**LOUCURA E DIREITO PENAL: O TRATAMENTO PENAL DA DOENÇA MENTAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

 RIO DE JANEIRO

 JULHO/2018.1

**INTRODUÇÃO**

Os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, conhecidos como manicômios judiciários, são instituições de natureza híbrida, entre a prisão e o hospital psiquiátrico, e surgiram a princípio como instituições feitas para abrigar os “loucos de todo gênero”. Pelo atual ordenamento jurídico penal, recebem ainda, pessoas consideradas como inimputáveis devido à doença mental para cumprir uma medida de segurança. Entre a prisão e o hospital, os manicômios judiciários permanecem um impasse entre as políticas de saúde e segurança pública, sem acompanhar as transformações na atenção às pessoas com transtorno mental preconizada pela reforma psiquiátrica brasileira.

Este artigo científico teve por objetivo a reflexão da problemática persistente do tratamento mental dos sujeitos considerados “loucos” abordados no sistema penal e nos manicômios judiciários e o instituto das Medidas de Segurança. Mostrou-se evidente que a aplicação complexa desse sistema não se faz eficaz a realização do real objetivo do tratamento médico e a reinserção social do punido, especialmente em se tratando desse grupo historicamente segregado e com pouco entendimento por parte do meio social. Tema este, interessou-me, devido à forma superficial e relativa que ainda são abordadas as medidas protetivas de tratamento e custódia pelo sistema penal vigente, como as medidas de segurança, ao passo que, vi a forma humanizada no tratamento destes indivíduos estigmatizados, ao frequentar o Instituto Municipal Nise da Silveira, localizado no Rio de Janeiro. O assunto interessou-me também, devido à vasta abordagem em disciplinas variadas, como a psicologia, sociologia e, claro, o direito, ainda que este último muitas vezes, silenciar-se no que se refere ao pensamento crítico de seus dispositivos.

A problemática referida manifesta-se desde a exclusão social da loucura e a complexo e ao mesmo tempo, simplório modo de abordagem, desde os primeiros códigos penais e também as péssimas condições das instituições, até a sanção penal vigente em nosso ordenamento jurídico adotada como tratamento.

As pesquisas foram realizadas a partir da leitura de livros, teses e dissertações. Logo, buscou-se nesse artigo apresentar uma singela contribuição ao estudo do assunto, questionando o fazer da justiça frente a esses institutos.

**CAPÍTULO 1 – A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA LOUCURA NA SOCIEDADE**

De onde teria surgido a noção cultural e, posteriormente, médica, de que um comportamento que difere do padrão, seria causado por doença localizada na mente de uma pessoa?

Preliminarmente, pode-se entender a loucura como produto de uma segregação social, que antes de ser considerado pressuposto de uma patologia, é um acontecimento sociológico e cultural, pois, poder-se-á, considerar a loucura como um elemento manifesto da doença mental, quando esta, estiver inserida em uma cultura que a reconheça como patologia. Sobre loucura e cultura dizia Foucault (1926 a 1984): “Daí cada cultura formará da doença uma imagem cujo perfil é delineado pelo conjunto das virtualidades antropológicas que ela negligencia ou reprime”. (FOUCAULT, Michel. Doença mental e psicologia. Edições Tempo Brasileiro, 1978. p.50). E, para Émile Durkheim (1858 a 1917) “são considerados patológicos os fenômenos sociais que se afastam da média”. (FOUCAULT, Michel. Doença mental e psicologia. Edições Tempo Brasileiro, 1978. p.50).

Desta forma, aqueles que se desviavam da normalidade ou da generalidade, os indivíduos que destoavam das regras de comportamento social, eram estigmatizados e estereotipados, consequentemente, a classificação do fenômeno em “normal” ou patológico está associado à sua constância na sociedade. E, por isso, segregados, postos às margens do convívio social. Foucault expõe que:

Fizeram do desvio e do afastamento a própria natureza da doença, é, sem dúvida, por uma ilusão cultural que lhes é comum: nossa sociedade não quer reconhecer-se no doente que ela persegue ou que encerra; no instante mesmo em que ela diagnostica a doença, exclui o doente. (FOUCAULT, Michel. Doença mental e psicologia. Edições Tempo Brasileiro, 1978. p.51).

No mesmo sentido, Franco Basaglia (1924 a 1980), precursor do movimento chamado “Psiquiatria Democrática” na Itália, salienta que o hospital psiquiátrico pode nos ensinar muito sobre a sociedade em que vivemos, pois é a partir do juízo do meio social, acaba-se classificando o que é doença. No qual o “oprimido é cada vez mais afastado da percepção das causas e dos mecanismos da opressão”. (BASAGLIA, Franco. A instituição negada: relato de um hospital psiquiátrico. 3ª edição. Rio de Janeiro: GRAAL, 2001. p. 271).

**1.1 A doença mental na história ocidental**

Durante os séculos, várias foram as alternativas e formas encontradas pela sociedade para com os “loucos”. A princípio, no ocidente até o advento da medicina, não se revelou diretamente uma história da loucura, mas sim uma história de ideias religiosas, afirmava-se serem os loucos, até mesmo na própria psiquiatria da época, indivíduos “possuídos”, presos a significações sobrenaturais. A história da loucura inaugura ao final da Idade Média (período entre os séculos XIV e XV), na época em que a lepra, principal motivo para início de exclusões e internações, desaparece, fazendo-se necessária uma nova encarnação do mal nos séculos XIV ao XVII. (FOUCAULT, Michel. História da loucura: na Idade Clássica. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 7.).

Desaparecida a lepra, apagado (ou quase) o leproso da memória, essas estruturas permanecerão. Frequentemente nos mesmos locais, os jogos da exclusão serão retomados, estranhamente semelhantes aos primeiros, dois ou três séculos mais tarde. Pobres, vagabundos, presidiários e “cabeças alienadas” assumirão o papel abandonado pelo lazarento. (FOUCAULT, Michel. História da loucura: na Idade Clássica. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 10).

No século XVI, acontece uma mudança referente ao tratamento da loucura. Apresentou-se a principal dúvida relativa a ela: uma ausência de certeza. Com isso, “dividiu-se razão da loucura, o bem do mal, baseada na moral racional”. Para Basaglia, os conceitos do “bem” e do “mal” passaram a ser vistos não apenas como uma norma ética, mas também social e até mesmo científica, repropondo-se a todo o momento na forma de modelos. A sociedade organizou-se através desta divisão radical entre os que têm e os que não têm, “da qual resulta a subdivisão mistificadora entre o bom e o mau, o são e o doente, o respeitável e o não-respeitável”. (BASAGLIA, Franco. A instituição negada: relato de um hospital psiquiátrico. 3ª edição. Rio de Janeiro: GRAAL, 2001. p. 101 e 181). Desenvolveu-se , por séculos, um parentesco entre desatino e culpabilidade, ainda hoje experimentada e, teoricamente, descoberta pelo médico como a verdadeira natureza do “doente”. (FOUCAULT, Michel. História da loucura: na Idade Clássica. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 99)

No decorrer do século, ocorreu o que Foucault nomeia de “disciplina” e “física do poder”, aquela consistia no controle dos elementos do comportamento, que representou uma maneira específica de punir, que objetivava penalizar tudo o que era inadequado à regra, tudo o que se afastava dela. Através de uma vigilância hierarquizada com um controle normalizante (estabelece padrões), visando qualificar o indivíduo, classifica-lo e depois puni-lo, e, com o desenvolvimento dessa vigilância, ocorreu a “física do poder”, que entendia ser o domínio do corpo para transformá-los em dóceis e adestráveis. (FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 33ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 118.). Visto isso, os que não se adequavam a tal mecânica do poder foram, consequentemente, estigmatizados como marginais à ordem e considerados como perturbadores do espaço social, associados com a pobreza, aos miseráveis, aos vagabundos. Cabe frisar que esta moral, fundada na disciplina e exercida pela prolongada “coação”, não foi responsável apenas em dividir abstratamente o bem e o mal, como também em promover a separação física destes, criando espaços de internamento, nos quais haveria a redenção dos loucos aos “pecados contra a carne e às faltas contra a razão”. (FOUCAULT, Michel. História da loucura: na Idade Clássica. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 99). E com isso, foi no decorrer do século XVI e XVII que a (considerada) loucura fixou-se nos interiores dos asilos.

Durante o XVII, houve-se um grande crescimento dos internamentos, a loucura deixou de ser o estranho habitual e foi encaixada em status de exclusão. A permanência dos asilos era diretamente ligada ao programa de trabalhos forçados, como papel de sanção e controle moral. A partir do internamento de loucos junto a libertos e criminosos maiores e menores que a loucura foi associada com o mau, o obscuro, aquilo que se deve afastar. Foi quando esta estabeleceu um paralelo de culpa moral e social.

Em meados do século XVIII, houve a medicalização da loucura e a institucionalização dos hospitais, como espaço terapêutico. Aqui a internação será visto como essencial para a cura da loucura. As casas de internamento não conseguiram manter a loucura silenciada, porém, havia ainda a necessidade de contê-los e da sanção penal, pois os loucos restituídos à sociedade podiam tornar-se perigosos a suas famílias. E, como forma urgente de solucionar esse problema, as antigas casas de internamento foram aos poucos reservadas a eles, especificamente. É o surgimento dos manicômios e a psiquiatria com o domínio do saber, tornando-as, medidas de caráter médico.

No Brasil, a loucura fazia parte do convívio social desde o século XVI até o início do século XIX. A partir desse ponto, começou a ser reconhecida como desordem e perturbação da paz social. Progressivamente, os loucos foram sendo retirados do contexto social e isolados nos porões das Santas Casas de Misericórdia e nas prisões públicas. Para os médicos da época, entretanto, essa situação não resolvia o problema da loucura. A segregação, a falta de higiene e um tratamento físico e moral inadequado tornavam a cura impossível. E por isso, começam a reivindicar a criação de uma instituição terapêutica específica para os loucos, o hospício. (Revista de Ciências Sociais, n. 40, Abril de 2014,). Até que, em fins do século XVIII e no século XIX, surgem os asilos com valor terapêutico, e a loucura passa a ser definida como “alienação mental”, como proposto por Philippe Pinel.

**1.2 A loucura reconhecida como doença mental**

Em 1801, Philippe Pinel publicou o Tratado Médico-Filosófico sobre a Alienação Mental, inaugurando a psiquiatria como uma especialidade médica, antes institucionalizada como domínio da proteção social, e o alienismo como primeiro modelo de medicina mental. Pinel definiu loucura como o “desarranjo das funções mentais, notadamente as intelectuais”.

A doença vista como patologia mental foi considerada a “alteração intrínseca da personalidade, desorganização interna de suas estruturas, desvio progressivo de seu desenvolvimento”. Assim, tentou-se classificar a doença mental como “perturbações da personalidade”. (FOUCAULT, Michel. Doença mental e psicologia. Edições. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1975. p. 14), fazendo de ponto central então, a personalidade do indivíduo como base de desenvolvimento da doença ao mesmo tempo em que é o critério que permitiu julgá-la. Cabe destacar que eles não romperam com a prática já mencionada do internamento, mas sim a estreitaram em torno da loucura.

A ciência médica, “ao definir a loucura como patologia e difundir a imagem da doença como um processo individual”, retira a dimensão social da análise da loucura e a neutraliza no campo da ciência como verdade-essência. No mesmo sentido, critica Foucault:

As disciplinas veicularão um discurso que será o da regra, não da regra jurídica derivada da soberania, mas o da regra “natural”, quer dizer, da norma; definirão um código que não será o da lei mas o da normalização; referir-se-ão a um horizonte teórico que não pode ser de maneira alguma o edifício do direito mas o domínio das ciências humanas; a sua jurisprudência será a de um saber clínico. (FOUCAULT, Michel. Doença mental e psicologia. Edições Tempo Brasileiro Ltda., Rio de Janeiro, 1975. p.54).

Formou-se, portanto, a sociedade de normalização, na qual a exclusão deixou de ser vista com o caráter político-social, passando a ser fundamentada no poder-saber da ciência médica que apresentava a “verdade” e “essência” do louco.

* 1. **As Instituições Totais: Os manicômios**

O manicômio é uma forma do gênero de instituição total que veio a ser mais frequente a partir do século XIX e XX. Surgem com o discurso de disciplinar os indivíduos considerados não socializáveis. Com esse intuito surgiram as instituições totais que segundo Goffman, se caracterizam por serem estabelecimentos fechados que funcionam em regime de internação, onde um grupo relativamente numeroso de internados vive em tempo integral e em contra partida uma equipe dirigente que exerce o gerenciamento administrativo da vida na instituição. No Brasil, o primeiro hospital psiquiátrico foi o Hospício D. Pedro II localizado no Rio de Janeiro no ano de 1841 e a partir de 1860 vários outros hospícios começaram a serem instalados.

 Sustentou-se desde o seu surgimento, a utilidade desta forma de confinamento, devido ao fato de que a privação da liberdade do indivíduo exerceria o papel de ressocialização, porém, esta transformação não ocorre na prática. Foucault explica que este modelo de aparelho carcerário se fundou em três esquemas: 1) o político-moral, que implica no isolamento individual e na hierarquização deste; 2) o técnico-médico, ou seja, o de cura e de normalização do indivíduo desviante; 3) o econômico da força, originário das workhouses que aplicavam o modelo do trabalho obrigatório. (FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 33ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 208.). Cabe ressaltar que, no desenvolver do sistema penitenciário, ocorreu uma fusão entre o primeiro grande esquema com o segundo, que representa a aplicação da pena de privação da liberdade para uma suposta reforma do indivíduo e que também implicaria em sua cura e normalização, que é o manicômio judiciário.

A partir de 1970, outras correntes terapêuticas passam a ser implementadas por profissionais dentro do próprio espaço dos manicômios, os congressos sobre o tema ocorrem de forma sucessiva. A função social do manicômio foi alvo de estudos e críticas por vários autores, dentre os quais já citados Foucault, Goffman, Basaglia, e diversos outros que puseram as bases intelectuais para o questionamento dessas instituições. Desde a instauração do primeiro hospício, esta instituição se estabeleceu como inóspita, e violenta, em função do “objetivo social” de excluir os loucos em nome da ordem social, sob o véu de sua teórica função terapêutica. (“Violência institucional”). No século XX, as péssimas condições de vida encontradas nos manicômios passam a ser alvo de denúncias e críticas, que formaram no Brasil o chamado Movimento Antimanicomial.

**CAPÍTULO 2 - O MOVIMENTO ANTIMANICOMIAL BRASILEIRO**

Após a construção social e, posteriormente, médica da loucura e a sua consequente segregação e exclusão, começam haver frequentes denúncias de violações de direitos humanos em todas as partes do país e do mundo dentro destas instituições totais. Eis que surgem, então, os movimentos sociais que questionam os métodos e estruturas repressivas e de exclusão aplicadas pela instituição psiquiátrica.

A luta brasileira de Reforma manicomial vem desde o início do século XX. Foi apenas em 1930 que se criou o Serviço Nacional de Doentes Mentais, que seu objetivo era a fiscalização dos serviços existentes e regularização dos novos. No ano de 1987 ocorreu o primeiro encontro da Conferência Nacional de Saúde Mental, que recomendava a priorização de investimento nos serviços extra-hospitalares, denúncias à realidade manicomial e suas práticas de tutela. Desta forma, o movimento antimanicomial teria como objetivo a afirmação da cidadania da pessoa, também visa dar a visibilidade no que ocorre dentro dos manicômios judiciários e discutir as práticas punitivas, segregatórias, excludentes e o cuidado com as pessoas, que hoje ainda estão nestas instituições os mais diversos tipos de tratamentos e condições. Conforme expõe Basaglia:

As denúncias referentes aos manicômios como sistema de poder, visando principalmente dois objetivos: o de romper com a série de estruturas que se fundam na “verdade evidente por si”, que tem o caráter científico, sobre a qual se baseia a ideologia do viver quotidiano; e, de outro lado, o de denunciar e evidenciar o mundo da instituição psiquiátrica como um lugar de violência e exploração do homem pelo homem, que tem como base a ideia de tornar inofensivos os excluídos. (BASAGLIA, Franco. A instituição negada: relato de um hospital psiquiátrico. 3ª edição. Rio de Janeiro: GRAAL, 2001. p. 271).

Houve-se uma grande repercussão de âmbitos, ação cultural, na ação jurídico política e modelo assistencial, que foi marcada pelo surgimento de novas modalidades de atenção. Na trajetória da luta é construído um Projeto de Lei 3.657/89, conhecido como Lei Paulo Delgado. Nos anos 90 houve a conferência para a reestruturação da assistência psiquiátrica, na qual proclama a necessidade da reestruturação imediata da assistência psiquiátrica pela lei adequada dos países, de forma que assegurem os direitos humanos e civis dos pacientes com transtornos mentais. Neste mesmo ano que houve a conferencia, 1990, foi levada como ponto principal a superação dos velhos modelos de psiquiatria como reforma psiquiátrica.

Críticas recentes, de 2017 expõem que ainda não parece promissora a ideia da eficácia do movimento reformador no sistema de justiça criminal. A luta antimanicomial desinstitucionalizadora, com seus novos modelos de cuidado, geração criativa de inclusão social, destituição da figura imaginária do “louco perigoso” e desconstrução do conceito equivocado de doença mental fazem vislumbrar um novo caminho que provocará possibilidades de superação dos rígidos padrões de controle social, para além das camisas de força (penais). Isso porque, como a existência de uma psiquiatrização do cotidiano, de uma sociedade normalizada, pautada no risco e no controle, a periculosidade continua sendo a grande estrela da relação, ditando as regras do jogo. Sendo assim, persiste em orientar a execução do sistema penal como estratégia de contenção dos riscos e de prevenção. (Página: Justificando. A Luta Antimanicomial x Sistema de Justiça Criminal. 2017).

**CAPÍTULO 3 - A LEI DA REFORMA PSIQUIÁTRICA BRASILEIRA**

A lei 10.216/01 vem ao encontro da luta antimanicomial buscando legitimação e respaldo na Reforma Psiquiátrica, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental, prevê a segurança e a proteção das pessoas acometidas por transtorno mental quanto a seus direitos fundamentais sob a responsabilidade do Estado, contudo, ela não institui mecanismos claros para a progressiva extinção dos manicômios. Nos marcos da Constituição de 88 que colocou a saúde como direito de todos e dever do Estado, é marcada pela reestruturação do arcabouço normativo que regulamenta a assistência psiquiátrica no país, e pelo embate no Legislativo para assegurar a aprovação da Lei.

Apesar da Lei não corresponder aos objetivos almejados pelo movimento antimanicomial, representou um marco do movimento por ter criado garantias e direitos expressos dos “portadores de transtornos mentais”. E, em resposta à premissa da desinstitucionalização da loucura, atendendo a luta antimanicomial, duas primazias fundamentais são postas no Art. 4º da lei 10.216/01 para o tratamento daquele submetido à internação:

“A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.”

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares.

O paciente deverá ser tratado, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental, em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis. Nesse sentido, a internação, em qualquer das modalidades evidenciadas pela lei supramencionada, só deverá ser indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Para tanto, estabelece os tipos de internação psiquiátrica a fim de atender a primazia terapêutica a preponderar no tratamento. Desta forma, este artigo deve ser utilizado de maneira a limitar a interpretação do verbo “poderá” do artigo 97 do Código Penal, que determina:

“se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.”.

Assim, ainda que o fato seja punível por reclusão, em relação aos inimputáveis (que, lembrando, são absolvidos penalmente), o juiz deve, em regra, submetê-los a tratamentos extra-hospitalares. A internação somente deverá ser determinada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. (Como exemplo, Centro de Atenção Psicossocial)

Infelizmente, muitas vezes ignorada, não aplicada, portanto, devidamente o tratamento referente ao “doente mental” com base na Lei específica do tema. A realidade demonstra paciente cumprindo medida de segurança, na modalidade internação, em hospitais de custódia ou em unidades prisionais sem atendimento médico adequado, em celas superlotadas, junto a demais pessoas privadas de liberdade, colocando em risco a sua saúde e a saúde da coletividade, com isso, nota-se que a insuficiência das respostas dos serviços substitutivos cria lacunas na assistência à saúde mental que acabam sendo preenchidas forçadamente pela internação. O direito ao tratamento como pessoa com dignidade, não são privados em razão da medida de segurança. O único fator de diferenciação entre uma pessoa com transtorno mental e um “louco infrator”, seria a [fiscalização](https://jus.com.br/tudo/fiscalizacao) do Estado, neste último caso, nos autos de execução da medida de segurança.

Outra importante diferença do instituto da medida de segurança trazida é que qualquer internação psiquiátrica, logo também a compulsória, só será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os motivos (artigo 6º, Lei nº 10.216). Não basta, portanto, a decisão e o julgamento do juiz a respeito da inimputabilidade do agente, mas faz-se necessário um laudo médico para a aplicação da medida de segurança:

Art. 6o A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Logo, diferentemente do defendido, a análise da inimputabilidade do acusado não depende unicamente do magistrado, e o exame pericial não representa uma mera ilustração, mas sim, elemento fundamental para motivar a internação de uma pessoa. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 599.).

Em dezembro de 2017**,** mudanças substanciais foram anunciadas pela Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Drogas do Ministério da Saúde (CGMAD/MS), com referência à Política Brasileira de Saúde Mental. O que está principalmente em questão, nessa proposta, é o retorno da ênfase dada a modalidades assistenciais conhecidas pela sua ineficácia nos processos de reabilitação psicossocial, reinserção social, singularização e autonomização de pessoas acometidas de transtornos mentais, com contexto de redução dos direitos constitucionais em benefício do mercado e do abandono da responsabilidade do Estado em promover justiça social, propõem-se novamente a ‘nova política de saúde mental’.

**3.1 O fechamento do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico: Heitor Carrilho**

A partir de 20/03/2013, pediu-se o fechamento deste. Uma instituição híbrida que por suas funções (tratar e tutelar) encontra-se marcada por uma extinção anunciada oficialmente, mas que na prática não se deu prazo certo para sua finalização, devido a dificuldade em realocar os últimos residentes fora da atual estrutura que os administram, a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro (SEAP-RJ).

Uma das justificativas de criação e extinção deste “hospital-prisão” foi que a instituição reúne um vasto acervo documental e bibliográfico produzido a partir de sua fundação que retrata contínuas transformações internas, produto das mudanças conceituais e legislativas nos campos disciplinares da Justiça e Psiquiatria, portanto, merecendo a preservação da memória social em questão, hoje transformado em Instituto de Perícias Heitor Carrilho. O HCTPHH foi cenário para o filme “Meu nome não é Johnny” em 2008, por exemplo, mostra o período em que se abrigavam dependentes químicos masculinos, e de várias mídias brasileiras e estrangeiras, por motivos diversos, principalmente pela interface entre “loucura” e criminalidade.

Pode-se afirmar que a extinção dos HCTP do Brasil está posta, embora a racionalização do Sistema Penal e de Saúde Mental não disponha de controles explícitos que levem a concretizar este objetivo imediatamente, pois dificilmente deixarão de existir excluídos sociais em conflito com a lei associado ao transtorno mental que caiam nas amarras da justiça. Os processos constitutivos da extinção levam aos movimentos de direções múltiplas: o primeiro remete à destruição notória sem reflexão do seu denso passado, fato que não garante o fim da replicação de novas estruturas com finalidades idênticas.

Em outra direção, encontra-se a mera redução quantitativa de HCTP, sob a desculpa da impossibilidade de término, apesar dos princípios da Reforma Psiquiátrica e do movimento antimanicomial. A última alternativa implícita, silenciada e extremamente violenta é a falta de preocupação com a extinção responsável, fato que leva à perda de vidas humanas durante este processo. Com problemas institucionais que se agravam a cada dia, mecanismos da extinção institucional são implantados de forma complexa e sutil, a partir da ampliação da negligência governamental, da precariedade de recursos materiais e humanos, ao improviso de toda ordem para manutenção de uma estrutura que parece desmantelar-se junto com os desprovidos de toda sorte, esquecidos por toda rede social. Proporcionar uma discussão ampla entre todos os envolvidos no processo de futura extinção será de suma relevância para a contribuição da comunidade científica à sociedade.

 **CAPÍTULO 4. O TRATAMENTO DA “LOUCURA” NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

“A loucura, objeto dos meus estudos, era até agora uma ilha perdida no oceano da razão; começo a suspeitar que é um continente.” (ASSIS, Machado. O Alienista de 1882. Domínio Público.p.6).

O comportamento desviante do considerado “normal” pela sociedade, depois de um longo período de segregação, passou a ser determinado como doença pela psiquiatria. Os indivíduos considerados “loucos”, “alienados” e depois, “doentes”, passaram a ser aprisionados com permissão legal sob o fundamento do tratamento necessário para a sua normalização. A partir deste prisma segregador e do princípio da organização social e política no Brasil, já trazia-nos indícios de procedimentos a serem ministrado ao delinquente com transtorno mental a cada época. O direito em seu ramo máximo criou o instituto penal chamado de medida de segurança que será abordado mais á frente. Passamos, assim, a analisar o “continente” da loucura, como diria Machado de Assis, agora no âmbito ainda mais complexo e problemático, o ordenamento penal.

**4.1 A abordagem histórica dos “loucos” e da doença mental nos primeiros Códigos Penais**

No Brasil, A Constituição de 1824 obrigava o novo Estado a elaborar um Código Criminal. Desde a aurora da organização social e política do Brasil com a legislação imperial, em um contexto em que a declaração de independência de Portugal era episódio recente, o país já trouxera consigo fomentos ao procedimento a ser ministrado ao delinquente alienado. Considerados incapazes de responder pelo ilícito dado, haveria uma atenção específica a lhes agraciar.

**4.1.1 O Código Criminal do Império**

O projeto do Código Criminal do Império foi sancionado no ano de 1830 pelo imperador D. Pedro I. O referido código partia do propósito de que não haveria criminoso, ou delinquente, sem má fé, ou seja, sem que aquele que cometeu a infração tivesse intenção ou conhecimento do mal gerado pelo ato praticado. Desse modo, a este não caberia imputação de punição, e sim tratamento. Foi o primeiro ordenamento jurídico a abordar a figura dos loucos, mencionados em basicamente dois artigos, no qual, nele, não se julgarão criminosos, em seu artigo 10, parágrafo segundo:

Art. 10. Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime

Aqui, não havia a taxação de “criminoso” e sim tratou o sujeito como doente, sendo necessária a imposição de um tratamento, exceto quando o crime era cometido por loucos em intervalos lúcidos, as autorias criminosas eram-lhes atribuído normalmente, condenado como pessoas consideradas normais. O agente, considerado culpado pela manifestação da doença, deveria ser enclausurado e tratado, e não punido. Assim, sua sentença implicaria uma apreciação da normalidade e uma prescrição técnica para sua “normalização”. A legislação no período compreendia a possibilidade da loucura ter momentos de lucidez. A loucura é assimilada aqui como um estado, ou seja, um episódio ocorrido que não pode ser considerado um atributo intrínseco à personalidade do indivíduo.

O artigo tornou-se cada vez mais elástico, perante os juristas, pois o Código compreendia além dos loucos de todo os gêneros, os casos, por exemplo, de sonambulismo, delírio febril, embriaguez completa entre outros fatores. Para Tobias Barreto (1839 a 1889):

O nosso Código, no art. 10, não fez mais do que reconhecer uma velha verdade, consagrada pela historia em todos os períodos culturaes do direito penal. Commetteu, entretanto, além de outros, que serão apontados, um erro de methedo: — foi reunir em uma só categoria diversas classes de sujeitos irresponsáveis, que não se deixam reduzir a um denominador commum, isto é, a ausência do que eu chamei normalidade mental. (BARRETO, Tobias. Menores e Loucos. Edição publicada1923.).

Eu disse que o Código, tornando irresponsáveis os loucos de todo gênero, com quanto usasse de uma expressão concisamente larga, todavia não dava entrada á totalidade dos phenomenos, que é de suppór quisesse incluir dentro dessa cathegoria. O conceito da loucura é realmente um conceito genérico, divisivel em espécies, que são como fracções, de que elle é o denominador commtim. Mas também, por sua vez, a loucura assume uma feição especifica, em relação ao conceito superior da incapacidade psychologica de delinquir livremente, conceito, cujo valor excede a somma de todos os loucos e menores de quatorze annos. (BARRETO, Tobias. Menores e Loucos. Edição publicada 1923.)

Também não havia a previsão de perícia ou exame médico para a análise da loucura, a sua circunstância só podia ser decidida pelo júri. Foi atribuída ao juiz, em seu artigo 12, a decisão do encaminhamento do louco que houvesse cometido um crime à sua família ou a uma casa especializada de tratamento:

Art.12. "os loucos que tiverem commettido crimes serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente".

Esta escolha ficava única e exclusivamente a critério da consciência do magistrado, tendo plena e total liberdade para decidir, ditando a verdade jurídica, sem se vincular a nenhum tipo de regra e sem precisar fundamentar sua íntima convicção.O juiz de direito formulava um quesito sobre o estado de loucura do réu e o “exame” feito e apreciado, para assim decidida pelo júri. E também, importante lembrar, que não havia lugares específico para a loucura, vindo a fixar-se em meados do século XIX em diante.

Em 1883, Teixeira Brandão, considerado o primeiro alienista brasileiro, com sintonia teórica com discursos alienistas franceses, inspirados por tratamento moral proposto por Pinel e Esquirol viaja à França e apresenta uma comunicação à Sociedade Médica-psicológica de Paris, “*Des Établissements d’aliénés au Brésil*”.

 De volta ao Rio de Janeiro, Teixeira Brandão prossegue uma feroz campanha contra a administração do asilo, em termos muito distintos. No decorrer da década de 1880, publicou artigos, onde critica a ausência de um verdadeiro tratamento moral no Hospício, sua superlotação, a violência a que os doentes eram submetidos, a inexistência de qualquer registro estatístico e de trabalhos científicos. Em 1886, teceu-se fortes críticas ao Código Criminal do Império, por considerar as disposições imperfeitas, parciais e inobservadas.

**4.1.2 O Código Penal da República**

Em 1890 no período da Primeira República, o Código Penal da República apresentou relevantes alterações referentes ao Código do Império referente ao tratamento penal da doença mental e seu destino institucional. Erigido sob a orientação da Escola Clássica da criminologia, orientação esta que “fazia repousar a responsabilidade penal do criminoso em sua responsabilidade moral e esta, no livre arbítrio, inerente ao homem”. No tocante a doença mental:

Art. 1. Ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido qualificado crime, nem com penas que não estejam previamente estabelecidas.

Art. 7. Crime é violação imputável e culposa da lei penal

O crime não mais apenas um ato previsto em lei, recebe um novo atributo relacionado com a imputabilidade do indivíduo que o pratica. O “louco” considerado inimputável não terá o seu ato qualificado como crime. Assim, seriam penalmente irresponsáveis. Fazendo-se assim, importante diferenciar imputabilidade e responsabilidade, a primeira é a possibilidade de atribuir a autoria ou responsabilidade de um ato a alguém, relação causal entre um sujeito e uma ação. Já, a responsabilidade é a consequência legal do ato praticado. Ou seja, uma pessoa imputável é uma pessoa que já pode responder por seus atos, capacidade de ser culpável. Porém, como instrumento de controle, também nesse instituto foi considerada ineficaz.

O Código em seu artigo 27 estabeleceu expressamente que os inimputáveis, sejam por “enfraquecimento senil”, “imbecilidade nativa”, ou os que se acharem em um estado de privação total de consciência no momento que cometeu o ato, não serão considerados como criminosos, e por isso, não lhe seriam imputados à prática do ato, como já dito anteriormente. O dispositivo foi alvo de diversas críticas pela sua ampla abrangência.

Art. 27. Não são criminosos:

§ 3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação;

§ 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime;

No parágrafo terceiro, a especificação de “imbecilidade nativa” foi bastante criticada, pois, entendiam que por ser espécie de alienação mental, deveria estar contido no parágrafo quarto. Neste, a intensidade da perturbação deveria ser completa e não qualquer, pois somente a completa, tiraria de fato, à consciência do ato ou a liberdade da determinação para o ato. A esta “delimitação” da loucura, o artigo foi um dos mais severamente criticados, referiu-se a “um estado de inconsciência, seja qual for à causa”, ou seja, ao invés de limitar, ampliou a noção da loucura, dando a esta uma lacuna falha.

 Embora estivesse em curso o movimento dos alienistas por construção de manicômios, este código mantém a previsão do código de 1830 no tocante ao destino dos isentos de culpabilidade devido à “afecção mental” acrescentando o hospital de alienados, no intuito expresso de segurança pública ou entregues a sua família, se a periculosidade do agente exigisse. Assim, o referido artigo 29 traz a periculosidade como um elemento jurídico analisado por um juiz e surge como um procedimento de medida preventiva.

Art. 29. Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alineados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do publico.

Neste momento, começaram a surgir influências positivistas penais, dando-se enfoque ao criminoso em si, consideravam o delito como um sintoma de periculosidade, como "índice revelador da personalidade criminal".

Ao longo da Primeira República, o código foi alvo de duras críticas, mas, curiosamente, não foi alterado. Se, por um lado, as tentativas de reforma do Código ao longo da Primeira República não obtiveram sucesso, por outro a disseminação das ideias da Criminologia acabaram por influenciar poderosamente a concepção das políticas públicas voltadas para a área da segurança, direcionando a criação ou a reforma, bem como o funcionamento de instituições como a polícia, as prisões, os manicômios e outras instituições de internação.

As dificuldades de redação levaram ao surgimento de várias leis que pretendiam "remendar" os erros de redação apresentados. Diante do grande volume de leis que surgiram, foi necessário sistematizá-las e tal tarefa coube ao desembargador Vicente Piragibe. Desse esforço surgiu, em 14 de dezembro de 1932, a Consolidação das Leis Penais, que vigorou até 1940.

**4.1.3 O Código Penal de 1940 e a Reforma de 1984: As Medidas de Segurança**

 Aqui, não houve tanto enfoque em ordenar a questão da doença mental como um objeto a ser claramente definido. Teve como primazia codificar pela primeira vez no ordenamento brasileiro, as medidas de segurança.

O projeto consagrou a expressão medidas de segurança no direito brasileiro em substituição à antiga internação para segurança do público, mencionada no art. 29 do Código Penal de 1890. A medida de segurança foi a grande novidade trazida pelo diploma penal (DORNELLES, 2012:67).

O fundamento da medida legal que permaneceu associado à prevenção criminal e a defesa social perante os indivíduos que desafiavam a segurança pública. Para tanto, o Código Penal instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 ao configurar o ilícito, ratifica que o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Fora adotado ao novo código, o critério biopsicológico, criando um nexo de causalidade entre o estado mental patológico do sujeito e o crime. A compreensão de doença mentaldo período passa a ser considerada causa de exclusão da culpabilidade.

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Com a reforma de 1984 – 1940: Art. 22 “caráter criminoso”).

Introduz-se assim, de acordo com Peres e Nery Filho (2002), a noção de culpabilidade como pressuposto para conferir responsabilidade aos sujeitos pelos atos que derivam de suas escolhas. Em consonância, surgem dois preceitos jurídicos para definir o ordenamento que levarão aqueles que cometeram ato ilícito: a imputabilidade e a inimputabilidade. Conforme os autores mencionados, a imputabilidade pressupõe culpabilidade, que por sua vez caracteriza-se por uma intencionalidade daquele que comete o ato infracional que o torna responsável e capaz de responder por ele. Assim, institui-se como postulado para aplicação de pena. Enquanto a inimputabilidade, pressuposto para aplicação de medida de segurança, implica em um mecanismo de isenção de pena àquele que comete um delito e ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Segundo o Código, se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação. Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. Nesse sentido, o referido código alegou:

Art. 96. As medidas de segurança são: (Com a Reforma de 84)

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Com a Reforma de 84)

No código de 40, pressuponha-se muito a periculosidade do agente e sobre as internações, referiam-se as espécies de medidas de segurança como detentivas, ao sujeito que sobreviesse doença mental, deveria ser recolhidas em manicômios judiciários, casas de custódia e tratamento, colônia agrícola: “Art. 91. O agente isento de pena, nos termos do art. 22, é internado em manicomio judiciário. (Antes da reforma de 84).”.

O sistema constituído em 1940 previa ainda um terceiro elemento, o semi-imputável, que compunha o complexo de indivíduos que, na execução do ilícito penal, não possuíssem plena consciência de seus atos.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Com a Reforma de 84). Antes da reforma: “não possuia, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o carater criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Fundamentado nessa hipótese e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade poderia ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial. Com isso constituía-se o modelo reconhecido como duplo-binário que, vinculando pena à culpabilidade e MS à periculosidade, poderia cumular ambas para o semi-imputável.

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código 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, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º. (Reforma de 84)

O novo dispositivo jurídico em resposta ao ato infracional cometido, excluía a possibilidade de substituir integralmente o sistema de penas. Nesse sentido, quando o indivíduo tivesse de cumprir pena privativa de liberdade, a execução da medida de segurança seria suspensa podendo-se aplicar pena e medida de segurança sucessivamente.

O louco infrator deveria ser submetido à perícia médica para atestar sua real incapacidade de compreensão da qualidade do ato que viola a lei.

Nesta codificação, a medida de segurança já aparece com o seu caráter indeterminado da pena, ou seja, ela só cessaria no momento no qual o indivíduo estivesse, segundo análise médica, totalmente curado. Há que se destacar que, por outro lado, havia previsão do lapso temporal mínimo, sendo irrelevante, neste momento, a cessação prévia da periculosidade.

A fim de atestar o fim do risco que o indivíduo representara à sociedade para revogação da medida de segurança pessoal (de caráter detentivo), o autor do delito deveria ser submetido a exame específico. “[...] era preciso considerar se a personalidade do indivíduo, os antecedentes, motivos e circunstâncias do crime autorizavam a presunção de que viria ou tornaria a delinquir”.

A lei 7.209 de 1984 altera dispositivos do Código Penal de 1940 e dá outras providências. Mantendo os aspectos centrais à aplicação da medida de segurança, estabelece que aqueles que cometem infração delituosa em razão de transtorno mental não podem ser responsabilizados pelo incidente dado, a esses não será aplicada pena. Porém, o sofrimento mental, considerado causa excludente da culpabilidade, isenta o criminoso de punição verificando que esse deve receber tratamento específico. Se suas condições pessoais e o fato

praticado revelam que ele oferece perigo à incolumidade alheia, o juiz determina sua internação em Hospital de Custódia através de medida de segurança. (Como exposto acima)

A nova legislação constituiu uma variante do modelo duplo-binário do código anterior, o sistema vicariante, de substituição. A partir dele determina-se a aplicação de pena reduzida, e um a dois terços, ou medida de segurança aos semi-imputáveis, não podendo haver cumulação entre ambas.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

No mesmo sentido, a Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (LEP), trata da garantia de direitos e deveres do infrator internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico concebendo o Ministério Público e a Defensoria Pública como responsáveis por fiscalizar e velar pela regular execução da medida de segurança. A fim de conceber as respostas ao delito, considera-se que o crime configura o ato infracional delituoso que corresponde a uma violação da lei penal incriminadora e representa perigo à vigência da ordem social.

Diferentemente do Código Penal de 1940, em que verificada a supressão da periculosidade a medida de segurança declarar-se-ia extinta, o novo código traz a natureza permanentemente condicional da medida de segurança. A natureza condicional da desinternação tipifica o agente como um eterno ente perigoso, a periculosidade surgiria inerente ao diagnóstico psiquiátrico e, sendo a doença crônica, a periculosidade vinculada a ela seria permanente. Contudo, “não há evidências científicas na literatura internacional que sustentem a periculosidade de um indivíduo como uma condição vinculada à classificação psiquiátrica para o sofrimento mental”.

**4.1.4 A origem das medidas de segurança**

Em 1893 a medida de segurança foi pela primeira vez sistematizada no anteprojeto do Código Penal Suiço de Stooss, vindo a ser concretizada juridicamente significando no Brasil em 1940, como abordado no item anterior. Por Stooss “a concretização das ideias da pena-fim de Von Listz, configurando uma forma de complementação sancionatória aos delinquentes ainda não recuperados”. (FERRARI, Eduardo Reale. Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 30).

 Deu-se como motivação para o surgimento desta nova modalidade de sanção foi, além da crise da pena, a necessidade de novos meios de defesa social. Diante da pretensão de efetivar um controle social que afastasse o risco do “deliquente-inimputável ou semi-imputável” que praticou um ilícito penal, surgindo assim, as medidas de segurança. A medida de segurança era aplicada, inicialmente, como uma forma de prevenir ações de ébrios habituais, vagabundos, menores, consistindo, então, em um suposto meio de sancionar atos anti-sociais e preveni-los.

 Com a sistematização do instituto, foram atribuídas determinadas características às medidas de segurança, como: a) basear-se na periculosidade do delinquente; b) atribuição principalmente do juiz; c) pronunciada através de sentença com a duração condicionada a cessação da periculosidade do agente.

**CAPÍTULO 5 – O TRATAMENTO DA DOENÇA MENTAL PELO ORDENAMENTO PENAL BRASILEIRO VIGENTE PORMENORIZADO**

Conforme foi visto, o ordenamento brasileiro desenvolveu a sua jurisdição penal para julgar e punir também aqueles que eram considerados como “loucos”. Esta forma de sanção penal foi intitulada medida de segurança, que no discurso não é um instituto punitivo, mas que visaria o tratamento do louco para que ele ficasse são e pudesse retornar a normalidade da vida em sociedade. Cabe, portanto, uma análise de como este instituto vem sendo interpretado e aplicado atualmente.

**5.1 A inimputabilidade**

Para entender o sentido da inimputabilidade, será realizado inicialmente o exercício inverso, ou seja, a análise da noção de imputabilidade para, posteriormente, adentrarmos na inimputabilidade propriamente dita.

A imputabilidade penal, em sentido muito amplo, designa a capacidade psíquica de culpabilidade, segundo Zaffaroni e Pierangeli. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004). Esta capacidade psíquica se refere à possibilidade do sujeito entender a natureza de injusto da sua ação e também a possibilidade de ele adequar a sua conduta de acordo com o entendimento da ilicitude. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004). Mirabete defende que a imputabilidade é a atribuição de responsabilidade, ou seja, é a aptidão para ser culpável, configurando um elemento da culpabilidade. (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. Manual de direito penal: parte geral arts. 1º a 120 do CP. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.). Conforme o entendimento de Carrara, “a imputabilidade é o juízo que fazemos de um fato futuro, previsto como meramente possível; a imputação é o juízo de um fato ocorrido. A primeira é a contemplação de uma ideia; a segunda é o exame de um fato concreto”. (CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal).

Para explicar a imputabilidade de maneira mais objetiva, Greco remete a Sanzo Brodt que explica que ela é constituída por dois elementos: o intelectual, que consiste na capacidade genérica de entender o caráter ilícito do fato, ou seja, as proibições e determinações jurídicas, e o volitivo, que é a capacidade de determinar-se de acordo com este entendimento. (GRECO, Rogério. Curso de direito penal:parte geral, v. 1. 10ª edição. Nitéroi, RJ: Editora Impetus, 2008.

No mesmo sentido, Bitencourt elucida que deve haver a reunião de dois aspectos indispensáveis no caso de anormalidade psíquica, que são: o aspecto biológico da anormalidade, ou seja, a doença em si, e o aspecto psicológico, que é referente à capacidade do agente de entender ou de autodeterminar-se com o seu entendimento no momento do delito. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004 ).

Quanto à inimputabilidade, foram desenvolvidos três sistemas para sua identificação na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, que são: o sistema biológico, o sistema psicológico e o sistema biopsicológico. O primeiro remete a responsabilidade do agente segundo a sua saúde mental, a sua normalidade. Com base neste sistema, o agente portador de enfermidade mental deve ser declarado irresponsável de qualquer delito, sem necessidade de indagação psicológica ulterior. Já o psicológico, o segundo sistema, analisa se, no momento do crime, o agente não possuía a capacidade de apreciar a criminalidade do fato e de assim determinar-se, independente da causa desta incapacidade. Já o último sistema, o biopsicológico, adotado pelo ordenamento brasileiro, reúne os dois sistemas mencionados, ou seja, é inimputável o agente que, em razão da enfermidade, era, no momento da ação delituosa, incapaz de entendimento e autodeterminação. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1. 9ª edição. São Paulo: Saraiva 2004.)

Neste sentido, o Código Penal de 1940, em seu artigo 26, determina que:

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

Interpretando este artigo, Zaffaroni e Pierangeli destacam que o advérbio “inteiramente” foi empregado para enfatizar a gravidade da perturbação e diferenciar esta situação da inconsciência. (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. Manual de direito penal:parte geral arts. 1º a 120 do CP. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.) Quanto a esta perturbação, Bitencourt elucida que o termo da doença mental empregado pelo direito possui uma abrangência muito maior do que o empregado pela ciência médica para definir uma enfermidade mental, incluindo até mesmo tipos de neuroses, como em casos de neuroses obsessivo compulsivas. No mesmo sentido, Aníbal afirma que o termo “doença mental” para o direito compreende:

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. (ANÍBAL, Bruno. *Direito Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1967).

Há que se destacar que, é defendido pela doutrina majoritária que a análise da inimputabilidade do acusado depende unicamente do magistrado, e que o exame pericial representa uma ilustração, “sendo o diagnóstico um simples dado informativo”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.).

**5.2 A periculosidade**

Ainda hoje, mantivemos para os loucos a noção de periculosidade proveniente da criminologia retrógrada do século XIX, que já era polêmica em termos de teoria penal. Conforme explica Foucault, a noção de periculosidade analisa o indivíduo de acordo com o nível de suas virtualidades e não meramente ao nível de seus atos, “não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam”. (FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3ª edição, Editora NAU, Rio de Janeiro, 2002).

 Segundo Bitencourt a periculosidade seria “um estado mais ou menos duradouro de anti-sociabilidade”, conceito bem amplo e que necessita da explicação do que seria a “anti-sociabilidade”. Para ele, a periculosidade implica em um juízo de probabilidade de que o agente que cometeu determinada infração voltará a delinquir, devido a conduta anti-social (interpretada aqui como fora dos padrões sociais) e a “anomalia psíquica do agente”. Destacar que esta probabilidade não é provada ou motivada, mas presumida sempre que o agente for inimputável, conforme expressa o artigo 26, caput, do CP. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 9ª edição. São Paulo: Saraiva 2004).

Neste sentido, o tratamento dado pelo direito penal vigente em muito se assemelha à noção de criminoso nato desenvolvido por Lombroso, autor fortemente criticado pela teoria jurídico-penal atual, por associar a delinquência aos traços biológicos e genéticos do agente. Segundo Lombroso, os loucos se adequam à ideia de criminoso nato, que é também assim tratado por nosso atual Código Penal, conforme expõe o autor: […] Um homem privado de senso moral, o que os alienistas chama de louco moral, e nós, um deliquente nato”. (LOMBROSO, César. O homem deliquente. Porto Alegre, RS: Ricardo Lenz Editor, 2001.)

O descaso com o assunto dos operadores do direito faz com que estes ainda apliquem o historicamente criticado conceito lombrosiano de determinação do criminoso aos “doentes mentais”, que, após cometerem um crime, passam a ser enxergados como criminosos natos.

O controle penal punitivo ao nível das virtualidades é realizado pelas instituições laterais ao poder judiciário, como as instituições psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas, entre outras que patologizam determinados comportamentos. Essas instituições se desenvolveram em torno da instituição judiciária no século XIX, permitindo com que esta controlasse os indivíduos ao nível de sua periculosidade nos manicômios judiciários. (FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3ª edição.Rio de Janeiro: NAU, 2002.)

Não se trata, assim, de reconstituir o acontecimento delituoso do sujeito tido como inimputável para aplicação de uma pena que não ultrapasse a conduta realizada (conforme garante a Constituição Federal em seu artigo 5, inciso XLV); mas realiza uma vigilância ininterrupta para determinar se o indivíduo se conduz ou não como deveria, como seria considerado normal ou não.

**5.3 O prazo indeterminado**

Com a mesma lógica, ou ausência desta, da periculosidade, o artigo 97 do Código Penal, em seu parágrafo primeiro, estabelece a internação do inimputável por (assustadoramente) um prazo de tempo indeterminado, com base na indeterminabilidade prévia da cessação da periculosidade; apesar disso, estabelece um prazo mínimo de um a três anos, sendo irrelevante aqui se houver a cessação da periculosidade anterior a este prazo.

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

 **Prazo**

§ 1**º** - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Se, por exemplo, um indivíduo que foi classificado pelo juiz penal como um “doente mental” tiver cometido o tipo penal de lesão corporal, previsto no caput do artigo 129 do CP, não será ele passível de responsabilidade. Logo, será absolvido impropriamente e encaminhado para um suposto tratamento por prazo indeterminado, sendo o tempo mínimo de 1 a 3 anos. Todavia, o delito cometido tem a pena de 3 meses a 1 ano no Código Penal. Ora, ele será absolvido formalmente para ser punido indeterminadamente e por mais tempo do que quem seria se considerado culpável pelo ordenamento penal?

As dificuldades dessa indeterminação prosseguem e vão de encontro com a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso XLVII, alínea b, veda a existência de pena de caráter perpétuo no ordenamento brasileiro. O prazo indeterminado, desta forma, se choca com a Carta Magna ao se basear em uma periculosidade futura, e, portanto, passível de ser perpétua.

Quanto a pena, cabe destacar que existe diferenciação doutrinária entre o termo pena e a medida de segurança, segundo a qual a pena teria um caráter retributivo-preventivo, já a medida de segurança natureza exclusivamente preventiva; a pena se basearia na culpabilidade do agente, já a medida na periculosidade; e o tempo da pena é determinado, o da medida indeterminado. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 9ª edição).

Contudo, faz-se necessário enfatizar que esta distinção é meramente teórica, pois na prática, a medida de segurança acaba tendo a natureza retributiva atribuída à sanção penal, sendo determinada em um processo penal. Portanto, a pena como a medida de segurança constituem formas de controle social impostos pelo direito penal e ambas cerceiam o direito fundamental do indivíduo que é a liberdade, e outros direitos fundamentais por conta das condições degradantes e desumanas que se encontram os locais de confinamento. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 9ª edição.).

**5.4 A absolvição imprópria da pena e a aplicação do tratamento em manicômio judiciário**

Os manuais de direito penal brasileiro vêm interpretando literalmente e de maneira assistemática o Código Penal arcaico de 1940. Aponta, assim, que, se restar comprovada a total inimputabilidade do agente no momento do crime, ele deve ser “absolvido”, nos termos do inciso V do artigo 386 do CPP, e será aplicada a medida de segurança obrigatória de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, a falta, em outro estabelecimento adequado. Esta medida que restringe a liberdade do indivíduo que foi absolvido pelo sistema penal sob o pretexto de tratá-lo.

O artigo 96 do Código Penal expõe que a medida de segurança pode-se dar pela internação em “hospital de custódia”, por “tratamento psiquiátrico”, a internação em “outro estabelecimento adequado” ou “tratamento ambulatorial”. Ora, todas essas expressões significam a mesma coisa, trata-se de eufemismos utilizados pela Reforma Penal de 1984 para definir “o velho e deficiente manicômio judiciário”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1. 9ª edição.São Paulo: Saraiva, 2004. p. 741.)

Apesar de os estabelecimentos previstos para a medida de segurança remeter aos estabelecimentos hospitalares públicos, eles não integram o Sistema Único de Saúde, mas sim ao sistema penitenciário. Diante disso, é indefensível que a medida de segurança tenha natureza sanitária e não punitiva. Está, também, em desacordo com os Princípios da ONU de 1991 que determinam que o tratamento destinado aos doentes mentais deve ser realizado pelo sistema único de saúde e de cuidado social, ou seja, pelo SUS e não pelo sistema penitenciário na figura do manicômio judicial.

**5.5 Um Anteprojeto do Novo Código Penal**

Ressurge o movimento de alteração do Código Penal, que teve a sua última grande reforma em 1984. Todavia, a alteração não se limitaria a reformar dispositivos do Código de 1940, mas sim em constituir um Novo Código Penal brasileiro – o que abrange parte geral e parte especial. Em 2011, foi encaminhado ao Senado Federal o Relatório Final que incluía o Anteprojeto do Novo Código Penal brasileiro. Diante de tantas incongruências apresentas sobre o tema, o Anteprojeto se mostra tímido e, infelizmente, pouco altera ou melhora a problemática medida de segurança.

No Título V do Anteprojeto do Novo Código Penal estão previstas as medidas de segurança. Elas não apresentam mais as espécies pleonásticas do código atual, como “internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado”, passando a ser somente “internação compulsória em estabelecimento adequado” ou “tratamento ambulatorial”.

Contudo, quanto ao problemático prazo indeterminado, que já é objeto de construção jurisprudencial e doutrinária, o Anteprojeto permanece prevendo o prazo mínimo de um a três anos. Como se não bastasse tal perplexidade, o Anteprojeto ainda inclui em seu parágrafo 3º que: “atingido o limite máximo a que se refere o parágrafo anterior, poderá o Ministério Público ou o responsável legal pela pessoa, requerer, no juízo cível, o prosseguimento da internação”. Assim, a noção de criminoso nato lombrosiano volta a sua forma máxima ao desumanizar a pessoa considerada inimputável, não restringindo a sua pena ao limite máximo legal. Logo, estamos diante, novamente, da pena perpétua disfarçada ao ser remetida ao juízo cível. Desta forma, “[a] questão de saúde pública da doença mental desaparece, portanto, a partir da política do tratamento criminal e da criação da medida de caráter perpétuo remetida ao Direito Penal”. (Página Jus/revista, 2012). Por fim, apesar de todos estes dispositivos que geram perplexidade, o Anteprojeto do Novo Código Penal prevê, finalmente, que devem ser observados os direitos das pessoas com deficiência, apesar de sua própria redação não respeitá-los.

**CONCLUSÃO**

Os manicômios judiciários brasileiros, desde a sua instauração por Dom Pedro I até hoje, se apresentam como lugares inóspitos, violentos, que geram o silenciamento, humilhação e segregação das pessoas que lá se encontram internadas. Esta instituição total permanece, portanto, gerando a violação dos direitos humanos das pessoas rotuladas como “portadoras de deficiências mentais”. Este grupo vem sendo “objeto de uma violência institucional que atua em todos os níveis, já que qualquer ação contestadora sua será definida dentro dos limites da doença.”. Conforme foi abordado no primeiro capítulo, esta patologização ocorre pela dinâmica social de determinado tempo e espaço que não quer se identificar com este comportamento que foge do padrão dos corpos dóceis.

Esta linha divisória entre os comportamentos aceitos e os não aceitos, os corpos dóceis e não dóceis, os sãos e os sem razão, o bem e o mal, o normal e o patológico, fundamentou também a distinção de tratamento no ramo máximo do direito que é o penal, através da divisão dos imputáveis e os inimputáveis.

É nítido que o sistema penal, de maneira geral, é falho e problemático pela seletividade, violência, e, evidentemente, por não cumprir nenhuma de suas funções. Contudo, em relação às pessoas consideradas “loucas”, o Estado brasileiro vem realizando uma diferenciação que surte o efeito de impedir ou, até mesmo, anular o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos e suas liberdades fundamentais, concretizando, portanto, a discriminação em detrimentos das pessoas “portadoras de deficiência mental”.

Necessário, portanto, colocar o tema em debate, com todas as incongruências do atual modelo do instituto da medida de segurança, a sua inadequação com os preceitos constitucionais e com a legislação especial, buscando enfrentar este problema que perpassa décadas e efetivar a proteção da diferença, da liberdade de identidade, deste grupo de pessoas consideradas “sem razão” que até a voz para pleitear seus direitos foi-lhe tomada.