de pouca monta etc.

Observa-se, pois, que esses ideais remontam ao criminoso nato de Lombroso e à eugenia de Galton, bem como acabam se refletindo no denominado Direito Penal do

⁴⁰MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o Direito Penal do nosso tempo. *Revista Direito GV* I.v. 1. n. 1. p. 153-159.

⁴¹ *Ibidem*.

Inimigo, com relevância para a doutrina de Günther Jakobs⁴² que, como assevera Rogério Greco⁴³, “com a sua distinção amigo/inimigo, em muito se assemelha ao projeto desenvolvido por Mezger durante o regime nazista, capitaneado por Hitler”.

1.4.O Direito Penal do Inimigo em Jakobs e a periculosidade criminal

Ainda no século XX, o criminalista alemão Günther Jakobs apresentou sua concepção de direito penal, tomando por base a ideia de que o direito penal tem a finalidade de proteger as expectativas da norma para a construção da sociedade.

Jakobs trata, pois, do chamado funcionalismo sistêmico ou radical, pelo qual o direito penal teria a função de assegurar e reafirmar a vigência da norma, que representa a vontade geral. Nesse sentido, a pena possui como “fim o preventivo-geral de reconhecimento da validade da norma”⁴⁴, seria uma resposta à infração de uma norma e, portanto, à negativa de vigência da vontade geral.

Segundo Jakobs, os indivíduos exercem um papel na sociedade e sobre eles existem expectativas que devem ser garantidas e que, uma vez violadas, configura-se o ilícito. Como afirma Jakobs⁴⁵:

imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel, referindo-se a denominação papel a um sistema de posições definidas de modo normativo.

Dessa forma, para Jakobs, o indivíduo que desvia da norma e, logo, não atende às expectativas – não oferecendo garantia de se comportar como “pessoa” –, não merece receber o tratamento de um cidadão, mas sim deve ser tratado como um inimigo, que deve ser combatido, excluído ou mesmo eliminado.

Em verdade, a ideia do delinquente inimigo não surge em Jakobs, mas sim do pensamento filosófico de autores que o influenciaram, como John Locke, Immanuel Kant e Thomas Hobbes, que falava na essência má do homem e na existência de um estado de

⁴²JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 20.

⁴³GRECO, Rogério. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: < <http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo> >. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁴⁴GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 208.

⁴⁵JAKOBS. op. cit. p. 20.

natureza, no qual o indivíduo mais forte, para atender aos seus interesses, impõe a sua vontade sobre a do mais fraco, por meio da utilização da força física.

Como elucida Rogério Sanches Cunha⁴⁶, em Hobbes, por exemplo, seriam inimigos “os indivíduos que estão no estado de natureza, produtor de constante perigo e ameaça à existência humana, e que projetam falta de segurança”.

Seguindo tais inspirações, Jakobs desenvolve a ideia de um direito penal para o cidadão – que não comete crimes de forma reiterada e, portanto, permaneceria na condição de cidadão – e outro para o inimigo, que seria o criminoso que pratica determinados crimes que representam risco ao império da norma e à integridade do sistema, o “criminoso que rejeita a ordem jurídico-social e que quer impor sua conduta como outra estrutura de poder”⁴⁷.

Seria, portanto, inimigo o criminoso que faz do crime uma prática habitual e que, portanto, não seria tratado como pessoa por não prestar segurança ou garantia cognitiva suficiente de um comportamento adequado à norma, ou seja, de se comportar como “pessoa”.

Como leciona Vicente Greco Filho⁴⁸:

Ao inimigo aplicar-se-iam, entre outras, algumas das seguintes medidas: não é punido com pena, mas com medida de segurança; é punido conforme sua periculosidade e não culpabilidade, no estágio prévio ao ato preparatório; a punição não considera o passado, mas o futuro e suas garantias sociais; para ele o direito penal é prospectivo ou de probabilidade; não é sujeito de direitos, mas de coação como impedimento à prática de delitos.

Observa-se, pois, que, em decorrência das etiquetas ou rótulos postos – ou melhor, impostos – sobre indivíduos pela marcação como cidadão ou como inimigo refletia em uma diferenciação de tratamento penal, mais facilmente evidenciável pela função desempenhada pela pena no âmbito direito penal aplicável ao cidadão e no direito penal do inimigo.

Isso tendo em vista que “a pena no direito penal do cidadão teria funções de contrapor-se à violação da norma (contrafática) enquanto que no direito penal do inimigo teria a função de eliminar um perigo”, consoante esclarecimento apresentado por Fernando Galvão⁴⁹.

Nesse sentido, o Direito Penal do Cidadão sanciona os crimes cometidos pelos cidadãos, que somente de forma acidental agem contrariamente às normas e ao Direito, desvios reparáveis e que não afetam a vontade geral. O Direito Penal do Cidadão incide

⁴⁶ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. p. 186

⁴⁷ GRECO FILHO, Vicente *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ GALVÃO, op. cit. p. 206.

sobre os cidadãos quando o crime já foi praticado, de modo a garantir a vigência da norma, reafirmando o Direito.

Diferentemente, o Direito Penal do Inimigo “tem por destinatários certos indivíduos considerados como fontes de perigo e que, por isso mesmo, são parcialmente despersonalizados pelo Direito, com vistas a combater determinada forma de delinquência”, na lição de Luiz Regis Prado⁵⁰. Em outras palavras, objetiva-se punir os indivíduos que oferecem perigo aos demais e à vigência da norma.

Seguindo-se essa linha, o Direito Penal do Inimigo, tendo como premissa a periculosidade, atua para excluir da sociedade, neutralizar os indivíduos tidos como inimigos antes que possam ameaçar o império da norma e destruir o Estado.

Para tanto, o Direito Penal do Inimigo tem como característica a antecipação da punição, ou seja, adiantando a intervenção estatal para alcançar atos preparatórios, que antecedem a lesão à norma.

Ademais, os inimigos, que são considerados perigosos por não demonstrarem segurança cognitiva de adequação à norma e atendimento às expectativas, são tratados como não-cidadãos, como se não fossem pessoas, de modo que poderiam sofrer relativização ou mesmo supressão de garantias e direitos, além da cominação de penas severas e desproporcionais.

Com a atribuição do tratamento desumanizador – negação da condição de pessoa –, os tidos como inimigos passam a ser considerados sob o aspecto da periculosidade, como “entes perigosos” que devem ser segregados do convívio social ou mesmo eliminados.

Consoante precisa elucidação de Eugenio Raúl Zaffaroni⁵¹:

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos [...] lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente um ente perigoso.

Observa-se, pois, que a reprovação não da culpabilidade, mas sim da periculosidade criminal do indivíduo – no caso, o inimigo – constitui outra característica marcante do Direito Penal do Inimigo.

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 9. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 118.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 18.

Vale destacar que a noção de periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro – que desde a reforma penal de 1984 adota o sistema vicariante que veda a aplicação conjunta de pena e medida de segurança, conforme será melhor elucidado em capítulo posterior – diz respeito às medidas de segurança, que tem como fundamento a incapacidade penal e periculosidade do agente, referindo-se ao “perigo que o agente representa pelo seu desajuste às normas da convivência social”⁵².

É dizer, a periculosidade no contexto do Direito Penal consiste em um “conceito jurídico que reconhece no indivíduo sua maior propensão ao desenvolvimento de finalidades socialmente indesejadas, que podem levar à realização de ofensas aos valores penalmente tutelados”, de acordo com os ensinamentos de Fernando Galvão⁵³.

Ao visar à coação da periculosidade dos considerados inimigos, o Direito Penal do Inimigo de Jakobs acaba por aproximar – ao menos em relação ao inimigo – a noção de pena da noção de medida de segurança, o que “conflita diametralmente com nossas leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo”, como critica Luiz Flávio Gomes⁵⁴.

1.5.A loucura no histórico de exclusão social

A loucura, no decorrer dos séculos, se desenvolveu como designação de uma espécie de contrariedade à norma e o que se entende por razão. Nesse sentido, a exclusão dos ditos loucos do convívio social não é um fenômeno recente.

O direito romano, vale dizer, em semelhança à visão de insanidade mental, já tratava da figura do pródigo, pessoa que dilapida seu patrimônio em prejuízo de seus filhos. Além disso, os romanos tratavam do furioso – definindo-o como o indivíduo que tem acessos de demência – e do mentecapto, que seria um indivíduo com baixo desenvolvimento intelectual.

Na Idade Média, falava-se na existência de uma embarcação – denominada Nau dos Loucos por Michel Foucault – que era utilizada para enviar os loucos, aprisionados, de uma

⁵²BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral – Tomo III – Pena e Medida de Segurança*. 5.ed. rev. e. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 180.

⁵³ GALVÃO, op. cit. p. 845.

⁵⁴GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30054-30312-1-PB.pdf> >. Acesso em: 7 set. 2016.

cidade para outra, de onde não mais poderiam retornar, numa espécie de condenação eterna ao exílio. Como relatou Foucault⁵⁵:

É para o outro mundo que parte o louco em sua barca louca; é do outro mundo que ele chega quando desembarca. Esta navegação do louco é simultaneamente a divisão rigorosa e a Passagem absoluta. Num certo sentido, ela não faz mais que desenvolver, ao longo de uma geografia semi-real, semiimaginária, a situação liminar do louco no horizonte das preocupações do homem medieval — situação simbólica e realizada ao mesmo tempo pelo privilégio que se dá ao louco de ser fechado às portas da cidade: sua exclusão deve encerrá-lo; se ele não pode e não deve ter outra prisão que o próprio limiar, seguram-no no lugar de passagem.

Todavia, a loucura entendida como a ausência ou perda da sanidade mental ou razão, é um conceito que surgiu apenas no século XIII, desenvolvendo-se com maior relevância nos séculos XVII e XVIII, nos quais, inclusive, relata-se a ocorrência na Europa – em especial, na França – do fenômeno que Michel Foucault denominou por “O Grande Internamento”, no qual foram enviados a casas de internação diversos indivíduos que não se adequavam ao padrão normativo e que já eram por isso reconhecidos e isolados.

Assim, recolheu-se indiscriminadamente parcela da população pobre e outras categorias sociais, além dos loucos, que eram identificados pelo “desajustamento individual à rotina da instituição, incapacidade de cumprir as tarefas pessoais, inaptidão à vida social da instituição, a questão da sexualidade, a questão patrimonial e a de trabalho”⁵⁶.

Na valiosa ilustração de Foucault⁵⁷, ao tratar sobre o período do Grande Internamento:

Doentes venéreos, devassos, dissipadores, homossexuais, blasfemadores, alquimistas, libertinos: toda uma população matizada se vê repentinamente, na segunda metade do século XVII, rejeitada para além de uma linha de divisão, e reclusa em asilos que se tornarão, em um ou dois séculos, os campos fechados da loucura. Bruscamente, um espaço social se abre e se delimita: não é exatamente o da miséria, embora tenha nascido da grande inquietação com a pobreza. Nem exatamente o da doença, e no entanto será um dia por ela confiscado.

É relevante recordar que se tratava exatamente do período em que a burguesia ascendia socialmente e, juntamente com o fortalecimento do modelo capitalista e sedimentação do poder disciplinar com técnica de controle social e dos corpos, o que torna mais claro o motivo pelo qual, na lição de Jacobina⁵⁸:

⁵⁵ FOUCAULT. op. cit. p. 16/17.

⁵⁶ JACOBINA. op. cit. p. 44.

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 116.

⁵⁸ JACOBINA. op. cit. p. 43.

Nessa massa humana que é internada (Foucault menciona que cerca de 1% da população de Paris estava internada em 1662), a nascente burguesia europeia aplica a sua própria visão de mundo suspendendo a desordem por meio da força e aplicando coativamente a moral aos desajustados do mundo. Como alerta o filósofo, não se trata de excluir os associáveis, mas de organizar uma percepção da loucura, da exclusão, da desordem e da insubmissão: o gesto que interna também é o gesto que cria a alteridade do internado. A alienação é criada pelo próprio internamento.

Nesse período, em que se interna a loucura, a pobreza, a ociosidade e qualquer outra forma de desvio, os loucos se tornaram uma questão penal, é dizer, o chamado “problema de polícia”, no que se refere à ordem do espaço social, o que firma bases para a associação entre a loucura, a culpabilidade e a periculosidade criminal.

Posteriormente, no final do século XIX e início do século XX, é dizer, período de surgimento do controle social por meio do biopoder – que somava a regulação biológica às técnicas da disciplina –, a loucura passa a ser entendida como uma experiência inerente à natureza humana e dialeticamente contrária à razão, visão essa que decorre do resgate da noção de inconsciente pela psicanálise.

Com o desenvolvimento e crescimento da medicina social, começa-se entender a loucura, a “doença mental como um problema apenas biológico, portanto, somente os médicos poderiam tratá-la”, como leciona Cláudio Cohen⁵⁹.

Nesse cenário, o Estado passa a adotar uma política de que sua função seria a de proteger o louco retirando-o do convívio social.

Vale lembrar que, não por acaso, fala-se aqui do mesmo período que abrange as ideias de criminoso nato de Cesare Lombroso e a eugenia de Galton, além da degeneração de Morel, pela qual “loucos, santos, homicidas, gênios, suicidas ou perversos sexuais começam a ser vistos como frutos de um mesmo processo degenerativo”, como elucida Sérgio Carrara⁶⁰.

Diferentemente do que ocorrera nos séculos anteriores, em que a loucura era tratada como uma espécie de doença moral – desvio, comportamento contrário à moral burguesa –, a loucura é tida como uma patologia orgânica que “passa a ter uma vontade, que supera a própria vontade humana, e deslegitima o tão discutido princípio filosófico do livre-arbítrio,

⁵⁹ COHEN, Cláudio. Bases históricas da relação entre transtorno mental e crime. In: *Medida de segurança – uma questão de saúde e ética*. CORDEIRO, Quirino. (Org.); DE LIMA, Mauro Gomes Aranha. (Org.). São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013. p. 29.

⁶⁰ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP, 1998. p. 96.

colocando-se além da punição”⁶¹, embora não ressalvada da segregação social imposta aos diferentes.

1.6. Medidas de segurança: o direito penal como mecanismo de exclusão do louco

Na antiguidade, como lecionou Aníbal Bruno⁶², a civilização romana já aplicava aos indivíduos com deficiência mental medidas semelhantes às medidas de segurança, destinadas à segregação dos chamados furiosos – indivíduos que tem acessos de demência –, que “eram excluídos do direito penal, mas lhes impunha um estado de custódia” que os submetia a um afastamento da sociedade, por serem considerados perigosos.

Já no século XVIII, como decorrência da influência dos movimentos iluministas sobre a legislação penal e sobre a gestão da política e Justiça criminal como um todo, surge “o conceito de medida de segurança por doença mental”, como esclarece Cláudio Cohen⁶³.

Contudo, foi a partir do século XIX⁶⁴ e do momento em que a loucura passa a ser tida como uma patologia orgânica, as medidas de segurança receberam natureza diversa, diante do cenário em que a eficácia da sanção em forma de pena passou a ser questionada e a defesa do viés preventivo das sanções ganhava força frente ao viés retributivo.

Somado a isso, tem-se o desenvolvimento da criminologia e, vale lembrar, ao desenrolar das já referidas teses do criminoso nato – Cesare Lombroso– e as eugênicas – Francis Galton–, por exemplo, ideias que, como esclarece Eduardo Reale Ferrari⁶⁵, partiam da “concepção de que o homem era inflexionado à prática delituosa advinda de condições antropológicas, biológicas e sociais” e que tornaram relevante “o estudo das anomalias e o perigo social ameaçadores dos cidadãos”.

Assim, o contexto era de dúvida com relação ao Direito Penal como mero estudo do crime visando à imposição de um castigo – caráter retributivista –, passando-se a questionar a necessidade de adoção de uma possível nova forma de sanção e de um viés preventivista, que

⁶¹ JACOBINA. op. cit. p. 42.

⁶² BRUNO. op. cit. p. 256.

⁶³ COHEN. op. cit. p. 27.

⁶⁴ Segundo Virgílio de Mattos, a partir do século XIX a loucura passa a ser “mais uma questão de ordem pública do que propriamente de medicina”, porquanto se buscava controlar o movimento, em direção das grandes cidades, das massas de indivíduos que não se adequavam ao modelo de produção, como prostitutas, “vagabundos, sem-terra, sem-teto, sem-trabalho”, indivíduos “sem possibilidade de vir a conseguir trabalho”, doentes e loucos (MATTOS, op. cit. p. 58).

⁶⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 17.

demandava a investigação sobre o tipo de criminoso existente no meio social, tudo em busca de uma dita maior efetividade da sanção.

Como elucida Ferrari⁶⁶, o alto índice de reincidência, em especial de atos de indivíduos considerados delinquentes anormais, deu força para que fossem difundidas e estimuladas ideias relacionadas à finalidade preventiva da sanção, “elegendo, no tratamento e na inocuização, os meios mais eficazes de proteção” e tranquilização social diante de uma insuficiência da finalidade retributiva da sanção.

Desse movimento de insatisfação com uma dita insuficiência do cunho retributivo da pena decorreu o fortalecimento da ideia de necessidade de investigação sobre o tipo de criminoso e da busca por uma sanção preventiva no sentido de evitar a reincidência delituosa, o que ficou a cargo especialmente pelos estudos criminológicos.

É neste ponto que se revela a relevância de se fazer referência às ideias de Lombroso como exercendo relevante influência na constituição das medidas de segurança com o viés que recebeu a partir do século XIX e que se mantém hodiernamente.

Isso porque uma das mais evidentes características das ideias defendidas pelos estudiosos da Escola Positivista italiana – dentre os quais se inclui e, aqui, se destaca Cesare Lombroso – residem as ideias do determinismo⁶⁷, da periculosidade e da responsabilidade social, pelas quais o delinquente seria um indivíduo desprovido de livre-arbítrio que deveria sofrer a sanção em razão de sua temibilidade social, que justificava a imposição do tratamento.

Nas palavras de Luigi Ferrajoli⁶⁸, a Escola Positivista – ou Escola Positiva, como afirma o autor – promoveu a substituição da responsabilidade pela ideia de periculosidade e “concebeu o crime como "um sintoma" de patologia psicossomática, devendo enquanto tal ser tratado e prevenido mais do que reprimido, com medidas pedagógicas e terapêuticas destinadas a neutralizar as causas exógenas”.

No século XX, como consequência da influência positivista e influenciado pela concepção biológica que estabelecia um tipo de criminoso, o movimento da Defesa Social deu

⁶⁶ Ibidem. p. 18.

⁶⁷ Para a corrente positivista do determinismo, o criminoso seria o indivíduo sem livre arbítrio e nem alternativa que estaria determinado a praticar injustos penais, seja em razão de uma “concepção antropológicamente anormal ou, quando muito, de uma má influência social”, de modo que a sanção – punição –, por meio da “inocuição ou correção do delinquente”, se justificaria tanto pela “periculosidade e responsabilidade social”, como leciona Eduardo Reale Ferrari (FERRARI. op. cit. p. 21/22). Isso porque, uma vez que, para o Determinismo, o delinquente seria desprovido de opção de liberdade ou alternativa e, logo, não possuidor de possibilidade de escolha, de modo que a sanção meramente retributiva – com a imposição de alguma forma de castigo – não seria uma resposta compatível, adequada como resposta penal.

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.625.

ainda maior propulsão às ideias não-retributivistas, tendo por base o princípio da proteção ou defesa social, o que se daria por meio de medidas preventivistas, como as medidas tratamento.

Pela corrente da defesa social, a ação estatal deveria ser preventiva, baseando-se num juízo de periculosidade e considerando o estado de perigo que justificava o “mecanismo sancionatório da defesa social, legitimando que o Estado interviesse, quando em causa a ação de qualquer indivíduo perigoso, dispensando-se até mesmo a prévia prática do delito”, nos termos do que assevera RealeFerrari⁶⁹.

Isso porque, segundo a corrente positivista da Escola da Defesa Social, o direito penal, enquanto forma de controle social, deveria exercer a função de preservar a sociedade por intermédio de instrumentos preventivos, permitindo-se, inclusive, “a segregação dos inadaptaáveis”⁷⁰ como forma de conservar a harmonia social⁷¹.

Observando-se o contexto exposto, nota-se que Direito Penal moderno estendeu os limites da sanção penal para além da culpabilidade e do viés retributivista, passando ao viés preventivista.

Incluiu-se, pois, no raio de incidência da sanção penal, a “qualidade da pessoa que faz prever com probabilidade que ela venha a praticar novo fato punível e que se chamou perigosidade criminal”, passando-se a aplicar as medidas de segurança “em relação com esse perigo que o agente representa pelo seu desajuste às normas da convivência social”, consoante elucidativa lição de Aníbal Bruno⁷².

Tais sucintas referências ao traçado histórico do desenvolvimento das medidas de segurança até sua atual configuração se presta a demonstrar, ainda que brevemente, como o mecanismo penal de exclusão das pessoas com deficiência mental – e da loucura –, a fim de

⁶⁹ Ibidem. p. 25

⁷⁰ FERRARI. op. cit. p. 20.

⁷¹ Com relação à segregação dos indivíduos considerados inadaptaáveis e que ameaçavam a preservação da sociedade – incluindo-se, pois, as pessoas com deficiências mentais que praticavam injustos penais, é dizer, os ditos loucos infratores –, é relevante fazer referência à crítica de Virgílio de Mattos à Escola da Defesa Social, para a qual o “louco infrator é sempre perigoso, não tem remédio. Não produz e, quando produz é só desvio ou delírio, via de consequência, não consome. É falho porque nasceu assim, não há nada que se possa fazer, a não ser segregá-lo nos manicômios. Os guardiões da defesa social criam assim uma espécie de zoológico das anomalias ou, se vocês preferirem, do comportamento desviante. Para lá devem ser remetidos - o quanto antes - e guardados – sempre para sempre” (MATTOS, Virgílio de. *Canhestros Caminhos Retos: notas sobre a segregação prisional do portador de sofrimento mental infrator. Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*. 2010. p. 51-60). Refletindo-se sobre a crítica de Virgílio de Mattos, pode-se observar que as ideias positivistas da corrente da defesa social demonstram um reflexo da ideia de controle dos corpos e das vivências por meio da marcação do desvio, que acaba por promover a exclusão social dos ditos inadaptaáveis, irrecuperáveis, daqueles indivíduos considerados “anormais”, que não se amoldam nem se adéquam ao modelo burguês de vida e sociedade – melhor dizendo, ao modelo capitalista e ao padrão biológico e social, ainda muito permeado pela ideia de produtividade. (Ver capítulo 1, p. 12-20 do presente trabalho)

⁷² BRUNO. op. cit. p. 180.

permitir uma análise crítica sobre a existência das mesmas em comparação aos demais movimentos e estudos ocorridos no mundo.

Ademais, o que se pretende revelar são as conexões entre os movimentos da ciência jurídica e os demais movimentos dos estudiosos, evidenciar as “coincidências” históricas que levaram o Direito Penal a consolidar – legalizar – uma forma de sanção baseada na ideia preventivista da periculosidade permeada de ideais – estes sim – verdadeiramente perigosos, como os eugênicos e nazistas, que criam verdadeiro espantinho na figura do dito inimigo.

Diante desse cenário e da absorção pela legislação penal e processual penal dessa herança histórica e cultural, as medidas de segurança se constituíram com finalidade essencialmente preventiva, no sentido de buscar a proteção social por meio da tentativa de evitar que o indivíduo considerado perigoso –noção de periculosidade– reitere na delinquência.

De acordo com a lição de Reale Ferrari⁷³, as medidas de segurança em sua constituição hodierna constituem:

uma providência do poder político que impede que determinada pessoa, ao cometer um ilícito-típico e se revelar perigosa, venha a reiterar na infração, necessitando de tratamento adequado para a sua reintegração social. A expressão medida de segurança, etimologicamente, revela uma providência, ou cautela que dispensa cuidados. Com sua imposição, o Estado pretende atuar no controle social afastando o risco inerente ao delinquente-inimputável ou semi-imputável que praticou ato ilícito penal.

Nesse contexto, o hospital psiquiátrico – e aqui se incluem os estabelecimentos de cumprimento de medidas de segurança por pessoas com deficiência mental– se revela como a instituição que consolidou o meio de expulsão –exclusão – do louco alvo de um poder político, funcionando ao mesmo tempo como “um núcleo de constituição e reconstituição de uma racionalidade autoritariamente instaurada no âmbito das relações de poder no interior do hospital e que será reabsorvida no exterior do hospital na forma de discurso científico”, como há muito evidenciou Foucault⁷⁴.

⁷³ Ibidem. p. 15.

⁷⁴ FOUCAULT. op. cit. p. 6.

2. MEDIDAS DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO E REFORMA DA ATENÇÃO EM SAÚDE MENTAL NO BRASIL

Uma vez estabelecido o panorama histórico relevante acerca do desenvolvimento das medidas de segurança enquanto mecanismo de poder que serve à exclusão de pessoas com deficiência mental do meio social, revelando-se como o instituto se constituiu enquanto sanção preventivista como o é até então – ao menos no Brasil –, cabe adentrar às especificidades do ordenamento jurídico brasileiro.

Isso posto, pretende-se com o presente capítulo tecer sumária análise sobre a constituição das medidas de segurança no Brasil, visando a contrapor a realidade da sanção que ainda revela sua faceta excludente com os movimentos reformatórios da atenção em saúde mental e de desinstitucionalização⁷⁵.

Para tanto, partir-se-á da elucidação acerca da inimputabilidade penal e sua relação com as pessoas com deficiência mental, de acordo com a legislação brasileira, para, após, adentrar na questão da regulamentação das medidas de segurança no Brasil, dando-se ênfase às medidas de internação⁷⁶.

Ademais, opta-se por enfatizar as medidas de segurança de internação por se considerar sua maior severidade, em decorrência da imposição do cerceamento de liberdade de forma mais drástica acompanhada do dito tratamento.

Outrossim, toma-se por base os ideais antimanicomiais que seguem os movimentos de reforma da atenção psiquiátrica e de desinstitucionalização, que serão apresentados ainda neste capítulo, objetivando-se desconstruir as medidas de segurança de internação conforme previstas na legislação penal – com enfoque na legislação geral, a saber, na Lei de Execuções Penais, no Código Penal e no Código de Processo Penal.

⁷⁵ Segundo define Paulo Amarante, o termo desinstitucionalização diz respeito ao “conjunto de medidas de ‘desospitalização’, isto é, de redução do ingresso de pacientes em hospitais psiquiátricos ou de redução do tempo médio de permanência hospitalar, ou ainda de promoção de altas hospitalares” (AMARANTE, Paulo. *Saúde mental e atenção psicossocial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 50.).

⁷⁶ Frise-se que não se está, aqui, a tratar da medida de internação de que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.º. 8.069/90 –, que se aplica em decorrência da prática de ato infracional e que não se confunde com as medidas de segurança tratadas no Código Penal, devendo ser cumpridas em “entidade exclusiva para adolescentes”. Vale dizer, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “não é possível aplicar, por analogia, medida de segurança prevista no Código Penal àquele sob proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 55.280. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19208213/habeas-corpus-hc-55280-go-2006-0041326-4?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 mar. 2017.).

2.1. Deficiências mentais e imputabilidade na legislação penal brasileira

Em linhas gerais, a imputabilidade é a capacidade para o direito penal, que se configura na possibilidade de imputação de um fato típico e ilícito ao agente, isso é, de responsabilização penal pela prática de um fato típico e antijurídico.

Como leciona Juarez Cirino⁷⁷, “a imputabilidade não é mera capacidade de conhecimento do caráter proibido do fato, mas também a capacidade de controlar o comportamento conforme essa compreensão”.

Nesse sentido, consideram-se imputáveis os indivíduos que possuem plena capacidade de entendimento ético-jurídico e de se autodeterminar de acordo com esse entendimento no momento da ação ou omissão penalmente relevante.

É dizer, verifica-se a imputabilidade quando “o agente apresentar condições de normalidade e maturidade psíquicas mínimas para que possa ser considerado como um sujeito capaz de ser motivado pelos mandados e proibições normativos”, como elucida Cezar Roberto Bitencourt⁷⁸.

A seu turno, são considerados semi-imputáveis os agentes que não detinham plena consciência ou estavam temporariamente incapazes quando do momento da ação ou omissão, isso é, que não possuíam plena capacidade de entendimento e autodeterminação.

Diferentemente, são considerados inimputáveis e, logo, isentos de pena, nos termos do artigo 26 do Código Penal⁷⁹, os indivíduos acometidos por doenças mentais que geram inteira incapacidade de entender o caráter ilícito do fato e se autodeterminar de acordo com esse entendimento.

A aferição de tal inimputabilidade em decorrência de doença mental que gera total incapacidade do agente é realizada por meio de um critério bio-psicológico positivado pelo ordenamento jurídico brasileiro, no qual a ausência de sanidade mental constitui o aspecto biológico caracterizador da inimputabilidade penal, enquanto o aspecto psicológico reside na capacidade de entendimento e autodeterminação de acordo com esse entendimento no momento do fato.

⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino. A Ideologia da Reforma Penal. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, vol. 15, n. 60, p. 13-27, out.-dez. 2012, p. 18.

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 20.ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 474/475.

⁷⁹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm >. Acesso em: 7 fev. 2017.

Cabe destacar que a opção do legislador foi de adotar ambos os critérios simultaneamente, daí porque se falar em critério bio-psicológico para averiguação da imputabilidade penal.

Cesar Roberto Bitencourt⁸⁰ assevera que, para se reconhecer a incapacidade de culpabilidade de um agente, basta que o mesmo não possua capacidade de entendimento no momento do fato para que se possa igualmente reconhecer a falta de capacidade de autodeterminação e, assim, a inimputabilidade. Assim, segundo Bitencourt⁸¹, será inimputável o agente que:

não tem a capacidade de avaliar os próprios atos, de valorar sua conduta, positiva ou negativamente, em cotejo com a ordem jurídica, o agente não sabe e não pode saber a natureza valorativa do ato que pratica. Faltando essa capacidade, logicamente também não tem a de autodeterminar-se, porque a capacidade de autocontrole pressupõe a capacidade de entendimento. O indivíduo controla ou pode controlar, isto é, evita ou pode evitar aquilo que sabe que é errado. Omite aquela conduta à qual atribui um valor negativo. Ora, se não tiver condições de fazer essa avaliação, de valorar determinada conduta como certa ou errada, conseqüentemente também não terá condições de controlar-se, de autodeterminar-se.

Neste passo, são inimputáveis os agentes que não possuem, ao momento do fato, capacidade de discernir, entender e se autodeterminar, abrangendo-se, pois, os doentes mentais com inteira incapacidade, os indivíduos com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, bem como os casos de embriaguez patológica involuntária e completa – originada por caso fortuito, decorrente de fenômeno natural ou acidente, ou originada por força maior, que decorre da atuação do ser humano, e que torna o indivíduo incapaz.

Dando-se, aqui, enfoque à doença mental – em razão do objeto do presente trabalho –, vale destacar que Luiz Regis Prado⁸² entende como doença mental – em sua visão jurídico-penal – toda “alteração mórbida da saúde mental, independentemente de sua origem”.

O posicionamento de Regis Prado, vale dizer, demonstra uma certa indeterminação ou indefinição específica acerca do que se entende por doença mental para fins de inimputabilidade penal.

Por esse motivo, é relevante atentar para o ensinamento de Aníbal Bruno⁸³ que, em análise mais detalhada, entendia constituírem doença mental, para fins de inimputabilidade penal:

⁸⁰ BITENCOURT. op. cit.

⁸¹ Ibidem. p. 475.

⁸² PRADO. op. cit. p. 396.

⁸³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 133.

os estados de alienação mental por desintegração da personalidade, ou evolução deformada dos seus componentes, como ocorre na esquizofrenia, ou na psicose maníaco-depressiva e na paranoia; as chamadas reações de situação, distúrbios mentais com que o sujeito responde a problemas embaraçosos do seu mundo circundante; as perturbações do psiquismo por processos tóxicos ou tóxico-infecciosos, e finalmente os estados demenciais, a demência senil e as demências secundárias.

Quanto ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a doutrina insere a chamada oligofrenia, que consiste numa deficiência mental caracterizada, pela falta de faculdades mentais relacionadas à inteligência. Inclui-se, também, a chamada “idiotia”, que pode ser definida como um defeito congênito no desenvolvimento das faculdades mentais relacionadas à inteligência, enquanto a “imbecilidade” seria a parada ou interrupção no desenvolvimento de tais faculdades mentais.

Acrescente-se que, no âmbito da regulação médica, o conceito de doença mental possui maior complexidade, sendo tratado tanto no âmbito da Classificação Internacional de Doenças – CID-10⁸⁴, quanto no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM-V⁸⁵, que destrincham a classificação médica dos mais diversos tipos de deficiências mentais⁸⁶.

Em razão da inimputabilidade, caso pratiquem fatos típicos e ilícitos, impõe-se a absolvição diante da ausência de culpabilidade, embora seja possível a aplicação de medida de segurança, nos termos do artigo 386, Parágrafo Único, inciso III, do Código Processo Penal⁸⁷, quando se verifica no caso concreto a necessidade de tratamento e a periculosidade.

Tal hipótese se dá por meio da chamada sentença absolutória imprópria que, a despeito absolver o acusado, reconhece a ocorrência de um fato típico e ilícito e pode ensejar na aplicação de medida de segurança. Vale ressaltar que “as medidas de segurança somente poderão ser aplicadas se o agente cometer injusto penal, já que o juiz criminal não pode impor

⁸⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Classificação Internacional de Doenças. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

⁸⁵ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtorno DSM-5*. Tradução Maria Inês Corrêa Nascimento et al. Porto Alegre: Artmed, 2014. Disponível em: <<http://c026204.cdn.sapo.io/1/c026204/cld-file/1426522730/6d77c9965e17b15/b37dfc58aad8cd477904b9bb2ba8a75b/obaudoeducador/2015/DSM%20V.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

⁸⁶ Opta-se no presente trabalho por não esmiuçar a classificação das modalidades, espécies ou tipos de deficiências mentais estabelecida na regulamentação médica, primeiramente porque o objetivo do presente trabalho não é analisar as peculiaridades de cada classificação dada pela Medicina. Em segundo lugar, não se pretende estender a análise de tais códigos para não se perder o cerne eminentemente jurídico que se pretende realizar quanto a inimputabilidade. Ademais, parece-nos que não é questão de suma relevância a elucidação das características de cada rótulo patológico estabelecido, sendo imperioso, neste momento, à luz da doutrina de Direito Penal, traçar o relato do necessário a se compreender a inimputabilidade tal qual disciplinada na legislação penal.

⁸⁷ Vide nota 79.

coercitivamente medidas terapêuticas aos autores de práticas atípicas ou lícitas”, como precisamente alerta Fernando Galvão⁸⁸.

Com efeito, uma vez apresentado o panorama geral relativo à inimputabilidade ou semi-imputabilidade das pessoas com deficiência mental – a depender do grau de entendimento do caráter ilícito e de autodeterminação de acordo com esse entendimento – que, uma vez tenham praticado injusto penal – típico e ilícito –, podem ser submetidos às medidas de segurança, cabe introduzir à análise da disciplina legal do instituto enquanto forma de sanção – de caráter preventivista – no âmbito do sistema penal do Brasil.

2.2. Medidas de segurança como sanção no sistema penal brasileiro

Anteriormente à reforma promovida na legislação penal brasileira em 1984 havia a aplicação conjunta de pena – como resposta penal à culpabilidade – e medida de segurança, aplicada em decorrência do juízo de periculosidade e da constatação da incapacidade penal do indivíduo. Tratava-se do chamado sistema do duplo binário, estruturado pelo critério dualista cumulativo, como leciona Juarez Cirino dos Santos⁸⁹.

Havia, assim, uma dupla punição – *bis in idem* – que ensejava em duplo cerceamento do direito de liberdade do indivíduo, pois, conforme ilustra Bitencourt⁹⁰, “na prática, a medida de segurança não se diferenciava em nada da pena privativa de liberdade”, até mesmo porque “o sentenciado concluía a pena, continuava, no mesmo local, cumprindo a medida de segurança, nas mesmas condições em que acabara de cumprir a pena”.

Por outro lado, com a Reforma Penal de 1984⁹¹, o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar o sistema vicariante que, prestigiando a vedação ao *bis in idem*, não permite a aplicação conjunta de pena e medida de segurança.

Trata-se do sistema penal que Juarez Cirino⁹² denomina por dualista alternativo, caracterizado pela aplicação de forma alternativa – e não mais cumulativa – de pena “ou de

⁸⁸ GALVÃO. op. cit. p. 845.

⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 471.

⁹⁰ BITENCOURT. op. cit. p. 736.

⁹¹ Cabe salientar que, dentre as modificações promovidas na reforma do Código Penal em 1984, ocorreu a alteração de nomenclatura relevante quanto ao estabelecimento no qual se dá o cumprimento da medida de segurança de internação, substituindo-se o termo “manicômio judiciário” pelo termo “hospital de custódia e tratamento psiquiátrico”, como se observa na redação dos artigos 41 e 98, I, do Código Penal. No entanto, concordando-se neste trabalho com a observação de ordem prática registrada por Cesar Roberto Bitencourt, “a nova terminologia adotada pela reforma não alterou em nada as condições dos deficientes manicômios judiciários, já que nenhum Estado brasileiro construiu os novos estabelecimentos” (BITENCOURT. op. cit. p. 738).

⁹² SANTOS. op. cit. p. 471.

medida de segurança contra autores de tipos de injusto: ou pena criminal, fundada na culpabilidade; ou medida de segurança, fundada na periculosidade criminal – excluída qualquer aplicação simultânea de pena criminal e de medida de segurança”.

Nesse sistema, as medidas de segurança são aplicáveis aos inimputáveis e aos semi-imputáveis que tenham necessidade de “especial tratamento curativo”⁹³, enquanto as penas são aplicáveis aos indivíduos imputáveis e aos semi-imputáveis – que não tenham a dita necessidade de se sujeitar a tratamento⁹⁴.

Vale mencionar, ainda, a hipótese de superveniência de doença mental, prevista no artigo 41 do Código Penal⁹⁵, que ocorre quando um agente imputável já condenado pela prática de um ilícito penal ao cumprimento de pena privativa de liberdade é acometido durante o curso da execução penal por uma doença mental superveniente.

Na referida situação, tem-se a hipótese de conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança, o que pode se dar de duas formas distintas, cabendo ao magistrado decidir à luz do caso concreto.

Segundo esclarece Rogério Sanches⁹⁶, pode o magistrado, decidir pela aplicação de “uma simples internação para tratamento e cura de doença passageira, hipótese em que o tempo de tratamento considera-se como pena cumprida” e se aplica o artigo 108 da Lei de Execuções Penais – Lei n.º. 7.210/84⁹⁷.

Por outro lado, pode o magistrado concluir que a hipótese é de “anomalia não passageira”⁹⁸, situação na qual a medida de segurança substitui a pena privativa de liberdade, cabendo ao juiz seguir os termos dos artigos 96 e seguintes do Código Penal⁹⁹, de modo a fixar o prazo mínimo para cumprimento da medida e aplicar o artigo 183 da Lei de

⁹³ Fala-se, neste ponto, propositadamente, em especial tratamento curativo, diante da redação do artigo 98 do Código Penal, que trata da substituição da pena por medida de segurança para o indivíduo semi-imputável, prevendo que na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste do Código Penal (semi-imputabilidade) “e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos”. (Vide nota 82)

⁹⁴ Embora não se destine maior atenção à questão – diante do objeto do presente trabalho, que se direciona às medidas de segurança aplicadas às pessoas com deficiência mental –, cabe mencionar que, quanto aos agentes inimputáveis e semi-imputáveis dependentes químicos – leia-se, de entorpecentes ilícitos –, a legislação penal especial prevê medidas de segurança, como se vê nos artigos 45, Parágrafo Único, e 47, ambos da Lei n.º. 11.343/06 que, segundo Cleber Masson, “disciplinam expressamente as medidas de segurança no tocante aos crimes nela previstos” (MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.p. 495).

⁹⁵ Vide nota 79.

⁹⁶ CUNHA. op. cit. p. 493.

⁹⁷ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm >. Acesso em: 7 fev. 2017.

⁹⁸ CUNHA. op. cit. p. 493.

⁹⁹ Vide nota 79.

Execuções Penais¹⁰⁰, não havendo cômputo do tempo de internação como tempo de cumprimento de pena.

Neste passo, depreende-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, o inimputável, o semi-imputável– com necessidade de especial tratamento curativo¹⁰¹ – ou o indivíduo acometido por superveniente doença mental, embora não culpável e absolvido, mas uma vez considerada sua periculosidade, é passível de sujeição à aplicação de uma medida de segurança com finalidade preventiva, “destinada a impedir o seu novo crime, internando-o em estabelecimento especial, para o seu tratamento, ou submetendo-o à vigilância da autoridade pública”, conforme assevera Aníbal Bruno¹⁰².

É forçoso frisar que parece prevalecer na doutrina¹⁰³ o entendimento de que as medidas de segurança possuem natureza jurídica de sanção penal, o que inclusive já foi reconhecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do tradicionalmente mencionado julgado da Corte Superior ao apreciar o Habeas Corpus nº. 41.744/SP¹⁰⁴. Na visão de Eduardo Reale Ferrari¹⁰⁵, a “medida de segurança criminal, configurando-se como instrumento sancionatório, restringe a liberdade do indivíduo-doente, constituindo seu pressuposto a prática de um ilícito-típico prévio”.

Para além dessa análise, vale dizer, Heleno Cláudio Fragoso¹⁰⁶ tratava de uma ausência de distinção entre as medidas de segurança e as penas, por igualmente representarem a perda de bens jurídicos pelo indivíduo a elas submetido, em especial, restrição ou privação da liberdade. Isso porque, para Heleno Fragoso¹⁰⁷, “toda medida coercitiva imposta pelo Estado, em função do delito e em nome do sistema de controle social, é pena, seja qual for o nome ou a etiqueta com que se apresenta”.

Quanto às espécies de medidas de segurança, o artigo 96 do Código Penal¹⁰⁸ prevê a existência de duas modalidades, a saber a sujeição a tratamento ambulatorial e a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou estabelecimento adequado.

¹⁰⁰ Vide nota 97.

¹⁰¹ Vide nota 79.

¹⁰² BRUNO. op. cit. p. 179.

¹⁰³ No sentido da natureza jurídica de sanção penal no âmbito da doutrina, vale citar, dentre outros: Fernando Galvão, Damásio de Jesus, Luiz Regis Prado, Celso Delmanto, Virgílio de Mattos, Cleber Masson. Parece-nos ser, igualmente, a posição adotada por Heleno Fragoso.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 41.744. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/84435/habeas-corpus-hc-41744-sp-2005-0021556-7?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

¹⁰⁵ FERRARI. op. cit. p. 77.

¹⁰⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 549.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Vide nota 79.

O tratamento ambulatorial é uma medida restritiva de liberdade por meio da qual se determina a sujeição do indivíduo a tratamento psiquiátrico em ambiente externo ao hospitalar – em ambulatório –, sendo aplicável aos injustos penais puníveis com detenção, nos termos do artigo 97 do Código Penal¹⁰⁹. Neste ponto, vale fazer referência ao alerta feito por Fernando Galvão¹¹⁰, no sentido de que a redação do referido dispositivo legal “induz concluir que a submissão a tratamento ambulatorial seja mera faculdade do juiz”, o que, para o autor, não se coaduna “com as premissas do Estado Democrático de Direito”.

De todo modo, a aplicação da medida de tratamento ambulatorial, para além do requisito da natureza da pena privativa de liberdade aplicável ao injusto penal praticado pelo agente, depende da análise no caso concreto das circunstâncias e condições pessoais do agente.

A seu turno, a medida de internação é uma medida privativa de liberdade do inimputável ou do semi-imputável– com necessidade de especial tratamento curativo– que tenha praticado injusto penal punível com pena de reclusão, e também “facultativamente aos que tenham praticado delito cuja natureza da pena abstratamente cominada é de detenção”, como esclarece Luiz Regis Prado¹¹¹. É o que se extrai da redação dos artigos 97 e 98, ambos do Código Penal¹¹², a partir dos quais se pode concluir que o legislador penal endereçou como regra a internação para os inimputáveis.

Como prevê expressamente o artigo 99 do Código Penal¹¹³, trata-se de medida que determina que o internado seja recolhido para sujeição a tratamento em um estabelecimento dotado de características hospitalares ou “na falta de hospital de custódia e tratamento, pode ser cumprida em outro estabelecimento adequado”, conforme elucida Bitencourt¹¹⁴.

Contudo, cabe observar que o Parágrafo Único do artigo 99 da Lei de Execuções Penais¹¹⁵ – dispositivo cujo *caput* trata do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – prevê a aplicação “no que couber” do disposto no Parágrafo Único do artigo 88 da Lei de Execuções Penais, dispositivo legal este que trata dos requisitos básicos da unidade celular destinada ao cumprimento de pena em regime fechado¹¹⁶.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ GALVÃO. op. cit. p. 849.

¹¹¹ PRADO. op. cit. p. 647.

¹¹² Vide nota 79.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ BITENCOURT. op. cit. p. 738.

¹¹⁵ Vide nota 97.

¹¹⁶ Trata-se de uma constatação simples, contudo relevante à demonstração da existência de uma evidente contradição na legislação penal, que se constata pela aplicação – “no que couber” – de uma verdadeira equiparação das condições de um estabelecimento dito hospitalar aos requisitos básicos de uma cela de instituição penitenciária, vale dizer, estabelecimentos estes que, ao menos em tese, possuem finalidades distintas.

Em verdade, como salienta Fernando Galvão¹¹⁷, embora o artigo 99 do Código Penal¹¹⁸ não permita a submissão de inimputáveis ou semi-imputáveis “à medida de segurança em estabelecimento prisional comum”, a realidade revela que “não é raro que medidas de segurança sejam cumpridas nas cadeias públicas, a espera de vaga nos manicômios”.

Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁹ tem considerado que é ilegal e, logo, configuradora de constrangimento ilegal a prisão e manutenção de indivíduo submetido a medida de segurança em estabelecimento não dotado das características hospitalares adequadas à realização do tratamento – como prisão em delegacias de polícia, por exemplo.

Com efeito, o referido posicionamento do Superior Tribunal de Justiça se aplica ainda que exista falta de vagas em estabelecimento adequado, hipótese na qual a Corte Especial tem se manifestado no sentido da necessidade de substituição da medida de internação por medida de tratamento ambulatorial¹²⁰.

Prosseguindo-se na análise crítica das características fundamentais das medidas de segurança no ordenamento penal brasileiro, é relevante elucidar que, na sentença absolutória imprópria – que aplica ao agente medida de segurança –, cabe ao magistrado, na forma do artigo 97, §1º, do Código Penal¹²¹, fixar o prazo mínimo de 1 a 3 anos para cumprimento da medida aplicada, tendo em vista que, nos termos do referido dispositivo legal, a “internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade”.

Da inteligência dos artigos 171 e 172 da Lei de Execuções Penais¹²² se depreende que o cumprimento de medida de segurança – seja de internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou mesmo a submissão a tratamento ambulatorial – é condicionado ao trânsito em julgado da sentença que aplicar a medida e à expedição da guia para execução que conterà, dentre outros elementos, a data em que finda o prazo mínimo de cumprimento da medida fixado na sentença, conforme artigo 173, inciso III, da Lei de Execuções Penais¹²³.

¹¹⁷ GALVÃO. op. cit. p. 847.

¹¹⁸ Vide nota 79.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 38.499. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25015806/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-38499-sp-2013-0185183-0-stj/inteiro-teor-25015807?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

¹²⁰ Idem. HC n. 67.869. Relator: Ministro Nilson Naves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/10296/habeas-corpus-hc-67869-sp-2006-0220550-3/inteiro-teor-100019633>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Vide nota 97.

¹²³ Ibidem.

Encerrando-se o prazo mínimo fixado na sentença e constante da guia de execução, deve-se realizar perícia médica para averiguação da ocorrência de eventual cessação da dita periculosidade, conforme se extrai das disposições constantes do artigo 175 da Lei de Execuções Penais¹²⁴ e do artigo 97, §2º, do Código Penal¹²⁵. Isso não obsta, no entanto, que o magistrado determine que a verificação da cessação da periculosidade seja realizada anteriormente ao encerramento do prazo mínimo¹²⁶.

Uma vez realizada a perícia médica para averiguação de cessação da periculosidade – ao termo do prazo fixado pelo juiz –, apresentam-se ao menos duas hipóteses: atestar-se a cessação da periculosidade ou se concluir pela não cessação da periculosidade.

No caso em que a perícia conclui que houve cessação da periculosidade, deve o magistrado determinar a desinternação do agente ou a liberação do tratamento ambulatorial, a depender da espécie de medida de segurança que o agente cumpria.

É importante salientar, todavia, que a desinternação ou liberação do tratamento ambulatorial se dá de forma condicional, de modo que o agente fica sob uma espécie de período de prova, durante o prazo 1 (um) ano, no decurso do qual a medida de segurança deve ser restabelecida caso o agente pratique “fato indicativo de persistência de sua periculosidade”, conforme prevê o artigo 97, § 3º, do Código Penal¹²⁷.

Diferentemente, quando a perícia considera que o agente ainda é perigoso, ou seja, que não cessou a periculosidade, a medida de segurança se mantém, impondo-se, por força do artigo 97, §2º do Código Penal¹²⁸, a repetição ao menos anual da realização da perícia de verificação da cessação da periculosidade, permitindo-se, porém, ao juiz da execução determinar a realização da perícia a qualquer tempo.

Diante de toda a análise tecida no presente tópico emerge questão relevante – e uma das mais polêmicas – relativas às medidas de segurança: o prazo de duração. Isso em razão da ausência de determinação legal específica quanto ao limite temporal de duração do cumprimento de medidas de segurança, inclusive sendo certo que, nos termos do artigo 97, §1º, do Código Penal¹²⁹, a “internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Vide nota 79.

¹²⁶ Nos termos da legislação penal, a chamada verificação da cessação da periculosidade não está condicionada ao termo do prazo mínimo fixado na sentença, sendo certo que do artigo 97, §2º, do Código Penal, interpretado conjuntamente ao artigo 176 da Lei de Execuções Penais, pode-se extrair que o juiz da execução pode determinar a realização da perícia médica a qualquer tempo, “diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor”. (Vide nota 97).

¹²⁷ Vide nota 79.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem.

indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade”.

Neste ponto, destacam-se duas questões como pontos relevantes à apreciação e ao debate crítico que se pretende no presente trabalho: a questão da noção de periculosidade como condicionante da duração das medidas de segurança e a questão da indeterminação quanto ao prazo máximo de cumprimento das medidas.

Por esse motivo, diante da relevância de tais questões ao instituto das medidas de segurança, bem como tendo em vista as controvérsias e peculiaridades desses pontos, dedicar-se-á estudo em subtópicos específicos.

2.2.1. A periculosidade como fundamento ou pressuposto das medidas de segurança e determinante do prazo de duração do cumprimento

Além da prática de um injusto penal típico e ilícito e do fato de que o agente seja inimputável ou semi-imputável, as medidas de segurança exigem como fundamento para sua aplicação a periculosidade do autor.

É dizer, conforme leciona Juarez Cirino dos Santos¹³⁰, as medidas de segurança, seja de internação – medidas detentivas ou estacionárias – ou de tratamento ambulatorial – medidas restritivas ou ambulantes –, “possuem idênticos fundamentos metodológicos: a) previsão de crimes futuros, fundada na periculosidade do autor; b) eficácia das medidas de segurança para evitar crimes futuros”.

Quanto aos agentes inimputáveis, a periculosidade criminal é legalmente presumida ou ficta, por força dos artigos 26 e 97 do Código Penal¹³¹. Diferentemente, conforme artigos 26, Parágrafo Único, e 98 do Código Penal¹³², no que se refere aos agentes semi-imputáveis, a periculosidade é considerada real ou concreta e decorre de determinação judicial¹³³, realizada

¹³⁰ SANTOS. op. cit. p. 606.

¹³¹ Vide nota 79.

¹³² Ibidem.

¹³³ É importante recordar que, à luz do Código Penal pós-reforma de 1984 – com a adoção do sistema vicariante –, a legislação penal brasileira presume a periculosidade dos inimputáveis com deficiência mental que praticam infrações penais, pelo que são sujeitáveis à aplicação de uma medida de segurança. Já quanto aos semi-imputáveis que praticam infrações penais, duas possibilidades se apresentam, a depender do caso concreto: i) reconhecimento da imputabilidade – com redução de pena –, mas não da periculosidade, ou; ii) negativa de imputabilidade e consideração da periculosidade, quando tenham a dita necessidade de especial tratamento curativo, podendo serem submetidos à aplicação de medida de segurança.

mediante “concreta avaliação do julgador, que, reconhecendo-a, deve determinar a medida de segurança em substituição à pena”, como esclarece Fernando Galvão¹³⁴.

Daí porque, segundo Virgílio de Mattos¹³⁵, o rótulo da periculosidade, “tornado principal atributo do louco”, cumpre dupla função, não só marcando a necessidade de um tratamento em razão do diagnóstico de uma doença mental, mas também a “necessidade de neutralização penal, via exclusão”.

Todavia, o conceito de periculosidade e sua adoção como pressuposto à aplicação de medida de segurança é alvo de relevantes críticas, não só no âmbito do Direito, mas também em outras áreas do conhecimento que se relacionam com a questão e nas quais o tema é objeto de estudo, como a Psiquiatria, a Sociologia e a Psicologia, por exemplo.

De acordo com Fernando Galvão¹³⁶, a periculosidade é um “conceito jurídico que reconhece no indivíduo sua maior propensão ao desenvolvimento de finalidades socialmente indesejadas, que podem levar à realização de ofensas aos valores penalmente tutelados”.

Destarte, a periculosidade consiste em um juízo de prognose ou para o futuro – diferente do que ocorre quanto à culpabilidade, que é um juízo sobre o passado –, no qual se busca averiguar se o agente voltará a delinquir, não em um juízo de reincidência como possibilidade, mas sim em um juízo de probabilidade¹³⁷.

Trata-se, pois, de um juízo realizado levando em consideração o “estado de desajustamento social do homem, de máxima gravidade, resultante de uma maneira de ser particular do indivíduo, congênita ou gerada pela pressão de condições desfavoráveis do meio”¹³⁸.

É dizer, no juízo para averiguar a periculosidade do agente, busca-se constatar a presença dos chamados fatores de periculosidade que seriam indicativos da probabilidade de delinquência, que são fatores “de ordem externa ou interna, referentes às condições físicas individuais, morais e culturais, condições físicas do ambiente, de vida familiar ou de vida social, reveladores de sua personalidade” e que se somam aos chamados “sintomas de periculosidade, que são os antecedentes criminais, civis ou administrativos, os motivos

¹³⁴ GALVÃO, op. cit. p. 848.

¹³⁵ MATTOS, op. cit., p. 57.

¹³⁶ GALVÃO, op. cit., p. 845.

¹³⁷ Conforme leciona Cleber Masson, trata-se de um juízo que reclama “um prognóstico completo, calcado em conjecturas razoáveis, de que o indivíduo tornará a cometer infrações penais” de modo que “o magistrado deve analisar o futuro, com o escopo de aferir a probabilidade de o agente praticar novos ilícitos penais. Daí falar-se em juízo de prognose” (MASSON, op. cit. p. 491).

¹³⁸ BRUNO. op. cit. p. 289.

determinantes da prática delituosa e suas circunstâncias”, como elucida Damásio de Jesus¹³⁹, fazendo referência aos ensinamentos de José Frederico Marques.

Ocorre que a análise da periculosidade como posta em teoria não constitui tarefa simples, até mesmo porque não parece ser possível – ou ao menos, razoável – resumir a análise da personalidade, do comportamento e da própria natureza humana a um critério probabilístico, que acaba por ser arraigado em um viés estatístico e matemático.

Pelo contrário, a complexidade desse juízo de probabilidade que se propõe clama por uma integração do Direito com outras áreas do conhecimento, de modo que a compreensão e avaliação da “suposta periculosidade social de um indivíduo”, ou mesmo de uma dita “periculosidade pré-delitiva, deveria ser um assunto de estudo transdisciplinar envolvendo psiquiatras, psicólogos, criminalistas, sociólogos, antropólogos, filósofos, legisladores”¹⁴⁰.

Em verdade, observa-se que não existe um método científico que, comprovadamente, possibilite – com segurança – uma previsão sobre o comportamento que futuramente um indivíduo terá, quanto mais a prática de uma infração penal¹⁴¹.

A reforçar a referida constatação, Ernesto Venturini¹⁴² precisa e criticamente esclarece que a periculosidade social:

não corresponde a nenhum dos critérios que constroem o diagnóstico psiquiátrico sobre os quais se funda o método científico. Não se reveste de qualquer valor terapêutico, cumprindo, ao contrário, função de pura defesa social. Não tem a ver com o paciente, com sua proteção: tem sim a ver com a coletividade e com a maneira pela qual esta percebe o tema de sua segurança. O juízo de periculosidade se funda muito mais em um critério de probabilidade, do que no de possibilidade(...)Esse critério (...) resulta totalmente aleatório, para não dizer

¹³⁹ MARQUES apud JESUS. op. cit. p. 592.

¹⁴⁰ COHEN. op. cit. p. 26.

¹⁴¹ A própria ideia de se levar a prevenção ao extremo, por meio de uma previsão absoluta de comportamentos criminosos, nos faz lembrar do debate que se extrai do filme *Minority Report*, uma obra de ficção científica produzida por Steven Spileberg (2002), que retrata uma realidade futura na qual a atuação policial se direciona no sentido da persecução e impedimento de crimes previstos precisamente, antes mesmo de iniciado o *iter criminis*. Tal ideia, por certo, violaria o princípio da lesividade, seja porque permitiria a criminalização excludente ou redutora da liberdade constitucional de pensamento e de consciência, ou mesmo por admitir a punição sem que tenha ocorrido lesão a bem jurídico tutelado pelo direito penal. Ademais, inexistiria, inclusive, conduta punível, simplesmente porque, quando realizada tal previsão extremada, não haveria sequer conduta praticada – ação ou omissão. Com efeito, embora possa parecer que a realidade fictícia de que trata a obra cinematográfica em questão beira o absurdo, constituindo uma realidade hipotética e da realidade presente, na própria realidade recente brasileira se pode observar que esse resquício de punição ao estilo *Minority Report*. Vale lembrar que, incluída no pacote de medidas do Estado Brasileiro como preparativos para os eventos esportivos mundiais que ocorreram nos últimos anos no Brasil – Copa do Mundo de Futebol e os Jogos Olímpicos –, a Lei nº. 13.260/16 (também denominada Lei Antiterrorismo), que regulamentou o artigo 5º, XLII da Constituição Federal, previu em seu artigo 5º um tipo penal que pune, de forma autônoma, a “realização de atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito” (BRASIL. Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-018/2016/lei/113260.htm >. Acesso em: 14 mar. 2017).

¹⁴² VENTURINI, Ernesto. As questões. In: MATTOS, Virgílio (Org.) et al. *O Crime Louco*. Tradução Maria Lúcia Karam. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2012. p. 237.

arbitrário, no campo psíquico, exatamente pela complexidade das ciências humanas e porque o comportamento humano nesse setor não pode ser facilmente reduzido a algoritmos estatísticos.

Por esse motivo, questiona-se a credibilidade do prognóstico de periculosidade para fins penais como meio de constatação em juízo de probabilidade acerca de comportamento criminoso futuro e eventual¹⁴³.

Igualmente, uma vez que as medidas de segurança – baseadas na periculosidade – são aplicáveis aos indivíduos com deficiências mentais considerados penalmente inimputáveis ou semi-imputáveis com necessidade de especial tratamento curativo – conforme artigos 26, 97 e 98 do Código Penal¹⁴⁴, observa-se que a legislação penal acaba “vinculando a periculosidade social às doenças mentais e estigmatizando os portadores das mesmas”¹⁴⁵.

Entretanto, não se mostra razoável resumir a análise da periculosidade social e, portanto, do comportamento humano como determinado por um efeito natural de determinada patologia de ordem mental.

Pelo contrário, “as mais diversas análises demonstram que as doenças mentais graves, por si sós, não permitem prever violência futura”, cuja constatação, na verdade, demanda a análise conjugada das características pessoais do indivíduo e fatores históricos, clínicos e contextuais, como assevera Ernesto Venturini¹⁴⁶.

Dessa forma, alinha-se, aqui, ao entendimento de que a inimputabilidade – e, portanto, a dita periculosidade criminal – “não pode ser mecânica e automática decorrência da presença de uma enfermidade mental”, até mesmo porque “nem todas as enfermidades mentais implicam capacidade psíquica de entender e querer, ou mesmo sua redução”¹⁴⁷.

Neste passo, a periculosidade possui maior complexidade do que a mera presunção em razão de um diagnóstico de patologia mental, até mesmo porque em nenhum dos dois códigos que qualificam as doenças mentais – DSM-V¹⁴⁸ e CID-10¹⁴⁹ – se estabelece uma

¹⁴³ Em tom notoriamente crítico, Juarez Cirino dos Santos elucida que a aplicação das medidas de segurança com base na probabilidade de prática de fatos puníveis, revela “uma tendência de supervalorização da periculosidade criminal no exame psiquiátrico, com inevitável prognóstico negativo do inimputável –, assim como, por outro lado, parece óbvia a confiança ingênua dos operadores jurídicos na capacidade do psiquiatra de prever comportamentos futuros de pessoas consideradas inimputáveis, ou de determinar e quantificar a periculosidade de seres humano”. Inclusive, em crítica relevante ao objeto do presente trabalho, Juarez Cirino, referindo-se às medidas de segurança detentivas – como o autor denomina as medidas de internação –, assevera expressamente que a periculosidade, ou seja, “a prognose de crimes futuros indeterminados ou de crimes futuros possíveis não legitimaria a internação compulsória em instituições psiquiátricas”. (SANTOS. op. cit. p. 607)

¹⁴⁴ Vide nota 79.

¹⁴⁵ COHEN. op. cit. p. 31.

¹⁴⁶ VENTURINI. op. cit. 237/238.

¹⁴⁷ KARAM, Maria Lúcia. A Reforma das Medidas de Segurança. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, vol. 15, n. 60, p. 108-114, out.–dez. 2012. p.109.

¹⁴⁸ Vide nota 85.

relação entre a doença mental e a periculosidade¹⁵⁰ que, para Maria Lúcia Karam, é um conceito que carece de “base científica; é uma vazia presunção; não passa de uma ficção fundada no preconceito ou na credence que identifica o louco – ou quem quer que apareça como diferente – como perigoso”¹⁵¹.

Para além da problemática relativa à carência de embasamento científico capaz de sustentar, com certeza e precisão inquestionável, a prognose de comportamento perigoso, o debate relativo à periculosidade criminal nos remete novamente às ideias que circundam o direito penal do inimigo, “em que o indivíduo é considerado como um potencial perigo à sociedade, podendo-se contra ele agir não só de modo repressivo, mas também preventivo, aplicando-se-lhe, antecipadamente, uma sanção ou medida de segurança”¹⁵².

De acordo com Virgílio de Mattos¹⁵³, o direito penal do inimigo:

pode ser utilizado em relação ao portador de sofrimento mental ou transtorno mental infrator, pois o agente com esse comprometimento “se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel a norma”, preenchendo, ademais, a possibilidade de ser neutralizado não com pena privativa de liberdade, mas com medida de segurança; punido de acordo com sua periculosidade – ainda que contrária a lei, ainda hoje presumida – e não de acordo com sua culpabilidade; em muitos casos, quando já cessada a periculosidade, [submetendo-se tais indivíduos a uma] sanção sem qualquer preocupação com o princípio da proporcionalidade.

Nesses termos, o rótulo da periculosidade, decorrente desse juízo preventivo, acaba, pois, por servir à marcação da diferença sob o espantinho do inimigo e sob o pretexto de se proteger a paz social e o próprio Estado de Direito, como justificativa para a relativização de direitos e a exclusão¹⁵⁴.

Com efeito, a despeito dos aspectos controvertidos – e questionáveis – e toda a crítica existente quanto à noção de periculosidade penal – ou social –, a realidade da legislação penal brasileira ainda adota a periculosidade – presumida ou não – como critério e fundamento para a aplicação de sanção penal a inimputáveis por serem pessoas com deficiência mental e a semi-imputáveis.

¹⁴⁹ Vide nota 84.

¹⁵⁰ COHEN. op. cit. p. 31.

¹⁵¹ KARAM. op. cit. p. 112.

¹⁵² JÚNIOR, Sebastião Reis. Proteção aos direitos fundamentais. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, vol. 15, n. 60, p. 28-45, out.-dez. 2012. p. 35.

¹⁵³ MATTOS, op. cit. p. 72.

¹⁵⁴ Segundo assevera Vera Regina Pereira de Andrade, a função real dos sistemas punitivos como o brasileiro se circunscreve, basicamente, à “delimitação do inimigo interno da sociedade”, ou seja, é seletivamente “construir a criminalidade”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Análise Criminológica do Cotidiano. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, vol. 15, n. 60, p. 59-71, out.-dez. 2012. p. 61.)

Nesse ínterim, sendo certo que, considerando-se a redação do artigo 97, §1º, do Código Penal¹⁵⁵, as medidas de segurança – seja de internação ou de tratamento ambulatorial – possuem duração indeterminada e perduram até que a perícia médica constate que ocorreu a cessação da periculosidade do agente, passar-se-á à abordagem da questão atinente ao prazo de cumprimento das medidas de segurança que, certamente, consiste num dos aspectos mais controvertidos, em especial quanto às medidas de internação.

2.2.2. A controvérsia quanto à indeterminação do prazo de cumprimento das medidas de segurança

A questão da indeterminação do tempo máximo de cumprimento de medidas de segurança suscitou – e ainda suscita – relevante debate tanto na jurisprudência quanto na doutrina, até mesmo porque desse tempo indeterminado de cumprimento pode decorrer a perpetuidade da medida de segurança¹⁵⁶.

Para Aníbal Bruno¹⁵⁷ – e a corrente mais tradicional da doutrina – a medida de segurança não deve ser revogada enquanto não cessado o estado perigoso – periculosidade –, sendo, portanto, indeterminada, conforme prevê a redação do artigo 97, §1º, do Código Penal¹⁵⁸.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já adotou o entendimento de que as medidas de segurança – seja de internação ou de tratamento ambulatorial – perdurariam indeterminadamente, até que a cessação da periculosidade do agente fosse atestada pela perícia médica, conforme se depreende, a título de exemplo, dos julgados da Corte Superior no HC nº. 42.683/SP¹⁵⁹.

Seguindo essa linha, o Superior Tribunal de Justiça entendia pela inexistência de vinculação entre o tempo de duração da medida de segurança com o tempo de duração da pena privativa de liberdade correspondente ao delito.

¹⁵⁵ Vide nota 69.

¹⁵⁶ Quanto à possibilidade de perpetuidade da duração das medidas de segurança, vale fazer menção ao preciso alerta de Juarez Cirino dos Santos, no sentido de que a indeterminação da duração das medidas de segurança “significa, frequentemente, privação de liberdade perpétua de seres humanos, o que representa violação da dignidade humana e lesão do princípio da proporcionalidade, pois não existe correlação possível entre a perpetuidade da internação e a inconfiabilidade do prognóstico de periculosidade criminal do exame psiquiátrico” (SANTOS. op. cit. p. 618).

¹⁵⁷ BRUNO. op. cit. p. 211.

¹⁵⁸ Vide nota 79.

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 42.683/SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7194285/habeas-corpus-hc-42683-sp-2005-0045497-6-stj/relatorio-e-voto-12940363?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

Todavia, em 2005, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº. 84.219/SP¹⁶⁰, o Supremo Tribunal Federal, por meio de aplicação de interpretação sistemática e teleológica aos artigos 75 e 97 do Código Penal¹⁶¹ e ao artigo 183 da Lei de Execuções Penais¹⁶², firmou entendimento de que as medidas de segurança se limitam ao período máximo de trinta anos.

Tal interpretação da Corte Suprema se deu em razão do reconhecimento da natureza jurídica de sanção penal das medidas de segurança, bem como se amparou na garantia constitucional constante do artigo 5º, XLVII, “d”, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁶³, que veda a perpetuidade das penas no ordenamento jurídico brasileiro¹⁶⁴. Trata-se de posicionamento que ainda se mantém no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como se pode observar, por exemplo, no julgado proferido na apreciação do HC nº. 107.432/RS¹⁶⁵, veiculado no Informativo de Jurisprudência nº. 628 do STF.

Posteriormente, para além de adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da limitação temporal a trinta anos de cumprimento das medidas de segurança, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sofreu nova modificação, firmando interpretação no sentido de que o prazo máximo de cumprimento das medidas de segurança, “na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado e não pode ser superior a 30 (trinta) anos”¹⁶⁶.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça se funda na ideia de que o artigo 97, §1º do Código Penal¹⁶⁷ deve ser interpretado à luz dos princípios da dignidade da pessoa

¹⁶⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.219. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79519>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

¹⁶¹ Vide nota 79.

¹⁶² Vide nota 97.

¹⁶³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

¹⁶⁴ Da análise do referido entendimento jurisprudencial, parece-nos possível considerar que, ao realizar interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a norma do artigo 97, §1º, do Código Penal não se coaduna com os princípios constitucionais. Nesse sentido, conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 consagrou como cláusula pétrea a proibição da perpetuidade de penas, bem como tendo em vista que “pena e medida de segurança não se distinguem ontologicamente, é lícito sustentar que essa previsão legal — vigência por prazo indeterminado da medida de segurança — não foi recepcionada pelo atual texto constitucional” (BITENCOURT. op. cit. p. 741). Na mesma linha, Álvaro Mayrink Costa defende a inconstitucionalidade da indeterminação do prazo máximo de cumprimento das medidas de segurança, por considerar ser “abusivo deixar-se em aberto o prazo para a realização do exame de verificação da cessação de periculosidade” (COSTA, Álvaro Mayrink. Medidas de Segurança. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 10, n. 37, p. 17-40, 2007. p. 24).

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n.107.432. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19730295/habeas-corpus-hc-107432-rs>>. Acesso em: 7 de mar. 2017.

¹⁶⁶ Idem. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 208.336. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=1131519&num_registro=201101250545&data=20120329&formato=PDF>. Acesso em: 7 mar. 2017.

¹⁶⁷ Vide nota 79.

humana, da isonomia, da proporcionalidade¹⁶⁸ e da razoabilidade, não bastando, pois, a limitação do prazo de cumprimento a trinta anos¹⁶⁹.

Cabe registrar que o referido entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi consolidado no enunciado da Súmula n.º. 527¹⁷⁰, oriunda da Terceira Seção da Corte Superior e publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 18 de maio de 2015, nos termos da qual “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

Ainda com relevância à controvérsia em tela, é forçoso fazer menção ao entendimento adotado por Amilton Bueno de Carvalho¹⁷¹ no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido de que o “limite máximo da medida de segurança aplicada deve coincidir com a pena criminal aplicável no caso concreto, se o autor fosse imputável”, conforme elucida Juarez Cirino¹⁷², para quem este seria o melhor critério para delimitação do prazo de duração das medidas de segurança.

Entretanto, a despeito do posicionamento da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, a questão da indeterminação do prazo ainda não foi solucionada no âmbito legal, inexistindo delimitação expressa na legislação penal quanto ao prazo de cumprimento das medidas de segurança.

Com efeito, embora o entendimento jurisprudencial reflita a interpretação dada pelas Cortes Superiores à questão em face da Constituição Federal e do próprio Código Penal brasileiro, é importante observar que a ausência de expressa tutela legal remete à insegurança quanto à estabilidade desse entendimento, seja pela mutabilidade desse entendimento no

¹⁶⁸ Embora entendidas e consideradas espécies de sanção penal, vale lembrar que as medidas de segurança não se confundem com as penas e, desse modo, como salienta Álvaro Mayrink Costa, “não são submetidas ao princípio da culpabilidade, mas sim ao princípio da proporcionalidade, diante do Estado de Direito, atendendo a importância dos injustos tópicos cometidos pelo autor” (COSTA. op. cit. p. 35).

¹⁶⁹ Percebe-se na doutrina pátria um movimento de mudança no entendimento quanto à questão da limitação temporal da duração das medidas de segurança, abandonando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal para adotar como limite da intervenção estatal, em sede de medidas de segurança, o prazo máximo de pena abstratamente cominada ao delito, como tem entendido o Superior Tribunal de Justiça. É o que ocorreu, por exemplo, na obra de Cezar Roberto Bitencourt (ver: BITENCOURT. op. cit. p. 741). Para Cleber Masson, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça se mostra mais adequado, especialmente quanto à medida de segurança de internação, pois considera que “se uma pessoa culpável (imputável ou semi-imputável), e, portanto, dotada de livre arbítrio e responsável por uma conduta reprovável, pode ser apenada até o limite previsto em lei, não há razão para permitir que um indivíduo envolvido pela periculosidade (inimputável ou semi-imputável), normalmente portador de doença mental, receba uma medida de segurança por período superior” (MASSON. op. cit. p. 492.).

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 527. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27527%27\).sub.>](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27527%27).sub.>). Acesso em: 7 mar. 2017.

¹⁷¹ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime n. 70010817724. Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/busca-utis/download?name=tiff-juris&id=1109075>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

¹⁷² SANTOS. op. cit. p. 618.

âmbito da própria jurisprudência, ou mesmo em razão da não vinculação dos Poderes – especialmente do Poder Legislativo – a ele.

Por outro lado, independentemente da ausência de corrente doutrinária e/ou jurisprudencial que se adote, o que não se pode permitir, no mínimo, é que a duração das medidas de segurança seja destinada à perpetuidade, permanecendo no limbo da indeterminação temporal, uma vez que se trata de verdadeira sanção penal que, na prática, acaba por constituir resposta muito mais severa do que as penas, sujeitando o indivíduo, sua liberdade e direitos, aos campos da exclusão social.

De todo modo, encarando-se a realidade ainda posta de vigência das medidas de segurança enquanto sanção penal, concorda-se aqui com Fernando Galvão, no sentido de enfatizar a solução proposta por Virgílio de Mattos¹⁷³ que, para além de defender a limitação do tempo máximo de duração das medidas de segurança ao tempo máximo da pena cominada no tipo penal – à semelhança do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁴ –, sugere que, uma vez alcançado “esse prazo e não cessada a enfermidade mental, deve ser declarada extinta a medida de segurança, transferindo-se o internado para tratamento comum em estabelecimento médico da rede pública, se não for possível o tratamento ambulatorial”¹⁷⁵.

A referida solução parece ser mais adequada aos princípios constitucionais – especialmente os princípios da razoabilidade, da isonomia e da proporcionalidade –, bem como ao ideal antimanicomial e assistencial pretendido pela Lei nº. 10.216/2001¹⁷⁶, que trata da proteção e dos direitos das pessoas com deficiência mental, bem como redireciona o modelo brasileiro de assistência em saúde mental.

Isso porque, por positivar ideais antimanicomiais de reforma da atenção em saúde mental, a Lei nº. 10.216/01¹⁷⁷ traz como objetivo do tratamento hospitalar a recuperação da saúde e a reinserção social do indivíduo com deficiência mental, bem como estabelece que a internação deve constituir medida excepcional, não se admitindo sua perpetuidade.

Nesse sentido, revelando-se a pertinência e importância de se analisar os ditames da Lei nº. 10.216/01¹⁷⁸, é forçoso, antes de adentrar à análise da referida lei, abordar os movimentos de desinstitucionalização e de reforma da atenção psiquiátrica que a originaram e

¹⁷³ MATTOS apud GALVÃO. op. cit. p. 854.

¹⁷⁴ Vide nota 170.

¹⁷⁵ MATTOS apud GALVÃO. op. cit. p. 854.

¹⁷⁶ BRASIL. Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Ibidem.

inspiraram, enfatizando-se a repercussão de tais movimentos – inspirados pela experiência internacional – no Brasil.

2.3. Desinstitucionalização e reforma da atenção em saúde mental no Brasil

No século XX, inspirados especialmente pelos referenciais teóricos de Carl Marx e da Psicanálise de Sigmund Freud, “a partir dos quais a subjetividade e a relação capital-trabalho passaram a ser consideradas como relevantes no surgimento e manutenção de quadros de alteração do comportamento humano”¹⁷⁹, surgiram diversos movimentos que ofereceram propostas diversas para a modificação das instituições psiquiátricas, contestando o modelo de hospital psiquiátrico pineliano¹⁸⁰, no qual subsistia o emprego de técnicas degradantes física e mentalmente¹⁸¹, vigorando como a ideia principal o dito tratamento moral, baseado no confinamento e isolamento característicos do tratamento asilar enquanto técnica disciplinar – observação, exame e vigilância hierárquica constante.

Como movimento de maior expressão e relevância para a ruptura com o modelo de Pinel se destacou a chamada Psiquiatria Democrática, um modelo de reforma da atenção psiquiátrica desenvolvido pelo italiano Franco Basaglia, no final da década de 1960 e início

¹⁷⁹ COSTA, Augusto Cesar de Farias. Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. *Direito sanitário e saúde pública*. Márcio Iorio Aranha (Org.). Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 139.

¹⁸⁰ Referência ao médico Philippe Pinelque, na França do final do século XVIII, foi designado como responsável pelo ordenamento de dois hospícios, em Bicêtre e Salpêtrière, onde resolveu desacorrentar os internos – os ditos loucos – e passou a observar e descrever os tipos humanos, tratando os loucos como seres humanos portadores de doenças mentais – que identificava como anomalias, diversas dos casos eminentemente sociais. Nas palavras de Foucault, com a experiência de Pinel “o internamento do homem social preparado pela interdição do sujeito jurídico significa que pela primeira vez o homem alienado é reconhecido como incapaz e como louco” (FOUCAULT. op. cit. p. 147/148). No modelo pineliano, o hospital psiquiátrico deveria ser um ambiente controlado, no qual a técnica de tratamento aplicada “consistia em reforçar a autoridade moral do médico, retratado como um pedagogo firme, porém justo, que reorientaria a razão extraviada do paciente” (JACOBINA. op. cit. p. 47). Daí porque muito se afirma que o ato de desacorrentar os loucos foi mais simbólico do que positivamente modificador da realidade dessa população. A despeito de terem sido “libertados das correntes, os loucos permaneceram reclusos em celas”, isolados em um ambiente que “possibilitava que os alienados fossem acompanhados de perto, longe de qualquer interferência do mundo exterior e do senso comum”, submetidos a uma constante vigilância para “observação científica de seus comportamentos” e submissão ao pretenso tratamento moral. (SOUZA. op. cit. p. 61).

¹⁸¹ Vale, aqui, fazer menção a algumas técnicas de há muito usadas com a finalidade de “tratamento” da loucura, como o coma insulínico, que consistia na aplicação de elevada dose de insulina no indivíduo com o intuito de induzir o estado de coma e, posteriormente, interromper tal estado de coma por meio da aplicação de uma solução de glicose, objetivando que o paciente retomasse a consciência acalmados, em um estado de letargia, “como se fossem bebês”. Outra técnica aplicada é o eletrochoque, que consiste na aplicação, sem anestesia, de “uma corrente elétrica de alta voltagem sobre a região temporal” – localizada na cabeça do indivíduo –, objetivando provocar convulsão que geraria a “dessincronização traumática da atividade cerebral e perda da consciência”. De forma similar, cabe mencionar a lobotomia, técnica cirúrgica por meio da qual era provocado dano irreversível nos lobos frontais do cérebro do indivíduo. (MATTOS. op. cit. p. 44/45).

da década de 1970, consagrando ideais antimanicomiais e propondo a superação da mera intervenção clínica e isolamento do louco, para se adotar um novo modelo de assistência psiquiátrica.

Propunha-se, pois, um modelo que objetivava a humanização e o resgate da cidadania dos indivíduos considerados loucos por meio da garantia de direitos básicos – como direito ao lazer e a moradia, por exemplo –, bem como por intermédio do banimento da “violência como instrumento de tratamento, eliminando as práticas repressivas – então modelo daquele tipo de instituição –, os uniformes, os eletrochoques, as solitárias – travestidas de quarto de isolamento, bem como o autoritarismo puro e simples”¹⁸².

Em verdade, nota-se que todo o modelo idealizado por Franco Basaglia era direcionado ao fim de desativação das instituições manicomiais asilares, é dizer, ao fechamento dos manicômios¹⁸³.

Para tanto, em Trieste, no hospital psiquiátrico italiano em que exerceu cargo de direção, na década de 1970, Franco Basaglia – inspirado na ideia inglesa de comunidade terapêutica¹⁸⁴ e munido da nova geração de fármacos¹⁸⁵ – promoveu a introdução de uma rede integrada de atendimento, um “sistema territorial e diversificado que abrangia serviços de atenção comunitários, de emergência psiquiátrica em hospital geral, cooperativas de trabalho, centros de convivência e moradias assistidas”¹⁸⁶.

Com o modelo da rede de atenção proposto por Basaglia, o serviço psiquiátrico de Trieste se tornou referência mundial em termos de reformulação da assistência em saúde

¹⁸² Ibidem. p. 159.

¹⁸³ Paulo Amarante traça, com precisão, quatro premissas na tentativa de resumir ideias e práticas de Franco Basaglia, abrangendo as ideias de: i) destruição do aparato manicomial – “luta contra a institucionalização” –; ii) substituição da ideia de tutela do louco por uma relação de contrato; iii) consciência de que a obtenção de transformações “advém da prática efetiva de luta nos campos político e social”; iv) “luta contra a tecnificação” – tentativa de evitar a substituição da psiquiatria tradicional por “outros saberes científicos sobre a doença” ou “novas ideologias para justificar novas intervenções” (AMARANTE, Paulo. *Uma aventura no manicômio: a trajetória de Franco Basaglia. História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, v. 1, n. 1, p. 61-77, Rio de Janeiro, jul.-out., 1994.).

¹⁸⁴ Na Inglaterra na década de 1940, a ideia de comunidade terapêutica emergiu como uma nova possibilidade de organização das atividades das instituições e como um “processo de reformas institucionais que propunha a horizontalização e a democratização das relações”, por meio, em especial, de uma maior participação comunitária nas decisões administrativas da instituição e de uma flexibilização com tendência de abolição da relação de autoridade – característica do modelo pineliano de instituição asilar. (SOUZA. op. cit. p. 94.).

¹⁸⁵ Segundo Virgílio de Mattos, os “psicofármacos desenvolvidos após a 2ª Guerra Mundial seriam os responsáveis pela possibilidade de tratamento sem exclusão”, bem como possibilitaram “a virada paradigmática produzida por Franco Basaglia” no modelo de atenção psiquiátrica (MATTOS. op. cit. p. 45).

¹⁸⁶ GUIMARÃES, André Grandis. *As medidas de segurança como instrumento de exclusão social dos inimputáveis portadores de transtornos mentais: uma análise crítica da internação à luz da reforma psiquiátrica*. 2013. 80 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

mental, recebendo, inclusive, o reconhecimento como modelo por parte da Organização Mundial de Saúde – OMS, no ano de 1973¹⁸⁷.

Posteriormente, em meados de 1976, Basaglia obteve sucesso no fechamento oficial do hospital psiquiátrico de Trieste, o que firmou ainda mais as ideias de desinstitucionalização¹⁸⁸ do movimento de reforma da atenção psiquiátrica que, na Itália, culminou na aprovação, em 1978, da Lei nº. 180¹⁸⁹, que positivou a reforma psiquiátrica italiana de Basaglia e aboliu os hospitais psiquiátricos.

Não por acaso, com a divulgação internacional do modelo basagliano e a posituação deste no ordenamento jurídico italiano, o movimento de reforma da atenção em saúde mental inspirado na experiência de Franco Basaglia repercutiu no Brasil, ainda no final da década de 1970¹⁹⁰.

Em meados de 1978, formou-se no cenário brasileiro o chamado Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM), que era integrado não só por trabalhadores do

¹⁸⁷ Como se extrai da biografia de Franco Basaglia publicada pelo Departamento de Saúde Mental de Trieste em seu sítio eletrônico, “*nel 1973, Trieste viene designata "zona pilota" per l'Italia nella ricerca dell'Organizzazione Mondiale della Sanità sui servizi di salute mentale in Europa*”. Em uma tradução livre, em 1973, Trieste foi designada como zona piloto pela Itália na pesquisa da Organização Mundial da Saúde em serviços de saúde mental na Europa. (ITÁLIA. Dipartimento di Salute Mentale Trieste. Biografia de Franco Basaglia: *La vita e la opere*. Disponível em: <<http://www.triestesalutementale.it/basaglia/biografia.htm>>. Acesso em: 9 mai. 2017.)

¹⁸⁸ Com efeito, a desinstitucionalização “consiste em desconstruir paradigmas, ‘pré-conceitos’ ‘científicos de periculosidade, irrecuperabilidade e incompressibilidade, envolvendo e mobilizando atores sociais no processo”, especialmente as pessoas com deficiências mentais – os ditos loucos. (LIRA, Renata Verônica Cortes de. *Loucos sob medida: compassos e descompassos entre a reforma psiquiátrica e os manicômios judiciários*. 2014.115f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 32.)

¹⁸⁹ ITÁLIA. Lei n. 180, de 13 de maio de 1978. Disponível em: <<http://www.ifb.org.br/legislacao/Lei%20180%20-%20Italia.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2017.

¹⁹⁰ Embora – por questões de tentativa de adequação e direcionamento ao fim pretendido com a exposição – se enfatize a influência da experiência italiana no movimento de reforma da atenção psiquiátrica no Brasil, não se está, aqui, a afirmar que o cenário brasileiro somente passou a questionar a Psiquiatria tradicional e seus métodos, porquanto, em nosso conhecimento e entendimento, tal afirmação seria inverídica, imprecisa e – no mínimo – injusta. Ainda que com abordagens e visões diversas das ideias que circundam a centelha acendida pelo pensamento de Basaglia, é relevante mencionar que o questionamento das estruturas manicômiais e da própria atenção psiquiátrica. Assim, a título de prestar homenagem a todos aqueles que, na prática ou mesmo na academia, empregaram esforços no sentido da modificação da realidade manicomial, há que se fazer referência a Nise da Silveira. Na década de 1940, a psiquiatra Nise da Silveira reavivou a Seção de Terapia Ocupacional do Centro Psiquiátrico Nacional do Engenho de Dentro, localizado na cidade do Rio de Janeiro, promovendo, em um ambiente diverso dos demais no âmbito hospitalar – com maior liberdade, descontração, com janelas abertas –, atividades diversas e de viés artístico, envolvendo música, modelagem e, principalmente, pintura, visando permitir a expressão de uma forma não verbal. Nise não concordava com as práticas – ditas terapêuticas – empregadas na época – como o coma insulínico e o eletrochoque – e acreditava que a melhor forma para comunicação com os ditos loucos – no caso, sua maioria “diagnosticados” como esquizofrênicos, no caso – era a não verbal, permitindo-se a expressão de dimensões do inconsciente não verbalizáveis. O sucesso da empreitada foi tamanho que foram promovidas exposições a artísticas dos trabalhos realizados pelos “internos”, dentre os quais, vale dizer, se destacaram as pinturas de Emygdio de Barros, definido por Ferreira Gullar – imortal da Academia Brasileira de Letras – como “talvez o único gênio da pintura brasileira”. (MUSEU DE IMAGENS DO INCONSCIENTE. *Os inumeráveis estados do ser*. Rio de Janeiro: Luiz Carlos Mello, 1987)

meio sanitário, mas também por “associações de familiares, sindicalistas, membros de associações de profissionais e pessoas com longo histórico de internações psiquiátricas”¹⁹¹.

O Movimento – MTSM – questionava aspectos relativos ao cotidiano da instituição manicomial – desde aquelas relacionadas aos problemas de infraestrutura até aquelas sobre as técnicas de tratamento – e, com base nele, formulou denúncias contra o sistema brasileiro de assistência psiquiátrica, tratando de “questões polêmicas como a violência dos manicômios e a mercantilização da loucura”¹⁹². Para tanto, valeu-se da divulgação por meio de eventos – como congressos e conferências, inclusive de âmbito nacional –, visando dar publicidade tanto às críticas e ideias do movimento.

Após quase uma década de atividades e luta desse movimento, como proposta de novo modelo de assistência e atenção à saúde mental, foi criado em 1987 o primeiro Centro ou Núcleo de Atenção Psicossocial – NAPS/CAPS –, que atuava não só no acompanhamento clínico em saúde mental, mas também na reinserção social por meio da efetivação de direitos – como acesso ao trabalho – e da reconciliação e fortalecimento dos laços entre o usuário do serviço, sua comunidade e sua família¹⁹³.

Posteriormente, houve a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que – dentre todas as previsões decorrentes do processo de redemocratização e promoção de direitos fundamentais, com protagonismo da dignidade da pessoa humana – criou o Sistema Único de Saúde – SUS¹⁹⁴ – como forma de tutela pública do direito à saúde¹⁹⁵, regendo-se, pois, pelo princípio da universalidade pela ideia de promoção da igualdade na assistência à saúde.

Já no ano de 1989, o então Deputado Federal Paulo Delgado apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 3.657/89 – comumente denominado Projeto de Lei Paulo Delgado ou Projeto de Lei Antimanicomial–, que consistia em uma proposta de

¹⁹¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, novembro de 2005.

¹⁹² GUIMARÃES. op. cit. p. 56.

¹⁹³ A proposta da criação dos CAPS/NAPS era a de oferecer “um serviço territorializado, próximo à casa do paciente”, no qual este poderia, “em conjunto com a equipe de atendimento psicossocial”, optar pelo “melhor dispositivo para seu tratamento”, visando-se evitar a ocorrência de crise – e, logo, “a necessidade de internação” ou, em sendo necessária a internação que se pudesse garantir que a mesma ocorreria “em um CAPS adequado com leitos para receber as pessoas por um curto período de tempo”. (LIRA. op. cit. p. 38)

¹⁹⁴ Posteriormente, a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a criação, organização e funcionamento dos serviços inerentes à garantia, foram regulamentados pela Lei nº. 8.080/90 – a chamada Lei do SUS. (BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm >. Acesso em: 8 abr. 2017.)

¹⁹⁵ Vale ressaltar que, na Carta Magna de 1988, a saúde recebeu *status* de direito social de todos e dever do Estado, conforme previsão dos artigos 6º, *caput*, e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (Vide nota 162)

“extinção progressiva do modelo psiquiátrico clássico, com sua substituição por outras modalidades assistenciais e tecnologias de cuidados”¹⁹⁶.

Tratava-se, pois, de um Projeto de Lei fruto da luta antimanicomial de reforma da atenção em saúde mental no Brasil, em especial aquela “travada pelos próprios usuários do sistema de saúde mental, técnicos e familiares, organizados em movimentos sociais”¹⁹⁷.

No ano 2000, somando-se aos CAPS – ou às NAPS –, a Portaria n.º. 106 do Ministério da Saúde¹⁹⁸ criou os serviços residenciais terapêuticos ou residências terapêuticas, que são locais destinados à moradia de pessoas com deficiência mental que foram submetidas a longos períodos de internação e estejam impossibilitadas de retornar ao seu meio familiar – independentemente do motivo, seja por perda de contato ou mesmo por rejeição.

Somente em 2001, o Projeto de Lei Paulo Delgado foi sancionado e convertido na Lei n.º. 10.216/01¹⁹⁹ – também denominada Lei da Reforma Psiquiátrica Brasileira –, que dispôs sobre a proteção e os direitos das pessoas com deficiência mental, positivando o redirecionamento do modelo assistencial em saúde mental no Brasil, baseado, principalmente, nas ideias de excepcionalidade e curta duração das medidas de internação, sejam elas voluntárias, involuntárias ou judiciais – o que abrangia, portanto, “as internações determinadas pela Justiça como medida de segurança”²⁰⁰.

Neste passo, uma vez traçado o relevante panorama histórico da desinstitucionalização e reforma da atenção psiquiátrica no Brasil, que culminou – no âmbito legislativo – com o advento da Lei n.º. 10.216/01 – que, como dito, se aplica às medidas de segurança –, cabe ressaltar os aspectos essenciais do referido diploma legal, com especial enfoque nas questões que perpassam as medidas de internação.

2.4. O modelo assistencial em saúde mental da Lei n.º. 10.216/01 e seus reflexos nas medidas de segurança

Como primeira legislação que consagrou no ordenamento jurídico brasileiro os ideais do movimento de reforma da atenção psiquiátrica, a Lei n.º. 10.216/01 – embora, em alguns

¹⁹⁶ AMARANTE, Paulo. Novos Sujeitos, Novos Direitos: O Debate sobre a Reforma Psiquiátrica no Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 11 (3): 491-494, jul/set, 1995. p. 492.

¹⁹⁷ MATTOS. op. cit. p. 211.

¹⁹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 106, de 11 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2015/marco/10/PORTARIA-106-11-FEVEREIRO-2000.pdf>>. Acesso em: 9 mai. 2017.

¹⁹⁹ Vide nota 176.

²⁰⁰ GALVAO. op. cit. p. 847.

aspectos, seja criticável e até mesmo conservadora, como se demonstrará a seguir – exerceu e ainda exerce papel relevante na mudança do paradigma pátrio sobre a questão da saúde mental e, conseqüentemente, das medidas de segurança aplicadas aos portadores de sofrimento psíquico.

Logo em seu artigo 1º, a Lei nº. 10.216/01²⁰¹ estabelece como um de seus fundamentos o princípio da não-discriminação, ao prever que são assegurados “os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtornos mentais” independentemente de “qualquer forma de discriminação”, o que demonstra a preocupação do legislador de não limitar as disposições da lei a qualquer forma discriminatória – seja de raça, gênero, espécie de deficiência, etc. –, de modo a universalizar o alcance da lei a todas as pessoas com deficiência mental.

Em seguida, no Parágrafo Único de seu artigo 2º, a Lei nº. 10.216/01²⁰² reconhece uma série de direitos das pessoas com deficiência mental, *in verbis*:

- Art. 2º [...] Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:
- I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;
 - II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
 - III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
 - IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
 - V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;
 - VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
 - VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;
 - VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;
 - IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Inferre-se dos termos do referido Parágrafo Único do artigo 2º da Lei nº. 10.216/01²⁰³ que o legislador demonstrou preocupação com a garantia de um mínimo de dignidade humana aos indivíduos com deficiências mentais, no sentido de se garantir não só o direito de acessar o sistema de saúde mental, mas sim o direito de receber tratamento adequado, com humanidade e respeito, por intermédio de meios menos invasivos e em serviços comunitários de saúde mental. Além disso, tutela-se no referido dispositivo legal o direito à proteção contra “qualquer forma de abuso e exploração”²⁰⁴.

²⁰¹ Vide nota 176.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Ibidem.

Destaca-se, igualmente, como aspecto interessante, o disposto no inciso II do Parágrafo Único do artigo 2º da Lei nº. 10.216/01, que menciona a recuperação das pessoas com deficiência mental por meio da “inserção na família, no trabalho e na comunidade”²⁰⁵, demonstrando, assim, a preocupação legislativa com a (re)integração social dessa população.

Outrossim, faz-se evidente a tomada de um movimento de encontro à exclusão das pessoas com deficiência mental, pelo que se adotou o cuidado de estabelecer preferência pelo tratamento em serviços comunitários de saúde mental, além de se garantir o direito das pessoas com deficiência mental o livre acesso aos meios de comunicação disponíveis.

Ademais, não menos importante se mostra a relevância dada ao direito à informação em relação aos indivíduos com deficiência mental, seja em relação ao acesso às informações médicas e sobre seu tratamento, como também pela própria garantia de sigilo de tais informações. Tal previsão, que se extrai especialmente do disposto nos incisos IV, V e VII do Parágrafo Único do artigo 2º da Lei nº. 10.216/01 que já anuncia um dos aspectos mais inovadores do redirecionamento da atenção em saúde mental, qual seja, a garantia da maior participação possível da pessoa com deficiência mental no processo de seu tratamento.

Ao estabelecer expressamente, como uma de suas disposições iniciais, o reconhecimento de direitos da pessoa com deficiência mental – com a garantia, inclusive, do acesso à informação sobre a existência destes –, a Lei nº. 10.216/01 deu um relevante passo na quebra do paradigma de exclusão dessa população: tratou os “loucos” como sujeitos de direito.

Segundo Mariana de Assis Brasil e Salo de Carvalho²⁰⁶, a Lei nº. 10.216/01 promoveu a substituição do conceito de periculosidade – segundo o qual “o ‘louco’ representa apenas um objeto de intervenção, de cura ou de contenção –”, por reconhecer que as pessoas com deficiência mental são “sujeitos de direitos com capacidade e autonomia (responsabilidade) de intervir no rumo do processo terapêutico”.

Para além disso, em seu artigo 3º, a Lei nº. 10.216/01 trouxe o Estado para um papel de essencial nesse contexto – embora integrado pela participação social e familiar –, no sentido de atribuir como responsabilidade estatal pelo “desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais”, que, segundo a lei, deve ser prestada em estabelecimento de saúde mental²⁰⁷.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A punição do sofrimento psíquico no Brasil: reflexões sobre os impactos da reforma psiquiátrica no sistema de responsabilização penal. *Revista de Estudos Criminais*. n. 48. p. 56-90, jan.–mar. 2013. p. 78.

²⁰⁷ Vide nota 176.

A partir do mencionado dispositivo, a Lei nº. 10.216/01 passa a dispor sobre o novo direcionamento proposto ao modelo assistencial em saúde mental, ressaltando já em seu artigo 4º um dos princípios basilares da reforma da atenção em saúde mental por ela positivada: a excepcionalidade da internação independentemente da modalidade.

Seguindo essa linha, a Lei nº. 10.216/01 demonstra que confere primazia ao uso de recursos extra-hospitalares, ou seja, à assistência em saúde mental extra-muros, ressaltando que a internação somente deve ser indicada quando tais recursos se mostrarem insuficientes.

Vale, aqui, elucidar que a Lei nº. 10.216/01 descreve em seu artigo 5º, Parágrafo Único, a existência de três tipos de internação psiquiátrica, abrangendo nessa classificação tanto a internação voluntária – consentida pela pessoa com deficiência mental –, quanto a internação involuntária – que se dá a pedido de terceiro e sem o consentimento da pessoa com deficiência mental – e a internação compulsória, que é aquela determinada mediante decisão judicial.

Não obstante, a lei submete o excepcional regime de internação psiquiátrica à lógica de assistência integral à pessoa com deficiência mental, ao determinar que tal tratamento deve incluir em sua estrutura “serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros”, conforme dispõe o §2º do artigo 4º da Lei nº. 10.216/01²⁰⁸.

Outrossim, a lei impõe que a internação psiquiátrica somente deve se dar “mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos” – vide artigo 6º, *caput*, da Lei nº. 10.216/01 –, o que, segundo Fernando Galvão, demonstra não ser mais “possível admitir a presunção normativa de que a prática do injusto indique a necessidade da imposição de medida de segurança”.

Somada a essa mudança de paradigma, como disposição mais expressa – e ainda mais alinhada ao movimento de desinstitucionalização –, a Lei nº. 10.216/01 firmou no §3º de seu artigo 4º a vedação à “internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares”²⁰⁹, assim consideradas quaisquer instituições que não sejam providas dos recursos mínimos inerentes ao oferecimento da assistência integral à com deficiência mental, bem como aquelas instituições que não assegurem a essas pessoas os direitos elencados no artigo 2º da Lei 10.216/01.

Acrescentou-se, também, no §1º do artigo 4º da Lei nº. 10.216/01, outra disposição importante e inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de que, independentemente da modalidade de tratamento realizado no âmbito da assistência em saúde

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ Ibidem.

mental, a finalidade permanente deve ser a de reinserir o paciente em seu meio social, o que consiste em um dos ideais norteadores do novo direcionamento dado ao modelo de atenção em saúde mental.

Ainda, há que se dar merecido destaque à disposição constante do artigo 5º da Lei nº. 10.216/01²¹⁰, que consagrou no texto legal a ideia da temporariedade ou não-perpetuidade da duração das medidas de segurança, nos seguintes termos:

Art. 5º O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.

Nota-se, pois, que a referida disposição legal demonstra a preocupação do legislador com o ideal de desinstitucionalização, plenamente em sintonia com a finalidade de reinserção social das pessoas com deficiências mentais.

Importante frisar, porém, que não se trata de uma norma pragmática, mas sim de uma norma que pode e deve ser aplicada no caso concreto a fim de se garantir os direitos das pessoas com deficiências mentais e possibilitar o pleno funcionamento da rede de atenção em saúde mental na forma prevista pelo modelo da Lei nº. 10.216/01.

Inclusive, cabe salientar que o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de demonstrar a relevância de se dar cumprimento à Lei nº. 10.216/01, especialmente ao seu artigo 5º.

Pode-se citar como exemplo o caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso em Habeas Corpus nº. 100.383RS²¹¹, que tratava de um indivíduo com deficiência mental que praticou condutas tipificadas como os crimes de ameaça e ato obsceno, uma vez considerado inimputável, sofreu a aplicação de medida de segurança pelo prazo mínimo de 3 (três) anos, contudo cumpriu internação hospitalar por cerca de 17 (dezessete) anos.

Quando do julgamento do RHC nº. 100.383/RS, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal determinou que se desse cumprimento ao disposto no artigo 5º da Lei nº. 10.216/01, “a fim de que as autoridades competentes realizem política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida fora do âmbito daquele instituto”.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 100.383. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629266>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

Com efeito, tendo em vista que a Lei nº. 10.216/01 consiste na materialização da vontade do legislador no sentido de aderir à mudança de paradigma na questão da saúde mental – envolvendo a garantia de direitos das pessoas com deficiências mentais e o redirecionamento do modelo de atenção em saúde mental –, é imperiosa a observância dos mandamentos do referido dispositivo legal em todas as esferas que perpassam pela questão por ela abordada – o que, por óbvio, deve incluir a esfera penal.

Assim, tratando-se a chamada Lei da Reforma Psiquiátrica de uma lei cujos dispositivos incidem também sobre a aplicação de medidas de segurança, pode-se concluir que não só os artigos do Código Penal, mas sim todos os dispositivos legais “que se referem às medidas de segurança devem ser reinterpretados para assegurar os direitos que por meio dela a sociedade brasileira reconheceu em favor dos portadores de sofrimento mental”²¹².

Nesse sentido, o dito tratamento a ser realizado por meio do cumprimento de medidas de segurança deve objetivar “a reinserção social do paciente em seu meio e será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa com deficiência mental, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros”, como leciona Renato Brasileiro de Lima²¹³.

Com efeito, embora tenha – de fato – representado um avanço significativo no âmbito legal e uma conquista da luta antimanicomial no Brasil, a própria Lei nº. 10.216/01 acaba por positivar, em alguma medida, resquícios de:

uma ótica segregacionista para o portador de sofrimento mental infrator (cf. art. 9º, que leva em conta “segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários”), laconicamente mencionando (art. 6º, inciso III – “a internação compulsória: aquela determinada pela Justiça”) a hipótese de cumprimento de medida de segurança, sem qualquer questionamento.²¹⁴

Diferentemente do Projeto de Lei Paulo Delgado, que “propunha a substituição do modelo”²¹⁵, a Lei nº. 10.216/01 deu maior ênfase à proteção e previsão de direitos das pessoas com deficiências mentais, bem como previu o redirecionamento do modelo de atenção da saúde mental – e não sua substituição –, acabando por manter em boa parte a “estrutura hospitalar existente”²¹⁶.

²¹² GALVÃO. op. cit. p. 847.

²¹³ LIMA. op. cit. p. 1397.

²¹⁴ MATTOS. op. cit. p. 105.

²¹⁵ SOUZA. op. cit. p. 168.

²¹⁶ Ibidem.

De todo modo, ainda que com suas imperfeições, não se pretende aqui menosprezar nem tampouco negar a contribuição e a relevância da Lei nº. 10.216/01, que “representa um avanço, uma tentativa válida de emprestar dignidade e atenuar as limitações sociais e econômicas e as discriminações impostas às pessoas com deficiência mental em conflito com a lei”²¹⁷.

Pelo contrário, o que se pretende é ressaltar pontos em que a lei pode ser aprimorada, para que possa atingir, assim, sua potencialidade plena e seja capaz de sedimentar ainda mais o movimento de desinstitucionalização e reforma da atenção psiquiátrica no seio do ordenamento jurídico brasileiro – de onde jamais deve sair –, como forma legal de efetivação e tutela dos direitos humanos das pessoas com deficiências mentais.

Há que se observar, aliás, que não se trata somente de uma questão de âmbito nacional, mas sim afeta ao ordenamento jurídico internacional, que, conseqüentemente, incide e influencia o ordenamento jurídico brasileiro.

Neste passo, propõe-se no próximo tópico ressaltar aspectos relativos ao contexto internacional de proteção de direitos humanos, com ênfase nas questões atinentes ao objeto do presente estudo, bem como buscando traçar uma relação com o cenário brasileiro e as conseqüências no âmbito nacional das normativas internacionais.

2.5. A questão manicomial frente ao cenário internacional de proteção dos direitos humanos

Como demonstrado, o debate relativo à problemática da internação e dos direitos das pessoas com deficiência mental não se inaugurou no Brasil, embora tenha surtido efeitos em âmbito nacional, tanto no meio social quanto no próprio ordenamento jurídico, culminando, inclusive, com a edição de legislação específica quanto de outras normatizações.

Do mesmo modo, a própria questão geral de proteção de direitos humanos no Brasil sofreu direta inspiração do cenário internacional.

Em 1948, no contexto de Pós-Segunda Guerra mundial, o Brasil foi signatário da Declaração Universal de Direitos Humanos²¹⁸, instrumento aprovado pela Assembleia Geral

²¹⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. *Parecer sobre medidas de segurança e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico sob a perspectiva da Lei n. 10.216/2001*. Brasília: Ministério Público Federal, 2011. p. 59.

²¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

da Organização das Nações Unidas no mesmo ano, que se baseia na concepção de direitos humanos universais, indivisíveis e interdependentes²¹⁹.

Logo em seus primeiros artigos, a Declaração Universal de Direitos Humanos traz previsão interessante no sentido da igualdade, desde o nascimento, de todas as pessoas em dignidade e direitos, além de afirmar que todas as pessoas são “dotadas de razão e consciência”²²⁰, detentoras de capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidas²²¹, possuidoras do direito ao reconhecimento²²² à igualdade²²³ perante a lei em todos os lugares, sem qualquer distinção ou discriminação.

Ademais, como disposição igualmente relevante ao presente estudo, cabe destacar a vedação à submissão de qualquer pessoa à tortura, a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, conforme dispõe o artigo 5º da Declaração Universal de Direitos Humanos²²⁴.

Na década de 1990, a Organização Mundial da Saúde adotou a Declaração de Caracas²²⁵ – assinada pelo Brasil –, que tratou das reformas na atenção à saúde mental no âmbito das Américas, e foi adotada pela Organização Mundial da Saúde.

Explícita e textualmente, a Declaração de Caracas reconheceu que o hospital psiquiátrico como única modalidade assistencial provoca o isolamento do paciente de seu meio gerando “maior incapacidade para o convívio social”, bem como cria “condições desfavoráveis que põem em perigo os direitos humanos e civis do paciente”²²⁶.

Declarou-se em Caracas, ainda, que a reforma da atenção psiquiátrica “implica a revisão crítica do papel hegemônico e centralizador do hospital psiquiátrico”²²⁷ e que a legislação, os recursos, o cuidado e o tratamento devem assegurar o respeito aos direitos humanos e civis das pessoas com deficiências mentais, além de propiciar a permanência destas em seu meio comunitário.

No ano de 1992, por meio do Decreto n. 678²²⁸, o Brasil ratificou e internalizou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos²²⁹ – aprovada desde 1969, embora em vigor

²¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 49

²²⁰ Artigo 1º Declaração Universal de Direitos Humanos (Vide nota 219).

²²¹ Artigo 2º Declaração Universal de Direitos Humanos (Vide nota 219).

²²² Artigo 6º Declaração Universal de Direitos Humanos (Vide nota 219).

²²³ Artigo 7º Declaração Universal de Direitos Humanos (Vide nota 219).

²²⁴ Vide nota 219.

²²⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Declaração de Caracas, de 14 de novembro de 1990. Disponível em: < http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/visualizar_texto.cfm?idtxt=23107 >. Acesso em: 17 abr. 2017.

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ BRASIL. *Decreto n. 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm >. Acesso em: 17 abr. 2017.

apenas desde 1978 –, submetendo-se, assim, à jurisdição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos²³⁰. Cabe frisar, porém, que somente em dezembro de 1998 o Brasil aceitou a competência da Corte em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Dentre suas disposições, a Convenção Americana de Direitos Humanos assegura não só o direito à vida – artigo 4º da Convenção –, como também à integridade pessoal – artigo 5º da Convenção –, abrangendo a vedação à tortura e outras penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes, estabelecendo em seu artigo 5º, item 2, que “toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”²³¹.

E foi justamente com base na violação dos referidos dispositivos, somados à violação das garantias judiciais – a artigo 8º – e da proteção judicial – artigo 25 –, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos, que em 1999 o Estado brasileiro foi denunciado perante o sistema interamericano de proteção de direitos humanos, mediante petição apresentada pelos familiares de Damião Ximenes Lopes e recebida na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O caso de Damião tratava da violação de direitos humanos sofrida por “um cidadão, portador de doença mental” que, “com as mãos amarradas, foi morto em Casa de Repouso situada em Guararapes (Ceará), em situação de extrema vulnerabilidade”²³², local onde se encontrava realizando tratamento psiquiátrico.

Em outubro de 2004, o caso Ximenes Lopes *versus* Brasil foi apresentado pela Comissão à Corte Interamericana de Direitos Humanos que, em julho de 2006, proferiu sentença de mérito²³³, reconhecendo a ocorrência das alegadas violações de direitos humanos,

²²⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em: 17 abr. 2017.

²³⁰ Ao consagrar como órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA) de proteção dos direitos humanos a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabeleceu um procedimento para a promoção de direitos humanos que compreende duas etapas. A primeira fase ocorre perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão ao qual cabe, dentre outras competências, receber as petições alegando violações de direitos humanos, analisar a admissibilidade e mérito das mesmas, bem como recomendar a reparação de danos ou o encaminhamento do caso à segunda etapa, que se dá perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão ao qual compete o julgamento – mediante sentenças vinculantes – dos casos de violação de direitos humanos tutelados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a emissão de opiniões consultivas não vinculantes.

²³¹ Vide nota 229.

²³² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 316.

²³³ Merece destaque, dos termos da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes *versus* Brasil o seguinte trecho, em que a Corte declara por unanimidade que o Estado brasileiro “deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e

não apenas para fixar obrigações de reparação em termos indenizatórios e para exigir a punição criminal dos autores do homicídio contra Damião, mas também para “estabelecer deveres do Estado de elaboração de política antimanicomial”²³⁴.

Regressando ao ano 2001, por meio da Resolução nº. 46/119, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adotou os chamados “princípios para a proteção das pessoas com doença mental e para o melhoramento da atenção à saúde mental”²³⁵, que reafirmaram não só o direito aos melhores cuidados em saúde mental e ao tratamento humano e digno enquanto pessoa humana, como também prevê a proteção dessa população contra maus tratos de qualquer natureza e tratamentos degradantes.

Vedou-se, ainda, qualquer forma de discriminação baseada na deficiência mental, definindo-se como discriminação “qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha como consequência anular ou comprometer o gozo de direitos em condições de igualdade”²³⁶, inclusive com a garantia de direito à vida comunitária, o que abrange o direito de regressar à comunidade.

Desde já, vale dizer, os referidos princípios enunciavam a ideia de excepcionalidade no ingresso involuntário de uma pessoa com deficiência mental em uma instituição de saúde mental.

No mesmo ano, por meio do Decreto nº. 3.956/01²³⁷, o Brasil promulgou a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, que tem por objetivo não só prevenir e eliminar as formas de discriminação contra essa população, mas também “propiciar a sua plena integração à sociedade”²³⁸, conforme dispõe o seu artigo II.

Nos seus termos, a referida Convenção emprega o termo deficiência no sentido de se referir a "uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que

psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos” na sentença. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2017.)

²³⁴ RAMOS. op. cit. p. 316.

²³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Resolução nº. 46/119 de 1991*. Princípios para a proteção das pessoas com doença mental e para o melhoramento da atenção à saúde mental.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ BRASIL. Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 8 jun. 2017.

²³⁸ *Ibidem*.

limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”²³⁹, conforme o item 1 de seu artigo 1º.

Já por discriminação contra pessoas portadoras de deficiência a Convenção considera toda e qualquer forma de "diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência”, que cause ou tenha o propósito de causar o impedimento ou a anulação do "reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais”.

Em 2011, o Subcomitê da Organização das Nações Unidas de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes realizou visita ao Brasil, da qual resultou a elaboração de um relatório²⁴⁰, no qual se fez constar, dentre outras violações, a existência de indivíduos cumprindo medidas de segurança indefinidamente e sem qualquer previsão de tratamento visando sua reintegração social.

Posteriormente, em 2015, o Brasil recebeu a visita de Juan Méndez, então Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes.

No relatório resultante da referida visita, a Secretaria do Conselho de Direitos Humanos da ONU consignou expressamente em nota que as condições de reclusão no Brasil constituem tratamento cruel, desumano ou degradante, considerando-se as informações reportadas pelo Relator Especial em seu relatório sobre a visita ao Brasil²⁴¹.

Inclusive, o Relator registrou que muitas pessoas com deficiências mentais não recebiam tratamento, mas eram somente encarceradas ou detidas em comunidades terapêuticas, locais sobre os quais o Relator recebeu relatos aterrorizantes de tortura e maus tratos, assim como pobres condições²⁴².

Por esses motivos, enfatizou-se no relatório a responsabilidade do Governo brasileiro pela proteção da integridade física e psicológica das pessoas nessas instalações, independentemente da afiliação das mesmas ao Estado²⁴³.

Na contramão da realidade constatada no Brasil pelo Relator Especial, ainda em 2015, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou as chamadas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos – também denominadas Regras de Mandela –,

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: < http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf >. Acesso em: 8 jun. 2017.

²⁴¹ Idem. Assembleia Geral. Conselho de Direitos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*. p. 1.

²⁴² Ibidem. p. 19.

²⁴³ Ibidem.

que se propõem a estabelecer os bons princípios e práticas no tratamento de presos e na gestão prisional.

As Regras de Mandela estabelecem, por exemplo, o dever de tratamento respeitoso aos presos, à luz da dignidade da pessoa humana, vedando-se, nesse sentido, a submissão a “tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes”²⁴⁴.

Logo em suas observações preliminares, as Regras de Mandela esclarecem que suas regras gerais de aplicação tratam da administração geral dos estabelecimentos prisionais e incidem a todas as categorias de presos, incluindo-se os indivíduos que estejam em medida de segurança²⁴⁵.

Inclusive, a regra geral de aplicação nº. 2, ao fazer referência ao princípio da não discriminação, determina que a administração dos estabelecimentos prisionais²⁴⁶ deve levar em consideração “as necessidades individuais dos presos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade”, admitindo-se, pois, que sejam adotadas “medidas para proteger e promover os direitos dos presos portadores de necessidades especiais são necessárias e não serão consideradas discriminatórias”²⁴⁷.

Prosseguindo-se no âmbito das regras gerais de aplicação, merece destaque a redação da regra nº. 3²⁴⁸, que registra um alerta sobre a seriedade das sanções penais que envolvem cerceamento de liberdade enquanto forma de privação do direito à autodeterminação²⁴⁹.

²⁴⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. p. 18.

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ Opta-se, aqui, por considerar o equívoco na nomenclatura, não se devendo restringir a interpretação somente aos estabelecimentos prisionais, mas sim aos estabelecimentos nos quais haja a aplicação de sanções penais que envolvem o cerceamento de liberdade, abrangendo-se, nesse sentido, os hospitais de custódia e tratamento, até mesmo porque – como estabelecido pelas próprias Regras de Mandela – as regras de aplicação geral se aplicam aos indivíduos em cumprimento de medida de segurança.

²⁴⁷ BRASIL. op. cit. p. 19.

²⁴⁸ Segundo a Regra de Mandela nº. 3, “o encarceramento e outras medidas que excluam uma pessoa do convívio com o mundo externo são aflitivas pelo próprio fato de ser retirado destas pessoas o direito à autodeterminação ao serem privadas de sua liberdade”. (BRASIL. op. cit. p. 19).

²⁴⁹ A autodeterminação pode ser, aqui, conceituada como a esfera existencial da autonomia privada, que constitui uma dimensão do direito à liberdade. Segundo Daniel Sarmento, pode-se entender a autodeterminação como a capacidade que o sujeito de direito detém de determinar seu próprio comportamento enquanto indivíduo, “respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes”. (SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 4, n.14, p. 167-217, jan./mar. 2005.). Essa observação se faz relevante especialmente diante da já mencionada mudança de paradigma no sentido de reconhecer a pessoa com deficiência mental enquanto sujeito de direito, logo, detentor do direito à autodeterminação enquanto dimensão de seu direito à liberdade e – porque não – à diferença, até mesmo considerando que “a tutela da autonomia privada envolve não somente o direito de ser igual, mas também o direito de ser diferente” (BIANOR, Maila de Oliveira; GUIMARÃES, André Grandis. A violação da autonomia privada da pessoa transexual pela submissão do reconhecimento da identidade de gênero à realização da cirurgia de redesignação sexual. In: *II Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais*, 2017, Niterói. Anais do Grupo de Trabalho 10, 2017. v. 10. p. 97-114.)

Outrossim, especificamente quanto ao tratamento dado aos inimputáveis e aos indivíduos que, ainda que posteriormente, foram diagnosticados como pessoas com deficiência mental, é relevante observar a regra de aplicação a categorias especiais nº. 109, que assim prevê:

1. Persons who are found to be not criminally responsible, or who are later diagnosed with severe mental disabilities and/or health conditions, for whom staying in prison would mean an exacerbation of their condition, shall not be detained in prisons, and arrangements shall be made to transfer them to mental health facilities as soon as possible.
2. If necessary, other prisoners with mental disabilities and/or health conditions can be observed and treated in specialized facilities under the supervision of qualified health-care professionals.
3. The health-care service shall provide for the psychiatric treatment of all other prisoners who are in need of such treatment.²⁵⁰

Por fim, ainda sobre as Regras de Mandela – com enfoque no objeto do presente trabalho –, merece menção a regra nº. 110²⁵¹, que reconhece ser desejável a adoção de medidas, por meio de programa de ação com as agências ou entidades apropriadas, para garantir, quando necessária, a continuidade do tratamento psiquiátrico após a liberação – soltura, libertação, desencarceramento – e a prestação de cuidados e acompanhamento sócio-psiquiátrico.

Com efeito, não há que se considerar as Regras de Mandela como mandamentos meramente pragmáticos, mas sim como princípios e práticas que – conforme assevera o Ministro Ricardo Lewandowski – “podem e devem ser utilizadas como instrumentos a serviço da jurisdição e têm aptidão para transformarem o paradigma de encarceramento praticado pela justiça brasileira”²⁵².

Seguindo-se essa linha de pensamento e entendimento, emerge a urgência da participação do Poder Judiciário no contexto de proteção de direitos humanos e –

²⁵⁰ Optou-se, nesse ponto, por adotar a redação original em língua inglesa, tendo em vista que, ao nosso ver, a tradução da referida regra para a língua portuguesa apresentou relevante inconsistência – ao menos quanto a essa regra –, ao traduzir o trecho “*persons who are found to be not criminally responsible*” como “indivíduos considerados imputáveis”, o que seria equivocado, uma vez que a redação original faz referência a pessoas não responsáveis criminalmente e, logo, inimputáveis. Assim, em uma tradução livre da regra nº. 109: “1. Pessoas que são consideradas não responsáveis criminalmente, ou que são posteriormente diagnosticadas com severas doenças mentais e/ou problemas de saúde, para os quais o encarceramento significaria uma exacerbção de sua condição, não devem ser detidos em prisões, e preparativos devem ser feitos para transferi-las a instalações de saúde mental o mais que possível. 2. Se necessário, outros prisioneiros portadores de transtornos mentais e/ou problemas de saúde podem ser observados e tratados em instalações especializadas sob a supervisão de profissionais da saúde qualificados. 3. O serviço de saúde deve fornecer tratamento psiquiátrico a todos os outros prisioneiros que necessitam de tal tratamento”. (BRASIL. op. cit. p. 79)

²⁵¹ BRASIL. op. cit. p. 80.

²⁵² Ibidem. p. 10.

especificamente quanto ao objeto de estudo do presente trabalho – de garantia dos direitos das pessoas com deficiências mentais.

Isso porque, enquanto Poder responsável pela interpretação e aplicação da lei, e cuja apreciação de lesão ou ameaça a direito não pode ser excluída nem mesmo por força desta – nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal²⁵³ –, exerce o Judiciário papel relevante na tutela e efetivação dos direitos humanos das pessoas com deficiências mentais e na promoção do desencarceramento dessa população, seja por meio da aplicação da Lei nº. 10.216/01 e das demais normativas que a ela se relacionam – no sentido da reforma da atenção em saúde mental –, como também pela observância das diretrizes, regras e tratados internacionais.

Neste passo, o que se propõe no próximo capítulo é justamente debater a existência de um papel a ser exercido pelo Poder Judiciário, não como protagonista, mas somando como um agente integrante da rede de atenção em saúde mental e de promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiências mentais, com a consequente desinstitucionalização da loucura, que nada mais representa do que a devolução da cidadania e do desencarceramento da diferença humana.

²⁵³Vide nota 163.

3. O PODER JUDICIÁRIO COMO AGENTE DE PROMOÇÃO DO DESENCARCERAMENTO DA DIFERENÇA

Como se pode observar do panorama já traçado até então, a loucura – rótulo comumente atribuído às pessoas com deficiências mentais – foi e é há muito taxada sob o espectro do desvio, da degeneração, do indesejável, do perigoso e que, portanto, deve ser rechaçado do convívio social.

Contudo, o que se pretende demonstrar no presente capítulo é que o Estado brasileiro – com enfoque no Poder Judiciário – possui papel indispensável a ser exercido no sentido da desinstitucionalização – e desencarceramento – da população de pessoas com deficiências mentais que se encontram cumprindo medidas de segurança de internação, seguindo-se a linha orientadora traçada pela Lei nº. 10.216/01 e pelos demais diplomas legais – o que abrange também e inclusive os tratados, convenções e orientações principiológicas internacionais.

Partir-se-á, pois, da abordagem acerca do direito a ser diferente como ideia-base para a contraposição e o enfrentamento da perpetuação da noção naturalística da loucura enquanto comportamento considerado desviante e por natureza perigoso, a ponto de lhe ser destinada a exclusão por meio da imposição de medidas de internação compulsória.

Posteriormente, tem-se por desígnio apresentar contribuições, por meio de propostas à atuação do Poder Judiciário frente a todo esse espectro traçado no decorrer do presente trabalho.

3.1. O direito à diferença como contraponto ao desvio na marcação da loucura

Do contexto histórico relevante abordado nos tópicos antecedentes, pode-se notar que a “história da relação do ser humano com a loucura é, desde os primórdios da civilização, a história da tolerância para com a diferença entre as pessoas”²⁵⁴, como ressalta Augusto Cesar de Farias Costa.

O modelo asilar há muito fundado por Philippe Pinel²⁵⁵ acabou por resultar na ocultação e na exclusão da loucura, a pretexto de uma suposta finalidade curativa,

²⁵⁴ COSTA. op. cit. p. 136

²⁵⁵ Vide nota 180.

representando, assim, um “marco inaugural do surgimento da Medicina Mental ou Psiquiatria, que transformou a diferença humana em patologia”²⁵⁶.

Trata-se, portanto, da consolidação de uma tendência de “classificar como patológicos estados de inconformidade”, a qual, segundo Miskolci, “revela uma classificação moral e legal de um saber que se constitui pela negação das diferenças individuais”²⁵⁷.

Esse movimento demonstra que a diferença permanece alocada no lugar da doença, enquanto forma de marcação dos “comportamentos que não se enquadram nas normas sociais e que são colocados no lugar do diferente”²⁵⁸; a etiqueta da patologia que estigmatiza o diferente com o “rótulo de inferioridade humana”²⁵⁹.

Falando-se em estigmatização e rotulagem do diferente, faz-se indispensável a referência à denominada sociologia do desvio, capitaneada pelos estudos de Howard Becker e de Ervin Goffman.

Becker, em sua obra *Outsiders*²⁶⁰, desenvolve a chamada teoria da rotulação (*labeling theory*), denominação essa que o próprio autor reconsiderou e colocou como “uma teoria interacionista do desvio”²⁶¹, sendo certo que, para Becker, o “desvio não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele”²⁶².

Nesse sentido, segundo Becker, o desviante – *outsider* – é aquele assim designado – rotulado – pelos grupos sociais detentores do poder de impor tal classificação, e que o fazem criando “regras cuja infração constitui desvio”²⁶³.

Por sua vez, Goffman, que se debruçou sob a questão das pessoas com deficiências mentais e das instituições asilares destinadas ao tratamento das mesmas – as quais o autor enquadra na categoria “instituições totais”²⁶⁴ –, direciona a questão do desvio para os

²⁵⁶ COSTA. op. cit. p. 139.

²⁵⁷ MISKOLCI. op. cit. p. 116.

²⁵⁸ BIANOR, Maila de Oliveira. *Biopoder e Transexualidade: a disciplina e a medicalização da diferença*. 2016. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Gênero, Sexualidade e Direitos Humanos) – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2016. p. 6.

²⁵⁹ Ibidem. p. 14.

²⁶⁰ Em uma tradução livre, a palavra *outsider* pode significar “estranho”, “forasteiro”, “intruso”, ou até mesmo “profano”. Em Becker, o termo é regularmente empregado “para designar as pessoas que são consideradas desviantes por outras, situando-se por isso fora do círculo dos membros ‘normais’ do grupo”. (BECKER. Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 27).

²⁶¹ Ibidem. p. 182.

²⁶² Ibidem. p. 27.

²⁶³ Ibidem. p. 22.

²⁶⁴ Ervin Goffman define as instituições totais como locais “de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada” (GOFFMAN, Ervin. *Manicômios, prisões e conventos*.

processos de sua constituição e o papel das instituições que “criam a ‘anormalidade’, transformam os indivíduos em pacientes e sua identidade em caso patológico”²⁶⁵.

Para com Goffman, o desvio marcado por meio do “estigma”²⁶⁶ não consistia em um atributo do desviante, mas sim na forma pela qual esse atributo era percebido pela sociedade que, segundo Goffman²⁶⁷, “*establece los medios para categorizar a las personas y el complemento de atributos que se perciben como corrientes y naturales em los miembros de cada una de esas categorías*”²⁶⁸.

Com efeito, a partir das pesquisas de Becker e de Goffman se pode observar uma tendência de mudança no enfoque dado na abordagem da questão do desvio, deixando-se de considerar o comportamento dito desviante enquanto uma característica, qualidade nem atributo da pessoa, e passando a considerar que, na verdade, trata-se da marcação resultante de um movimento externo.

Em outras palavras, os estudos de Becker e Goffman demonstram uma mudança de paradigma nos estudos sociológicos, no sentido de retirar o desvio ou comportamento desviante do enfoque investigativo.

Contudo, foi a partir da Segunda Guerra Mundial, quando “os ideais eugênicos de gestão da nacionalidade, o racismo e outras justificativas para a manutenção e aprofundamento de desigualdades históricas foram abalados pela revelação das atrocidades de guerra”²⁶⁹, que se impulsionou essa mudança na compreensão da diversidade social para se adentrar ao estudo das diferenças.

Vale dizer, o “trauma deixado pelas mazelas da guerra fez emergir novos campos de estudo e de resistência”²⁷⁰, movimentos esses dentre os quais se incluíram os movimentos contrários à Psiquiatria tradicional.

Como esclarece Miskolci²⁷¹, os estudos sobre diferenças “surgiram da superação do paradigma da normalidade e do desvio”, para mostrar “como esses processos se apoiaram no poder disciplinar” e para rechaçar o “argumento de que alguém é desviante ou anormal por não seguir as regras socialmente prescritas”.

Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1974. p. 11). Como maiores exemplos de instituições totais, segundo sua categorização, Goffman menciona os manicômios, as prisões e os conventos ou mosteiros.

²⁶⁵ MISKOLCI. op. cit. p. 27.

²⁶⁶ O termo “estigma” é empregado por Goffman para fazer menção a um atributo depreciativo. (GOFFMAN, Ervin. *Estigma: la identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu, 2006. p. 13.)

²⁶⁷ Ibidem. p. 11/12.

²⁶⁸ Em uma tradução livre, tem-se que a sociedade: “establece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorías”.

²⁶⁹ MISKOLCI. op. cit. p. 29.

²⁷⁰ BIANOR. op. cit. p. 13.

²⁷¹ MISKOLCI. op. cit. p. 35.

Traz-se, pois, a diferença enquanto um conceito focado na aceitação da diversidade humana sem que haja submissão à perspectiva dominante, mas pelo contrário, sublinhando-se a “as relações de poder implicadas na classificação de indivíduos como distintos (e inferiores) à maioria”²⁷².

De fato, o conceito de diferença – especialmente sob o olhar sociológico – se mostra amplo e complexo, o que se amolda, inclusive, à própria complexidade da natureza humana, da qual decorre a necessidade de reconhecimento da existência de peculiaridades e de individualidades que distinguem uma pessoa da outra.

Consoante precisamente assinala Kate Cregan²⁷³:

*Difference is an extremely broad concept. Difference is tied to the practices of defining and excluding the “self” from the “other”, and the “other” from a perceived social “norm”. Difference is relational: it frequently implies binary oppositions between the category defined and the (unspoken) category from which differentiation is made. This process is accompanied by value judgment(s) which position the differentiated as the “low” category and the unspoken norm as the “high” category*²⁷⁴.

Foi no cenário pós-Segunda Guerra Mundial que se iniciou a eclosão de um movimento no sentido de alterar os valores sociais, em direção ao reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e da própria noção de diferença.

Contudo, tem-se o ano de 1968 como momento histórico de ascensão desse movimento, especialmente com a revolta estudantil ocorrida na França, no denominado Maio de 68, em que se pleiteavam reformas no campo da educação, movimento esse que culminou em uma greve geral de trabalhadores considerada a maior da história europeia e que resultou na renúncia do então presidente francês, o general Charles De Gaulle.

Conforme elucida Eduardo Bittar²⁷⁵, o Maio de 68 representou o marco histórico:

de quebra de padrões comportamentais, de luta contra a autoridade familiar, reivindicação de alteração nos padrões de regulação da vida acadêmica, de ampliação da demanda por radicalização da liberdade política, dos direitos de

²⁷² Ibidem.

²⁷³ CREGAN, Kate. *Key Concepts in Body and Society*. Los Angeles; Londres; Singapura; Nova Delhi; Washington DC: SAGE, 2012. p. 56.

²⁷⁴ Em uma tradução livre: “Diferença é um conceito extremamente amplo. Diferença está ligada às práticas de definição e exclusão do ‘eu’ em relação ao ‘outro’, e o ‘outro’ de uma percebida ‘norma’ social. Diferença é relacional: ela frequentemente implica oposições binárias entre a categoria definida e a categoria (tácita) da qual é feita a diferenciação. Este processo é acompanhado por julgamento(s) de valor que posicionam o diferenciado como a categoria ‘baixa’ e a norma tácita como a ‘alta’ categoria”.

²⁷⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Reconhecimento e direito à diferença: teoria crítica, diversidade e a cultura dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 104, p. 551-565, jan./dez. 2009. p. 552.

minorias, de redefinição do papel político da estética, de redefinição do papel da moral em direção ao pluralismo ético, de luta por redemocratização, e pelo reconhecimento da diferença, de ampliação da luta libertária pela sociedade civil organizada, questões que, em muitos de seus significados, redundaram em frutos muito concretos no plano da cultura e das relações humanas e sociais.

Como resultado da consolidação desses movimentos de luta por reconhecimento da diferença, passou-se a falar em um alargamento do conceito de direito para se afastar da limitação à noção de direito à igualdade, para se abranger o direito à diferença, enquanto consolidação do reconhecimento da diversidade humana, em contraposição à tendência social moderna de normalização, padronização e conformação dos corpos e dos comportamentos.

Justamente em razão desse confronto entre a ideia do reconhecimento e direito à diferença – materializando o reconhecimento da diversidade humana e da necessidade de respeito a ela – e a força homogeneizadora – baseada na ideia da existência de um sujeito universal²⁷⁶ – que se impõe sobre as sociedades modernas, que se pode compreender o motivo pelo qual a emergência dessas demandas se deu em um cenário de lutas.

Nos termos dos ensinamentos de Eduardo Bittar²⁷⁷:

É de modo reativo, portanto, que a luta pela diferença se inscreve, dialeticamente, ao lado da identidade de uma luta não interrompida por igualdade. Por isso, o direito à diferença se distingue do direito à igualdade. Percebe-se que o mero decreto de igualdade de todos perante a lei não salvaguarda a possibilidade de realização do reconhecimento pleno, na vida social. Percebe-se, também, que esta versão da igualdade está falseada pelo pressuposto liberal de que a justiça como igualdade de direito é suficiente para provocar um equilíbrio nas relações intersubjetivas.

Nesse mesmo panorama, pode se observar que, conseqüentemente, ocorreu a potencialização da luta de proteção de direitos humanos e, em especial, do direito à autonomia privada, sob o seu viés existencial e dimensão da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade: o direito à autodeterminação²⁷⁸.

Segundo a lição de Flávia Piovesan e Roberto Dias da Silva²⁷⁹:

²⁷⁶ Fala-se, aqui, de um sujeito adequado ao padrão das sociedades modernas, alocado na ideia da normalização/homogeneização; um sujeito cuja razão e propriedades são aquelas universais e identificáveis nos demais sujeitos inseridos no grupo *normal*. Trata-se, portanto – e por óbvio –, de um sujeito que não é o *diferente*, oposto à noção da diversidade humana. Como elucida Maila Bianor, o “sujeito pré-social idealizado pelo liberalismo clássico foi uma justificação perfeita que permitiu a criação e garantiu a perpetuação da ficção do sujeito universal, heterossexual e masculino no paradigma moderno da dominação” (BIANOR. *Olhos fechados, ouvidos abertos*: expectativas quanto aos próximos capítulos no reconhecimento da diferença. Disponível: em <<http://www.jur.puc-rio.br/gdd/?p=206>>. Acesso em: 19 ago. 2017.), paradigma esse que justamente é enfrentado pelos movimentos que demandam o reconhecimento da diferença.

²⁷⁷ Ibidem. p. 553.

²⁷⁸ Vide nota 249.

²⁷⁹ PIOVESAN, Flávia; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Européia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da*

O direito à igualdade material, o direito à diferença e o direito ao reconhecimento de identidades integram a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e da prevenção do sofrimento humano. A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é pressuposto para o direito à auto-determinação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas.

Daí porque, frente a todo esse contexto, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, que a diferença humana seja fundamento para a negação de direitos humanos, tampouco para que se considere os ditos diferentes enquanto não-sujeitos de direito, seres humanos inferiores, que estariam destinados ao assujeitamento e submissão à vontade dos “normais”.

Pelo contrário, “compete ao Estado Democrático prevenir a ineficácia material dessas liberdades, assegurando tanto a igualdade entre os indivíduos quanto a diversidade”²⁸⁰, de modo a garantir que o direito à diferença seja tutelado, assegurado.

Nesse contexto, propõe-se tratar a seguir do papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito brasileiro frente ao novo paradigma de demandas por garantia do direito e “respeito pela diferença, que deve sobressair, possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, cientes do que as distingue e do que as une – no caso, a singularidade de cada uma e a igual dignidade de todas as pessoas humanas”²⁸¹.

3.2. O Estado-juiz e a aplicação da lei na proteção de direitos humanos

Com o pós-Segunda Guerra Mundial, passou a se consolidar nos Estados – especialmente na Europa continental ²⁸² – o Estado Constitucional de Direito ou constitucionalismo democrático²⁸³, fazendo com que as constituições explicitassem “valores fundamentais a obrigar o poder soberano”, sendo necessário, pois, um Poder Judiciário

Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 341-367. p.367.

²⁸⁰ BIANOR; GUIMARÃES. op. cit. p. 104.

²⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 124/125.

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. p. 4. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf >. Acesso em: 20 ago. 2017.

²⁸³ WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov./2007. p. 40.

“dotado da capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder soberano”²⁸⁴.

Somado a isso, verificou-se com o Estado de Bem-estar Social – *Welfare State* – uma aproximação do direito ao campo social, acabando por resultar, paulatinamente, em uma “regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário”²⁸⁵.

Seguindo esse movimento, no Brasil, com o fim do regime militar, consagrado posteriormente com a redemocratização do país – que teve como ápice a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 –, firmou-se relevante modificação na relação entre os três Poderes e na garantia constitucional de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso tendo em vista que a Carta Magna de 1988 não só consagrou a democratização do social e positivou um amplo rol de direitos fundamentais, como também definiu “políticas públicas e mecanismos processuais capazes de garanti-los e realizá-los na experiência republicana”²⁸⁶, inserindo-se na ideia de que trata o artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88²⁸⁷ – ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ademais, a Constituição Federal de 88 trouxe um fortalecimento do controle de constitucionalidade, por meio justamente da “ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*”²⁸⁸ – freios e contrapesos.

Assim, ao viabilizar “uma cidadania juridicamente participativa, que provoca o Poder Judiciário no sentido de buscar a efetivação das normas garantidoras dos direitos fundamentais”²⁸⁹, a Constituição Federal de 1988 acabou ensejando na aproximação do Poder Judiciário do campo da política, ainda mais considerando que, assim como a legislação infraconstitucional, a Carta Magna trouxe normas indeterminadas e abertas, deixando abertura ao julgador enquanto intérprete para a ampliação dos instrumentos de proteção judicial.

²⁸⁴ Ibidem. p. 40.

²⁸⁵ Ibidem. p. 41.

²⁸⁶ CITTADINO, Gisele; COLODETTI, Helena. Separação de Poderes no Brasil Contemporâneo. *BOLETIM CEDES*, p. 7-11, abril-junho/2013. p. 8.

²⁸⁷ Vide nota 166.

²⁸⁸ MACIEL; KOERNER. op. cit. p. 114.

²⁸⁹ CITTADINO; COLODETTI. op. cit. p. 7.

Como ressalta Daniel Sarmiento, a “sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte favoreceu, em larga medida, o processo de judicialização da política”²⁹⁰ – fenômeno que Luiz Werneck Vianna descreve como uma “crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais”²⁹¹ –, em decorrência do alargamento da legitimação ativa para provocar a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Fortalecendo-se ainda mais nesse processo de redemocratização e constitucionalização, “com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”²⁹².

Nesse contexto, o Poder Judiciário se tornou desaguadouro das mais diversas demandas por garantias de direitos negligenciados pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, seja em razão de inércia, morosidade, ou mesmo inviabilidade de obtenção de determinada pauta por ser contrária a um interesse majoritário que, logo, encontrava respaldo no Parlamento ou na Administração Pública.

Esse processo foi potencializado com a reestruturação e reforma promovida pelo Poder Judiciário no sentido de aprimorar o acesso à justiça, o que se cristalizou com a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais pela Lei n.º. 9.099/95²⁹³, em substituição aos antigos Juizados Especiais de Pequenas Causas – que eram disciplinados pela Lei n.º. 7.244/84²⁹⁴. Trouxe-se, assim, uma maior proximidade e facilidade do cidadão recorrer ao amparo judicial, “mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos”²⁹⁵, especialmente dos chamados grupos vulneráveis – como crianças, idosos e pessoas com deficiência física²⁹⁶.

²⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²⁹¹ WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização das relações sociais, In: WERNECK VIANNA, Luiz et alii. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 149.

²⁹² BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 3. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

²⁹³ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

²⁹⁴ Idem. Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

²⁹⁵ WERNECK VIANNA; BURGOS; SALLES. op. cit. p. 41.

²⁹⁶ Ibidem.

Com o aumento significativo do número de demandas levadas ao Estado-juiz e de prestações jurisdicionais favoráveis a pleitos baseados, em essência, na tutela de direitos fundamentais das ditas minorias, passou-se a falar na existência de um papel contra-majoritário desempenhado pelo Poder Judiciário, primordialmente pela interpretação do texto constitucional.

A esse respeito, Silvio Luís Ferreira da Rocha²⁹⁷ assevera que:

Se nenhum titular de poder ou função pública pode descurar do trato dos direitos fundamentais, o magistrado, por essência, recebeu a missão de tutelá-los porquanto nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser subtraída do conhecimento do Poder Judiciário. Por isso, se reconhece ao Poder Judiciário o poder contra majoritário, isto é, o poder dever de na defesa dos direitos fundamentais, posicionar-se contra a decisão da maioria, ainda que proveniente de Poder legitimamente constituído (Legislativo, Executivo ou mesmo do Judiciário) quando essa decisão viola os direitos fundamentais.

Em lição a agregar na elucidação da ocorrência desse fenômeno, vale fazer menção aos ensinamentos de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira Souza²⁹⁸, os quais esclarecem que “a democracia não se esgota no respeito ao princípio majoritário”, bem como para se levar em consideração que “as regras do jogo democrático” igualmente abrangem “a garantia de direitos básicos, visando à participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como a proteção às minorias estigmatizadas”.

Seguindo-se essa linha da proteção de grupos minoritários e vulneráveis, com o amparo do argumento da função contra-majoritária da jurisdição constitucional na garantia de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal nitidamente proferiu, especialmente na segunda década do século XXI, decisões sobre questões envolvendo relações sociais, políticas públicas e direitos humanos das mais diversas naturezas, em sentido contrário ao que se mostrava como sendo a vontade da maioria, do Executivo ou mesmo do Legislativo.

Pode-se citar como exemplo o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54²⁹⁹, no âmbito do qual o STF afastou a tipicidade dos crimes de aborto e correlatos em se tratando da interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Da mesma forma, outra exemplificação concreta da ocorrência desse fenômeno e da assunção expressa pelo STF da função contra-majoritária se tem no reconhecimento da união

²⁹⁷ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *O papel do Juiz na efetivação dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/16/o-papel-do-juiz-na-efetivacao-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

²⁹⁸SARMENTO, Daniel; SOUZA, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35

²⁹⁹BRASIL. *ADPF n. 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

homoafetiva enquanto entidade familiar, em sede de julgamento em conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º. 132³⁰⁰ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 4.277³⁰¹, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, que em seu voto precisamente ilustra a visão da Corte sobre o desempenho desse papel, ao afirmar que:

o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Cabe destacar que a relevância de aqui se relatar a ocorrência da judicialização não está em propriamente se defender tal fenômeno, mas sim de apontar que, com o acréscimo de demandas de grupos vulneráveis em busca de decisões contra-majoritárias, acabou-se por desembocar na jurisprudência o enfrentamento da questão do reconhecimento da diferença – esse sim, um ponto que interessa ao debate que ora se pretende neste ponto do trabalho.

Não obstante as críticas a judicialização da política – não se pretendendo, aqui, de modo algum, negar que existem aspectos negativos no fenômeno –, em que o juiz acaba de certa forma se tornando um “protagonista direto da questão social”³⁰², parece ser possível salientar ao menos um aspecto em certa medida positivo, que foi justamente possibilitar a efetivação de direitos humanos e trazer para o seio do Estado a discussão acerca do reconhecimento do direito à diferença.

Esse ponto pode ser observado, inclusive, voltando-se ao exemplo da questão das uniões homoafetivas. Em seu voto proferido no julgamento do Recurso Especial n.º. 1.183.378/RS³⁰³ – em que o Superior Tribunal de Justiça, seguindo a orientação firmada pelo STF, reconheceu a inexistência de vedação ao casamento homoafetivo –, o Ministro Luis Felipe Salomão expressamente tratou da questão, ao consignar expressamente que “o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença” e que “a

³⁰⁰ Ibidem. ADPF n. 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

³⁰¹ Ibidem. ADI n. 4.277. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

³⁰² WERNECK VIANNA; BURGOS; SALLES. op. cit. p. 41.

³⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.183.378. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099021&num_registro=201000366638&data=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 28 jul. 2017. p. 20

igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a auto afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias”.

Frisa-se, por oportuno, que a temática que ora se levanta não se propõe a defender o – tão criticado – fenômeno do ativismo judicial³⁰⁴, mas a reconhecer a inegável ocorrência do fenômeno – e efeitos – da judicialização da política e das relações sociais – “com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”³⁰⁵ –, o que, inclusive, é inevitável em se tratando de medidas de segurança, porquanto cabe ao magistrado julgar a causa que materializa a pretensão estatal de persecução penal da pessoa com deficiência mental em conflito com a lei penal.

Igualmente, não se está a sustentar a atribuição de super-poderes ao Judiciário nem a se demandar “que o juiz seja um ‘juiz-Hércules’³⁰⁶, conhecedor do Direito, da Ética e da Filosofia, ou um ‘juiz-Hipócrates’, sabedor dos bálsamos da medicina moderna”³⁰⁷; tampouco se busca atribuir ao Estado-juiz o protagonismo na luta pela desinstitucionalização e desencarceramento das pessoas portadoras de transtornos mentais.

Pelo contrário, o que se propõe é que o Poder Judiciário – enquanto Poder de Estado Democrático de Direito, responsável pela aplicação da norma penal e, logo, das medidas de segurança – integre a rede de atenção em saúde mental que há muito é palco de lutas enfrentadas por profissionais a ela ligados, pelos familiares e pelos próprios “pacientes”.

O que se sustenta, pois, é que esse papel assumido pelo Poder Judiciário pode ser exercido por meio do engajamento do Estado-juiz – nos limites de suas competências constitucionais que perpassam, via de regra, pela inércia da jurisdição – na defesa dos direitos humanos das pessoas portadoras de deficiência mental em conflito com a lei, no sentido de se contribuir para a garantia do direito à diferença e, por óbvio, a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o ponto nodal que se persegue demonstrar é que o desempenho de tal papel pelo Estado-juiz pode se dar de forma que se amolde à separação dos Poderes, por meio

³⁰⁴ Luís Roberto Barroso, ao traçar distinção entre os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial quanto à origem, elucida que o “ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Segundo Barroso, a noção de “ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. (BARROSO. op. cit. p. 6)

³⁰⁵ SARMENTO; SOUZA. op. cit. p. 691.

³⁰⁶ Em nota, Siddharta Legale Ferreira e Aline Matias da Costa precisamente elucidam que o “juiz-Hércules é um juiz fictício, criado por Ronald Dworkin, que operaria de modo ideal, criterioso e metódico”, e que seria detentor da “capacidade de encontrar a resposta certa para casos difíceis justamente por conceber o direito como integridade – ou seja, incorporando as tradições, leis e precedentes anteriores aomesmotempo, buscando atender as exigências morais de uma comunidade de princípios”. (LEGALE FERREIRA, Siddharta; COSTA, Aline Matias da. Núcleos de assessoria técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais? *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 219-240, abr. 2013. p. 239.)

³⁰⁷ Ibidem, p. 219.

do desempenho das funções típicas do Poder Judiciário, valendo-se da aplicação da própria legislação, das normas de direito internacional às quais o Brasil se submete³⁰⁸ e, sem dúvida, da Constituição da República Federativa do Brasil. É justamente essa questão que se pretende abordar nos próximos tópicos.

3.3. Da aplicação das medidas de segurança com observância à Lei nº. 10.216/01

Como já demonstrado anteriormente³⁰⁹, a Lei nº. 10.216/01 positivou relevantes mudanças quanto ao reconhecimento de direitos das pessoas com deficiências mentais e também na própria atenção em saúde mental, mudanças essas que repercutem diretamente na essência das medidas de segurança aplicadas a essas pessoas quando em conflito com a lei, especialmente quando se trata da medida de internação.

Em um cenário – já descrito no tópico anterior – de um Brasil redemocratizado e constitucionalizado, com perceptíveis mudanças nas relações entre os Poderes, aumento da judicialização das demandas por efetivação de direitos humanos fundamentais, a questão das medidas de segurança e do próprio reconhecimento da “loucura” enquanto diferença a ser reconhecida, desponta exigindo adequações na legislação penal e processual penal, porém ainda encontrando portas fechadas quanto ao alinhamento ao espírito da reforma da atenção psiquiátrica³¹⁰.

Por esse motivo, diante da inércia do Poder Legislativo em realizar a reforma adequada das normas penais e processuais penais – incluindo-se as normas de execução penal – ao que dispõe a Lei nº. 10.216 – frise-se, desde 2001 –, a questão tem remanescido no campo das regulamentações e, igualmente, acabando por desaguar no meio judiciário, porquanto a permanência das medidas de segurança no ordenamento jurídico faz recair sobre o Estado-juiz o poder-dever de aplicá-las.

Por outro lado, não deve o Poder Judiciário aplicar as medidas de segurança, cegamente, com base na lei penal e processual penal, mas sim atentar para a necessidade de uma análise sistêmica e, inclusive, em termos de especialidade, o que certamente insere no círculo de análise na subsunção a observância não só à Constituição Federal, à Lei nº. 10.216/01 e às normatizações de âmbito internacional às quais o Brasil está vinculado, mas

³⁰⁸ Vide tópico 2.5.

³⁰⁹ Vide tópico 2.4.

³¹⁰ Vide tópico 2.2.

também ao seu papel na efetivação de direitos humanos e, por conseguinte, do direito à diferença.

Não por acaso, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária³¹¹, por meio da Resolução nº. 5/2004³¹² – que dispôs a respeito das diretrizes para o cumprimento das medidas de segurança –, determinou a integração dos hospitais de custódia e tratamento ao Sistema Único de Saúde e ordenou a adequação da execução das medidas de segurança à Lei nº. 10.216/01. Dentre tais diretrizes, cabe destacar, estabeleceu-se como “princípios norteadores o respeito aos direitos humanos, a desospitalização e a superação do modelo tutelar”³¹³.

Ressalte-se, ainda, que as diretrizes do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária apontaram no sentido da individualização da atenção aos inimputáveis com deficiência mental, que deve ser realizada por equipe multidisciplinar e sempre direcionada à promoção da reintegração social e familiar.

Além disso, a Resolução nº. 5 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determina que o cumprimento da medida de segurança deve se dar em estabelecimento dotado da estrutura de assistência integral de que trata o artigo 4º, §2º, da Lei nº. 10.216/01.

Ademais, como outro aspecto interessante a se salientar da referida resolução, tem-se a diretriz que orienta a progressividade da aplicação das medidas de segurança, “por meio de saídas terapêuticas, evoluindo para regime de hospital-dia ou hospital-noite e outros serviços de atenção diária tão logo o quadro clínico do paciente assim o indique”.

Em igual sentido, já em 2010, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou a Resolução nº. 4/2010³¹⁴, recomendando a adoção da política antimanicomial da Lei nº. 10.216/01 na execução das medidas de segurança, bem como traçou diversas outras orientações, incluindo: i) a intersetorialidade como forma de abordagem; ii) o acompanhamento psicossocial por equipe interdisciplinar; iii) a

³¹¹ Segundo elucida Marcelo Uzeda de Faria, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária “tem como principal finalidade a implementação, em todo o território nacional, de uma nova política criminal e principalmente penitenciária a partir de periódicas avaliações do sistema criminal, criminológico e penitenciário, bem como a execução de planos nacionais de desenvolvimento quanto às metas e prioridades da política a ser executada”. (FARIA, Marcelo Uzeda de. *Execução penal: Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984 e a Lei 12.433/2011*. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 76)

³¹² BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução n. 5, de 4 de maio de 2004. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/cadeias/pe_legislacao/2004resolu05.pdf >. Acesso em: 27 mai. 2017.

³¹³ Ibidem.

³¹⁴ Idem. *Resolução n. 4*, de 30 de julho de 2010. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-4-de-30-de-julho-de-2010.pdf> >. Acesso em: 2 set. 2017.

“individualização da medida, respeitando as singularidades psíquicas, sociais, e biológicas do sujeito, vem como as circunstâncias do delito; iv) a inserção social; v) o “fortalecimento das habilidades e capacidades do sujeito em responder pelo que faz ou deixa de fazer por meio do laço social”.

Ademais, a Resolução nº. 4/2010 do CNPCP previu como política nacional, em seu artigo 6º, a “substituição do modelo manicomial de cumprimento da medida de segurança para o modelo antimanicomial, valendo-se do programa específico de atenção ao paciente judiciário”³¹⁵, no prazo de 10 anos, por meio de uma parceria entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça³¹⁶ editou – também em 2010 – a sua Resolução de nº. 113, na qual dispôs – dentre outras providências – acerca do procedimento relativo à execução de medida de segurança, determinando, em seu artigo 14, que a sentença penal absolutória – imprópria – que aplicar medida de segurança deve ser executada não só nos termos da Lei de Execuções Penais (Lei nº. 7.210/84), mas também conforme a Lei nº. 10.216/01.

Inclusive, nos termos do artigo 17 da Resolução nº. 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça³¹⁷, “o juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível buscará implementar políticas antimanicomiais, conforme sistemática” da Lei nº 10.216/01”.

Nessa esteira, não deve, pois, o juiz da execução penal se pautar tão somente pela legislação penal – leia-se, apenas pelos termos do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei de Execuções Penais e pela legislação penal especial –, mas também atentar para a incidência da Lei da Reforma Psiquiátrica sobre tais dispositivos legais e igualmente sobre a orientação a ser considerada quando da interpretação a ser realizada pelo magistrado.

Assim sendo, o magistrado há que se atentar para os princípios e regras definidos pela Lei nº. 10.216/01 quando da realização da interpretação e aplicação da lei penal e processual penal, alertando-se, pois, à principiologia proposta, que inclui a ideia de excepcionalidade e temporariedade da medida de internação, o reconhecimento das pessoas portadoras de deficiências mentais enquanto sujeitos de direito e a noção de uma rede

³¹⁵ Ibidem.

³¹⁶ Idem. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 113*, de 20 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_113_20042010_24082016160219.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2017.

³¹⁷ Ibidem.

integrada e integral de atenção em saúde mental, modelo ao qual a integração do magistrado se mostra essencial, especialmente quanto às medidas de segurança.

Seguindo-se esse entendimento, pois, deve o magistrado da Vara de Execuções Penais, por exemplo, uma vez findo o prazo máximo de duração da medida de segurança imposta, encaminhar a pessoa considerada inimputável “para a continuidade de seu tratamento na rede pública de saúde, comunicando-se o fato ao Ministério Público, conforme dispõe o art. 8º, § 1º, da Lei n. 10.216/2001”, como bem observa Fernando Galvão³¹⁸.

À luz dessa ótica, pode-se chegar a algumas conclusões objetivas quanto à aplicação das medidas de segurança com observância aos termos da Lei nº. 10.216/01.

A primeira conclusão é a de que a aplicação da medida de internação deve ser medida excepcional e temporária, exigindo-se a atenção à desinternação programada, a qual não admite imposição de condição nem contrariedade por parte do magistrado quando se tratar de medida recomendada pelo profissional da área médica.

Por sua vez, a segunda conclusão é de que na eventualidade de se determinar o cumprimento da excepcional – e temporária – medida de internação, este jamais pode se dar em um ambiente asilar nem similar ao de uma instituição penitenciária – ao contrário do ambiente retratado na Lei de Execuções Penais.

A acrescentar, vale, aqui, fazer referência ao Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária de 2015³¹⁹, que fixa como uma de suas diretrizes a implementação dos direitos das pessoas com deficiências mentais, reconhecendo, inclusive, de maneira expressa, que ainda “é preciso vencer a barreira do estigma sobre as pessoas com transtornos mentais, para se incorporar nas práticas do sistema de justiça e na execução penal os conceitos da legislação atual”³²⁰.

Igualmente, o referido Plano estabelece como uma das medidas a serem adotadas em termos de política criminal e penitenciária a adequação das medidas de segurança à reforma da atenção psiquiátrica, afirmando categoricamente que a “aplicação da medida de segurança deve visar, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio, tendo como princípios norteadores o respeito aos direitos humanos, a desinstitucionalização e a superação do modelo tutelar, asilar e manicomial”³²¹.

³¹⁸ GALVÃO. op. cit. p. 854.

³¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

³²⁰ Ibidem. p. 11.

³²¹ Ibidem. p. 21.

Fato é que a Lei 10.216/01 reconhece a pessoa com deficiência mental enquanto sujeito de direito, capaz inclusive de participar de seu próprio processo terapêutico, não num papel de coadjuvante, mas sim com protagonismo³²².

Nessa mesma esteira de reconhecimento da pessoa com deficiência mental enquanto pessoa capaz, segue a Lei nº. 13.146/15³²³ – também denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou mesmo Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – que, além de positivar expressamente uma gama de direitos da pessoa com deficiência, trouxe relevantes modificações no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange ao sistema de incapacidade civil.

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano³²⁴, o Estatuto da Pessoa com Deficiência consiste em um “sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis” e que “traduz uma verdadeira conquista social”.

Por esse motivo, entendendo-se a Lei nº. 13.146/15 na condição de um diploma legal alinhado ao ideal de reconhecimento e proteção do direito a ser diferente e de protagonismo da pessoa com deficiência em seu tratamento, propõe-se no próximo tópico abordar aspectos do referido estatuto no reconhecimento da pessoa com deficiência na condição de sujeito de direito e capaz.

3.4. A Lei nº. 13.146/15 e a pessoa com deficiência enquanto sujeito de direito

Em julho de 2008, por intermédio do Decreto Legislativo nº. 186/08³²⁵, o Congresso Nacional aprovou a Convenção de Nova York de 2007 sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, com *status* de emenda constitucional, na condição de convenção internacional sobre direitos humanos aprovada na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil³²⁶.

³²² Vide tópico 2.4.

³²³ BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm >. Acesso em: 21 ago. 2017.

³²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil (Editorial 41). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4.411, 30 jul. 2015. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/41381> >. Acesso em: 20 ago. 2017.

³²⁵ BRASIL. Decreto Legislativo n. 189, de 15 de julho de 2008. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2008/decretolegislativo-189-15-julho-2008-578121-publicacaooriginal-101015-pl.html> >. Acesso em: 2 ago. 2017.

³²⁶ Vide nota 163.

Posteriormente, em agosto de 2009, ocorreu a promulgação da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu respectivo Protocolo Facultativo no âmbito interno, por força do Decreto nº. 6.949/09³²⁷.

Já em suas considerações iniciais, a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência³²⁸ reconhece que a noção de deficiência se trata de “um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Além disso, a referida Convenção reconhece como violação da dignidade e do valor da pessoa humana a discriminação contra qualquer pessoa motivada por deficiência, além de reconhecer como importante para as pessoas com deficiência “sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas”, o que envolve o direito de “ter a oportunidade de participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas, inclusive aos que lhes dizem respeito diretamente”³²⁹.

Conforme leciona Flávio Tartuce³³⁰, a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência “consagra como princípios a igualdade plena das pessoas com deficiência e a sua inclusão com autonomia, recomendando o dispositivo seguinte a revogação de todos os diplomas legais que tratam as pessoas com deficiência de forma discriminatória”.

Foi justamente a Convenção de Nova York sobre Direitos da Pessoa com Deficiência que inspirou e formou bases para a Lei nº. 13.146/15³³¹–, o que é, inclusive, enunciado logo em seu artigo 1º, Parágrafo Único –, que tem por destino “assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.

Para os devidos fins, em seu artigo 3º o Estatuto da Pessoa com Deficiência³³² elucida que considera pessoa com deficiência “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

³²⁷ BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm >. Acesso em: 2 ago. 2017.

³²⁸ Ibidem.

³²⁹ Ibidem.

³³⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 83.

³³¹ Vide nota 323.

³³² Ibidem.

Considerando, pois, essa conceituação, bem como tendo em vista seu objetivo, o Estatuto traz suas disposições um rol de direitos das pessoas com deficiência, dentre os quais se incluem, por exemplo, o direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e o direito de não sofrer nenhuma espécie de discriminação. Desses direitos decorre um aspecto essencial das modificações promovidas pelo Estatuto no sistema jurídico brasileiro, inaugurando-se o encerramento da presunção absoluta de incapacidade civil da pessoa com deficiência.

Pretendeu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, “fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser ‘rotulada’ como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal”³³³.

É o que se extrai expressamente do disposto no artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência³³⁴, segundo o qual a “deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” para a prática de atos da vida civil. No mesmo sentido, os artigos 114 e 123, inciso II, ambos do Estatuto³³⁵, revogaram de forma expressa os incisos I a III do artigo 3º do Código Civil, de forma que a partir de então somente os menores de 16 anos são legalmente presumidos absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil.

A reforçar esse entendimento, o artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência³³⁶ estabelece expressamente o direito à igualdade no reconhecimento perante a lei, ao assegurar o direito à pessoa com deficiência “ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Com especial relevância à temática do presente trabalho, há que se destacar que, como corolário do direito à vida e da garantia da dignidade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê como regra geral, em seu artigo 11, o direito da pessoa com deficiência a não ser obrigada a se submeter a tratamento nem a institucionalização forçada, enquanto no artigo 12, o Estatuto prevê a indispensabilidade do consentimento da pessoa com deficiência para a realização de tratamento, procedimento ou hospitalização, igualmente como regra³³⁷.

³³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Manual de direito civil*: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 51.

³³⁴ Vide nota 323.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ Diz-se que se trata de normas gerais porquanto o próprio artigo 12 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu §1º, prevê hipótese de relativização – é dizer, participação em menor grau, e não exclusão – do consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência em situação de curatela. Igualmente, o artigo 13 do Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê exceções que permitem o atendimento sem consentimento prévio, livre e esclarecido, o que pode se dar em hipótese em que há risco de morte e emergência em saúde.

É importante frisar que, da redação da Lei nº. 13.146/15, pode-se notar que o legislador demonstrou “preocupação em estender a proteção do Estatuto não apenas ao deficiente físico, mas também àquele que, embora preservado seu estado físico, apresenta algum problema de ordem psicológica, a merecer, bem por isso, especial proteção do Estado”³³⁸.

Nota-se, pois, que as disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência se mostram alinhadas aos preceitos da Lei nº. 10.216/01 quanto ao redirecionamento da atenção em saúde mental, aos direitos da pessoa com deficiência e à própria ideia de reconhecimento da autonomia da pessoa com deficiência, enquanto sujeito de direito detentor da capacidade de participar ativamente e protagonizar a gestão de atos que envolvem sua vida – o que inclui seu tratamento.

Embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência tenha se mostrado tímido quanto a modificações expressas relativas à relação da seara penal com as pessoas com deficiência mental – mormente por não tratar de forma expressa das medidas de segurança –, não se pode olvidar que a referida lei reforçou a ideia da excepcionalidade da internação compulsória, e mais, trouxe a negativa de obrigatoriedade de submissão à internação forçada como um direito da pessoa com deficiência previsto de forma expressa.

Outrossim, a Lei nº. 13.146/15 demonstra seu afinamento à noção de o reconhecimento da pessoa com deficiência mental na condição de sujeito de direito, dotado de capacidade – inclusive para participar ativamente das decisões de seu próprio processo de integração social –, direciona, em certa medida, à ideia de responsabilidade da pessoa com deficiência mental³³⁹, que, segundo Mariana Weigert e Salo de Carvalho³⁴⁰, foi instrumentalizada pela Lei nº. 10.216/01 juntamente com “a resposta jurídica ao ato lesivo praticado” por essas pessoas, tornando “desnecessária qualquer espécie de intervenção penal” – materializada nas medidas de segurança.

³³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo*. 2. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPodivm, 2016. p. 24.

³³⁹ Conforme ressalta Maria Lúcia Karam, a questão da inimputabilidade *versus* responsabilização penal da pessoa com deficiência mental – com a substituição da absolvição imprópria por um decreto condenatório – tem sido questionada por psiquiatras, demais integrantes da luta antimanicomial e juristas (KARAM. op. cit. p. 109), valendo fazer menção, por exemplo, a Virgílio de Mattos (MATTOS. op. cit.) e Amilton Bueno de Carvalho (CARVALHO. op. cit.). Segundo sustentam Salo de Carvalho e Mariana Weigert, negar à pessoa com deficiência mental “a capacidade de responsabilizar-se pelos seus atos é um dos principais atos de assujeitamento, de coisificação do sujeito”. (CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Reflexões iniciais sobre os impactos da Lei 10.216/01 nos sistemas de responsabilização e de execução penal. Responsabilidades*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 285-301, set.2012./fev. 2013. p. 298).

³⁴⁰ *Ibidem*. p. 297.

Ademais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência³⁴¹, em seu artigo 14, consagra o direito da pessoa com deficiência ao processo de habilitação e reabilitação – enquanto uma faculdade, uma opção da pessoa, como regra –, com a finalidade precípua de contribuir para a “conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, conforme prevê o Parágrafo Único do referido dispositivo legal”.

Vale dizer, depreende-se da análise dos artigos 14 e 15 do Estatuto da Pessoa com Deficiência³⁴² que esse processo direcionado à garantia da autonomia da pessoa com deficiência e à sua integração ao meio social se funda na ideia da multidisciplinariedade, possuindo, assim, como diretrizes, a promoção “permanente, integrada e articulada de políticas públicas que possibilitem a plena participação social da pessoa com deficiência”, o que abrange a oferta de uma rede intersetorial para atender às necessidades dessa população, como a rede de atenção em saúde mental de que trata a Lei nº. 10.216/01, por exemplo.

Com efeito, certo é que o Estatuto da Pessoa com Deficiência – explicitamente em seu artigo 8º – chama ao implemento de seu objetivo não só a sociedade e a família, como também impõe ao Estado esse dever de assegurar a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, sejam aqueles previstos no próprio Estatuto, ou mesmo os direitos dessa população decorrentes da “Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico”³⁴³.

Neste passo, por todo o então exposto, evidencia-se que o Poder Judiciário – o Estado-juiz – possui relevante papel a ser exercido nesse contexto de proteção dos direitos das pessoas com deficiência mental, o que na seara penal – o que direciona aos direitos previstos na Lei nº. 10.216/01 –, perpassa por lidar com as medidas de segurança, cuja regulamentação – baseada na legislação penal – não se mostra adequada aos preceitos da reforma da atenção em saúde mental, nem tampouco aos termos do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Cada caso concreto judicializado que direcione a atuação do Poder Judiciário – por força da lei penal – à aplicação de uma medida de segurança, leva o Estado-juiz a um impasse, cuja solução aqui não se pretende orientar no sentido de extrapolar os limites da atuação jurisdicional e da própria separação dos Poderes – ignorando-se a vontade do legislador nem se fazendo substituir ao Executivo.

³⁴¹ Vide nota 323.

³⁴² Ibidem.

³⁴³ Ibidem.

Pelo contrário, a solução que aqui se propõe percorre o *iter* justamente da aplicação da lei, da Carta Magna e das normativas internacionais às quais o Brasil se submete, interpretando-se a ainda estagnada legislação penal à luz das referidas normas.

Pelos dados motivos – sem descuidar de toda a exposição realizada até o momento –, o que se busca no próximo tópico é exatamente tecer algumas singelas proposições à integração do Poder Judiciário ao modelo de assistência em saúde mental previsto na Lei nº. 10.216/01 e em atenção aos direitos das pessoas com deficiências mentais.

3.5. Propostas à integração do Poder Judiciário ao modelo assistencial em saúde mental

Enquanto não promovida a modificação na lei penal – há muito necessária –, com o fim das medidas de segurança da forma que se encontram – em dissonância com os preceitos da Lei nº. 10.216/01 e do Estatuto da Pessoa com Deficiência –, faz-se necessária a adoção de medidas para conformar – da melhor forma possível – essa incongruência, o que se propõe ser possível se dar mediante uma maior aproximação e integração do Poder Judiciário a essa rede de atenção em saúde mental, bem como maior alinhamento ao próprio dever de garantia e efetivação dos direitos das pessoas com deficiências mentais.

Tem-se, portanto, como uma das premissas o fato de que, “por vezes, a implantação do princípio da isonomia ou igualdade exigirá, dos entes legitimados para tanto, a adoção de medidas que visem à efetivação dos direitos assegurados”³⁴⁴ pela Constituição Federal, pela legislação infraconstitucional e também pela legislação internacional.

Diante desse panorama e da problemática apresentada, surge o questionamento acerca do papel do Poder Judiciário frente ao cenário posto de uma tendência há muito inaugurada de desencarceramento da diferença, materializado na desinstitucionalização das pessoas com deficiências mentais.

É justamente a esse questionamento que se pretende responder por meio de propostas de formas pelas quais o Poder Judiciário pode atuar – volta-se a frisar, nos limites de suas competências – no sentido de garantir às pessoas com deficiências mentais o direito à diferença – e ao respeito a ela –, consubstanciado no alinhamento da sanção penal ao modelo de atenção em saúde mental e ao rol de direitos dessa população positivados no ordenamento jurídico brasileiro.

³⁴⁴ FARIAS; CUNHA; PINTO. op. cit. p. 35.

3.5.1. Fiscalização das condições de cumprimento das medidas de internação

Após o trânsito em julgado de uma sentença absolutória imprópria, que aplica medida de segurança, a pretensão punitiva estatal passa a ser de natureza executória, é dizer, passa-se à fase processual da execução penal, na qual se objetiva justamente “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, consoante dispõe o artigo 1º da Lei nº. 7.210/84³⁴⁵.

Ada Pellegrini Grinover há muito lecionava que “a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo”³⁴⁶.

Não obstante seja controvertida na doutrina a questão referente à natureza jurídica da execução penal, embora permeada por relevante atividade no plano administrativo, a “execução penal é de natureza jurisdicional”, tendo em vista que o título no qual se funda “decorre da atividade jurisdicional no processo de conhecimento”, de modo que a execução da sentença “só poderá ser feita pelo Poder Judiciário”³⁴⁷.

Sobre esse ponto de vista, Luís Carlos Valois e Alexandre Morais da Rosa³⁴⁸ esclarecem com precisão que:

Não só em razão da jurisdicionalização da execução penal, a qual indica ser constante e ininterrupta a subordinação do encarceramento à atividade jurisdicional, mais precisamente ao juízo da execução penal, mas a Constituição da República pretendeu colocar a prisão, o ato de encarcerar, sob responsabilidade exclusiva do Judiciário (art. 5º, LXI, LXII e LXV), não havendo situação ou condição jurídica capaz de interromper a tutela jurisdicional.

Vale lembrar que os chamados hospitais de custódia e tratamento em verdade integram o sistema penitenciário, de modo que são também regidos pelos princípios e normas inerentes à execução penal, determinados no âmbito da Lei nº. 7.210/84. Não por acaso, inclusive, o artigo 82, *caput*, da Lei nº. 7.210/84 prevê que os estabelecimentos penais também são destinados “ao submetido à medida de segurança”³⁴⁹.

Nesse sentido, o Juiz da execução possui papel extremamente relevante na execução das medidas de segurança – assim como das penas –, razão pela qual a própria Lei de

³⁴⁵ Vide nota 97.

³⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 7.

³⁴⁷ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 13. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33.

³⁴⁸ ROSA, Alexandre Morais da; VALOIS, Luís Carlos. *A inafastabilidade da jurisdição na execução da pena: o Acre é aqui?*. Disponível em: < <http://emporiiodireito.com.br/a-inafastabilidade-da-jurisdicao-na-execucao-da-pena-o-acre-e-aqui-por-luis-carlos-valois-e-alexandre-morais-da-rosa/> >. Acesso em 2 set. 2017.

³⁴⁹ Vide nota 97.

Execuções Penais, em seu artigo 66, atribui-lhe um rol de competências específicas, pertinentes ao bom andamento dessa fase processual.

Dentre essas competências legalmente atribuídas ao Juízo da Execução Penal, inclui-se, com destaque, a competência para determinar “a revogação da medida de segurança”, “a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança”, além da “desinternação e o restabelecimento da situação anterior”, conforme artigo 66, inciso V, alíneas “d”, “e” e “f”, da Lei nº. 7.210/84³⁵⁰.

Ademais, compete ao Juiz da Execução “zelar pelo correto cumprimento” da medida de segurança, “inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade”, sem prejuízo da competência para determinar a interdição total ou parcial de “estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da Lei nº. 7.210/84³⁵¹.

Da análise dos mencionados dispositivos legais se pode extrair que o próprio legislador atribui ao Poder Judiciário competência para atuar na fiscalização – inspeção – dos estabelecimentos que integram o sistema penitenciário, competindo ao Juízo da Execução, ainda, adotar medidas visando à garantia do cumprimento da lei e das disposições constitucionais, de forma que a execução penal respeite e garanta a dignidade da pessoa humana e a integridade física e mental das pessoas custodiadas.

Segundo Rogério Sanches Cunha³⁵², “a garantia da segurança e integridade física e mental dos presos custodiados em estabelecimentos prisionais é dever jurídico do Estado (art. 5º, inciso XLIV da CF)”, que atua “como verdadeiro garantidor”, fazendo com que uma vez “comprovada a sua omissão”, imponha-se a responsabilização civil do Estado³⁵³.

Neste passo, pode-se considerar que havendo comprovação da omissão do Estado-juiz quanto à fiscalização do cumprimento das medidas de segurança – conforme lhe impõe a própria lei – enseja na violação do referido dever estatal, pelo que esta singela primeira

³⁵⁰ Ibidem.

³⁵¹ Artigo 66, incisos VI, VII e VIII, todos da Lei nº. 7.210/84. (Vide nota 97)

³⁵² CUNHA, Rogério Sanches. *Execução Penal para Concursos*: LEP. 6. ed. rev., atual, e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 112.

³⁵³ De acordo com a posição que tem se firmado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade civil do Estado se dá com base na Teoria do Risco Administrativo, reclamando, pois, a demonstração de nexo causal “em relação ao dano sofrido pela vítima nas hipóteses em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso”. Dessa forma, configura-se a responsabilidade civil do Estado quando possível a atuação estatal no sentido de cumprir seu dever de garantir o direito subjetivo do custodiado à “execução da pena de forma humanizada, garantindo-se-lhe os direitos fundamentais, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 841.526. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494> >. Acesso em: 29 ago. 2017.)

proposição reside justamente na atuação do Juiz da Execução no sentido de atender a tais competências, zelando pelo cumprimento da lei nos limites de sua atuação na fase de execução.

Todavia, o ponto de fato nodal nessa proposição está no fato de que o que se sugere não é apenas que o Juiz da Execução Penal esteja atento ao cumprimento em sede de execução penal das disposições da Lei nº. 7.210/84, mas sim que suas competências sejam exercidas com atenção ao ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Isso significa que o Juiz da Execução deve, pois, averiguar se a execução das medidas de segurança está em conformidade com os preceitos da Constituição Federal, da legislação infraconstitucional e dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é parte.

Em decorrência dessa linha de raciocínio, o Juiz da Execução deve, no exercício de suas competências, compatibilizar as determinações da Lei nº. 7.210/84 com as disposições da Lei nº. 10.216/01 acerca do redirecionamento do modelo de atenção em saúde mental, cuja repercussão abrange as medidas de segurança aplicadas às pessoas com deficiências mentais. Essa, aliás, é uma das recomendações que se extrai da já mencionada Resolução nº. 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça³⁵⁴, segundo a qual o Juiz da Execução deve sempre que possível buscar a implementação das políticas antimanicomiais previstas na Lei nº. 10.216/01.

Diversa não é a recomendação do Conselho Nacional de Política Criminal, cuja Resolução nº. 4/2010, em seu artigo 1º, “recomenda a adoção da política antimanicomial no que tange à atenção aos pacientes judiciários e à execução da medida de segurança”³⁵⁵, observando-se os princípios da Lei nº. 10.216/01.

De igual modo, cabe ao magistrado responsável pela fase de execução penal atentar para os ditames do Estatuto da Pessoa com Deficiência³⁵⁶, cujo artigo 7º, a propósito, impõe aos juízes e aos tribunais o dever de dar ciência ao Ministério Público de fatos – dos quais tiverem conhecimento no exercício de suas respectivas funções– que caracterizem violações previstas no referido Estatuto.

Ocorre, porém, que essa atuação pode encontrar problemas de ordem prática, em relação ao material humano para a boa execução dessas competências em prol da observância dos direitos das pessoas com deficiência e dos ditames legais que carregam os ideais antimanicomiais – e de desinstitucionalização. Explica-se.

³⁵⁴ Vide nota 316.

³⁵⁵ Vide nota 314.

³⁵⁶ Vide nota 323.

O elevado número de competências que recaem sobre os magistrados responsáveis pela execução penal, em detrimento do baixo número de juízes que desempenham essa função, faz com que haja uma sobrecarga de competências que pode prejudicar a viabilidade da realização de inspeções em todos os estabelecimentos prisionais com a frequência necessária sem prejuízo da atuação nas demais atividades inerentes à sua competência legalmente atribuída ao Juiz da Execução.

O Conselho Nacional de Justiça, no relatório analítico *Justiça em Números* do ano de 2017 – referente ao ano-base de 2016 –, constatou que, na classificação por competência das unidades judiciárias de primeiro grau, existem somente 123 Varas Exclusivas de Execução Penal na Justiça Estadual, ramo da Justiça que representa – ainda segundo o relatório – 65% das 16.053 unidades judiciárias de 1º grau existentes no Brasil³⁵⁷.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – segundo maior Tribunal de Justiça brasileiro na classificação por porte, de acordo com o relatório *Justiça em Números 2017*³⁵⁸ –, por exemplo, a Vara de Execuções Penais constitui serventia única – conforme prevê o artigo 121 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro³⁵⁹ –, na qual atuam apenas seis magistrados³⁶⁰, num universo de encarcerados que em 2014 totalizava quase 40 (quarenta) mil pessoas encarceradas – conforme dados do INFOPEN³⁶¹ –, e desde 2016 supera 50 (cinquenta) mil pessoas privadas de liberdade³⁶² e quase 300 (trezentos) mil processos³⁶³.

Neste passo, para que haja viabilidade para a fiscalização – inspeção – do cumprimento das medidas de segurança que ora se propõe, a reestruturação das Varas de Execuções Penais parece ser uma etapa necessária, especialmente no que tange ao incremento

³⁵⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017*: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 28/29.

³⁵⁸ Idem. p. 32.

³⁵⁹ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/codjerj_novo.pdf >. Acesso em: 30 ago. 2017.

³⁶⁰ De acordo com informações constantes do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acerca da Vara de Execuções Penais, atualmente estão lotados na referida serventia seis magistrados, sendo um titular e cinco auxiliares. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Institucional. Vara de Execuções Penais. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/vep/vep> >. Acesso em 30 ago. 2017).

³⁶¹ Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, de junho de 2014. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf> >. Acesso em: 30 ago. 2017. p. 17.

³⁶² Idem. Estado do Rio de Janeiro. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura. Relatório Anual 2016. Disponível em: < <https://drive.google.com/file/d/0ByIgDzCTzaAEMUVRSWs5SHZtaUk/view> >. Acesso em: 30 ago. 2017. p. 17.

³⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Vara de Execução Penais terá 100% dos processos digitais até o fim do ano*. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/33304> >. Acesso em: 30 ago. 2017.

de material humano – força de trabalho –, não só, mas especialmente de magistrados, e também de servidores.

Somado a isso, a formação de grupos de inspeção intersetoriais direcionados à fiscalização do cumprimento de medidas de segurança pode se mostrar um meio eficaz de potencializar essa atividade, de forma a aliar o magistrado responsável pela execução, à equipe interdisciplinar – de psicólogos, médicos, assistentes sociais, etc. – e aos demais órgãos que atuam na execução penal, como as Defensorias Públicas e o Ministério Público.

É justamente nessa linha, considerando a complexidade da matéria – como já ressaltado em tópicos anteriores – que se pretende, no próximo tópico, defender a necessidade da criação de conexões para a integração do Poder Judiciário à rede de atenção em saúde mental.

3.5.2.Criação de redes de conexões intersetoriais, interdisciplinares e interinstitucionais

De fato, a positivação dos ideais antimanicomiais – na Lei nº. 10.216/01 – e de reconhecimento da pessoa com deficiência mental enquanto sujeito de direitos – conforme Estatuto da Pessoa com Deficiência –, torna imperiosa a adaptação da atuação do Poder Judiciário a esses novos paradigmas, alinhando-se, em especial, o Juízo da Execução a essa nova ordem.

Todavia, diante de todo o debate até aqui travado no presente trabalho, mostra-se plausível concluir que a atividade jurisdicional *per se* não é capaz de atender por completo ao espírito da reforma na atenção em saúde mental e de garantia dos direitos das pessoas com deficiência mental.

Diz-se isso considerando que o modelo proposto pela Lei nº. 10.216/01 exige justamente o contrário, é dizer, demanda a atuação interdisciplinar, envolvendo inclusive diversos setores e instituições, para que, assim, seja possível de fato promover a atenção integral em saúde mental.

De outro lado, não basta, para tanto, a atuação isolada das diversas instituições, setores e disciplinas, mas sim é necessário que a atuação se dê de forma conjunta e colaborativa, formando-se uma rede de conexões, à qual o Poder Judiciário deve estar integrado.

Embora, em uma primeira e superficial análise, tal proposição – de instituições diversas, de setores diferentes e formadas por profissionais distintos trabalharem juntos – possa parecer utópica, há que se registrar que no cenário brasileiro existem modelos de programas alternativos de intervenção não punitiva na seara das medidas de segurança que

exatamente põem em prática a ideia-base dessa proposta, operacionalizando em concreto o projeto há mais de uma década traçado na Lei nº. 10.216/01.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), por exemplo, pode-se citar a iniciativa do denominado Programa Novos Rumos, que dentre seus objetivos inclui a busca pela humanização das penas, a viabilização de “acompanhamento psicológico, jurídico e social do paciente judiciário”, bem como a promoção de articulações “com a rede pública de saúde e redes sociais, visando efetivar a individualização do projeto de atenção integral, a promoção social do paciente judiciário e a efetivação das políticas públicas”³⁶⁴.

Originalmente denominado Projeto Novos Rumos – desde quando instituído pela Resolução nº. 433/2004 do TJMG³⁶⁵ –, e posteriormente renomeado como Programa Novos Rumos, por força da Resolução nº. 633/2010 do TJMG³⁶⁶, cujo artigo 2º enuncia que se trata do programa que atua enquanto gerenciador das ações previstas no chamado Projeto Começar de Novo, que é orientado pela Resolução nº. 96/2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e que objetiva a promoção da “reinserção social de presos, egressos do sistema carcerário e cumpridores de medidas e penas alternativas”³⁶⁷.

De acordo com o artigo 3º da Resolução nº. 633/2010 do TJMG³⁶⁸, o Programa Novos Rumos é composto por cinco frentes principais de atuação, das quais se destacam, com maior relevância ao debate que se propõe no presente trabalho, duas frentes: o Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMF) e o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ).

A proposta do Grupo de Monitoramento se aproxima justamente à ideia defendida no tópico anterior quanto ao papel do Juiz da Execução na fiscalização das condições da execução penal e das medidas socioeducativas e de segurança, de modo a zelar não só pelos direitos e garantias das pessoas submetidas a uma pena ou medida – de segurança ou socioeducativa – quanto dos familiares destas.

³⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Cartilha sobre o Programa Novos Rumos. Disponível em: < http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/PM_cartilha_apac-PAIPJ.pdf?x20748>. Acesso em: 3 set. 2017.

³⁶⁵ Idem. Resolução n. 433, de 28 de abril de 2004. Disponível em: < <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re04332004.PDF>>. Acesso em: 3 set. 2017.

³⁶⁶ Idem. Resolução n. 633, de 3 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re06332010.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2017.

³⁶⁷ Idem. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 96, de 27 de outubro de 2009. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_96.pdf>. Acesso em 3 set. 2017.

³⁶⁸Vide nota 366.

É por intermédio da atividade de monitoramento e fiscalização que o GMF identifica problemas e dificuldades nas unidades de cumprimento das sanções penais e busca propor soluções em conjunto com a comunidade e o Poder Público.

Por sua vez, o PAI-PJ foi originado enquanto um Projeto Piloto no ano 2000 no Foro da Capital do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, embora tenha sido criado de fato por meio da Resolução n.º. 25/2001 do TJMG³⁶⁹, posteriormente revogada pela já mencionada Resolução n.º. 633/2010 do TJMG³⁷⁰, que tratou sobre todas as frentes do Programa Novos Rumos.

Constituído por uma equipe multidisciplinar e intersetorial – composta de psicólogos, assistentes sociais e assistentes jurídicos integrados aos demais profissionais da saúde mental –, o PAI-PJ “funciona como um dispositivo conector, agregando em torno do acompanhamento do paciente judiciário as ações da autoridade judicial, do Ministério Público e da Rede de Saúde Mental e Social de cada caso”³⁷¹.

Nesse sentido, o artigo 7º da Resolução n.º. 633/2010 do TJMG³⁷² estabelece que o PAI-PJ objetiva prestar assessoria ao Juízo de primeiro grau na individualização da aplicação e da execução das medidas de segurança, realizando o acompanhamento integral e intersetorial da pessoa com deficiência mental em todas as fases do processo criminal, envolvendo, assim, não somente o Poder Judiciário, mas sim uma conexão entre o Estado-Juiz, o Poder Executivo, a comunidade e as redes públicas de acesso à saúde e à assistência social³⁷³.

Conforme elucida Fernanda Ottoni³⁷⁴, orientado pelos ideais e princípios antimanicomiais e de reorientação da atenção em saúde mental previstos na Lei n.º. 10.216/01, o PAI-PJ busca “viabilizar a acessibilidade aos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição da República, almejando ampliar as respostas e a produção do laço social” das pessoas com deficiência mental e, para tanto, auxiliando “a autoridade judicial na individualização da aplicação e execução das medidas de segurança”.

Daí porque o artigo 11 da Resolução n.º. 633/2010 do TJMG³⁷⁵ estabelece diversas atribuições ao PAI-PJ que são inerentes a um verdadeiro auxiliar do Juízo, destacando-se as

³⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Resolução n. 25, de 7 de dezembro de 2001. Disponível em: < <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc00252001.PDF> >. Acesso em 4 set. 2017.

³⁷⁰ Vide nota 366.

³⁷¹ BARROS-BRISSET, Fernanda Ottoni de. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010. p. 28.

³⁷² Vide nota 366.

³⁷³ Ibidem.

³⁷⁴ Ibidem.

³⁷⁵ Vide nota 366.

seguintes atividades: i) elaborar projeto individualizado de atenção integral à pessoa com deficiência mental em conflito com a lei; ii) prestar acompanhamento psicológico, jurídico e social; iii) garantir a manutenção de conexões e articulações da rede intersetorial; iv) elaborar e emitir relatórios e pareceres relativos ao acompanhamento individualizado, podendo, inclusive, sugerir à autoridade judicial a adoção de medidas processuais pertinentes.

As estatísticas de sucesso do PAI-PJ, demonstram informações relevantes sobre o baixo índice de reincidência entre as cerca de 800 (oitocentas) pessoas com deficiência mental em conflito com a lei que passaram pelo programa. Como parte de seus resultados positivos obtidos, o PAI-PJ registra que “o índice de reincidência é de 2%, registrado somente em crimes de menor gravidade”, salientando-se que “nenhum dos pacientes condenados pela prática de crime violento voltou a cometê-lo”³⁷⁶, conforme disponíveis no próprio sítio eletrônico do TJMG³⁷⁷.

Na mesma linha do PAI-PJ, porém com origem distinta, tem-se no Brasil o chamado Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI), criado no Estado de Goiás pela Secretaria de Estado da Saúde, por meio da Portaria n.º. 19/2006-GAB/SES³⁷⁸, com o fim de promover a atenção integral à saúde das pessoas com deficiências mentais submetidas a medidas de segurança no Estado de Goiás, tomando como base, inclusive, a Lei n.º. 10.216/01 e a Resolução n.º. 5/2004 do CNPCP.

Em seu artigo 3º, a Portaria n.º. 19/2006-GAB/SES³⁷⁹ prevê que para o PAILI buscará formar uma rede de conexões visando implementar ações direcionadas ao seu objetivo, firmando, para tanto, “parcerias com instituições das áreas de saúde, assistência social,

³⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Programa Novos Rumos. PAI-PJ. Resultados. Disponível em: < http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/projetonovosrumos/pai_pj/resultados.html >. Acesso em: 5 set. 2017.

³⁷⁷ Elucidando a estatística do PAI-PJ, Fernanda Ottoni afirma que a reincidência gira “em torno de 2%, relativa a crimes de menor potencial ofensivo e contra o patrimônio”, e que mesmo após 10 (dez) anos de atividade do programa, inexistente “registro de nenhuma reincidência de crime hediondo que ensejasse o retorno do fantasma da periculosidade que, via de regra, assombra o cuidado e a convivência com essas pessoas” (BARROS-BRISSET. op. cit. p. 35). Aliás, um dado relevante – inclusive para desmitificar a questão da periculosidade presumida – é justamente a estatística relativa à gravidade dos delitos praticados por pessoas com deficiência mental submetidas a medidas de segurança de internação. Em 2015, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Conselho Federal de Psiquiatria (CFP) e a Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde (AMPASA) trabalharam em conjunto para realizar inspeções a nível nacional nos HCTP e nas alas psiquiátricas, compilando em um relatório as informações obtidas. Constatou-se no referido relatório que a “estatística sobre a gravidade dos delitos cometidos mostra que 47.06% das instituições, relatam delitos de menor potencial ofensivo, contra apenas 11,76% de instituições com assinalações de delitos mais graves” (BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. *Inspeções aos manicômios Relatório Brasil 2015*. Brasília: CFP, 2015. p. 140).

³⁷⁸ Idem. Estado de Goiás. Secretaria de Estado da Saúde. Portaria n. 19, de 8 de setembro de 2006. Disponível em: < http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_221_port0192006paili.pdf >. Acesso em: 5 set. 2017.

³⁷⁹ Ibidem.

segurança pública, justiça e outras instituições afins, bem como estabelecer acordos, convênios ou outros mecanismos similares com organizações não governamentais”.

Com relação às atribuições, o PAILI em muito se aproxima do PAI-PJ, conforme se pode observar do Anexo I da Portaria nº. 19/2006-GAB/SES³⁸⁰, merecendo destaque, contudo, as atribuições de buscar “a acessibilidade, cidadania e a inserção social do louco infrator” quando do estabelecimento de parcerias, bem como de promover atividades para “sensibilização com profissionais e autoridades das áreas da saúde, justiça, assistência social buscando desmistificar a imagem do louco infrator como pessoa perigosa e incapaz, cultivada ao longo da história da loucura”.

A despeito de seguir a mesma esteira do PAI-PJ – com a ideia de uma rede integrada e multidisciplinar auxiliando o Juízo –, é forçoso destacar uma peculiaridade do PAILI de Goiás, pois nesse modelo a administração do projeto coube ao Poder Público sob a responsabilidade da Secretaria de Estado da Saúde – vide item 7 do Anexo I da Portaria nº. 19/2006-GAB/SES³⁸¹.

De todo modo, o PAILI funciona por meio de uma parceria, um convênio de cooperação técnica e operacional³⁸² firmado entre a Secretaria de Estado de Saúde de Goiás, o Ministério Público do Estado de Goiás, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, além da Secretaria de Justiça do Estado de Goiás e de secretarias de alguns Municípios, a exemplo do Município de Goiânia.

Igualmente, por intermédio do convênio de implantação do PAILI, foi criada em Goiás a Comissão Estadual de Acompanhamento das Medidas de Segurança, um órgão colegiado interinstitucional que se reúne “mensalmente para avaliação e planejamento de ações, devendo encaminhar relatórios periódicos ao Ministério Público e ao juízo da execução penal pertinentes, bem como relatório anual à Corregedoria Geral da Justiça e à Procuradoria Geral de Justiça”³⁸³.

Quanto ao desempenho das atribuições, a equipe multidisciplinar do PAILI possui “autonomia para realizar as rotinas de atendimento”, o que abrange fazer “a interface entre o paciente, o juiz, o Ministério Público, a Defensoria Pública, o sistema penitenciário e a rede de atenção em saúde mental”³⁸⁴.

³⁸⁰ Ibidem.

³⁸¹ Ibidem.

³⁸² PAILI: Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator. Haroldo Caetano da Silva (Coord.). 3. ed. Goiás: MP/GO, 2013. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/08/19/15_33_20_501_miolo_PAILI_Layout.pdf>. Acesso em: 6 set. 2017. p. 39-44 e 48-50.

³⁸³ Idem. p. 31.

³⁸⁴ Idem. p. 27.

Vale ressaltar que, conforme consignado no parecer do Ministério Público Federal sobre medidas de segurança e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico sob a perspectiva da Lei n. 10.216/2001, tanto o PAI-PJ quanto o PAILI foram considerados notórios “programas voltados para a atenção jurídica e psicossocial à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei, que se encontram em conformidade com a lei n. 10.216/2001 e demais normas que estabelecem os parâmetros das políticas públicas em saúde mental”³⁸⁵ no Brasil.

Cabe, neste ponto, fazer menção ainda a outro projeto relevante que se apresenta como nova alternativa ao modelo manicomial, que é o Programa de Extensão da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) denominado “Des’medida – Saúde Mental e Direitos Humanos: Por um Acompanhar na Rede”.

Trata-se de um programa que envolvia os cursos de Psicologia, de Serviço Social e de Direito da UFRGS, atuando junto ao Poder Judiciário estadual do Rio Grande do Sul por meio da prestação de “assessoria interdisciplinar na aplicação e execução da sentença dos processos judiciais com indicativo de incidente de insanidade mental, ou nos quais já foi aplicada medida de segurança”³⁸⁶, bem como no acompanhamento psicossocial da pessoa com deficiência mental e de seus familiares.

Em fevereiro de 2017, o programa foi ampliado, quando o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) firmou com a UFRGS o Convênio de Cooperação Técnica nº 13/2017³⁸⁷, visando “promover a ampliação do acesso e do acompanhamento” das pessoas com deficiências mentais em conflito com a lei, “junto à rede de atenção psicossocial, de proteção social e de justiça, conforme a Lei Federal nº 10.216/2001”.

Instituiu-se, assim, um núcleo interdisciplinar para atuação enquanto auxiliar do TJRS para atuar tanto junto às Varas de Execuções Penais, quanto às Varas Criminais, agindo, pois, não somente na fase de execução de medidas de segurança, mas também nos incidentes de verificação da superveniência de deficiência mental.

Com efeito, as experiências ora relatadas demonstram a real e concreta viabilidade de implementar as políticas públicas de proteção dos direitos humanos da pessoa com deficiência mental já previstas inclusive na própria legislação brasileira, em especial, no Estatuto da Pessoa com Deficiência e na Lei nº. 10.216/01.

³⁸⁵ Vide nota 217.

³⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Parceria entre Judiciário e UFRGS visa ao fortalecimento da política de saúde mental*. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=361695>>. Acesso em: 6 set. 2017.

³⁸⁷ Idem. Convênio n. 3, de 7 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/compras/convenios/>>. Acesso em: 6 set. 2017.

Para além disso, cuida-se de hipóteses nas quais se integrou o Poder Judiciário à sistemática da rede de atenção integral em saúde mental, de forma a cooperar e receber cooperação com as distintas instituições e setores da sociedade.

Certamente, a própria natureza da atenção integral em saúde mental, que demanda interdisciplinariedade, faz com que essa espécie de colaboração se mostre adequada à consecução dos objetivos do movimento de desinstitucionalização, antimanicomial e de garantia dos direitos das pessoas com deficiências mentais, enquanto sujeito de direito que são.

Em verdade, a rede de atendimento tem buscado se adequar por conta própria – muitas vezes por meio de iniciativas isoladas – à mudança de paradigma quanto à atenção integral e aos direitos da pessoa com deficiência, compreendendo não só que a internação deve ser excepcional, mas que o “antigo” modelo não se presta a reintegrar a pessoa ao meio social e à família.

Todavia, em se tratando de medidas de segurança, a integração do Poder Judiciário à reforma é indispensável em matéria de atenção à pessoa com deficiência mental em conflito com a lei, pois inevitavelmente a decisão acerca da tutela jurídica a ser dada a essa pessoa recairá sobre os ombros da magistratura.

Em outros termos, enquanto as medidas de segurança ainda persistirem enquanto sanção penal, o “destino” da pessoa com deficiência mental em conflito com a lei demandará do Poder Judiciário a tomada de decisão entre seguir tão somente o modelo “antigo” previsto na legislação penal e processual penal, ou realizar a interpretação desses dispositivos à luz da legislação especial – e, frise-se, posterior³⁸⁸ –, dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e, sem dúvida, da Carta Magna.

Isto posto, o que ora se defende é justamente a segunda hipótese: que o Judiciário se adéque à mudança de paradigma – legislativo, inclusive –, de modo a, assumindo seu papel

³⁸⁸ É importante recordar que a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei nº. 4.657/42 –, expressamente prevê em seu artigo 2º, §2º, que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Vale ressaltar, ainda, a previsão constante do artigo 5º da LINDB, no sentido de que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (BRASIL. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 7 set. 2017). Desse modo, considerando minimamente que a Lei nº. 10.216/01 e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – sem falar nos tratados internacionais e demais normativas já mencionadas em tópico anterior – são posteriores às previsões do Código Penal, da Lei de Execuções Penais e do Código de Processo Penal atinentes à aplicação das medidas de segurança, cabe ao Judiciário aplicar a legislação posterior, atentando aos fins sociais de proteção dos direitos da pessoa com deficiência mental e às exigências do bem comum.

constitucional enquanto Poder de Estado, na proteção de direitos humanos fundamentais contra lesão ou ameaça de lesão.

É nesse sentido que aqui se propõe a criação em todos os tribunais brasileiros de mecanismos de conexão, cooperação e integração interdisciplinar, interinstitucional e intersetorial à rede de atenção e saúde mental – e conseqüente proteção dos direitos da pessoa com deficiência mental, em conflito com a lei ou não.

Tal criação pode ser instrumentalizada, inclusive, por meio da formação de convênios e parcerias, tal qual demonstrado ocorrer nos modelos do PAI-PJ, do PAILI e do Des' medida, por exemplo, para que a rede integrada possa atuar em auxílio do magistrado nas demandas de persecução penal judicializadas que tratem de pessoas com deficiências mentais.

Nesse sentido, a estruturação pode se dar de forma que, após recebida a demanda judicial pelo magistrado e tomadas as providências processuais penais preliminares – a exemplo da oitiva da acusação e da defesa –, suscitando-se a possibilidade de que o acusado seja pessoa com deficiência mental, este possa ser encaminhado para atendimento pela equipe interdisciplinar do mecanismo de conexão entre o Poder Judiciário e a rede de atenção psicossocial.

Para a concretização desse primeiro momento, a integração às chamadas audiências de custódia³⁸⁹ poderia ser uma aliada importante, para permitir o acionamento da equipe do mecanismo de conexão de forma mais célere, de forma que o acompanhamento se inicie o quanto antes, uma vez constatada a necessidade logo em audiência, dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas de apresentação da pessoa presa em flagrante.

Uma vez acionada, a equipe do mecanismo de conexão tornar-se-ia responsável pela avaliação humanizada e individualizada da pessoa, respeitando-se a pessoa com deficiência mental enquanto sujeito de direito e, logo, visando à garantia de seus direitos, ofertando, assim, acolhimento tanto na seara psicossocial quanto jurídica – para a qual, inclusive, a

³⁸⁹ Criadas no Brasil inicialmente como um projeto conjunto do Conselho Nacional de Justiça, do então Ministério da Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com inspiração na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica), as audiências de custódia tem o objetivo de atender à ideia de que as pessoas presas em flagrante sejam apresentadas ao Poder Judiciário dentro do prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para apreciação da legalidade da prisão e de eventuais hipótese de ocorrência de tortura ou de maus-tratos contra a pessoa presa, conforme prevê o artigo 306, §1º, do Código de Processo Penal (BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm >. Acesso em: 10 fev. 2017.). Em 2015, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também disciplinou a audiência de custódia em seu âmbito, por meio da Resolução nº. 29/2015 (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Resolução n. 29, de 24 de agosto de 2015. Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=189337&desc=ti&servidor=1&iIdioma=0>. Acesso em: 11 set. 2017).

colaboração da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), das Defensorias Públicas e do Ministério Público se mostra como um catalizador da eficácia no atingimento dos objetivos.

A partir de então, a equipe interdisciplinar passaria a acompanhar não só a pessoa com deficiência mental, como também sua família, bem como caberia à equipe realizar as conexões com a rede de atenção em saúde mental e em assistência social, a exemplo dos CAPS.

Caberia à equipe do dispositivo de conexão, ainda, relatar ao Juízo, à defesa e ao Ministério Público – enquanto fiscal da lei – acerca das medidas e procedimentos adotados no decurso do acompanhamento, bem como das informações obtidas que possam colaborar para a construção do plano de reinserção social individualizado – para a qual, sempre que possível, a própria pessoa com deficiência será chamada a participar, conforme inteligência do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Lei nº. 10.216/01.

Nessa linha, a equipe seria responsável não somente por manter e acionar a rede de conexões e realizar o acompanhamento da pessoa com deficiência mental e de seus familiares – visando à manutenção dos vínculos e à participação da família no plano de reinserção social –, mas também fornecer subsídios para a tomada de decisão judicial, por meio de relatórios sobre o acompanhamento e oferecendo recomendações com base no caso individualizado.

Independentemente da decisão tomada pelo magistrado, caberia à equipe permanecer realizando o acompanhamento da pessoa com deficiência mental e de sua família, visando à garantia de manutenção da atenção integral e individualizada, buscando-se, sempre que possível, a manutenção da pessoa na rede de atenção em saúde mental e em meio aberto – não internada.

Vale dizer, incumbiria à equipe realizar o acompanhamento compatível mesmo nos casos em que já houvesse medida de segurança aplicada, ou seja, hipóteses nas quais a equipe não foi acionada desde o início da demanda judicial, de forma a se garantir, sem distinções, o acionamento da rede de conexões para atenção em saúde mental e de acompanhamento psicossocial.

Ademais, esse corpo multidisciplinar do mecanismo de conexão poderia, inclusive, auxiliar o Juízo na realização das inspeções aos estabelecimentos de cumprimento de medidas de segurança – em especial, de internação –, para realizar conjuntamente a fiscalização das condições e da conformação à reforma na atenção psiquiátrica e aos direitos da pessoa com deficiência mental.

Com efeito, para além de se integrar à rede de atenção em saúde mental, por meio da difusão e implementação da rede de conexões, caberia ao Poder Judiciário outro papel nesse contexto, que se correlaciona com as demais propostas até aqui explicitadas.

Ao magistrado caberia, também, buscar estender a aplicação de uma nova perspectiva para a solução do conflito que se instaura no cenário de uma medida de segurança, de forma a intervir na reconstrução e construção das relações quebradas quando da prática da infração penal da qual decorreu a aplicação da sanção.

Nesse sentido, caberia ao Estado-juiz mediar o conflito entre a pessoa com deficiência em conflito com a lei, sua respectiva família e também com a vítima – ou seus familiares –, para que seja de fato viável a ressocialização.

À luz das referidas ideias é que se buscará no próximo tópico traçar a proposta de aplicação das técnicas inerentes à chamada Justiça Restaurativa no âmbito das medidas de segurança aplicadas às pessoas com deficiências mentais, não só para potencializar a participação familiar na atenção integral em saúde mental, mas também de modo a trazer a vítima e a própria sociedade a integrar esse processo, de modo que seja, de fato, possível reconstruir as relações e se garantir o direito à diferença.

3.5.3. Da possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa na mediação da (re)construção das relações

Não obstante o Poder Judiciário passe a adotar, em geral, as sugestões ora propostas, parece ser incompatível com a mera aplicação da chamada Justiça Retributiva – amparada no caráter retributivo da sanção penal – para de fato se promover uma mudança de paradigma quanto à aplicação das medidas de segurança e a garantia dos direitos das pessoas com deficiências.

No sistema retributivo de Justiça Criminal, segundo critica Howard Zehr³⁹⁰, é focada:

na isonomia do processo, não nas circunstâncias de fato. O processo penal visa ignorar diferenças sociais, econômicas e políticas, procurando tratar todos os ofensores como se fossem iguais perante a lei. Como o processo busca tratar os desiguais igualmente, as desigualdades sociais e políticas existentes são ignoradas e mantidas. De forma paradoxal, a justiça acaba mantendo desigualdades em nome da igualdade.

³⁹⁰ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 76.

Dessa forma, a Justiça Retributiva busca, em verdade, a apuração de culpa³⁹¹ para determinar quem receberá a retribuição pelo “mal praticado”, é dizer, quem receberá a sanção penal em retribuição à prática da infração penal.

Segundo Zehr³⁹², sob a lente da Justiça Retributiva se tem como crime qualquer violação contra o Estado, “definida pela desobediência à lei e pela culpa”, de forma que a Justiça “determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor” e Estado.

Na contramão da ótica retributiva da Justiça, surge a ideia de Justiça Restaurativa, com uma mudança de foco não só sobre a noção de crime, como também sobre a ideia do próprio objetivo da Justiça, passando-se a considerar este como de restaurar as relações rompidas e reparar o dano provocado, não mais de meramente retribuir com a sanção penal.

De acordo com Howard Zehr³⁹³, na visão da ideia de Justiça Restaurativa, “o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos”, do qual surge a “obrigação de corrigir os erros”, envolvendo “a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança”.

Trata-se, portanto, de uma mudança no enfoque, afastando-se do caráter punitivo, para buscar aproximação com a noção de reparação dos danos e consequências provocados pela infração penal cometida.

Embora a origem da noção de um modelo restaurativo de Justiça, segundo Vera Regina Pereira Andrade³⁹⁴, remonte aos Códigos de Hamurabi – leis mesopotâmicas datadas aproximadamente no século XVIII antes de Cristo (a. C.) –, o desenvolvimento da Justiça Restaurativa é comumente atribuído à obra de Albert Eglash, que em 1977 tratou em um artigo do conceito de *creative restitution*³⁹⁵, sustentando a existência de uma resposta penal diversa da retributiva e da distributiva, que seria justamente a restaurativa, fundada na ideia de reparação, e não de punição nem reeducação.

Todavia, foi com Howard Zehr – um dos pioneiros na sistematização da Justiça Restaurativa – que a ideia de fato ganhou mais adeptos e se consolidou no seio da cultura anglo-saxã, tendo experiências relevantes e pioneiras no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia e, também, nos Estados Unidos da América.

³⁹¹ Aqui não se refere ao conceito de culpa em direito penal, em contraposição do dolo, por exemplo, mas sim à ideia de busca por um culpado pela prática de uma infração penal desafiando o Estado e a sociedade.

³⁹² ZEHR. op. cit. p. 171.

³⁹³ Ibidem.

³⁹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas mãos da Criminologia – O controle penal para além das (des) ilusões*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 333.

³⁹⁵ Em uma tradução livre e literal, ter-se-ia o conceito de “restituição criativa” ou “reparação criativa”.

No final da década de 1970, teve início um “movimento internacional de reconhecimento e desenvolvimento de práticas restaurativas”³⁹⁶, culminando em 2012, com o advento da Resolução nº. 2.002 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas³⁹⁷, que estabeleceu princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal e recomendou sua implantação nos Estados-membro.

No Brasil, a despeito da pesquisa teórica sobre a Justiça Restaurativa remontar a meados de 1999, foi em 2009 que começou a ganhar corpo enquanto política pública, inserida no 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), aprovado pelo Decreto nº. 7.037/09³⁹⁸, trazendo como um dos objetivos o incentivo a projetos de Justiça Restaurativa.

Posteriormente, em 2012, as práticas restaurativas foram também inseridas enquanto um dos princípios que regem a execução de medidas socioeducativas no âmbito do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), nos termos do artigo 35, III, da Lei nº. 12.594/12³⁹⁹.

Em 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nos termos da Portaria nº. 16⁴⁰⁰, incluiu como uma de suas diretrizes de gestão a contribuição com o desenvolvimento da Justiça Restaurativa, e, por meio da Portaria nº. 74, instituiu um grupo de trabalho com o objetivo de “desenvolver estudos e propor medidas visando contribuir com o desenvolvimento da Justiça Restaurativa”⁴⁰¹.

Contudo, a consolidação do modelo restaurativo se deu, de fato, com o advento da Resolução nº. 225/2016 do CNJ⁴⁰², que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

Logo no *caput* de seu artigo 1º, a Resolução nº. 225/2016 do CNJ⁴⁰³ define a Justiça Restaurativa nos seguintes termos:

³⁹⁶ LARA, Caio Augusto Souza; ORSINI, Adriana Goulart de Sena. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da Justiça Restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça. *Responsabilidades*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 305-324, set. 2012/fev. 2013. p. 306. Disponível em: < http://www.observasmjc.uff.br/psm/uploads/Responsabilidades_V2N2.pdf >. Acesso em: 10 set. 2017.

³⁹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. Resolução n. 2.022, de 24 de julho de 2002. Disponível em: < http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf >. Acesso em: 11 set. 2017.

³⁹⁸ BRASIL. Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm >. Acesso em: 12 set. 2017.

³⁹⁹ Idem. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm >. Acesso em: 12 set. 2017.

⁴⁰⁰ Idem. Conselho Nacional de Justiça. Portaria n. 16, de 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2855> >. Acesso em: 14 set. 2017.

⁴⁰¹ Idem. Portaria n. 74, de 12 de agosto de 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2987> >. Acesso em: 14 set. 2017.

⁴⁰² Idem. Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf >. Acesso em: 11 set. 2017.

⁴⁰³ Ibidem.

“Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado”

Na prática, a adoção da ideia de Justiça Restaurativa envolve a aplicação de técnicas⁴⁰⁴ e princípios direcionados à composição do conflito gerado pela prática da infração penal e à reparação dos danos, sendo, para tanto, necessária e indispensável a participação não só do ofensor e da vítima, mas também a integração comunitária e familiar a esse processo.

Não por acaso o artigo 1º da Resolução nº. 225/2016 do CNJ⁴⁰⁵ prevê, no inciso I do *caput* e no inciso V do §1º, que a resolução do conflito estruturada na forma da Justiça Restaurativa demanda a participação do ofensor, da vítima, das famílias, dos demais envolvidos no evento danoso e da própria comunidade, bem como compreende o “compartilhamento de responsabilidades entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido”.

Note-se, portanto, que o modelo da Justiça Restaurativa, busca não somente reconstruir as relações entre autor e vítima, mas também com as famílias e a comunidade, que inclusive são chamadas a participar e colaborar no processo de reconstrução – restauração – dessas relações.

Por esses motivos, a adoção do modelo restaurativo na reinserção social da pessoa com deficiência em conflito com a lei se mostra como uma solução capaz de promover não só a restauração da relação dessa pessoa com a comunidade em que está inserida, como também da relação familiar, restaurações essas que são fundamentais para se alcançar o objetivo da atenção integral em saúde mental e de promoção dos direitos e da cidadania dessa população.

Em suas considerações iniciais, a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº. 6.949/09⁴⁰⁶, expressamente reconhece a família como “núcleo natural e fundamental” e que, portanto, deve ser protegida pela sociedade e

⁴⁰⁴ Segundo Renato Sócrates Gomes Pinto, a Justiça Restaurativa é baseada “num procedimento de consenso” por meio da cooperação para a construção “de um acordo e um plano restaurativo”, valendo-se de técnicas como a “mediação vítima-infrator (*mediation*), reuniões coletivas abertas à participação de pessoas da família e da comunidade (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*)”. (PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da justiça restaurativa no Brasil: impacto no sistema de justiça criminal. *Revista Paradigma*, ano XIV, n. 18, jul./dez., 2009, p. 215-235. Disponível em: < <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/54/65> >. Acesso em: 20 ago. 2017). Segundo prevê o artigo 8º da Resolução nº. 225/2016 do CNJ, “os procedimentos restaurativos consistem em sessões coordenadas, realizadas com a participação dos envolvidos de forma voluntária, das famílias, juntamente com a Rede de Garantia de Direito local e com a participação da comunidade para que, a partir da solução obtida, possa ser evitada a recidiva do fato danoso, vedada qualquer forma de coação ou a emissão de intimação judicial para as sessões”. (Vide nota 403)

⁴⁰⁵ Vide nota 402.

⁴⁰⁶ Vide nota 327.

pelo Estado, de forma que “as pessoas com deficiência e seus familiares devem receber a proteção e a assistência necessárias para tornar as famílias capazes de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência”.

Na mesma linha, o artigo 2º, II, da Lei nº. 10.216/01⁴⁰⁷ prevê como direito da pessoa com deficiência mental o tratamento com humanidade e respeito “visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade”, além de prever em seu artigo 3º a participação da sociedade e da família “no desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde” a essas pessoas.

Diversa não é a previsão do Estatuto a Pessoa com Deficiência⁴⁰⁸ que, vale lembrar, estabelece em seu artigo 8º como “dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação” de seus direitos, dentre os quais se inclui a própria convivência familiar e comunitária.

Dáí porque o PAILI, por exemplo, tem como um de seus objetivos trazer para o processo de reinserção social da pessoa com deficiência mental em conflito com a lei o círculo sócio-familiar desta, em busca de restabelecer e/ou fortalecer os vínculos, movimento esse que pode ser potencializado pela adoção da visão de Justiça Restaurativa.

Como demonstrado, cabe destacar, não somente a família e a sociedade/comunidade possuem o dever de trabalhar pela reconstrução das relações envolvendo a pessoa com deficiência em conflito com a lei.

Incumbe também – e sem dúvidas – ao Estado relevante papel nesse processo, a ser desempenhado não somente por meio de políticas públicas de atenção integral em saúde mental, como também por meio da própria jurisdição e da forma de exercício desta nos casos que envolvem aplicação de medida de segurança a pessoa com deficiência mental.

Nesse contexto, diante das peculiaridades que envolvem as demandas de persecução penal relativas a pessoas com deficiências mentais e tendo em vista o dever estatal de integrar a rede de atenção em saúde mental e promoção de direitos humanos dessa população – o que se faz incompatível com a mera adoção do modelo retributivo –, a Justiça Restaurativa desponta enquanto potencial solução para a atuação do Estado na reconstrução das relações em conformidade com o redirecionamento na atenção psiquiátrica.

É dizer, dialogando com as demais propostas até aqui apresentadas, revela-se que a aplicação do modelo restaurativo no âmbito das medidas de segurança aplicadas às pessoas com deficiências mentais se mostra condizente com os princípios e normas relativas aos

⁴⁰⁷ Vide nota 176.

⁴⁰⁸ Vide nota 323.

direitos dessa população, à finalidade de reintegração social, comunitária e familiar, além de se fazer compatível, em especial, com a ideia de integração do Poder Judiciário à rede de atenção em saúde mental e de conexão interinstitucional, interdisciplinar e intersetorial.

Aliás, trata-se de uma proposta condizente, inclusive, com a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, traçada no âmbito da Resolução nº. 225/2016 do CNJ⁴⁰⁹, que em seu artigo 5º, prevê com atribuição dos Tribunais de Justiça a implementação de programas de Justiça Restaurativa, tendo como uma de suas diretrizes, conforme seu artigo 6º, inciso VI, instituir nos espaços destinados para tanto:

fluxos internos e externos que permitam a institucionalização dos procedimentos restaurativos em articulação com as redes de atendimento das demais políticas públicas e as redes comunitárias, buscando a interconexão de ações e apoiando a expansão dos princípios e das técnicas restaurativas para outros segmentos institucionais e sociais

Ora, a instituição dos referidos fluxos é exatamente adequada à conexão com a rede de atenção em saúde mental, interligando-a ao Poder Judiciário, ao mecanismo de conexão – de que se tratou no tópico anterior – e ao espaço restaurativo.

E para além disso, a própria Resolução nº. 225/2016 do CNJ⁴¹⁰, em seu artigo 7º, prevê simples e objetivamente a instrumentalização do estabelecimento dessa conexão com o atendimento restaurativo em âmbito judicial, ao prever que “poderão ser encaminhados procedimentos e processos judiciais, em qualquer fase de tramitação, pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social”.

A acrescentar acerca da compatibilidade da Justiça Restaurativa com o ordenamento jurídico brasileiro e sobre a viabilidade de instrumentalização e inserção dessa mudança de paradigma no âmbito das medidas de segurança, vale fazer menção às elucidações de Renato Sócrates Gomes Pinto⁴¹¹:

Os casos indicados para uma possível solução restaurativa, segundo critérios estabelecidos, após parecer favorável do Ministério Público, seriam encaminhados para os núcleos de justiça restaurativa, para avaliação multidisciplinar e, convergindo-se sobre sua viabilidade técnica, se avançaria nas ações preparatórias para o encontro restaurativo. Concluído o procedimento restaurativo no núcleo, o caso seria retornado ao Ministério Público, com um relatório e um acordo restaurativo escrito e subscrito pelos participantes. A Promotoria incluiria as cláusulas ali inseridas na sua proposta, para homologação judicial, e se

⁴⁰⁹ Vide nota 402.

⁴¹⁰ Ibidem.

⁴¹¹ PINTO. op. cit. p. 227.

passaria,então, à fase executiva, com o acompanhamento integral do cumprimento do acordo, inclusive para monitoramento e avaliação do programa.

Com efeito, pode-se afirmar que “a Justiça Restaurativa se legitima como uma das formas de resolução de conflitos que comporá o desenho de um sistema de Poder Judiciário efetivamente multiportas”⁴¹² na forma orientada pela Resolução nº 125/2010do CNJ⁴¹³, que trata da “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”.

Como já demonstrado até então – no curso do presente trabalho–, as medidas de segurança no modelo retributivo em que se inserem não se mostram adequadas à realidade do paradigma dos ideais antimanicomiais, de desinstitucionalização, de reconhecimento da diferença e da autodeterminação da pessoa com deficiência, nem tampouco ao cenário de proteção de direitos dessa população e de reconhecimento da mesma enquanto sujeito de direito.

O viés restaurativo do modelo de Justiça, por outro lado, apresenta-se enquanto aliado em potencial nesse movimento em busca da reconstrução das relações e, de fato, da reinserção social das pessoas com deficiência mental em conflito com a lei.

O que se propõe, portanto, é reconhecer que o modelo retributivo não mais atende ao paradigma que se apresenta no contexto brasileiro atual e que a Justiça Restaurativa, por sua vez, constitui um método capaz de agregar e se mostrar eficiente não só em matéria de infrações de menor potencial ofensivo e de atos infracionais, mas também em se tratando de medidas de segurança aplicadas a pessoas com deficiência mental.

Neste passo, o modelo restaurativo é capaz de promover a integração do Poder Judiciário à rede de atenção integral em saúde mental, na direção do desempenho de seu papel de oferecer a prestação jurisdicional em prol da reconstrução das relações, da efetivação de direitos humanos das pessoas com deficiência mental e da promoção do desencarceramento dessa população excluída, à luz dos ideais antimanicomiais, de desinstitucionalização e de reconhecimento da diferença humana.

⁴¹² LARA; ORSINI. op. cit. p. 319.

⁴¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> >. Acesso em: 13 set. 2017.

CONCLUSÃO

A marcação da diferença humana como comportamento desviante a ser “normalizado” ainda permeia os mecanismos de controle social e de exercício do poder, repercutindo sobre a política criminal e, conseqüentemente, na subsistência das medidas de segurança de internação enquanto sanção penal de viés preventivista que promove a exclusão das pessoas com deficiência mental, sobre as quais recai o estigma da periculosidade.

O histórico de exclusão social dos diferentes – como a história da loucura – revela que a definição desses indivíduos enquanto denegados, indesejáveis, desviantes, inimigos ou mesmo criminosos natos, podem ser ideias muito mais perigosas do que o próprio rótulo de presunção de periculosidade, como, por exemplo, revelou a experiência nazista com o holocausto que, embora extrema, não está tão distante da realidade próxima.

Em verdade, revela o contrário a experiência do Hospital Colônia de Barbacena – hospital psiquiátrico criado em 1903 e que foi palco do chamado “Holocausto Brasileiro” –, no qual, segundo reporta Daniela Arbex⁴¹⁴, ocorreram ao menos 60.000 (sessenta mil) mortes, num universo em que aproximadamente 70% (sessenta por cento) dos supostos pacientes foram internados contra a vontade e sem qualquer diagnóstico de deficiência mental, por “fazerem parte de alguma *minoría* submetida ao isolamento como exclusão do convívio social – como epiléticos, alcoolistas, homossexuais, prostitutas”⁴¹⁵.

De encontro a esse cenário, os ideais antimanicomiais, de desinstitucionalização e de reforma na atenção psiquiátrica promovem a luta pelo reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiências mentais e pelo fim das internações compulsórias, propondo a substituição das modalidades de tratamento tradicionais por uma rede de atenção em saúde mental que, de fato, seja capaz de promover a reintegração social dessa população, devolvendo-lhes a cidadania há muito cerceada.

Como resultado, tem-se a positivação desse novo paradigma na Lei nº. 10.216/01 e, ainda, no Estatuto da Pessoa com Deficiência, visando a proteção dos direitos das pessoas com deficiência e reconhecimento enquanto sujeitos de direito, bem como o redirecionamento do modelo de atenção em saúde mental, o que foi seguido por mudanças nas orientações para a política criminal brasileira,

⁴¹⁴ ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013. p. 14.

⁴¹⁵ GUIMARÃES. op. cit. p. 65.

Somado a esse movimento, tem-se no cenário internacional o fortalecimento da proteção de direitos humanos, inclusive com especificidades em relação aos direitos das pessoas com deficiência.

Ademais, ganham cada vez mais relevância questões relativas ao reconhecimento do direito à diferença como contraponto à exclusão e violação de direitos decorrentes da marcação do desvio, seguindo-se a ideia de que “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”⁴¹⁶.

Diante desse panorama, esta pesquisa ressaltou o histórico de exclusão social da diferença, com enfoque nas pessoas com deficiências mentais e na questão da loucura, trazendo o questionamento acerca do papel das medidas de segurança enquanto instrumento de regulação social e manutenção de estruturas de poder baseadas na ideia de normalidade.

Em contrapartida, ressaltando o estado da arte das medidas de segurança na legislação penal brasileira, apresentou-se a desconformidade dessa espécie de sanção penal tal qual se encontra em relação à mudança de paradigma na atenção em saúde mental e na proteção de direitos das pessoas com deficiências mentais, inclusive amparada por disposições da legislação pátria e diplomas internacionais sobre proteção de direitos humanos.

Para além disso, buscou-se provocar o debate acerca do papel do Estado nesse contexto de violação de direitos humanos positivados das pessoas com deficiências e de descumprimento do modelo de atenção integral em saúde mental proposto na Lei nº. 10.216/01.

Igualmente, trouxe-se o questionamento acerca do papel do Poder Judiciário no desencarceramento das pessoas com deficiências mentais em conflito com a lei, apresentando-se propostas à integração do Poder Judiciário à rede de atenção em saúde mental e ao sistema de proteção de direitos humanos dessa população.

Nesse sentido, a pesquisa se orientou no sentido de que as mudanças desse paradigma de atenção em saúde mental e de proteção de direitos humanos das pessoas com deficiências mentais devem orientar a atuação do Estado-juiz e, outrossim, “precisam chegar à sociedade, na forma como as pessoas lidam com a loucura e, por isso, para construir cidadania, é preciso mudar as relações sociais”⁴¹⁷.

⁴¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

⁴¹⁷ SOUZA. op. cit. p. 168.

Portanto, as conclusões a que chegou a presente pesquisa são no sentido de ser imperioso o reconhecimento da diferença humana, garantindo-se a preservação dos direitos humanos enquanto demandas contextualizadas por acessar bens jurídicos⁴¹⁸ – materiais e imateriais – e por respeito à diversidade humana.

Ademais, concluiu-se que as medidas de segurança – em especial, as de internação – aplicadas em desconformidade com a reforma na atenção em saúde mental representam a manutenção do estigma da loucura e da expulsão das pessoas com deficiências mentais em conflito com a lei do meio social.

Dáí porque, considera-se que toda e qualquer medida de segurança a ser eventualmente aplicada deve objetivar a reintegração social da pessoa com deficiência mental e respeitar seus direitos – inclusive previstos na forma da lei –, tendo-se a internação como medida excepcional e a inserção na rede de atenção integral em saúde mental como regra, demandando-se, vale dizer, a integração do Poder Judiciário.

Para tanto, propôs-se nesta pesquisa, como uma das formas de integração do Poder Judiciário à rede de atenção integral em saúde mental, o aprimoramento da fiscalização pelos magistrados das condições de cumprimento das medidas de segurança, demandando-se a reestruturação das Varas de Execuções Penais para incremento de material humano e a formação de grupos de inspeção intersetoriais e interdisciplinares.

Além disso, foi proposta a criação de mecanismos intersetoriais, interdisciplinares e interinstitucionais de conexão do Poder Judiciário com a rede de atenção em saúde mental, tal qual se tem nos exemplos do PAILI, do PAI-PJ e do Des'medida, não só para acompanhar a pessoa com deficiência mental e sua família durante o processo, mas também para viabilizar uma tomada de decisão pelo magistrado com maior amparo nos dados extraídos justamente do acompanhamento.

Em matéria de instrumentalização, sugeriu-se a integração do mecanismo de conexão com as audiências de custódia, por exemplo, possibilitando-se o acionamento da equipe multidisciplinar desde então, promovendo celeridade no atendimento.

Por fim, foi apresentada como proposta a adoção das técnicas da Justiça Restaurativa visando a reconstrução das relações sociais e familiares das pessoas com deficiências mentais em conflito com a lei.

Neste passo, à luz de tais razões e proposições, considera-se que deve constituir uma preocupação do Estado a garantia do direito à diferença, que se revela no caso das pessoas

⁴¹⁸HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

com deficiências mentais em conflito com a lei, cuja situação de exclusão social pela marcação do desvio como patologia e periculosidade, recai sobre os ombros do Poder Judiciário sob a forma de processos criminais para aplicação de medidas de segurança.

O desencarceramento da diversidade que se revela na desinstitucionalização da loucura é, sem dúvidas, uma questão de direito humanos a ser tutelada pelo Estado e para a qual a Justiça não pode fechar os seus olhos, sob pena de se perpetuar ainda mais a exclusão social das pessoas com deficiências mentais em conflito com a lei, o que nada mais seria do que manter a marcação da diferença humana como desvio, patologia, degeneração, natureza criminosa digna de um suposto inimigo presumidamente perigoso a ser combatido por meio da expulsão do meio social.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo. *Saúde mental e atenção psicossocial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

_____. Uma aventura no manicômio: a trajetória de Franco Basaglia. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, v. 1, n. 1, p. 61-77, Rio de Janeiro, jul.–out., 1994. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v1n1/a06v01n1.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. Novos Sujeitos, Novos Direitos: O Debate sobre a Reforma Psiquiátrica no Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 11 (3): 491-494, jul/set, 1995. p. 492. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X1995000300024&script=sci_abstract&tlng=es>. Acesso em: 8 abr. 2017.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtorno DSM-5*. Tradução Maria Inês Corrêa Nascimento et al. Porto Alegre: Artmed, 2014. Disponível em: <<http://c026204.cdn.sapo.io/1/c026204/cldfile/1426522730/6d77c9965e17b15/b37dfc58aad8cd477904b9bb2ba8a75b/obaudoeeducador/2015/DSM%20V.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Análise Criminológica do Cotidiano. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, vol. 15, n. 60, p. 59-71, out.–dez. 2012.

_____. *Pelas mãos da Criminologia – O controle penal para além das (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010. Disponível em: <http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/projetonovosrumos/pai_pj/livreto_pai.pdf>. Acesso em 5 set. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BECKER. Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BIANOR, Maila de Oliveira. *Biopoder e Transexualidade: a disciplina e a medicalização da diferença*. 2016. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Gênero, Sexualidade e Direitos Humanos) – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2016.

_____. *Olhos fechados, ouvidos abertos*: expectativas quanto aos próximos capítulos no reconhecimento da diferença. Disponível em <<http://www.jur.puc-rio.br/gdd/?p=206>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____; GUIMARÃES, André Grandis. A violação da autonomia privada da pessoa transexual pela submissão do reconhecimento da identidade de gênero à realização da cirurgia de redesignação sexual. In: *II Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais*, 2017, Niterói. Anais do Grupo de Trabalho 10, 2017. v. 10. p. 97-114. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B8Sm1NUcs2tGN2JwRHZJdkZSc2M/view>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte Geral 1. 20.ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014.

_____. *Tratado de Direito Penal*: Parte Geral 1. 17. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva. 2012.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Reconhecimento e direito à diferença: teoria crítica, diversidade e a cultura dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 104, p. 551-565, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67869/70477>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BIZZO, Nelio Marco Vincenzo. O paradoxo social-eugênico, genes e ética. *Educar em Revista*. 1995, n.11, p. 45-61. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/er/n11/n11a07.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 7 fev. 2017.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. Conselho Federal de Psicologia. *Inspecões aos manicômios Relatório Brasil 2015*. Brasília: CFP, 2015. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/12/CFP_Livro_InspManicomios_web1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017*: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2017.

_____. _____. Portaria n. 16, de 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2855>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. _____. Portaria n. 74, de 12 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2987>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. _____. *Regras de Mandela*: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

_____. _____. Resolução n. 96, de 27 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www>>

.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_96.pdf >. Acesso em 3 set. 2017.

_____. _____. Resolução n. 113, de 20 de abril de 2010. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_113_20042010_24082016160219.pdf >. Acesso em: 7 fev. 2017.

_____. _____. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> >. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. _____. Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf >. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução n. 5, de 4 de maio de 2004. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/cadeias/pe_legislacao/2004resolu05.pdf >. Acesso em: 27 mai. 2017.

_____. _____. Resolução n. 4, de 30 de julho de 2010. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-4-de-30-de-julho-de-2010.pdf> >. Acesso em: 2 set. 2017.

_____. _____. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de outubro de 2015. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf> >. Acesso em: 2 ago. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm >. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 8 jun. 2017.

_____. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm >. Acesso em: 2 ago. 2017.

_____. Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm >. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. Decreto Legislativo n. 189, de 15 de julho de 2008. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2008/decretolegislativo-189-15-julho-2008-578121-publicacaooriginal-101015-pl.html> >. Acesso em: 2 ago. 2017.

_____. Estado de Goiás. Secretaria de Estado da Saúde. Portaria n. 19, de 8 de setembro de 2006. Disponível em: < http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_221_port0192006paili.pdf >. Acesso em: 5 set. 2017.

_____. Estado do Rio de Janeiro. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura. Relatório Anual 2016. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0ByIgDzCTzaAEMUVRSWs5SHZtaUk/view> >. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm >. Acesso em: 7 set. 2017

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm >. Acesso em: 7 fev. 2017.

_____. Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm >. Acesso em: 14 ago. 2017.

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm >. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm >. Acesso em: 14 ago. 2017.

_____. Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm >. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm >. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm >. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf> >. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, novembro de 2005.

_____. _____. Portaria n. 106, de 11 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2015/marco/10/PORTARIA-106-11-FEVEREIRO-2000.pdf>>. Acesso em: 9 mai. 2017.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. *Parecer sobre medidas de segurança e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico sob a perspectiva da Lei n. 10.216/2001*. Brasília: Ministério Público Federal, 2011. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/parecer_medidas_seguranca

_web.pdf?x20748>. Acesso em: 27 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 41.744. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/84435/habeas-corpus-hc-41744-sp-2005-0021556-7?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

_____. _____. HC n. 208.336. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=1131519&num_registro=201101250545&data=20120329&formato=PDF>. Acesso em: 7 fev. 2017.

_____. _____. RHC n. 38.499. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25015806/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-38499-sp-2013-0185183-0-stj/inteiro-teor-25015807?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

_____. _____. HC n. 42.683/SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7194285/habeas-corpus-hc-42683-sp-2005-0045497-6-stj/relatorio-e-voto-12940363?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

_____. _____. HC n. 67.869. Relator: Ministro Nilson Naves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/10296/habeas-corpus-hc-67869-sp-2006-0220550-/inteiro-teor-100019633>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

_____. _____. HC n. 55.280. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19208213/habeas-corpus-hc-55280-go-20060041326-4?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. _____. REsp n. 1.183.378. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099021&num_registro=201000366638&data=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 28 jul. 2017.

_____. _____. Súmula n. 527. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27527%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27527%27).sub.)>. Acesso em: 7 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4.277. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

_____. _____. ADPF n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

_____. _____. ADPF n. 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

_____. _____. HC n. 84.219. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79519>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. _____. HC n.107.432. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19730295/habeas-corporus-hc-107432-rs>>. Acesso em: 7 de mar. 2017.

_____. _____. RE n. 841.526. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>. Acesso em: 29 ago. 2017

_____. _____. RHC n. 100.383. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629266>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Cartilha sobre o Programa Novos Rumos. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/PM_cartilha_apac-PAIPJ.pdf?x20748>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. _____. Programa Novos Rumos. PAI-PJ. Resultados. Disponível em: <http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/projetonovosrumos/pai_pj/resultados.html>. Acesso em: 5 set. 2017.

_____. _____. Resolução n. 25, de 7 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc00252001.PDF>>. Acesso em 4 set. 2017.

_____. _____. Resolução n. 433, de 28 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re04332004.PDF>>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. _____. Resolução n. 633, de 3 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re06332010.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/codjrerj_novo.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. _____. Resolução n. 29, de 24 de agosto de 2015. Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=189337&desc=ti&servidor=1&iIdioma=0>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. _____. *Vara de Execução Penais terá 100% dos processos digitais até o fim do ano*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/33304>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. _____. Institucional. Vara de Execuções Penais. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/vep/vep>>. Acesso em 30 ago. 2017.

_____.Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime n. 70010817724. Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Disponível em:

<<https://www.tjrs.jus.br/busca-utis/download?name=tiff-juris&id=1109075> >. Acesso em: 7 mar. 2017.

_____. _____. Convênio n. 3, de 7 de fevereiro de 2017. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/site/compras/convenios/> >. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. _____. *Parceria entre Judiciário e UFRGS visa ao fortalecimento da política de saúde mental*. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=361695> >. Acesso em: 6 set. 2017.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral – Tomo III – Pena e Medida de Segurança*. 5.ed. rev. e. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Direito Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP, 1998.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A punição do sofrimento psíquico no Brasil: reflexões sobre os impactos da reforma psiquiátrica no sistema de responsabilização penal. *Revista de Estudos Criminais*. n. 48. p. 56-90, jan.–mar. 2013. p. 78. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/PM_Carvalho_Weigert_A_Punicao_do_Sofrimento_Psiquico_no_Brasil_REC_48_libre.pdf >. Acesso em: 9 mai. 2017.

_____; _____. Reflexões iniciais sobre os impactos da Lei 10.216/01 nos sistemas de responsabilização e de execução penal. *Responsabilidades*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 285-301, set. 2012./fev. 2013. p. 297. Disponível em: < http://www.observasmjc.uff.br/psm/uploads/Responsabilidades_V2N2.pdf >. Acesso em: 5 ago. 2017

CITTADINO, Gisele; COLODETTI, Helena. Separação de Poderes no Brasil Contemporâneo. *BOLETIM CEDES*, p. 7-11, abril-junho/2013. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/abril_2013/Separacao_de_Poderes_no_Brasil_Contemporaneo.pdf >. Acesso em: 20 ago. 2017

COHEN, Cláudio. Bases históricas da relação entre transtorno mental e crime. In: *Medida de segurança – uma questão de saúde e ética*. CORDEIRO, Quirino. (Org.); DE LIMA, Mauro Gomes Aranha. (Org.). São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013.

COSTA, Álvaro Mayrink. Medidas de Segurança. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 37, p. 17-40, 2007. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista37/Revista37.pdf >. Acesso em: 7 mar. 2017.

COSTA, Augusto Cesar de Farias. Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. *Direito sanitário e saúde pública*. Márcio Iorio Aranha (Org.). Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

CREGAN, Kate. *Key Concepts in Body and Society*. Los Angeles; Londres; Singapura; Nova Delhi; Washington DC: SAGE, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. *Execução Penal para Concursos: LEP*. 6. ed. rev., atual, e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2015.

DARWIN, Charles. *A Origem das Espécies*, por meio da seleção natural ou a luta pela existência na natureza. Tradução de Joaquim da Mesquita Paul. Porto: LELLO & IRMÃO, 2003. Disponível em: < <http://ecologia.ib.usp.br/ffa/arquivos/abril/darwin1.pdf> >. Acesso em: 30 ago. 2016.

DEL CONT, Valdeir. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Scientiae studia*. 2008, v. 6, n.2, p.201-218. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662008000200004>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. O controle de características genéticas humanas através da institucionalização de práticas socioculturais eugênicas. *Scientiae studia*. 2013, vol.11, n.3, p.511-530. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662013000300004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 19jan. 2017.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 9. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

FARIA, Marcelo Uzeda de. *Execução penal: Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984 e a Lei 12.433/2011*. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo*. 2. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*, Curso no Collège de France (1972-1973). Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

_____. *Microfísica do poder*. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil (Editorial 41). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4.411, 30 jul. 2015. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/41381> >. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GALTON, Francis. *Hereditary Genius: an inquiry into its laws and consequences*. 2. ed. Londres: Macmillan, 1869.

_____. Eugenics: its definition, scope and aims. *The American Journal of Sociology*. julho de 1905, vol. X, n. 1, p. 1-25. Disponível em: <<https://ia801604.us.archive.org/16/items/jstor-2762125/2762125.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2017.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOFFMAN, Ervin. *Estigma: La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

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

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30054-30312-1-PB.pdf> >. Acesso em: 7 set. 2016.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <<http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GUIMARÃES, André Grandis. *As medidas de segurança como instrumento de exclusão social dos inimputáveis portadores de transtornos mentais: uma análise crítica da internação à luz da reforma psiquiátrica*. 2013. 80 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

ITÁLIA. Dipartimento di Salute Mentale Trieste. Biografia de Franco Basaglia: *La vita e la opere*. Disponível em: < <http://www.triestesalutementale.it/basaglia/biografia.htm> >. Acesso em: 9 mai. 2017

_____. Lei n. 180, de 13 de maio de 1978. Disponível em: < <http://www.ifb.org.br/legislacao/Lei%20180%20-%20Italia.pdf> >. Acesso em: 6 abr. 2017.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito Penal da Loucura e reforma psiquiátrica*. Brasília: ESMPU, 2008.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JÚNIOR, Sebastião Reis. Proteção aos direitos fundamentais. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, vol. 15, n. 60, p. 28-45, out.–dez. 2012.

KARAM, Maria Lúcia. A Reforma das Medidas de Segurança. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, vol. 15, n. 60, p. 108-114, out.–dez. 2012.

LARA, Caio Augusto Souza; ORSINI, Adriana Goulart de Sena. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da Justiça Restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça. *Responsabilidades*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 305-324, set. 2012/fev. 2013. p. 306. Disponível em: < http://www.observasmjc.uff.br/psm/uploads/Responsabilidades_V2N2.pdf >. Acesso em: 10 set. 2017.

LEGALE FERREIRA, Siddharta; COSTA, Aline Matias da. Núcleos de assessoria técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais?. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 219-240, abr. 2013. Disponível em: < http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Nucleos-de-assessoria-tecnica-e-judicializa%C3%A7%C3%A3o-da-sa%C3%BAde.pdf >. Acesso em: 10 ago. 2017.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes trópicos*. Tradução Noelia Bastard. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1988.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIRA, Renata Verônica Cortes de. *Loucos sob medida: compassos e descompassos entre a reforma psiquiátrica e os manicômios judiciários*. 2014.115f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o Direito Penal do nosso tempo. *Revista Direito GV* 1.v, 1. n. 1. p. 153-159. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_01_p153_160.pdf >. Acesso em: 24 ago. 2016.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *LUA NOVA*. N. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57> >. Acesso em: 11 ago. 2017.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 13. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES apud JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

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

_____. Canhestros Caminhos Retos: notas sobre a segregação prisional do portador de sofrimento mental infrator. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*. 2010. 51-60. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822010000100008>. Acesso em: 9 mar. 2017

MISKOLCI, Richard. Do desvio às diferenças. *Teoria & Pesquisa*. Vol. 1, n. 47, jul./dez. 2005, p. 9-41. Disponível em: <<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/viewFile/43/36>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

_____. Reflexões sobre normalidade e desvio social. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, n. 13-14, 2003, p. 109-126. Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/index.php/estudos/article/viewFile/169/167>. Acesso em: 7 mar. 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MUSEU DE IMAGENS DO INCONSCIENTE. *Os inumeráveis estados do ser*. Rio de Janeiro: Luiz Carlos Mello, 1987.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Conselho Econômico e Social. Resolução n. 2.022, de 24 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2017.

_____. Assembleia Geral. Conselho de Direitos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/014/13/PDF/G1601413.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. _____. *Resolução nº. 46/119 de 1991*. Princípios para a proteção das pessoas com doença mental e para o melhoramento da atenção à saúde mental. Disponível em: <<http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Princ%C3%ADpios-ONU-prote>>

C3%A7%C3%A3o-pessoas-transtorno-mental.pdf?x20748>. Acesso em: 17 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf >. Acesso em: 8 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Classificação Internacional de Doenças. Disponível em: < <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm> >. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. Declaração de Caracas, de 14 de novembro de 1990. Disponível em: < http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/visualizar_texto.cfm?idtxt=23107 >. Acesso em: 17 abr. 2017.

PAILI: Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator. Haroldo Caetano da Silva (Coord.). 3. ed. Goiás: MP/GO, 2013. Disponível em: < http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/08/19/15_33_20_501_mioloPAILI_Layout.pdf >. Acesso em: 6 set. 2017.

PEREIRA, Mário Eduardo Costa. Morel e a questão da degenerescência. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia fundamental*. 2008, vol.11, n.3, p. 490-496. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142008000300012&lang=pt >. Acesso em: 24 ago. 2016.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da justiça restaurativa no Brasil: impacto no sistema de justiça criminal. *Revista Paradigma*, ano XIV, n. 18, jul./dez., 2009, p. 215-235. Disponível em: < <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/54/65> >. Acesso em: 20 ago. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; SILVA, Roberto B. Dias da Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 341-367.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 9. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *O papel do Juiz na efetivação dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/16/o-papel-do-juiz-na-efetivacao-dos-direitos-fundamentais/> >. Acesso em: 14 ago. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da; VALOIS, Luís Carlos. *A inafastabilidade da jurisdição na execução da pena: o Acre é aqui?*. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/a-inafastabilidade-da-jurisdicao-na-execucao-da-pena-o-acre-e-aqui-por-luis-carlos-valois-e-alexandre-morais-da-rosa/> >. Acesso em 2 set. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

_____. *Foucault: poder como guerra e direito como dominação política*. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/foucault-poder-como-guerra-e-direito-como-dominacao-politica/> >. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. A Ideologia da Reforma Penal. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, vol. 15, n. 60, p. 13-27, out.–dez. 2012.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 4, n.14, p. 167-217, jan./mar. 2005. Disponível em: < http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada/at_download/file >. Acesso em: 17 fev. 2017.

_____; SOUZA, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SOUZA, Roberta Clapp de. *Reforma Psiquiátrica Brasileira: crise do paradigma psiquiátrico e luta política*. 2015.175f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

VENTURINI, Ernesto. As questões. In: MATTOS, Virgílio (Org.) et al. *O Crime Louco*. Tradução Maria Lúcia Karam. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2012.

_____. Diga o perito se a Justiça é capaz de entender e querer: o poder da normalização dos anormais. Tradução Maria Lúcia Karam. *Responsabilidades*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 237-247, set.2012./fev. 2013. Disponível em: <http://www.observasmjc.uff.br/psm/uploads/Responsabilidades_V2N2.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2017.

WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização das relações sociais, In: WERNECK VIANNA, Luiz et alii. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov./2007. Disponível em: < <http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Vianna.-Dezesete-anos-de-judicializa---o-da-pol--tica.pdf> >. Acesso em: 5 ago. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.