

MARCELO LEBRE CRUZ

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA DE SEGURANÇA FACE A
PERICULOSIDADE CRIMINAL**

**Dissertação apresentada como
requisito parcial à obtenção do título
de mestre em Direito pelo Programa de
Mestrado das Faculdades Integradas
do Brasil (UniBrasil).**

**Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Clara Maria
Roman Borges.**

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO LEBRE CRUZ

A INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA DE SEGURANÇA FACE A PERICULOSIDADE CRIMINAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre no Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia, Escola de Direito e Relações Internacionais, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. CLARA MARIA ROMAN BORGES (UNIBRASIL).

Membros: Prof. Dr. ALEXANDRE MORAIS DA ROSA (UNIVALE).

Prof. Dr. ELIEZER GOMES DA SILVA (UNIBRASIL).

Curitiba, 14 de agosto de 2009.

Dedico este trabalho às meninas de minha vida: Joyce, Maria Victória, Rafaela e Silvia. Tudo o que faço é para vocês.

AGRADECIMENTOS

Essa dissertação reflete o resultado de uma jornada iniciada no ano 2000, nessa mesma Instituição de ensino, a qual não teria sido trilhada se não fosse o auxílio, o incentivo e a compreensão de pessoas especiais. Algumas delas já faziam parte da minha vida, outras passaram a fazer ao longo destes anos.

Deixo meu muito obrigado, primeiramente, a minha família: João, Joyce, Maria Victória, Silvia e Rafaela, sem vocês nada disso teria sentido. Aos meus avós e ao meu padrinho Júlio que, mesmo a quilômetros de distância, sempre acompanharam meus passos e se orgulharam de minhas atividades. À minha prima Michele (da Unicamp) que muito me auxiliou nas pesquisas iniciais. Também agradeço ao sr. Elson, dn.^a Sônia e ao Pedro, que me acolherem em sua casa como a um filho/irmão.

Aos amigos que me acompanham a muito tempo - Alexandre, Chico e Paulo André -, aos que vieram logo após – Cláudio (a quem devo especial agradecimento pelo auxílio na revisão), Carol(s), Charles, Diana, Eduardo, João Paulo, Ricardo (Kana), Rômulo, Vianeí e Paulo Coen – e aos que conquistei durante o mestrado – Betina, Leonardo, Manuel, Regina e Pablo (a quem gostaria de ter conhecido antes). Sem amigos, de fato, não somos ninguém.

Aos professores que tive ao longo desta jornada e que hoje são, também, colegas de docência: prof.^a Clara Borges, que esteve ao meu lado na graduação, especialização, mestrado e que me orientou neste trabalho; profs. Eliezer Gomes da Silva e Paulo Ricardo Schier, que me auxiliaram na qualificação e revisão do trabalho. Aos profs. Alexandre Morais da Rosa, Francisco A. M. Rocha Jr., Ledo Guimarães, Sylvio Lourenço e Paulo Busato, com quem troquei várias idéias ao longo da dissertação. Aos profs. Emerson Gabardo e Evandro Pizza, que me possibilitaram concretizar o sonho de ser professor. À prof.^a Andréa Roloff, que fez a correção metodológica de mais um de meus trabalhos. Ao prof. Roncaglio e à Dr.^a Sônia Mercer, que foram os primeiros a me dar uma oportunidade no mundo jurídico, a quem agradeço em nome dos que porventura tenha esquecido de citar.

A todos, o meu muito obrigado.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	ix
INTRODUÇÃO	1
1 O ‘TRATAMENTO’ NA CASA DO DELÍRIO: A MEDIDA DE SEGURANÇA	07
1.1 EDIFICAÇÃO JURÍDICA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	07
1.1.1 As Primeiras Construções Legislativas do Instituto.....	07
1.1.2 A Medida de Segurança na Legislação Brasileira	16
1.1.3 Novas Perspectivas da Medida após o Código de 1940	27
1.2 CONFORMAÇÃO DOGMÁTICA DO INSTITUTO	37
1.2.1 As Distinções entre Penas e Medidas de Segurança.....	37
1.2.2 Pressupostos Legais para a Medida: o Injusto-penal e a Inimputabilidade	46
1.2.3 A Periculosidade Criminal como Pressuposto.....	53
2 FENOMENOLOGIA DA LOUCURA E A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA PERICULOSIDADE	65
2.1 DO SILENCIAR NA ANTIGUIDADE À DEMONIZAÇÃO DA IDADE MÉDIA	65
2.1.1 Premissas Clássicas da Loucura e Periculosidade.....	65
2.1.2 Inquisição e Demonologia da Loucura	74
2.2 PODER RÉGIO E A FIGURA DO MONSTRO.....	80
2.2.1 Organicismo Clínico e a Estrutura Soberana	80
2.2.2 A Caricatura do Monstro.....	92
2.3 CONSTRUÇÕES PERVERSAS: A <i>SCIENCIA</i> DA DISCIPLINA NO SÉCULO DOS MANICÔMIOS.....	97
2.3.1 Terapêutica Moral e o Surgimento do Anormal	97
2.3.2 Microfísica da Disciplina: a Produção de Corpos Dóceis	103
2.3.3 O Saber Psiquiátrico e a Consolidação da Periculosidade.....	111
3 PROTECIONISMO X GARANTISMO: A DESCONSTRUÇÃO DA MEDIDA .	125
3.1 A INCONSTITUCIONALIDADE (NÃO) DECLARADA	125
3.1.1 Abstração Conceitual da Periculosidade: Afronte a Legalidade e Igualdade.....	125

3.1.2	Desvirtuamento da Culpabilidade, Intervenção Mínima, Devido Processo Legal, Coisa Julgada e Humanização	144
3.2	GARANTISMO PENAL: POSSÍVEL ALTERNATIVA?	157
3.2.1	Sistemas Penais Garantistas e Autoritários	157
3.2.2	Garantismo, Direito Penal Mínimo e Estado Constitucional	171
3.2.3	Utopias Garantistas ou Limitações Necessárias?	181
	CONCLUSÕES	190
	REFERÊNCIAS BIBLOGRÁFICAS	195
	ANEXOS	213

RESUMO

A presente dissertação objetiva trabalhar com a temática central da *periculosidade*, enquanto fundamento legitimador e pressuposto indispensável para a aplicação de medidas de segurança aos sujeitos que cometeram um injusto-penal, e que não podem ser alcançados pelo juízo de censura da culpabilidade (exatamente por serem portadores de algum transtorno mental). Para tal, far-se-á um resgate inicial acerca da evolução histórica da regulamentação do poder em cada modelo de Estado, demonstrando que a consagração de entes perigosos sempre esteve presente em cada um destes momentos. Nesse diapasão, facilmente se verificará que o perigoso – corporificado na figura do “diferente” (o *outro*) - sempre foi visto como verdadeiro *inimigo* da sociedade, sendo, portanto, merecedor de um tratamento punitivo, discriminatório e segregatório por parte da tutela penal do Estado. Igualmente, será abordada a temática relativa às táticas de controle e dominação encampadas pelo ordenamento jurídico dos diversos países – inclusive do Brasil - para a contenção dos entes perigosos; e dentre essas diversas táticas, dar-se-á especial ênfase à medida de segurança penal: sua estruturação histórico-legislativa, pressupostos, espécies e execução. Ao final demonstrar-se-á que tal instituto – exatamente por estar fundamentado na oracular idéia de periculosidade - não se coaduna com o ideal *garantista* propugnado pelo hodierno Estado Democrático de Direito, padecendo do insanável vício da inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present dissertation aims to work mainly with *harmfulness* as a legitimate base and indispensable presumption for measures of security application to incapable subjects who committed a crime but are not achieved by culpability judgement (because of their mental disorder). Firstly, we'll make a rescue about the historical evolution of political power in each State model, showing that the establishment of dangerous entities was present in each of these moments continuously. On this way, it will be easy to notice that the dangerous person – meant to be the 'different' (the *other*) – was always faced like a truly *enemy's* society, deserving, therefore, a strictly and unfair treatment by the criminal justice system. Equally, it will be considered the question about several assuring measures accepted by the law system of many others countries – also by Brazil – for containment of dangerous entities; and among these several tactics, it will be given more emphasis to "measure of security": its structure, presumptions; species and execution. At the end, we'll show that this institute – exactly because it's based on the oracular idea of "harmfulness" – doesn't fit with the *guaranteeing* ideal spread by the current Democratic State of Law, suffering of the irreparable mistake of unconstitutionality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	- artigo
Arts.	- artigos
CP	- Código Penal
CPC	- Código de Processo Civil
CPP	- Código de Processo Penal
CR	- Constituição da República
CR	- Constituição da República de 1988
Inc.	- inciso
Incs.	- incisos
LEP	- Lei de Execuções Penais
MS	- medida de segurança
RT	- Revista dos Tribunais
SG	- sistema garantista
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TJ	- Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

Sem ter a pretensão de fazer pormenorizadas incursões no vasto campo da subjetividade humana, amplamente estudada e debatida pelas ciências da mente – as nominadas “*psi*” (psicanálise, psicologia e, especialmente, a psiquiatria) –, a presente dissertação aborda, sob uma perspectiva estritamente criminológica e dogmática, uma temática que desperta usual curiosidade na população em geral, embora não seja alvo da mesma atenção por parte da comunidade jurídica, o que se deve, em especial, por conta de preconceitos e incertezas carreadas pelos operadores do Direito: a relação entre loucura e criminalidade, bem como as consequências jurídicas daí advindas.¹

Partindo de fatos históricos e concepções clínicas, filosóficas e sociológicas, as quais se vincularam ao longo dos séculos a variadas construções jurídico-penais, demonstrar-se-á que toda a estrutura que legitima a existência e a aplicação das medidas penais de segurança, essencialmente fulcrada na idéia pseudocientífica de periculosidade do agente, arrosta diretamente o espírito propugnado pela Carta Magna brasileira de 1988, o que a torna inconstitucional.

Para tal, o trabalho se debruçará sob três perspectivas: para o passado,

¹ Inicialmente, é mister delimitar que o termo “loucura” (e seus análogos: v.g., o “louco”), empregado ao longo desse trabalho acadêmico, quer se referir, genericamente, à toda e qualquer espécie de patologia ou transtorno psíquico/mental, assim delineados no **DSM-IV**, publicação da American Psychiatric Association – In: ASSOCIAÇÃO PSIQUIÁTRICA AMERICANA. *DSM-IV*: Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995. Também aceito pela Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP). Disponível em: <<http://www.psych.org/>> e <<http://www.abpbrasil.com.br>> Acesso em: 01 jul.2008.

Todavia, não se pode deixar de reconhecer que a mesma expressão é também concebida sob uma perspectiva mais ampla: uma idéia sociológica de loucura, que se referente aos atos daqueles que abruptamente se diferenciam da média geral da população em razão de seu comportamento e suas características únicas, ou que ao mesmo tempo são exagerados, inusitados ou pouco aceitos pelo corpo social – no que também se incluem, por certo, aqueles indivíduos que sofrem de alguma espécie de transtorno mental, como bem salienta FERRAZ, Flávio Carvalho. *Andarilhos da imaginação*: um estudo sobre os loucos de rua. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000. p.30. Será adotada, pois, “a idéia de loucura enquanto toda e qualquer experiência (psíquica) que representa uma ruptura com o universo da razão, ainda que tal ruptura seja indireta ou parcial”, conforme assevera BIRMAN, Joel. *Entre cuidado de si e saber de si*: sobre Foucault e a psicanálise. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.p. 41. Ou seja, “a loucura como a perda das capacidades racionais ou a falência do controle voluntário sobre as paixões, como um estado individual da perda da razão ou do controle emocional”, e não como uma genérica aberração da conduta em relação aos

onde fará uma reconstrução histórica da medida de segurança – traçando algumas premissas doutrinárias e delineando sua incorporação legislativa – e também da própria concepção de periculosidade, sempre procurando atrelá-la ao fenômeno da loucura e à idéia de inimigo; para o presente, onde demonstrará que o tratamento conferido ao indivíduo portador de transtornos psíquicos é rigorosamente punitivo e segregatório, especialmente firmado com a consagração das medidas penais de segurança; por fim, lançará seus olhares para o futuro, onde se concluirá pela possibilidade de uma saída ao problema delineado, conferida por meio de uma estrutura garantista do direito, na qual as medidas de cunho pretensiosamente protetivas (com as medidas de segurança) devem ser definitivamente banidas da estrutura jurídico-penal.

Nesse diapasão, o primeiro capítulo se ocupará basicamente de uma delimitação dogmático-legislativa da medida de segurança. De início, se verificará como e quando o instituto surgiu no âmbito legislativo: ocasião em que se chamará à voga o anteprojeto do Código Suíço elaborado por STOOS e o Código penal italiano estruturado por ROCCO² - ambos inspirados nas idéias que Franz Von LISZT trouxe no Programa de Marburgo.³

Também será traçada uma linha evolutiva do instituto no âmbito da legislação penal brasileira, bem como se firmará as concepções teóricas que lhe deram sustentabilidade nesta evolução: dos primeiros esboços trazidos pelo Código criminal do Império (1830) e pelo Código penal da República (1890), até a sua definitiva consolidação no Código penal de 1940 e as transformações legislativas que se seguiram (a reforma penal de 1984 e a Lei de execução penal).⁴

Feita esta delimitação inicial, o capítulo se voltará à conformação teórica do instituto no Direito brasileiro, ocasião em que será feita uma distinção entre penas e medidas de segurança, bem como se fará uma acurada análise dos pressupostos legais exigidos para a aplicação da medida: a prática do injusto penal

padrões ou valores dominantes numa certa sociedade – como também indica PESSOTTI, Isaias. *A loucura e as épocas*. Rio de Janeiro: 34, 1994, p.07.

² Neste sentido: STOOS, Carl. *Avant-projet de code pénal suisse* [1893-1894]; ROCCO, Arturo. *Il codice penale italiano: codice Rocco* [1930] Apud NOGUEIRA, Ataliba. *Medidas de segurança*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937. p. 110-117.

³ LISZT, Franz Von. *Marburger Programm* [1882] Apud LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Brasília: Senado Federal, 2006. p.17.

⁴ Consubstanciadas, respectivamente, nas Leis n.º 7.209 e n.º 7.210, ambas de 1984.

por um agente que é inimputável em razão da patologia mental, o qual é considerado, por conta disso, um indivíduo criminalmente perigoso.

É aqui que serão trazidas as primeiras idéias sobre a noção de periculosidade, enquanto argumento que sustenta e legitima a aplicação das hodiernas medidas de segurança. É também o momento em que se estabelecerão as primeiras críticas ao instituto, as quais servirão de base para aventar a sua inconstitucionalidade nos capítulos próximos.

O segundo capítulo está voltado para uma análise histórica da concepção e do tratamento conferido ao indivíduo considerado perigoso ao longo da evolução política e social dos diversos Estados ocidentais.⁵ Iniciando por uma ligeira abordagem da antiguidade clássica, tempos da filosofia de Eurípedes, Hipócrates, Ésquilo e Galeno, onde os perigos inerentes à loucura eram objeto da mitologia e dos textos trágicos ou poéticos. Passando pela idade média e a visão demoníaca do fenômeno, quando se fez pela primeira vez buracos nos crânios dos indivíduos para extirpar-lhes o mal e conceder-lhes a salvação da fé. Até o advento das monarquias absolutas, erguidas em torno do princípio do poder régio, onde a loucura passa a receber contornos médicos – pois mesmo se concebendo o indivíduo perigoso como ser teratológico (o “monstro”), ainda assim se propugnava por um “tratamento”, usualmente marcado pelo castigo, pelo medo e pela dor.

Por fim, sob o marco teórico do iluminismo - que possibilitou o desencadear das grandes revoluções do século XIX e XX, e também inspirou o nascimento da criminologia -, se demonstrará que a inversão operada na mecânica de poder (antes soberana, agora *disciplinar*) ofertou um novo trato ao indivíduo portador de transtornos mentais, especialmente ao infrator da norma penal: baseado numa idéia de normalização, não mais se buscava o controle pela simples exclusão, mas, ao contrário, pretendia-se impor-lhes uma inclusão forçada, tornando-os indivíduos dóceis e úteis ao novo sistema.

É nesta perspectiva que se delineará o estreitamento de laços que ocorreu entre as ciências médicas e jurídicas (especialmente entre psiquiatria e direito

⁵ Anota-se, por oportuno, que a divisão adotada no presente trabalho toma como base preliminar a classificação nosográfica feita por Isaias Pessotti - que entende a 'loucura' em três perspectivas históricas: concepção trágica, concepção demonista e concepção médica -, a qual, reconhecidamente, é imprescindível para a correta compreensão do tema – In: PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p.09.

penal), ocasião em que se inaugura oficialmente o conceito de *periculosidade* como marco diferencial e viabilizador da eterna segregação de certa gama de indivíduos: os *hostis*⁶. Tal vinculação - quase promíscua (no sentido de que não há um respeito mútuo) - de saberes, que ocorreu *pari passo* com a Revolução burguesa e propiciou a construção de uma abstrata lógica hospitalocêntrica, fez com que o século XIX ficasse conhecido como o “século dos manicômios”⁷, bem como propiciou a elaboração e solidificação das medidas de segurança.

Perguntas como: no que consiste a periculosidade? pode ela ser definida sob os parâmetros de um conceito fechado? existe algum critério (objetivo) para delimitar quem é perigoso? se sim, a quem competirá identificá-los? - serão objeto de acurada verificação ao longo do texto, sempre acompanhadas das necessárias críticas criminológicas.

Das respostas obtidas, facilmente se perceberá que as medidas de segurança somente geram um indesejável processo de segregação, exclusão e punição (se é que tal processo é verdadeiramente indesejado) voltado unicamente para o controle social, o que será objeto de críticas no capítulo terceiro do trabalho.

Constatar-se-á que o indivíduo submetido ao “tratamento” proposto por tal medida penal, não apenas ficará privado de sua liberdade ambulatorial de maneira arbitrária e por tempo indefinido – contrariando o teor expresso de normas contidas na Carta Magna brasileira (como, por exemplo, o artigo 1º, inciso III o artigo 5º, *caput* e incisos I, III, XXXIX, XLI, XLVI, XLVII, XLIX, LV da Constituição) - como também lhe serão negados vários dos benefícios que usualmente são assegurados aos sujeitos criminalmente imputáveis: como a progressão de regime, o livramento condicional, a possibilidade de uma efetiva detração penal, o *sursis*, a remição pelo trabalho, permissão de saída e saídas temporárias, dentre outros – os quais, para além de meros benefícios da execução, consagram verdadeiros direitos que incorporam o patrimônio subjetivo do cidadão.

Este quadro acaba gerando uma incômoda situação, de toda inconcebível num Estado Democrático: a de direitos que são negados a determinados indivíduos pela simples condição de serem portadores de uma patologia (psíquica) que

⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no Direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁷ PESSOTTI, Isaias. *O século dos manicômios*. São Paulo: 34, 1996. p.03.

interfere na capacidade de entender o caráter ilícito de seu ato ou portar-se de certa maneira diante dele.

Sob tais perspectivas, uma vez solidificada as necessárias críticas ao fenômeno da periculosidade, bem como à instituição manicomial e à sanção penal conhecida por medida de segurança, propugna-se – ainda no terceiro capítulo - por uma possível solução ao problema, ocasião em que se chama à voga o discurso garantista desenvolvido por Luigi FERRAJOLI⁸, o qual melhor pode se adequar à lógica dos hodiernos Estados constitucionais. Obviamente, isto não significa que tal ideologia passa ilesa a críticas – e estas serão brevemente pontuadas e rebatidas, para que não se corra o risco de cair na tentação de um cego e utópico garantismo penal.

Como abordagem derradeira, far-se-á uma necessária distinção entre *garantismo* e *proteccionismo*, verificando que apenas o primeiro modelo se adequa ao marco democrático, do que se conclui que qualquer tentativa de manutenção das medidas de segurança, enquanto instrumento penal de sanção aplicável ao infrator que possui um transtorno mental, se transforma em verdadeira medida *kafkaniana* de segregação.

Afinal de contas, se o tratamento usualmente conferido nos diversos manicômios judiciários não se presta efetivamente a curar o infrator patológico e a propagada intenção de ulterior inclusão, em verdade, só o exclui mais, não há razão de ser para o internamento penal.

Objetiva-se, com isso, demonstrar que os danos causados pelas medidas de segurança ao portador de transtorno mental que está em conflito com a lei penal são demasiado elevados e inúteis. E mais, ao conformar uma determinada identidade (um estigma) para esse sujeito, verifica-se que a atual postura encampada pelo ordenamento penal não supre suas necessidades especiais.

Visando romper com a estrutura jurídica que sustenta o instituto, o presente trabalho investigará as razões deste poder de segregação eterna e sem direitos mínimos que se firma com os hospitais psiquiátricos judiciário.

Para tal, deverá ser definitivamente desconstruído o pensamento que ainda permite alardear que 'normal' é o que advém da norma (enquanto reflexo de

8 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

um determinado jeito ou maneira de ser desejada/exigível do corpo social), bem como a lógica perversa - excludente e inconstitucional - que transforma o portador de sofrimento mental em um cidadão de segunda classe, um verdadeiro “não-cidadão”.

É preciso, pois, verificar que medida é esta que hospitaliza para todo o sempre e não deixa margem para qualquer reinserção social. Desvendar os vários “porquês” que circundam o instituto, especialmente para desnudar que espécie de diferença permite que se trate o portador de sofrimento apenas como objeto e não sujeito de direitos.

Para cumprir a missão proposta, o trabalho se apoiará basicamente nos pensamentos filosóficos de Michel FOUCAULT, na historiografia clínica de Isaias PESSOTTI, na criminologia crítica e também nas construções jurídicas de Eugênio Raúl ZAFFARONI e Luigi FERRAJOLI.

1 O 'TRATAMENTO' NA CASA DO DELÍRIO: A MEDIDA DE SEGURANÇA

1.1 EDIFICAÇÃO JURÍDICA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

1.1.1 As Primeiras Construções Legislativas do Instituto

Tratar da inconstitucionalidade da medida de segurança, impõe ao pesquisador a missão de abordar, necessariamente, a temática da periculosidade criminal: seu nascimento e transformação ao longo dos séculos, bem como sua incorporação e consolidação ao direito penal. Afinal, é sob tal noção que se assenta toda a legitimidade do instituto.

Contudo, para que se possa ter uma exata compreensão das idéias que circundam a temática da periculosidade, é necessário firmar, antes, algumas das premissas que delinearam a formatação da própria medida no âmbito da doutrina e da legislação penal.

Para tanto, a primeira parte deste trabalho se dedicará exclusivamente a traçar as linhas gerais que conformam aquilo que, hoje, o direito penal concebe como medida de segurança.

Etimologicamente, tais medidas traduzem a idéia de providência, de precaução, de cautela, característica especial de se dispensar cuidados à algo ou alguém para evitar um determinado mal. É exatamente nesta perspectiva que elas também acabaram por consagrar o seu escopo primordial: atuar no controle social, afastando o risco inerente ao delinquente que é inimputável (ou semi-imputável) e que praticou (ou tende a praticar) uma infração à norma penal.⁹

Neste diapasão, é possível concebê-las como uma providência do poder político estatal que impede que determinada pessoa, ao cometer uma infração penal e se revelar perigosa, venha a reiterar a conduta desviante, necessitando de tratamento adequado para sua reintegração (ou exclusão) social.¹⁰

Mas antes de alcançar a estrutura jurídica que tem hoje, o instituto foi alvo

⁹ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001. p. 15.

de diversas elaborações teóricas e legislativas, no Brasil e no mundo. Basta verificar que tais medidas surgiram - como espécie de sanção regulamentada em um ordenamento jurídico - apenas no final do século XIX, por inspiração da doutrina de Franz Von LISZT¹¹, que as concebeu ao lado das penas, como mecanismo eficaz de defesa social.

Von LISZT, inspirado por uma concepção intitulada preventiva da sanção penal - de matriz nitidamente positivista (fruto das transformações no pensamento criminológico ocorrido na época) -, desenvolveu toda uma idéia sobre a “pena-fim/pena-defesa”.¹²

Certamente influenciado pela doutrina de Rudolf Von IHERING¹³ num primeiro momento, acreditava que toda sanção penal deveria estar voltada à consecução dos fins do próprio Direito, que tem por escopo a proteção dos interesses da vida humana. Nesta perspectiva, caberia ao direito penal proteger os mais relevantes bens jurídicos do cidadão, de modo que a repressão penal – instrumento principal da atuação punitiva estatal - não poderia ser utilizada quando desnecessária.

Partindo destas premissas, elegeu na defesa social o fim justificador à imposição de sua “pena-defesa”, integrando num só tipo de sanção fins retributivos e preventivos. LISZT acreditava na junção entre utilitarismo e justiça das normas jurídicas, de modo que “a punição se justifica, ora por fins retributivos ao mal praticado, ora por prevenção diante do perigo da reiteração da conduta”.¹⁴

Tal criação foi reflexo do estado de espírito que dominava a doutrina penal do século XIX e XX: de um lado, via-se a escola clássica pregando fins mais humanitários à sanção penal (idéia estritamente liberal); de outro lado, a nascente escola etiológica acrescentava à anatomia silogística do crime, como fenômeno

¹⁰ Idem.

¹¹ Numa variante alemã do positivismo, LISZT propunha a imposição de penas ressocializadoras para os iguais e penas intimidatórias para os ocasionais. E para os incorrigíveis (os verdadeiros inimigos), como não era possível se propugnar, em sua época, por uma matança coletiva dos mesmos, LISZT propugnava pela neutralização dos mesmos (especialmente pela pena perpétua). In: LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal...*, p.100.

¹² LISZT, Franz Von. *Teoria finalista no Direito penal*. Campinas: LZN, 2007. p.18. E ainda: LISZT, Franz Von. *A idéia do fim no Direito penal*. São Paulo: Rideel, 2005. p.62.

¹³ Para IHERING, o Direito é uma consecução de fins (visão finalista); é algo que se forja no perene trabalho do Direito, sendo por essa razão o "conjunto das condições de vida da sociedade asseguradas pelo Poder Estatal por meio de coação externa" estando por essa razão intimamente ligado ao Estado” – In: IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Rideel, 2005. p. 08.

jurídico e abstrato, o estudo das condições pessoais e reais do delito, como fenômeno natural e social (num ideal puramente interventor). Ou seja, era um momento de transição que vivia a doutrina penal,¹⁵ no qual se percebeu que a tradicional concepção da pena não era suficiente para impedir os avanços da criminalidade, o que os fez perquirir a enunciação de uma nova espécie de resposta jurídico-penal.¹⁶

Elegeu-se na inocuização e no tratamento do delinquente, fins irrenunciáveis à resposta jurídico-penal, como forma substitutiva a então vigente idéia clássica de retribuição. E foi assim que se começou a falar em uma finalidade preventiva para a sanção.

Mas note-se que num primeiro momento a perspectiva de prevenção estava ligada unicamente à pena (*stricto sensu*), aplicável ao agente consciente e com liberalidade de ação, de modo que muitos delitos acabavam ficando sem punição – como, por exemplo, nos casos constatados de incapacidade psíquica do agente. E isso era inconcebível dentro de uma nova perspectiva que se inaugurava à época, a qual pretendia fechar todas as lacunas onde o poder punitivo não alcançava.

Foi então que cresceu a influência e a importância dos positivistas italianos. Partindo da premissa de que o crime é uma doença social, eles propugnavam que a cura poderia ser alcançada com o tratamento, forçosamente imposto durante a execução da pena.

Influenciados pela concepção biológica do tipo de criminoso, assemelhavam a sociedade ao organismo de um indivíduo, entendendo que ambos estavam carentes de meios de defesa como tutela contra o inimigo. Diante desta realidade – de que os indivíduos e a sociedade (como um todo) tinham direito à

¹⁴ LISZT, Franz Von. *A idéia do fim...*, p.62.

¹⁵ Na mesma lógica, Salgado MARTINS destaca que havia um conflito entre o Direito penal clássico, baseado na idéia de responsabilidade moral, e o direito penal que a escola positiva desejava esvaziar de todo o seu conteúdo ético, orientando-se somente pelo princípio da utilidade prática e da defesa social. Era necessário superar esta antinomia e demonstrar que, dentro do direito penal seria possível estender, sob critério jurídicos, as suas normas, não para punir apenas, mas também para prevenir a reação anti-social dos anormais psíquicos e dos indivíduos perigosos – In: MARTINS, Salgado. *Sistema de Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957. p. 434-435.

¹⁶ Se a intimidação e a emenda eram fins pouco eficazes, questionou-se a necessidade da tradicional pena – In: MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída*. Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro, 2006. p.16.

própria conservação -, a inocuização dos indesejados consagrar-se-ia como algo bom para a própria harmonia social.¹⁷

Adotaram a ideologia do tratamento, que buscava fins preventivos à pena, selecionando na defesa social, no determinismo e no utilitarismo,¹⁸ os princípios imanentes a essa nova categoria de resposta sancionatória.

Como assevera Salo de CARVALHO, a tensão entre liberalismo e determinismo criminológico induziu à criação do híbrido sistema integrado das ciências penais. E tal resultou numa “doutrina eclética de *pena-defesa*, visto ser simultaneamente informada por princípios de defesa social e de incapacitação (para os irrecuperáveis), de emenda (para os recuperáveis), de intimidação e retribuição”.¹⁹

Assim, ao desenvolver o Programa de Marburgo²⁰, Von LISZT acabou criando um modelo integrado e relativamente harmônico entre dogmática e política criminal, postulando ser tarefa da ciência jurídica estabelecer instrumentos flexíveis e multifuncionais com escopo de ressocializar e intimidar as mais diversas classes de infratores. Com isso, LISZT também expressou sua opção determinista-naturalista, enfatizando a necessidade de que a pena atuasse com intuito de correção do homem, embora não tenha com isso abdicado de alguns postulados do contratualismo clássico.²¹

Mas é certo que LISZT negava o paradigma da exclusiva retribuição para a sanção penal, impondo a necessidade da prevenção especial positiva. Tal

¹⁷ Assim, a justiça penal possuía uma “função clínica que preservaria a sociedade” – In: FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. São Paulo: Livaria Acadêmica/Saraiva, 1931. p. 06.

¹⁸ Dentre os argumentos utilizados para negar ao máximo (porém, não na totalidade) o retribucionismo da sanção, o mais importante foi o argumento do utilitarismo, conferindo predomínio à função defensiva e de proteção às punições. Acreditavam os positivistas que o justo equivalente nada mais era do que o útil, pregando que a justificação das medidas preventivas e sancionatórias se fundava na idéia de utilidade. A idéia de justiça para os utilitaristas estava em buscar e aplicar uma relação de conveniência entre o ato perigoso e o delinqüente, visando impedir que o crime fosse aperfeiçoado – In: FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p.23.

¹⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 73.

²⁰ Neste programa, LISZT desenvolve uma concepção político-criminal baseada na ideologia terapêutica e, em última instância, na substituição da pena e do Direito penal da culpabilidade pela medida de segurança e do Direito penal da perigosidade – In: LISZT, Franz Von. *Marburger Programm (1882)* Apud LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal...*, p. 19.

²¹ Como, por exemplo, a idéia de um tratamento humano na aplicação da sanção, ou o respeito ao princípio da taxatividade – Ibidem, p. 21-22.

perspectiva, como bem anota Luigi FERRAJOLI,²² implica no fato de que o modelo almejado pelo Programa de Marburgo tinha nítido ideal correcionista, pois a lógica era a de que o infrator deveria efetivamente ser tratado, e o direito penal serviria para conferir tal tratamento.

O programa também destacou a importância de uma ação conjunta entre direito penal e antropologia, psicologia e estatística criminal (por isso foi batizado de “ciências penais integradas”²³).

E foi exatamente desta conjugação – fracasso da pena como retribuição e o advento da idéia de prevenção – que surgiu uma corrente de pensamento que propugnava pela criação de uma nova espécie de sanção penal, a qual coexistiria ao lado da pena: a pena deveria manter seu cunho retributivo, e, ao lado dela, seria criada uma nova espécie de sanção, de cunho eminentemente preventivo.²⁴

Formavam-se assim as linhas preliminares das medidas penais de segurança, as quais se colocariam em prática logo depois, com o trabalho de Carl STOOS.²⁵

Coube a STOOS, ao desenvolver um anteprojeto para o Código penal suíço (1893), a implementação definitiva do instituto no âmbito da legislação penal européia.²⁶ Na elaboração de seu projeto, STOOS conferiu à medida de segurança especial atenção, dando-lhe minuciosa sistematização e rigor técnico - o qual, inclusive, serviu de base para todas as demais propostas de codificação do instituto que vieram concomitantemente nos ordenamentos ocidentais.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 255.

²³ A este conjunto de saberes que tem no crime o seu objeto de estudo, Fran Von Liszt deu o nome de “enciclopédia das ciências criminais”, as quais, uma vez reunidas, formariam a intitulada “Ciência global do Direito Penal” – *gesamte Strafrechtswissenschaft*. E ela seria Integrada exatamente para se firmar uma certa distância de algumas postulações dadas por Von Liszt, que propugnava por um esforço conjunto destas ciências, mas as tinha como ramos totalmente autônomos, cada qual com um papel específico e definido, sem poder de ingerências sobre as demais - In: LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal...*, p. 293.

²⁴ “... a crise da pena e a necessidade da defesa social foram os motivos legitimadores do aparecimento da nova sanção - a medida de segurança -, e, neste contexto, revela-se importante a influência da escola positiva italiana” - In: FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p. 19.

²⁵ “... enquanto Von LISZT foi o idealizador das modernas medidas de segurança, STOOS foi quem as positivou” – Ibidem, p. 30.

²⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 255: “...a parte geral do Projeto Stoons foi publicada em 1893, mas só em 1º de agosto de 1894 veio a publicação do texto integral, em 211 artigos, com as Observações preliminares, do seu autor”. O anteprojeto encomendado objetivava a estruturação de uma legislação una e geral para toda a Confederação helvética, o que somente iria se concretizar tempos depois, entrando em vigor

Envolvido pelas idéias de LISZT e FERRI (sobre a “pena-fim” e a “sanção preventiva” como instrumento de segurança), entendeu a necessidade de se criar, por lei, uma medida que constituísse providência curativa imposta aos infratores perigosos que ameaçavam a sociedade, a qual seria aplicada de maneira complementar ou em substituição à pena criminal.²⁷

Assim, o Título terceiro da obra foi totalmente dedicado às penas e às medidas de segurança, as quais ainda não estavam solidificadas de maneira rigorosa e articulada. De qualquer sorte, seu trabalho foi de extrema importância, pois estabelecia quais seriam os locais para o cumprimento da medida (estabelecimentos destinados exclusivamente à internação dos delinqüentes habituais, casas de ensino profissional, asilo para ébrios habituais, estabelecimento para tratamento de toxicômanos, hospitais de alienados...); previa a expulsão do território suíço, quando se tratava de estrangeiro (o que era tido como uma forma de medida de segurança); etc.²⁸

Nada obstante, é válido observar que as medidas de segurança, nessa primeira aparição, surgiram essencialmente ao lado das penas (num sistema homogêneo), contando com as seguintes características: eram atribuídas prioritariamente pelo Juiz; seriam pronunciadas sob a forma de sentença relativamente indeterminada, com duração condicionada à cessão da periculosidade; estariam baseadas na periculosidade do agente; deveriam ser executadas em estabelecimentos especializados e adequados ao tratamento do perigoso; poderiam ser constituídas em medida complementar, algumas vezes substitutiva à pena, aplicando-se àqueles “delinqüentes incorrigíveis” cuja execução da pena seria ineficaz.²⁹

Por isso, é possível conceber que o Código Suíço de 1937 – que encampou em quase sua totalidade o Projeto de STOOS - foi o primeiro diploma

apenas em 1º de janeiro de 1942 (inclusive, foi a mesma data em que entrou em vigência o Código Penal Brasileiro de 1940).

²⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1951. v. 3. p. 21.

²⁸ MARTINS, Salgado. *Op. cit.*, p. 437.

²⁹ A maior preocupação era com os alcoólatras habituais, os corrompidos perigosos e os delinqüentes juvenis – In: FERRARI, Eduardo Reale. *Op. cit.*, p. 30.

legal que efetivamente concebeu e tratou do tema.³⁰

Contudo, antes mesmo de virar Lei, importa notar que o projeto já havia influenciado a elaboração de outras legislações por toda Europa, dentre as quais se destaca o Código penal italiano de 1930 – conhecido como Código Rocco -, no qual as medidas de segurança (sob o nome de *misure amministrative di sicurezza*) constituíam o objeto do Título oitavo (artigos 199 a 240), dividindo-se em medidas pessoais e medidas patrimoniais, subdividindo-se as primeiras em detentivas e não detentivas.³¹

O diploma italiano inovou ao acolher o princípio da jurisdicionalidade das medidas de segurança, firmando que sempre deveriam ser aplicadas por um Juiz. Também estabelecia, em seu art. 202, que a medida seria aplicável (em regra) a pessoas perigosas que tinham cometido um fato previsto em lei como crime – com o que se consolidou e desenvolveu pela primeira vez uma idéia de periculosidade

³⁰ Nada obstante, importa firmar que muitos países europeus já possuíam sanções que, mesmo não denominadas medidas de segurança (algumas eram chamadas mesmo de pena), tinham esta função de prevenção contra agentes perigosos: o Código Penal português de 1852, consagrando o degredo e o desterro; o Código português de 1886, impondo a entrega dos loucos às suas famílias para os guardarem, etc. - Idem. Há também o código penal francês de 1810, que dispunha, em relação aos menores de mais de 13 e menos de 18 anos, que tivessem agido sem discernimento, que, embora não sujeitos à pena, seriam, segundo as circunstâncias, entregues a seus pais, a uma pessoa ou instituição caritativa, ou enviadas a uma colônia penitenciária, para serem educados e detidos durante o número de anos que o julgamento determinar, não excedendo, porém, à época em que completarem a idade de 21 anos. Também a Lei inglesa de 1860, denominada *Criminal Lunatic Asylum Act*, determinando o recolhimento dos criminosos irresponsáveis a um asilo de alienados, também expressava a necessidade inelutavelmente sentida de se impedir, pela custódia, continuassem o criminoso isento de pena a oferecer perigo – In: MARTINS, Salgado. Op. cit, p. 433. O Código italiano de 1889, conhecido como “Código Zanardelli”, dispunha no art. 46 que, no caso de absolvição do imputado, por motivo de enfermidade da mente (*infermità di mente*) o juiz, se estimar perigosa a libertação do absolvido, ordena a sua custódia pela autoridade competente, para os provimentos da lei. O art. 48 da mesmo código dispunha que no caso de um criminoso que é ébrio habitual, a pena restritiva de liberdade a que estaria condenado poderia ser cumprida em um estabelecimento especial, indicado pelo juiz. Em relação aos menores e aos surdos-mudos, o Código Zanardelli previa o internamento em instituto de educação e de correção: quanto aos menores, por um tempo que não ultrapasse a maioridade, quanto aos surdos-mudos, até 24 anos, e depois podendo o juiz ordenar que o surdo-mudo passe à custódia da autoridade competente (art.s 53 e 58). Ou seja, “havia meios de prevenção mediata, mas não se utilizava a expressão técnica ‘Medida de segurança’” – In: BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 725.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 624: “Os arts. 215 e 236 previam 10 tipos: a)8 medidas de segurança pessoal (art. 215) das quais 4 detentivas, que são por seu turno o encaminhamento a uma colônia agrícola ou casa de trabalho (art. 216-218), a manutenção em uma casa de custódia e tratamento (art. 219-221), a manutenção em um hospital psiquiátrico (art. 222), o encaminhamento a uma reformatório judiciário (art. 223-227), e quatro de não detenção, que são a liberdade vigiada (art. 228-232), a proibição de pernoite em mais de uma comuna ou província (art. 233), a proibição de freqüentar cantinas e espaços públicos de consumo de bebida alcoólica (art. 234) a expulsão do estrangeiro do estado (art. 235). b) duas medidas de segurança patrimoniais (art.236), que são a caução de uma boa conduta e o confisco”.

criminal no corpo legislativo; embora também possibilitasse a medida pré-delitiva (como exceção), em casos específicos delineados no art. 202, segunda parte do Código: casos em que fosse possível inferir, presumidamente, a periculosidade social do indivíduo.³²

Este articulado sistema punitivo que se consolidou na legislação italiana, também foi o responsável por traçar uma nítida linha de separação entre as duas modalidades de sanção penal: a pena e a medida de segurança, condicionando a primeira à culpa (responsabilidade moral) do agente e a segunda à sua periculosidade. Assim, enquanto a pena conservaria uma função ético-jurídica de repressão (traduzindo uma pretensa idéia de “justiça”), a medida traria a função de prevenção especial (numa idéia de “utilidade”), com duração subordinada sempre à persistência da periculosidade individual - aos perigosos irresponsáveis, a medida de segurança seria um substitutivo da pena; já para os perigosos responsáveis, seria um complemento dela.³³

Nota-se que nesta perspectiva, era enunciada pela primeira vez uma concepção dualista do duplo-binário, a qual possibilitava a aplicação conjunta da pena e da medida de segurança.³⁴

Não obstante o Código Rocco tenha salvaguardado várias garantias penais e processuais em tema de pena (*stricto sensu*) - conquistadas com o iluminismo e com o trabalho da Escola clássica de criminologia -, certo é que acabou renegando-as por inteiro ao conceber as medidas penais de segurança.³⁵

³² Segundo FERRAJOLI, a função preventiva e de defesa social destas medidas foi explicitamente declarada por Rocco, que no seu prefácio do Código penal a define como “a necessidade de predispor novos, e em cada caso mais adequados, meios de luta contra as agressões à ordem jurídica, a serem adotados quando a pena seja por si ímpar ao escopo ou ainda faltem os pressupostos e as condições para sua aplicação” – *Ibidem*, p. 625.

³³ HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, v. 3, p. 23.

³⁴ BATTAGLINI, Giulio. *Op. cit.*, p. 728-729. Segundo o autor, ao verificar a história do sistema dualístico na Itália, deve ser lembrado que no programa do partido fascista, de 1919, encontrava-se um ponto a respeito da reforma penal, inspirado justamente neste conceito: “Hão de ser intensamente promovidos os meios preventivos e terapêuticos da delinquência (reformatórios, escolas para transviados, manicômios criminais, etc.). A pena, meio de defesa da sociedade nacional, prejudicada no Direito, deve cumprir normalmente as funções de intimidação e emenda; em consideração à segunda dessas funções, as penitenciárias não de ser higienicamente melhoradas e socialmente aperfeiçoadas”.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 625. Basta ver que a própria Constituição Italiana – adepta de uma concessão pedagógica da sanção penal (art. 27, §3º) - outorgava legitimidade e validade à tais medidas assecuratórias, inclusive delimitava expressamente que “ninguém poderia ser submetido a uma medida de segurança senão nos casos previstos pela lei” (ex vi art. 25, §3º, também repetido no art. 199 do Código penal).

Daí por diante, o instituto passaria a incorporar quase todas as legislações ocidentais: havia previsões no Código penal norueguês (1902); no Código penal alemão (1909); no Projeto austríaco de Código penal (1910); no Código argentino (1921); no Projeto chileno (1929); na Lei belga (1930); no Código dinamarquês (1930); no Projeto francês (1930) e também no Código penal espanhol (1928).³⁶ Cabe verificar que, logo em seguida, tais concepções foram também importadas para o Brasil, vindo a consolidar-se no Código penal de 1940 e generalizar-se como alternativa para aqueles que eram “criminosos natos e incidiam em conduta humana típica e antijurídica, mas que eram inimputáveis”.³⁷

Portanto, é possível concluir que a medida de segurança foi uma criação moderna, fruto de toda uma sorte de acontecimentos sociais, políticos, econômicos jurídicos e criminológicos que inaugurariam uma nova mecânica de poder punitivo.

Importa também verificar, por oportuno, que as medidas de segurança estiveram na base da estruturação legal de todos os regimes políticos autoritários que se instauraram ao longo do século XX: dos governo nazi-fascista aos marxista-lenista³⁸, passando até mesmo pelos governos populistas e ditatoriais da América latina³⁹ - isto porque, “era preciso que o Estado interviesse em função da defesa dos bens jurídicos fundamentais, antes mesmo do cometimento do delito”; era preciso prever e conter todas as possibilidades de infração; e a saída para isso era simples: bastava segregar o sujeito indesejado em um local específico, de onde não sairia

³⁶ Sobre o Código Espanhol, Paulo Busato e Sandro Hupaya lembram que “o artigo 97 não precisava claramente o fundamento das medidas que se relacionavam com a periculosidade social do sujeito e com o sistema de defesa social que se adotou com os vagabundos, ébrios habituais, toxicômanos, etc. Assim, aparecem um sem-número de legislações dispersas que contemplam a prevenção do delito sem a necessidade da presença de um injusto; entre elas a chamada ‘Ley de vagos e maleantes’ de 1993 e a ‘Ley de peligrosidad y rehabilitación social’ de 1970” – In: BUSATO, Paulo César; HUPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

³⁷ NOGUEIRA, Ataliba. Op. cit., p. 257-284.

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 139.

³⁹ A era do populismo (1930-1960), que contou com Getúlio Vargas no Brasil, Lázaro Cárdenas no México, Juan Domingo Perón na Argentina e Velasco Ibarra no Equador. Também se viu o autoritarismo nos grandes governos ditatoriais (décadas de 60 – 80): desde o golpe militar da Guatemala em 1954, quando o Coronel Carlos Castillo Armas assumiu o poder; passando pela tomada do poder em Cuba por Fidel Castro (1961), Jorge Rafael Videla na Argentina, Augusto Pinochet no Chile, e a ditadura militar brasileira (1964-1985), iniciada com a presidência do Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco – In: REIS FILHO, Daniel Aarão. *Ditadura Militar, esquerdas e sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 45-73.

antes do tempo suficiente para acalmá-lo, para normalizá-lo.⁴⁰

Não causava nenhuma estranheza que se falasse na época em segregação sem a prática de um delito, e acreditava-se veementemente na solução dos problemas criminais por meio de uma ação preventiva do Estado, que se valeria dos mesmos meios comumente empregados para punir e castigar o desvio criminal: a pena ou, algo mais terrível, a medida de segurança.⁴¹

1.1.2 A Medida de Segurança na Legislação Brasileira

No âmbito da legislação brasileira, a edificação das medidas também pode ser considerada um acontecimento recente. Basta lembrar que foi no Código penal de 1940, inspirado pelo anteprojeto Stoos e pelo código Rocco, que o instituto ganhou roupagem verdadeiramente jurídica.

Mas é certo que antes mesmo do Código de quarenta entrar em vigor, já havia a previsão de certas medidas preventivas na legislação pátria, embora todas fossem disciplinadas como espécie de pena ou simplesmente como medida cautelar – como se verifica, especialmente, no Código criminal do Império (1830) e no Código penal da República (1890).

Vale lembrar que o Código criminal do Império tornava irresponsáveis “os loucos de todo gênero, salvo se tiverem intervalos lúcidos e neles cometerem crimes”.⁴²

Era o momento de nascimento da psiquiatria no Brasil, então inspirada pelos ideais libertários da revolução francesa, fundando-se no livre-arbítrio e na responsabilidade pessoal do indivíduo. A constatação da loucura nestes termos,

⁴⁰ CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EDUSP, 1998. p. 63.

⁴¹ MATTOS, Virgílio de. Op. cit, p. 84.

⁴² O diploma punitivo de 1830, baseado no Projeto desenvolvido por Bernardo Pereira de Vasconcellos, foi sancionado em 16 de dezembro de 1830 pelo Imperador Pedro I. Depois, a carta de lei que mandou executá-lo, foi publicada em 8 de janeiro de 1831 na Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça. Apesar de privilegiar uns e desprivilegiar outros, acreditava-se que só com o temor, pela certeza de inflicção de sanção grave ou intervenção preventiva, poder-se-ia reprimir e prevenir o crime. Ademais, o Código Criminal de 1830 permitia, mesmo como exceção, o arbítrio judicial na fixação da pena (art. 33, parte final) – In: SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 69-70. E ainda: PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980. p. 167.

enquanto incapacidade para discernir segundo a razão, tornava o crime inexistente. Afinal de contas, se o louco não estava habilitado para o contrato social, também não poderia receber uma sanção penal.⁴³

O artigo 12º do diploma imperial trazia a seguinte disposição: “Os loucos que tiveram cometido crimes, serão recolhidos às casas para eles destinadas, ou entregues às suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente”. Em relação ao menor de quatorze anos que, ao cometer o crime, tivesse agido com discernimento, o código mandava recolhê-lo a uma casa de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer conveniente, contanto que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos (artigo 13º).⁴⁴

Tal diploma, que por muitos foi concebido como o primeiro Código penal autônomo da América Latina,⁴⁵ refletia nitidamente os postulados filosóficos do panoptismo firmado por Jeremy BENTHAM⁴⁶, o pensamento da Escola clássica italiana (especialmente firmada nas construções de Cesare BECCARIA⁴⁷), bem como a estrutura jurídica do Código francês de 1810 e do Código napolitano de 1819.⁴⁸

Com a República Velha, veio o Código penal de 1890, e o tratamento conferido aos “loucos-infratores” estava disciplinado no artigo 27º, que assim dispunha: “Não são criminosos: (...) §3º - os que, por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação”.⁴⁹

⁴³ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 42. Segundo a autora, o nascimento da psiquiatria no Brasil teve como marco a fundação do primeiro hospício no Rio de Janeiro, em 1841. Embora seja prudente ressaltar que já se falava da internação de loucos (junto à toda uma sorte de indesejados: vagabundos, prostitutas, desempregados, capoeiras, etc.) em instituições asilares análogos, como no hospital da Santa Casa de Misericórdia, em São João Del Rei/MG, que ostenta o registro mais antigo de internação psiquiátrica no Brasil – In: MATTOS, Virgílio de. Ob. cit., p. 61.

⁴⁴ MARTINS, Salgado. Op. cit., p. 433.

⁴⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentário ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1951. v.1. p. 34.

⁴⁶ BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

⁴⁷ BECCARIA., Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Atena, 1955.

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2008. p. 115. O que demonstra sua matriz clássica, e explica o porquê o instituto da Medida de segurança ainda não estava bem desenvolvido.

⁴⁹ Com o advento da República, Baptista Pereira teve o encargo de elaborar um projeto de Código Penal, o que foi feito, e em 11 de outubro de 1890 era convertido em Lei. No Código da República, o art. 29 determinava o recolhimento de inimputáveis em hospitais para alienados, ou em casas de familiares; o art 43 disciplinava, ainda, o caso de interdição e perda do emprego público; ou o art. 400 que ordenava a reclusão do vadio reincidente em colônias penais, e o seu parágrafo único,

Tal diploma ainda não havia incorporado as inovações de cunho psiquiátrico que já eram usuais nos diplomas legislativos europeus, e o destino institucional do criminoso cuja responsabilidade era atingida pela patologia mental (então chamada de “*afecção mental*”) ainda era indefinido: poderia ser confiado à família ou mesmo trancafiado no hospital de alienados.⁵⁰

Os artigos 29º e 30º contemplavam medidas cautelares em relação aos “indivíduos isentos de culpabilidade em razão de afecção mental” e aos maiores de nove anos e menores de quatorze anos que tivessem obrado com discernimento. Determinava o diploma que os primeiros fossem “entregues às suas famílias, ou recolhidos a hospitais de alienados, se o seu estado mental assim exigisse para segurança pública”; enquanto os últimos seriam “internados em estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos”.⁵¹

Mesmo havendo expressa limitação à execução das penas,⁵² ainda assim a legislação autorizava que a segregação do alienado-infrator se desse de maneira indefinida: “O louco, diferente do criminoso, não poderia ser responsabilizado penalmente, mas era ‘tratado pela *sciencia*’, e, se não houvesse cura, deveria ser segregado manicomialmente *ad eternum*”.⁵³

Importa destacar que a legislação criminal da Primeira República, inspirada no pensamento de iluministas-contratualistas como ROUSSEAU, HOBBS e MONTESQUIEU⁵⁴, também entendia que os indivíduos que possuem capacidade de imputação e cometem um crime, estavam ferindo o contrato social e, como tal, deveriam ser encarados como inimigos da sociedade.⁵⁵

que dispunha sobre a deportação, se fosse estrangeiro – BRASIL. Código Penal de 1890. In: PIERANGELLI, José Henrique. Op. cit., p. 269.

⁵⁰ RAUTER, Cristina. Op. cit., p. 46-47.

⁵¹ SIQUEIRA, Galdino. Op. cit., p. 75.

⁵² O Código criminal de 1890 expressava em seu art. 44: “Não há penas infames. As penas restritivas da liberdade individual são temporárias e não excederão de 30 anos” – In: MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p. 95.

⁵³ Aos poucos, o enfoque do direito já não mais estaria voltado para o crime cometido, mas sim para o criminoso. Já havia a concepção de periculosidade para sustentar as medidas preventivas, as quais tinham a imposição justificada pela idéia de segurança pública” - Ibidem, p. 96.

⁵⁴ MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁵⁵ Tanto é assim que as perícias da época cingiam-se a determinar se o louco podia ou não agir livremente. E mais, “aquele que trai o contrato social, ao praticar um crime, é o mais vil e repugnante inimigo da sociedade. Era preciso fazer com que sentisse, urgentemente, todo o peso da lei, a exclusão da lei, o nome da lei” – In: MATTOS, Virgílio de. Op. cit., 96.

Era também o que se via com o Decreto n.º 1.132 de 22 de dezembro de 1903 – então intitulada de “Lei dos alienados” -, que trazia uma medida de tratamento consistente no recolhimento, em institutos para alienados, de indivíduos portadores de moléstia mental, congênita ou adquirida, que comprometessem a ordem pública ou a segurança das pessoas.⁵⁶

Esta legislação foi resultado dos esforços de alienistas brasileiros que buscavam o reconhecimento científico e político da ciência psiquiátrica, e conseguiram seu objetivo ao demonstrar que a ausência de razão no louco o tornava um indivíduo perigoso para sociedade. Assim, com a *Lei dos alienados*, estava enfim autorizada a possibilidade de exclusão de cidadãos que não tinham contrariado qualquer artigo do vigente Código penal.⁵⁷ Note-se, contudo, que ainda não se fala propriamente em medidas de segurança.

Somente em 1913, com o Projeto de Código penal desenvolvido por Galdino SIQUEIRA, a concepção de uma nova sanção penal - autônoma em relação a pena - começaria a aparecer no cenário jurídico nacional.

Muito influenciado por STOOS e pelas teorias de Von LISZT, o então Ministro SIQUEIRA incorporou em seu projeto uma pena complementar, a qual seria imposta ao reincidente perigoso, com duração de um período três vezes superior ao da pena, não ultrapassando, em qualquer caso, quinze anos. Todavia, o projeto acabou não saindo do papel.⁵⁸

Outro projeto de código foi formulado em 1927, por Virgílio de SÁ

⁵⁶ BRASIL. Decreto n.º 1132 de 22 de dezembro de 1903. Reorganiza a Assistência a Alienados. In: *Collecção de Leis da República dos Estados Unidos do Brasil - Atos do Poder Legislativo*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1903. Tal decreto foi a primeira legislação psiquiátrica brasileira, e trazia a orientação no sentido de se construir nos estados manicômios criminais ou seções especiais para os loucos criminosos nos hospitais psiquiátricos "comuns". Sendo neste mesmo ano construída a 'seção Lombroso' do Hospício Nacional, e em 1921 construído o primeiro Manicômio Criminal do Brasil, situado também no Rio de Janeiro - In: CARRARA, Sérgio. Op. cit., p. 69.

⁵⁷ RAUTER, Cristina. Op. cit., p. 43-49. Dispunha o artigo 11 do decreto 1132 de 1903: “Enquanto não possuírem os estados manicômios criminais, os alienados delinquentes e condenados alienados somente poderão permanecer em asilos públicos, nos pavilhões que especialmente se lhes reservem”.

⁵⁸ Em 1911, o Congresso delegou ao Poder Executivo a atribuição de formular um novo projeto de Código Penal para substituir o Código Penal Republicano, vigente à época. O Ministro da Justiça e Negócios Interiores incumbiu Galdino Siqueira (Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal) da elaboração do projeto, que foi concluído em 1913, não chegando, porém, a ser objeto de consideração legislativa – In: SIQUEIRA, Galdino. Ob. cit., p.05.

PEREIRA (o qual ficou conhecido como “*Projeto Sá Pereira*”⁵⁹), influenciado pelo já aprovado Código Suíço e pelo Código Rocco, recepcionou a idéia de periculosidade criminal de maneira limitada, incluindo em sua proposta temas como a habitualidade criminosa e as medidas pós-delitivas (artigos 228 e 246), ao que batizou de “medidas de defesa social”.⁶⁰

Exigia apenas uma abstrata perigosidade social para a aplicação destas medidas, e, com isso, originou uma nova categoria de delinquentes: a dos que não tinham a capacidade plena – o que conformaria a imputabilidade restrita (artigo 29, §3º).⁶¹

Também a Consolidação das Leis Penais de 1932 (Decreto-Lei n.º 22.213 de 1932), de autoria do Desembargador Vicente PIRAGIBE, previa a criação de manicômios criminais em seu artigo 29: “Os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de afeção mental serão entregues às suas famílias, ou recolhidos a hospitais de alienados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do público”. E complementava, dizendo que “enquanto não possuírem os Estados manicômios criminais, os alienados delinquentes e os condenados alienados somente poderão permanecer em asilos públicos, nos pavilhões que especialmente se lhes reservem”.⁶²

Firme-se que tanto o *Projeto Sá Pereira* como a Consolidação de Piragibe – tal qual ocorria com a vigente Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 10 de novembro de 1937 (que expressamente proibia em seu artigo 122º as penas corporais perpétuas) -, tinham uma orientação extremamente fascista e positivista, que procurava coibir a vagabundagem, a mendicância, os capoeiras e desordeiros, muitos dos quais recebiam segregações infundáveis, sob o fundamento de serem perigosos.⁶³

⁵⁹ O instituto surgiu no Projeto Sá Pereira com o nome de ‘medidas de defesa social’. O projeto Sá Pereira foi encomendado pelo governo de Artur Bernardes, e foi aprovado pela Câmara dos Deputados logo na primeira discussão, chegando ao Senado em 1937. Ocorre que com o Golpe de Estado e a instituição do ‘Estado Novo’ em 11 de novembro de 1937, foi outorgada uma nova Constituição, sendo o Parlamento dissolvido e o Congresso Nacional fechado – perdia-se, assim, o projeto formulado – In: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 76.

⁶⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 328.

⁶¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 97-98.

⁶² PIRAGIBE, Vicente. *Consolidação das leis penais*. Rio de Janeiro: Forense: 1935.

⁶³ TONINI, Renato Neves. *A arte pernicioso, a repressão penal aos capoeiras na república velha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 93 e s. No mesmo sentido, Ribeiro Pontes

Enunciava-se, enfim, a incorporação e sistematização das medidas de segurança no âmbito da legislação brasileira.

Foi então que José Alcântara MACHADO DE OLIVEIRA foi convocado pelo governo Vargas para formular um novo Projeto de Código penal, o qual ficaria conhecido como “Projeto Alcântara Machado” (de 1939).⁶⁴ Tal projeto seguiria os mesmos moldes do italiano Rocco, bem como obedeceria de maneira rigorosa à divisão de criminosos trazida por Enrico FERRI: nato, ocasional, por tendência, reincidentes e habituais.⁶⁵

Assim, o projeto firmava que “o capaz e responsável seria todo homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são(...); e o inimputável, embora não culpável, deveria ser contido em nome da defesa da sociedade, pois era perigoso, portador de temível e incurável doença: a periculosidade”.⁶⁶ A meta era impossibilitar que este indivíduo fizesse algum mal à sociedade, e, apenas indiretamente, que não fizesse mal a si mesmo.

Embora Alcântara MACHADO não estivesse mais vivo para vê-lo entrar em vigor, foi o seu projeto que inspirou a criação do Código penal de 1940, onde as medidas de segurança passariam a ocupar um lugar definitivo na legislação brasileira.⁶⁷

O novo Código foi assinado pelo presidente Getúlio Vargas no dia 07 de dezembro (Decreto-lei n.º 2848) e consagrou o instituto entre os artigos 75 a 101.

Neste diploma, o legislador demonstrou nítida preocupação com dados sociais e criminológicos que apontavam um aparente aumento nos índices de criminalidade e reincidência - ou seja, cercava-se de um discurso alarmista que

indicava que outros diplomas também se referiram à medidas preventivas análogas à medida de segurança no Brasil: o Decreto 24.559 de 3 de junho de 1934; a Lei 1431 de 12 de setembro de 1951; a Lei 6416 de 24 de maio de 1977; a Lei 6815 de 19 de agosto de 1980; e o Decreto-lei 24.599, que dispôs sobre a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas – In: PONTES, Ribeiro. *Código penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 76. E ainda: CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1994. p. 668.

⁶⁴ Na vigência do ‘Estado Novo’, o então Ministro da Justiça Francisco Campos incube o prof. Alcântara MACHADO da missão de preparar um novo Projeto de Código Penal, o qual é findado em agosto de 1938 – In: FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 76.

⁶⁵ FERRI, Enrico. Op. cit., p. 254.

⁶⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 99.

⁶⁷ Após uma minuciosa revisão feita por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz, Vieira Braga e Costa s Silva, tal projeto viraria o Código de 1940 – Ibidem, p. 76.

propagava a falência do ideal de intimidação da pena privativa de liberdade.⁶⁸ E estas preocupações acabaram se refletindo na formulação do diploma, que absorveu o discurso daqueles que propunham também um fim preventivo para a sanção penal.

Na exposição de motivos que iria preceder a parte geral do Código, o então Ministro Francisco CAMPOS asseverou:

À parte a resistência dos clássicos, já ninguém mais se declara infenso a essa bilateralidade da reação legal contra o crime. Seria vicioso qualquer arrazoado em sua defesa. Apenas cumpre insistir na afirmação de que as medidas de segurança não têm caráter repressivo, não são pena. Diferente destas, quer do ponto de vista teórico e prático, quer pelas condições em que devem ser aplicadas e pelo modo de sua execução (...). São medidas de prevenção e assistência social relativamente ao estado perigoso daqueles que, sejam ou não penalmente responsáveis, praticam ações previstas na lei como crime.⁶⁹

Foi neste contexto que surgiam as medidas de segurança no Brasil, como um meio de reação jurídica contra o delito, pressupondo sempre um suposto estado perigoso de alguns, diferindo da pena, mas não com ela incompatível.

O legislador de quarenta previu uma série de disposições gerais, a divisão e enumeração das diferentes espécies de medidas de segurança, bem como os modos de sua execução. Como destaca Salgado MARTINS, não por outra razão o título consagrado ao instituto poderia muito bem ser denominado “o Código de segurança dentro do código penal”.⁷⁰

Em relação à imputabilidade (então nominada “responsabilidade”), o Código adotara o critério biopsicológico-normativo, que exigia, de um lado, certos estados de anomalia mental (*v.g.*, a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto), e, de outro, que deles resultasse completa incapacidade de entendimento da ilicitude ou de autodeterminação ao indivíduo.⁷¹

⁶⁸ Lembre-se que este “discurso alarmista” também não era novidade na década de 40, posto que já havia sido formulado em Londres em 1815 (com a formação da sociedade de cidadãos para melhor combater o crime) – In: MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p.100.

⁶⁹ CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos ao código penal de 1940*. Diário Oficial de 31 dez. 1940.

⁷⁰ MARTINS, Salgado. Op. cit., p.438.

⁷¹ Neste tocante, afastou o Código de 1940 o sistema ‘puramente biológico’ (que leva em consideração apenas a doença mental, enquanto quadro patológico clínico; como era o caso do Código penal francês de 1810 – art. 64: ‘não há crime nem delito, quando o agente estiver em estado de demência ao tempo da ação’) e também o sistema ‘psicológico puro’ (que tem em conta apenas as condições psicológicas do agente à época do fato; como ocorria com o Código criminal do imperio de 1830 – art. 10: ‘também não se julgarão criminosos: §2º. Os loucos de todos os gêneros, salvo se

O sistema era o dualista do duplo-binário (o *doppio binário* do modelo Rocco), que possibilitava a cumulação de pena com medida de segurança ao agente pela prática de um mesmo fato – conforme se verificava do artigo 82 do CP: “executam-se as medidas de segurança: I – depois de cumprida a pena privativa de liberdade...”⁷²

Como condição de aplicabilidade, o artigo 76 requeria expressamente a prática de fato previsto como crime e a periculosidade do agente. Note-se, contudo, que muito embora o *caput* previsse a prática de um fato tido como crime, o parágrafo único do mesmo artigo possibilitava a aplicação de uma medida de segurança pré-delitiva, em casos como o de tentativa impossível (referida no artigo 14 do CP) ou de impunibilidade do agente (artigo 27 do CP).⁷³

Nesta mesma linha de raciocínio, é possível verificar que o artigo 75 do CP enunciava apenas um princípio de legalidade formal ao instituto (enquanto mera reserva de lei),⁷⁴ pois ao mesmo tempo em que se exigia a prática de um fato previsto como crime para aplicação da medida, também possibilitava a aplicação de medidas profiláticas, independente da prática de delito prévio (artigo 76, § único).

Ou seja, embora fosse aplicável apenas em casos excepcionais, o Código de 1940 admitia a imposição de medida de segurança por exclusivas razões de

tiverem lúcidos intervalos e neles cometerem o crime’) – In: CABALLERO, J. Frias. *Imputabilidad penal*. Bogotá: Temis, 1992. p. 127.

⁷² Adotou-se o critério do duplo binário, vindo a medida de segurança ser normatizada ao lado da pena, tendo o fim de complementá-la em alguns casos (para os responsáveis), ora como forma de substituí-la (para os irresponsáveis). Impunha-se ao imputável (como uma espécie de tratamento após o cumprimento da pena) e ao inimputável. Diante da insuficiência ou inadequação da pena, surge a medida de segurança: seja para substituí-la (quando, pela ausência de responsabilidade, a pena não poderia ser aplicada), seja para complementá-la (quando além de responsabilidade pelo delito cometido, o agente, por suas condições subjetivas, modo de vida e características sociais de conduta, autoriza a presunção de que venha novamente a delinquir); ou seja, “a medida serve para prevenir delitos quando a pena não se mostra eficaz”; por isso a medida de segurança é executada após o cumprimento da pena – In: MARTINS, Salgado. Op. cit., p. 442.

⁷³ O Código adota, a princípio, a idéia de “Periculosidade pós-delitiva”; ou seja, a prática do crime é a manifestação típica da periculosidade. Então, seja o agente imputável ou inimputável, somente haverá Medida de segurança se praticar um fato tido como crime. Mas há exceção a esta regra geral: o CP de 1940 admitia a aplicação, em dois casos, onde não se pressupõe a prática do delito: art. 76, n. II. Nos casos dos arts. 14 e 27 – crime impossível e ajuste, determinação ou instigação e auxílio em relação a crime que não chegou a ser tentado – a ação praticada, do ponto de vista subjetivo, equivale a um delito, e pode revelar periculosidade do agente, o que aconselha a aplicação prévia de medida: “a medida de segurança pode então ser imposta tanto na sentença de condenação como na de absolvição. Mas pode também ser imposta depois da sentença, em qualquer momento, durante a execução da pena” - Ibidem, p. 443.

⁷⁴ O artigo 75 assegurava que “as medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução”.

periculosidade social do agente, o que tornava a legislação bastante incoerente: ora exigindo a prática de um crime, ora a dispensando.

Havia também uma periculosidade presumida *juris et de jure*, descrita no artigo 78 para os seguintes casos: (I) aqueles que, nos termos do art. 22, eram isentos de pena (os ‘irresponsáveis’); (II) os referidos no parágrafo único do art. 22 como “semi-responsáveis”; (III) os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool, ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez; (IV) os reincidentes em crimes dolosos; (V) os condenados por crimes cometidos na condição de filiados a associações, bando ou quadrilha (os ‘bandoleiros’).⁷⁵

Nestes casos, a lei verdadeiramente substituía-se ao Juiz no reconhecimento da periculosidade (dispensava a averiguação judicial), com conseqüente presunção do estado perigoso do agente.⁷⁶ E o artigo 77 do CP ia ainda mais longe, pois firmava que “quando a periculosidade não fosse presumida por lei, deveria ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime, autorizassem a suposição de que venha ou torne a delinquir”.

Importa firmar que a periculosidade surgia e se firmava, enfim, como o elemento justificador para a imposição das medidas.

De outra banda, a redação originária do Código também firmava a exclusiva aplicação jurisdicional da medida: só o Magistrado poderia aplicá-la (nunca a autoridade administrativa), visto que a mesma era concebida como uma reação jurídica ao crime (artigo 79 do CP).

Admitia-se também a aplicação cautelar da medida (conforme artigo 80 do CP), pouco importando com a presunção de inocência do indivíduo. Ademais, as medidas só cessariam quando o indivíduo estivesse totalmente curado de sua patologia e não mais representassem um risco para a sociedade. Havia também um prazo mínimo de internação, independente da cessação da periculosidade do

⁷⁵ BRASIL. Decreto-lei 2848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, 31 de dezembro de 1940.

⁷⁶ São casos em que “segundo lição da experiência, a periculosidade do criminoso se apresenta como um dado relativamente constante (...). Trata-se de presunção absoluta *ou juris et de jure*, isto é, irredutível à prova em contrário. Não há indagar se a periculosidade realmente existe: o juiz é obrigado a impor a medida de segurança correspondente, desde que verificada a condição de fato da presunção legal (...)” – In: HUNGRIA, Nelson. Op. cit., v. 3, p. 88.

agente (artigo 81 do CP): este prazo mínimo era considerado uma defesa contra a precipitada antecipação do retorno do internado ao convívio social, justificado por pura proteção social.⁷⁷

Em suma, o Código de 1940 firmava uma dupla e teratológica tendência ao adotar as medidas de segurança: de um lado, concebia um estado abstrato e impreciso de periculosidade (seja pela presunção legal ou pela ampla liberdade judicial em sua definição) para a segregação de determinados indivíduos; de outro, permitia a indeterminação temporal das medidas, as quais poderiam perdurar *ad eternum*.⁷⁸

No tocante às espécies, o Código contemplava duas classes de medida: as medidas de segurança pessoais (que se subdividiam em detentivas e não detentivas) e as medidas de segurança patrimoniais – conforme disposição do artigo 88 do CP.

As medidas pessoais-detentivas poderiam consubstanciar-se em: internação em manicômio judiciário, internação em casa de custódia e tratamento; e também na internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, reeducação ou de ensino profissional.⁷⁹

Já as pessoais não-detentivas consistiam em: liberdade vigiada (para os condenados por crime cujo grau mínimo da pena fosse inferior a 01 ano, e reconhecida as condições do artigo 22, parágrafo único; os egressos do manicômio judiciário, casa de custódia ou instituto de trabalho; o liberado condicional; os agentes previstos nos artigos 14º e 27º; os transgressores da proibição de frequentar certos lugares e da proibição resultante do exílio local; subsidiariamente, quando reconhecida a periculosidade, mas não fosse caso previsto em lei de aplicação específica de medida de segurança); a proibição de frequentar certos lugares (para o condenado por crime cometido sob a ação do álcool ou em outros casos aconselhável); e o exílio local (afastamento do condenado de certa localidade, município ou comarca em que foi cometido o crime).⁸⁰

No tocante às medidas patrimoniais, estas podiam se consubstanciar em: interdição de estabelecimento comercial ou industrial, ou de sede de sociedade ou

⁷⁷ Ibidem, p. 121.

⁷⁸ MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p. 103.

⁷⁹ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., v. 3, p. 149-150.

associação (quando este serviu de pretexto para a prática do crime); ou o confisco dos instrumentos e produtos do crime, cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituísse fato ilícito.⁸¹

Importante frisar que a restrição da liberdade era encarada, ao menos formalmente, como um caminho (não um fim) a ensejar a aplicação dos métodos “eliminativos e modificativos dos coeficientes fisiológicos e psicológicos da delinquência ou meios, em si mesmo, destinados a subtrair o agente às ocasiões, aos impulsos próprios do ambiente e aos atrativos do delito”.⁸² Nos dizeres de Ataliba NOGUEIRA: “embora deixando livre o agente, submetem-no a uma certa vigilância, proíbem-no de frequentar determinado lugar, como casas de bebidas, proíbem-no de permanecer em certa região. Previne-se, por esta forma, indiretamente, a reiteração do delito”.⁸³

No discurso ideológico que acompanhou o legislador de quarenta, a medida de segurança não tinha caráter repressivo, mas sim assistencial (prevenção especial positiva) - embora na prática, desde aquela época, não era bem o que se via. Segundo Virgílio de MATTOS, “no massacre cotidiano, assistiu-se a um festival de abusos repressivos contra o louco infrator e um total descaso, uma desassistência consentida pela sociedade, ignorada pela academia e tolerada pelo judiciário”.⁸⁴ O que se pretendia, em verdade, era proteger a sociedade contra a possível perigosidade de um indivíduo. E a melhor forma de se alcançar isso era pela exclusão (ou seja, pela prevenção especial negativa).

A medida figurou então como “uma resposta jurídico-penal justificada pela periculosidade social, para punir o indivíduo não pelo que ele fez, mas pelo que ele era”⁸⁵: um sujeito anormal, indesejado pelo corpo social – não por outra razão o instituto foi concebido na legislação sob o manto de um juízo de utilidade, visto que a valoração ética sobre a culpa do agente em nada era relevante para sua

⁸⁰ Ibidem, p. 150-151.

⁸¹ Ibidem, p. 151.

⁸² “As medidas de segurança detentivas agem criando as condições necessárias à cura, regeneração, correção e reeducação do paciente, ou, quando isso não for possível alcançar, a despeito de todos os recursos científicos empregados, atuando como simples meios eliminatórios, enquanto perdurar a periculosidade”. E segue: “As não-detentivas são providências mais de prevenção social do que prevenção individual que atuam indiretamente” – In: MARTINS, Salgado. Ob. cit, p. 448.

⁸³ NOGUEIRA, Ataliba. Op. cit., p. 171.

⁸⁴ MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p. 103

aplicação.

Em síntese, sob o aparente manto de um avanço legislativo, o que se vislumbrou com o código de 1940 foi um tratamento rigoroso, segregatório e punitivo ao portador de transtorno psíquico, pré-delimitado como ente perigoso, isento de pena, mas, ao mesmo tempo, sancionado com uma cruel e indefinida resposta de contenção: a medida de segurança.

1.1.3 Novas Perspectivas da Medida após o Código de 1940

Aos poucos, sob o influxo de alterações sociais e de novas ideologias penais que se estruturavam no cenário jurídico mundial, o legislador brasileiro percebeu a necessidade de se reformar o Código penal, ocasião em que o então presidente Jânio Quadros incumbiu ao Ministro Nelson HUNGRIA a missão de elaborar um anteprojeto.⁸⁶

A anteprojeto de HUNGRIA foi apresentado ao Governo em 1963, mas manteve basicamente quase toda a estrutura da redação original, eliminando apenas os defeitos mais graves. Entre as transformações mais significativas, merece destaque a eliminação das medidas de segurança detentivas para os imputáveis e a inclinação para um sistema vicariante em relação aos semi-imputáveis (que pressupunha a aplicação alternativa de pena ou de medida).

Já ia longe o trabalho de revisão quando sobreveio o golpe militar de 1964, que interrompeu por meio da força o governo do presidente João Belchior Marques Goulart, alçando o Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco ao cargo, que logo designou Milton Soares Campos para assumir o Ministério da Justiça, o qual mandou dissolver (em 9 de fevereiro de 1965) a anterior comissão revisora e designou outra.⁸⁷

⁸⁵ FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p. 35.

⁸⁶ “Ao professor Roberto LYRA solicitou-se o preparo de um anteprojeto de Código das Execuções Penais, e ao prof. Hélio TORNAGHI, de um anteprojeto de Código de Processo Penal, trabalhos executados em tempo oportuno pelos insígnis mestres e amplamente divulgados” – In: FRAGOSO, Heleno. Subsídios para a história do novo Código Penal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, v.3, p.7-12, jul./set., 1971.

⁸⁷ JORGE, Wiliam Wanderley. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 124.

Passados seis anos, foi então o novo Código promulgado pela Junta Militar que governava o país, em 21 de outubro de 1969 (Decreto-lei n.º 1.004).⁸⁸ E novo diploma de fato trouxe relevante alteração no instituto da medida de segurança.

Classificou-as apenas como *pessoais*, detentivas ou não, acrescentando-lhe algumas modalidades (como, por exemplo, a cassação da licença para dirigir veículos automotores, descrita no artigo 87 do Código). Deu ênfase ao semi-imputável, criando outras variantes da execução, admitindo sua internação em estabelecimentos psiquiátricos anexos ao manicômio judiciário, com o intuito de separá-lo dos inimputáveis.⁸⁹

Mas a principal inovação, inspirada na doutrina pregada por HUNGRIA, veio com a expressa vedação de se aplicar cumulativamente pena e medida de segurança (conforme insculpia o artigo 93 do Código). Firmou-se, a partir de então, a necessidade do Juiz escolher entre a imputabilidade e a inimputabilidade: se fosse imputável, caber-lhe-ia aplicar apenas a pena; e, se inimputável, apenas a medida de segurança.

Nas lições de René Ariel DOTTI: “o sujeito não mais poderia ser destinatário de duas reações penais, aplicadas sucessivamente”.⁹⁰ Adotava-se, portanto, o *sistema vicariante*, afastando o antigo modelo do duplo-binário.

Todavia, a vigência do Código de 1969 foi adiada sucessivamente. Embora promulgado, inúmeras e calorosas críticas importaram em substancial modificação à sua estrutura por meio da Lei n.º 6.010 de 1973, até que foi definitivamente revogado pela Lei n.º 6.578 de 1978, sem nunca ter iniciado sua

⁸⁸ Em janeiro de 1969, a comissão revisora recebeu comunicação dando conta de que o novo ministro da justiça, Luiz Antônio da Gama e Silva, tinha o sério propósito de editar o novo Código Penal por decreto imediatamente. A Câmara Federal e o Senado achavam-se então em recesso, por força do Ato Institucional nº 5. O trabalho de revisão já estava quase se encerrando quando os revisores foram avisados, por simples comunicação telefônica, que estavam desincumbidos da tarefa, pois a Exposição de Motivos do novo código seria redigida pelo próprio pessoal do ministério. O ministro da justiça havia designado o professor Alfredo BUZAID para a coordenação geral da reforma dos códigos, e sob presidência deste realizaram-se então algumas reuniões, com os remanescentes das comissões revisoras dos anteprojetos de Código Penal e de Código Penal Militar. Pronto o trabalho datilografado às pressas para o seguinte despacho ministerial, entrou novamente num ponto morto, com a doença e depois com o falecimento do presidente Costa e Silva (1967-1969) e a situação política complicada que então se criou – In: FRAGOSO, Heleno. *Subsídios para a história...*, p. 09.

⁸⁹ FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p. 38.

⁹⁰ DOTTI, René Ariel. Penas e Medidas de segurança no Anteprojeto de Código Penal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 46-69, jul./ dez. 1981, p. 58.

vigência. Mantinha-se o Código de 1940 em quase toda a sua totalidade, pois apenas algumas alterações foram feitas pela Lei 6.416 de 1977.⁹¹

Ocorre que os clamores jurídicos ainda bradavam alto e a necessidade de mudança se fez imperiosa. Os principais críticos da época reivindicavam as seguintes alterações para o instituto da medida de segurança: o fim definitivo do duplo-binário; o fim da injustificada presunção legal de periculosidade; e, ainda, desejavam que as medidas não mais fossem aplicáveis à imputáveis.

Após variadas propostas – as quais deram azo a uma nova reflexão científica sobre o assunto no âmbito da doutrina nacional -, foi instituída em 1981 uma nova comissão para a reforma do Código penal, a qual foi presidida pelo então Ministro Francisco TOLEDO. Nesta, as medidas de segurança figuraram como um dos temas mais relevantes da proposta, ensejando relevantes alterações legislativas.⁹²

Surgia enfim a redação de uma nova parte geral para o Código de 1940, por meio de uma reforma que culminaria na aprovação da Lei n.º 7.209 de 1984, a qual delimita, ainda hoje, a roupagem das medidas de segurança no Brasil.

É certo que a nova parte geral do Código deu um grande passo no trato dogmático das questões relativas à inimputabilidade, mas manteve o passo atrás em vários aspectos, como por exemplo: na possibilidade de segregação perpétua, na manutenção do critério da periculosidade, no caráter parcialmente sancionatório conferido à medida, etc.⁹³

Uma das maiores conquistas advindas com a reforma de 1984 foi o abandono definitivo da periculosidade presumida em lei, bem como a vedação de se aplicar medidas de segurança para agentes imputáveis.⁹⁴

⁹¹ JORGE, William Wanderley. Ob. cit., p. 124.

⁹² Durante o governo do Presidente João Figueiredo, o Ministro da Justiça era Ibrahim Abi-Ackel, que foi quem instituiu a comissão composta por Assis Toledo, Serrano Neves, Andreucci, Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Tucci e René Dotti – *Ibidem*, p. 125.

⁹³ “Diz que se não há culpabilidade, não há que se falar em crime, sob pena de se quebrar a estrutura dorsal do seu conceito analítico. Assim, uma pergunta que não quer calar é: se não praticou, a rigor, crime, por que cuidar do portador de transtorno mental o direito penal?” – In: MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p.103.

⁹⁴ Agora as medida de segurança passam a ser destinadas apenas aos inimputáveis e semi-imputáveis (art. 26, *caput* do CP - aos inimputáveis, sendo aqueles portadores de uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto que, ao tempo da ação/omissão, são inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento); (art. 26, § único do CP - aos semi-imputáveis, “fronteiriços, que encontram-se numa zona intermediária da higidez mental e a plena insanidade, ocupando faixa cinzenta os estados

Houve também uma alteração na nomenclatura empregada: enquanto a redação originária trazia o termo responsabilidade (antigo art.22) para falar do sujeito capaz, a reforma fez uso do termo imputabilidade (atual artigo 26 do CP).⁹⁵

Manteve-se o sistema dualista (que distingue pena de medida de segurança), mas acabou com temível duplo-binário. Agora vigeria a lógica *vicariante*, inscrita no parágrafo único do artigo 26, de modo que o Juiz somente poderia aplicar uma ou outra modalidade de resposta penal, afastando-se o indesejado *bis in idem* da sanção.⁹⁶

A reforma também manteve a exigência de uma legalidade meramente aparente, pois delimitou que só seriam cabíveis as medidas previstas em lei - traduzida na máxima do *nullum crimen, nulla misura sine lege praevia* -, e desde que efetivamente constatada a prática de um injusto penal; tanto é assim, que os artigos 751 a 779 do Código de Processo Penal tornaram-se automaticamente sem efeito.⁹⁷

Simplificou as espécies de medida de segurança, dividindo-as em duas modalidades: uma de cunho *privativo* (internação em hospital de custódia) e outra de cunho *restritivo* (tratamento ambulatorial)⁹⁸ – artigo 96 do Código. O critério para escolha de uma ou outra espécie de medida é que é um tanto questionável: a

atenuados, incipientes e residuais de psicose, certos graus de oligofrenia e, em parte, as chamadas personalidades psicopáticas e os transtornos mentais provisórios” – In: FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p. 39. Neste tocante, inclusive, é da jurisprudência do Colendo STF – In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 70550/2-SP, 2ª Turma, Relator Ministro Paulo Brossard, DJU 09 dez. 1994, RT 714/458.

⁹⁵ “A nova – de 1984 – construção penal brasileira passou a denominar à responsabilidade penal de imputabilidade, sendo que, semanticamente, os dois termos se equivalem” – MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p. 168.

⁹⁶ Art. 26 do CP: “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” - 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”.

⁹⁷ Coube à nascente Lei de Execução Penal regulamentar tal matéria referente à medida de segurança. Firme-se ainda, por oportuno, que nem mesmo as Reformas processuais ocorridas ao longo do ano de 2008 afastaram expressamente tais dispositivos.

⁹⁸ “Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico não passa de uma expressão eufemística utilizada pelo legislador da Reforma Penal de 1984 para definir o velho e deficiente *manicômio judiciário*, que no Rio Grande do Sul é chamado de Instituto Psiquiátrico Forense” (enquanto no Estado do Paraná é chamado de Complexo Médico Penal). Quanto ao “tratamento em estabelecimento adequado (art. 99 do CP e art. 101 da LEP), tal refere-se a um local dotado de características hospitalares, e, ironicamente, os manicômios judiciários têm sido considerados estabelecimentos adequados (...); é tudo a mesma coisa!” – In: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 705.

reforma adotou a idéia de que se for crime punido com reclusão, cabe a internação; se for crime punido com detenção, cabe o tratamento ambulatorial (ou seja, baseou-se na gravidade do injusto) – conforme prevê a norma do artigo 97 do Código.

Possibilitou, inclusive, a regressão na medida, posto que um sujeito que tenha recebido um tratamento ambulatorial, pode, posteriormente, ser conduzido para o internamento – se o juiz da Vara de execuções penais entender oportuno e necessário ao caso (é que consta do artigo 97, §4º do Código).

Autorizou a substituição da pena pela medida de segurança em duas hipóteses (ao que a doutrina pátria batizou de “medida de segurança substitutiva”): no caso do semi-imputável efetivamente reconhecido como perigoso; ou então no caso de superveniência de doença mental após a sentença condenatória transitada em julgado – tudo, é claro, ao livre arbítrio do Juízo (conforme redação do artigo 98 do Código).⁹⁹

Por fim, criou norma expressa sobre os direitos do internado, aduzindo que “o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento” (artigo 99 do CP). Tal idéia, por certo, era reflexo de uma nova exigência que envolvia os penalista brasileiros: a de respeito ao postulado da dignidade da pessoa humana, que logo estaria insculpido no artigo 1º da Constituição de 1988 e que conformaria premissa irrenunciável, valor supremo e ponto de convergência de todos os direitos fundamentais.

Tal perspectiva indicava (ou, ao menos, deveria indicar) que nenhum cidadão poderia ser sancionado desnecessária ou ilimitadamente, devendo haver restrições temporais máximas quanto à sua punição, respeitando-se o homem e seus atributos no instante da enunciação, aplicação e execução de qualquer espécie de sanção penal – traduzida na máxima do *nulla poena e nulla misere sine humanitate*.¹⁰⁰

⁹⁹ “As medidas de segurança são verdadeiras sanções penais, pois participam da natureza da pena, tendo porém existência em função da perigosidade do agente. Penas e medidas de segurança são, portanto, duas espécies do mesmo gênero: a sanção penal. Por essa razão, o nosso sistema legal prevê a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança...” – In: RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Medidas de Segurança*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 32.

¹⁰⁰ MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p. 122. Em sentido análogo, ver: Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (Resolução n.º 2.856 de 1971, da Assembléia Geral da ONU) e Princípios para a Proteção e o Melhoramento da Atenção à Saúde Mental (Resolução n.º 46/119 de 1991, da Assembléia Geral da ONU).

Nada obstante, embora banhada por esta perspectiva humanitária, a nova legislação não havia conseguido afastar a possibilidade de uma medida perpétua. Por questões inexplicáveis, manteve-se a inexistência de prazos máximos, perdurando enquanto se verificar a suposta periculosidade do sujeito (conforme artigo 97, §1º do Código).

Com a reforma de 1984, nasceu também a necessidade de se adequar o novo trato dogmático da medida de segurança à prática forense. Vale lembrar que a disciplina do instituto estava anteriormente consagrada no Código de processo penal (que vigia praticamente na íntegra desde o Decreto-lei n.º 3.689 de 1941), o qual ficou totalmente defasado frente as alterações.

Coube então à novel Lei de execuções penais (Lei n.º 7.210 de 1984 – LEP) tal missão. Os artigos 171 a 179 da LEP deram nova disciplina à execução das medidas de segurança, afastando de vez os dispositivos análogos do códex processual (especialmente os já referidos arts.751 a 779 do CPP).

Os principais pontos de abordagem foram: as medidas de segurança somente seriam aplicáveis após a expedição da *guia de internamento ou tratamento*, exigindo, portanto, o trânsito em julgado da sentença que absolveu o acusado inimputável e aplicou-lhe a medida – conforme artigo 171 e 173 da LEP (que tornou sem efeito os artigos 378 e 380 do CPP).¹⁰¹

Com isso, encerrava de vez a possibilidade de aplicação de medidas de segurança cautelares no curso da persecução (disposta no artigo 152, §1º do CPP); reafirmando, assim, sua natureza de sanção penal. Reforçou o princípio da jurisdicionalidade, aduzindo que só o juiz aplicaria a medida: conforme artigos 172 e 173 Lei de Execuções Penais.¹⁰²

¹⁰¹ MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 197. No mesmo sentido: MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa. *Execução criminal*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 315.

¹⁰² Art. 173 da LEP: “A guia de internamento ou de tratamento ambulatorial, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a subscreverá com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá: I - a qualificação do agente e o número do registro geral do órgão oficial de identificação; II - o inteiro teor da denúncia e da sentença que tiver aplicado a medida de segurança, bem como a certidão do trânsito em julgado; III - a data em que terminará o prazo mínimo de internação, ou do tratamento ambulatorial; IV - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento ou internamento. (§ 1º) Ao Ministério Público será dada ciência da guia de recolhimento e de sujeição a tratamento. (§ 2º) A guia será retificada sempre que sobrevier modificações quanto ao prazo de execução”.

Sobre a cessação da periculosidade, o artigo 175 da LEP¹⁰³ delimitou que sua averiguação ocorreria no fim dos prazos mínimos de duração das medidas, variando de um a três anos (mínimo exigido para submeter o internado à perícia – conforme preceitua o art. 97, §1º do CP). Mas admite-se, excepcionalmente, a antecipação de tal exame (artigo 176 da LEP), desde que haja elementos indicativos de provável cessação do estado perigoso.¹⁰⁴

Ainda segundo o artigo 178 da LEP, delimitou-se que a desinternação ou liberação será sempre condicional, competindo ao juiz da Vara de execuções penais a missão de fixar as condições para a soltura (art. 97, §3º do CP); e mais, determinou-se que esta decisão deve necessariamente transitar em julgado antes de ocorrer a definitiva desinternação/liberação do infrator (artigo 197 da LEP).

Por fim, destaca-se que o artigo 183 da LEP reforça a possibilidade de conversão no caso de advento de doença após a sentença, casos em que o juiz pode converter a pena em medida de segurança.¹⁰⁵ O artigo 184 da LEP, ao seu turno, fala da possibilidade de conversão do tratamento ambulatorial em internação, caso o tratamento não seja aconselhável ou não esteja produzindo resultados no delinquente (casos de incompatibilidade com a medida).¹⁰⁶

Esta é, enfim, a disciplina e a prática hodierna das medidas de segurança no Brasil.

Nada obstante, importa destacar que as incongruências que cercam o instituto ainda são muitas, razão pela qual as medidas de segurança continuam

¹⁰³ Segundo disposição da Lei de Execuções penais, durante o período de um ano após a liberação/desinternação condicional, o agente ficará sob prova, competindo-lhe, neste período, atender à certas condições impostas pelo Juiz da Vara de Execuções (algumas obrigatórias: como obter ocupação lícita, comunicar ao juiz sua ocupação periodicamente e não mudar do território da comarca sem autorização judicial; e outras facultativas ao juízo, como: não mudar de residência sem prévia comunicação, recolher-se à habitação no horário fixado e não frequentar certos lugares). Caso pratique algum ato indicativo de periculosidade, ou descumpra tais condições, poderá volta à situação anterior – In: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2008. p. 550.

¹⁰⁴ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 258.

¹⁰⁵ Tal situação, indica que a Súmula 525 do STF (*verbis*: “A medida de segurança não será aplicada em Segunda instância, quando só o réu tenha recorrido”), editada antes da Reforma de 1984, subsiste apenas para vedar a *reformatio in pejus* no caso específico da medida de segurança – In: MARCÃO, Renato. Ob. cit., p. 257. Quanto ao tema, é também o entendimento do Colendo STF – In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 75.238/1-SP*, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, DJU 07.11.97, RT 749/590.

¹⁰⁶ Firme-se, contudo, que não é possível o fenômeno da “reconversão”: ou seja, a transmutação da Medida de segurança em pena (como quer NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal...*, p.547-548), sob pena de se reavivar o sistema do duplo-binário.

sendo alvo de críticas doutrinárias e tentativas de reformulações legislativas. Especialmente no que tange à sua execução e ao *locus* escolhido para tal: o manicômio judiciário.

Foi neste diapasão, inclusive, que surgiu um verdadeiro movimento de luta “*antimanicomial*”, o qual, inspirado na doutrina de Franco BASAGLIA (1924-1980)¹⁰⁷ - que resultou na aprovação da Lei italiana n.º 180 de 1978,¹⁰⁸ também incorporada na Declaração de Caracas¹⁰⁹ -, acabou chegando ao território brasileiro.¹¹⁰

No ano de 1989 foi apresentado na Câmara Federal brasileira o projeto de Lei n.º 3.657, de autoria do então deputado Paulo Delgado,¹¹¹ pelo qual se propôs explicitamente a extinção dos hospitais de psiquiatria (judiciários ou não).

O projeto chegou a ser aprovado em 14 de dezembro de 1990 e logo seguiu para o Senado Federal, quando passou a ser efetivamente discutido. O primeiro relator, senador Paulo Bisol, chegou a elaborar um projeto substitutivo, mas

¹⁰⁷ Nesse sentido, BASAGLIA critica as comunidades terapêuticas da antipsiquiatria que se erigiram na negação do hospício porém, mantém relações verticais de poder e controle sobre seus usuários: “Evidenciamos que a gestão da comunidade terapêutica, que procurava humanizar o manicômio, era igualmente um meio de controle social, era, como poderia dizer Marcuse, uma ‘tolerância repressiva’” - In: BASAGLIA, Franco. *A Psiquiatria Alternativa: contra o pessimismo da razão, o otimismo da prática*. São Paulo: Brasil Debates, 1982. p. 87. E ainda: BASAGLIA, Franco. *A Instituição Negada*. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

¹⁰⁸ A Lei n.º 180, de maio de 1978 (‘Lei Basaglia’/ ‘*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*’) estabeleceu a abolição dos hospitais psiquiátricos (manicômios) na Itália, e está vigente até o presente momento – In: SERRANO, Allan Indio. *O Que é Psiquiatria Alternativa*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

¹⁰⁹ Documento que marca as reformas na atenção à saúde mental nas Américas, formulado por organizações, associações, autoridades de saúde, profissionais de saúde mental, legisladores e juristas reunidos na Conferência Regional para a Reestruturação da Assistência Psiquiátrica dentro dos Sistemas Locais de Saúde. Foi adotada pela Organização Mundial de Saúde em Caracas, Venezuela, em 14 de novembro de 1990, mas, posteriormente, a própria Organização Mundial de Saúde (OMS) não reconheceu como documento oficial – Disponível em: <http://www.opas.org.br>. Acesso em: 17 nov. 2008.

¹¹⁰ Em Minas Gerais, a realização do ‘III Congresso Mineiro de Psiquiatria’, em 1979, trouxe à tona denúncias de violência nas instituições manicomiais do Estado. Em 1987, foi realizada a ‘I Conferência Nacional de Saúde Mental’, que discutiu novas políticas assistenciais e a necessidade de uma nova legislação psiquiátrica no Brasil. Nesse mesmo ano, no ‘Encontro de Bauru’, trabalhadores de saúde mental propuseram princípios teóricos e éticos de assistência e lançaram o lema: “Por uma sociedade sem manicômios”. Nesse encontro também foi estabelecido o 18 de maio como o Dia Nacional da Luta Antimanicomial – DELGADO, Paulo Gabriel Godinho. *Barbárie*. Disponível em: <<http://www.paulodelgado.com.br/revista/barbarie.htm>> Acesso em: 17 nov. 2008.

¹¹¹ “Corpos nus, estendidos no chão frio de cimento. Amontoados. Rostos descarnados, envelhecidos, embotados. Olhares vazios. Memórias e consciências ausentes, perdidas em algum recanto obscuro da mente. Restos humanos. Apenas vestígios. As imagens chocantes de pacientes psiquiátricos flagrados em pleno abandono nos pavilhões, corredores e quartos de manicômios brasileiros estareceram o país nas décadas de 70 e 80, quando a imprensa começou a revelar a barbaridade por trás dos muros daquelas solenes e venerandas instituições. Um escândalo” - Idem.

a pressão política para vetar a aprovação da lei era tão grande que o projeto foi deixado de lado naquele momento.¹¹²

Mas apesar desta primeira investida infrutífera, o movimento *antimanicomial* não se calou. Após grande insistência política, conseguiu importante conquista com a promulgação de uma Lei especial, a qual ficou conhecida como “Lei da reforma psiquiátrica” – a Lei n.º 10.216, de 06 de abril de 2001, firmada sob a presidência de Fernando Henrique Cardoso -,¹¹³ que propiciou certo avanço no trato e na proteção dos direitos dos portadores de transtornos mentais (infratores ou não), redirecionando o modelo assistencial em saúde mental, privilegiando o oferecimento de tratamento em serviços de base comunitária.

A legislação nasceu do ideal comum daqueles que pretendiam acabar de vez com os manicômios - embora não tenha instituído mecanismos claros para possibilitar esta progressiva extinção¹¹⁴ - e trouxe consigo três espécies de internação: a voluntária, a involuntária e a compulsória.¹¹⁵

O grande problema, como destaca Virgílio de MATTOS¹¹⁶, é que a tão só promulgação da Lei não foi suficiente para alterar a situação das internações psiquiátricas ou mesmo do instituto da medida de segurança, especialmente porque a postura dos operadores não havia efetivamente mudado: o que se viu (e ainda se vê), na prática, é a mesma lógica segregacionista-normalizadora sendo operada, voltada unicamente para o controle social do doente mental infrator.

Note-se, inclusive, que a própria Lei da reforma psiquiátrica ainda manteve alguns dispositivos que possibilitam expressamente a sustentação desta postura

¹¹² Apesar da forte maquinação política que se operou com o advento da presidência de Fernando Henrique Cardoso, a reação dos que rejeitavam o projeto de lei foi ainda maior e, em dezembro de 1995, na Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, o projeto de lei de Paulo Delgado foi definitivamente rejeitado – Idem.

¹¹³ Quando o projeto de Lei do deputado Paulo Delgado foi rejeitado, passou-se a discutir o projeto substituto, apresentado pelos senador Lucidio Portela, o qual, após ajustes, acabou sendo aprovado e se tornou a Lei 10.216.

¹¹⁴ Basta lembrar que em dezembro do mesmo ano de 2001, foi realizada em Brasília a “III Conferência Nacional de Saúde Mental”, cujas etapas preparatórias congregaram mais de 23.000 pessoas, contando, ao final, com cerca de 1.480 delegados – In: CONSELHO NACIONAL DA SAÚDE. *III Conferência Nacional de Saúde Mental*. Brasília, Ministério da Saúde, 2001.

¹¹⁵ Art. 6º da Lei n.º 10.216: “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”.

¹¹⁶ MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p.105.

(como, v.g, o art. 9º e o art. 6º, inciso III da Lei). Basta ver, por assim dizer, que os manicômios – agora com nova nomenclatura ('hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico') - continuam em pleno funcionamento.¹¹⁷

E, ao que tudo indica, não se deve (ao menos por hora) esperar grandes transformações por parte do legislador brasileiro. Basta ver que as reformas processuais penais ocorridas ao longo do ano de 2008 sequer tocaram no tema¹¹⁸ e o novo projeto de Código de Processo Penal – coordenado pelo então ministro Hamilton CARVALHIDO e relatado por Eugênio Pacelli de OLIVEIRA (criado na forma do Requerimento n.º 227 de 2008, aditado pelos Requerimentos n.º 751 e 794 de 2008, e pelos Atos do Presidente n.º 11, 17 e 18, de 2008)¹¹⁹ – nada trouxe de inovador no trato da questão.¹²⁰

¹¹⁷ No caso do Estado do Paraná, por exemplo, o velho Manicômio Judiciário - inaugurado em 1969 pelo Governo de Paulo Pimentel; depois batizado de Complexo Médico Penal (em 1993) -, embora ostente hodiernamente excelente administração, teve seu número de vagas ampliado no ano de 2008, por determinação do então governador Roberto Requião – Disponível em: <<http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=13>>. Acesso em 14 dez. 2008.

¹¹⁸ Cite-se, a título de exemplo, as Lei n.º 11.719, Lei n.º 11.690 e Lei n.º 11.689, todas promulgadas em 2008.

¹¹⁹ Além do coordenador e relator, a Comissão do anteprojeto conta com mais sete juristas: o juiz federal Antônio Corrêa; o advogado e professor da Universidade de São Paulo Antônio Magalhães Gomes Filho; o consultor legislativo do Senado Fabiano Augusto Martins Silveira; o advogado e ex-secretário de Justiça do estado do Amazonas Félix Valois Coelho Júnior; o advogado e professor da Universidade Federal do Paraná Jacinto Nelson de Mirante Coutinho; o delegado federal e presidente da Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal, Sandro Torres Avelar, e o promotor de Justiça Tito de Souza Amaral – In: BRASIL. Senado. *Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/novocpp>. Acesso em 03 maio 2009.

¹²⁰ No anteprojeto, a parte relevante ao tema está consubstanciada no Capítulo IV: "Da insanidade mental do acusado" (arts. 441 a 446 do CPP), que assim dispõe:

Art. 441. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase de investigação preliminar, mediante representação da autoridade ao juiz competente.

§2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

Art. 442. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será encaminhado à instituição de saúde, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em outro estabelecimento que o juiz entender adequado.

§1º O exame não durará mais de 45 (quarenta e cinco) dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.

§2º Se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame.

Art. 443. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 26 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.

Ao que parece, o maior problema é que se faz, usualmente, apenas uma verificação literal da norma penal, não havendo rigorosa preocupação com o seu entendimento e interpretação conforme a Constituição de 1988. E o que causa mais estranheza entre os estudiosos do tema é que a psiquiatria no mundo todo caminha no sentido da “desospitalização”, enquanto o direito penal marcha em sentido oposto: a do aprisionamento do louco-infrator.¹²¹

Talvez só se consiga mudar o estigma e o trato do portador de sofrimento mental infrator quando forem definitivamente banidas, como tanto outras idéias sem sentido, as medidas penais de segurança.

1.2 CONFORMAÇÃO DOGMÁTICA DO INSTITUTO

1.2.1 As Distinções entre Penas e Medidas de Segurança

Certo é que hoje, a medida de segurança ainda é um instituto jurídico-penal que se encontra em plena vigência no ordenamento brasileiro (tal qual ocorre como a grande maioria dos países que seguiram a tradição romano-germânica), sendo aplicada “àquele que tem, calcado em perícia psiquiátrica, determinada a sua inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, e que era, ao tempo da ação ou omissão criminosa, incapaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.¹²²

Delineada uma concepção geral das medidas de segurança, mister estabelecer os pontos em que elas e as penas se aproximam e se distanciam – o

Art. 444. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o §2º do art. 442.

§1º O juiz poderá, nesse caso, adotar as medidas cabíveis e necessárias para evitar os riscos de reiteração do comportamento lesivo, sem prejuízo das providências terapêuticas indicadas no caso concreto.

§2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença.

Art. 445. O incidente da insanidade mental processar-se-á em auto apartado, que só depois da apresentação do laudo, será apensado ao processo principal.

Art. 446. Se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, observar-se-á o disposto no art. 183 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.

¹²¹ MATTOS, Virgílio de. Op. cit, p. 105–112.

¹²² Ibidem, p. 90.

que remonta ao embate doutrinário entre os adeptos de uma concepção dita *unitária* e outra *dualista* do instituto.

Para os defensores da corrente *unitária*, penas e medida de segurança possuem inúmeras semelhanças, a possibilitar uma verdadeira fusão entre estas duas reações penais. Unitaristas como GRISPIGNI, Alfredo De MARISCO, Eugênio FLORIAN, Arturo SANTORO e ANTOLISEI¹²³ entendem que ambas as sanções poderiam ser reduzidas a um único instrumento de resposta estatal.

Estes dividem-se em dois grupos: aqueles que pleiteiam a substituição das penas pelas medidas de segurança e os que proclamam o caminho contrário - mas sempre propugnando pela cessão de uma à outra, constituindo um verdadeiro monismo jurídico-penal.¹²⁴

Tal concepção é fruto do pensamento formulado na origem do positivismo italiano, onde se via na medida de segurança uma providência de caráter não aflitivo e complementar à pena.¹²⁵ Para eles, não havia uma diferença substancial entre estas modalidades de sanção, sendo plenamente viável sua unificação através de uma espécie de “*pena de segurança*” - termo análogo aos utilizados por Von LISZT e por Edmund MEZGER no direito alemão: *zweckstrafe*.¹²⁶

Noutro giro temos a concepção *dualista*, defendida por ROCCO, MASSARI, MANZINI, PAOLI e outros.¹²⁷ Os adeptos desta corrente argumentam que penas e medidas de segurança possuem uma duplicidade distinta de objetivos

¹²³ Neste sentido: (GRISPIGNI, F. *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria*. Milano: Società Editrice Libreria, 1911, p. 29; GRISPIGNI, F. *Corso di diritto penale, secondo il nuovo codice*. Padova: Cedam, 1932, v. 1. p. 104-105; MARISCO, Alfredo De. *Diritto penale: parte generale*. Napoli: Jovene, 1935. p. 477; FLORIAN, Eugenio. *Trattato di diritto penale*. Milano: Francesco Valardi, 1934. p.783; SANTORO, Arturo. *Misure di sicurezza e pericolosità sociale a proposito di un piano di riforma e di una ricostruzione dogmatica*. *Rivista di diritto penitenziario*. Roma, 1936, p. 560; ANTOLISEI, F. *Pene e misure di sicurezza*. *Revista di diritto penale*. Padova: Cedam, 1933, p. 129) Apud NOGUEIRA, Ataliba. Op. cit., p. 87-105.

¹²⁴ FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p. 67

¹²⁵ “... a pena, que é sanção específica do direito penal, continua sendo meio aflitivo que se aplica como reação contra um fato concreto, avaliado moralmente (...). A medida de segurança, ao contrário, não se apoia nos princípios de imputabilidade e voluntariedade, mas no princípio da perigosidade” – In: BATTAGLINI, Giulio. Op. cit., p. 728.

¹²⁶ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal...*, p. 100. E também: MEZGER, Edmund. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 1935. p. 533.

¹²⁷ Neste sentido: (ROCCO, Arturo. *Il codice penale italiano...* [1930]. E ainda: ROCCO, Arturo. *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*. *Revista di diritto penitenziario*, Roma, v. 9, 1930, p. 1253; MASSARI, Eduardo. *Le dottrine generali del diritto penale*. Napoli: Jovene, 1930, p. 301; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*. vol.III. Torino: UTET, 1934. p. 176; PAOLI, Giulio. *Il diritto penale italiano*. Padova: Cedam. 1936, p. 98) Apud NOGUEIRA, Ataliba. Op. cit., 110-117. E ainda: FERRARI, Eduardo Real. Op. cit, p. 68-70.

a alcançar, ficando a pena ligada ao fato criminoso, enquanto que a medida estaria mais relacionada ao próprio agente.

É dualista, portanto, porque reconhece a existência de instrumentos sancionatórios que têm como fundamento ou pressuposto a culpa do agente (as penas), e de instrumentos sancionatórios que não pressupõem a culpa, mas a periculosidade do agente (as medidas de segurança).¹²⁸

Várias foram as teorias desenvolvidas neste sentido, dentre as quais destaca-se: a teoria da carência de afluência de Luigi LUCCHINI, a teoria da prevenção de Silvio LONGHI, a teoria da reação e da independência da ação desenvolvida por ROCCO, a teoria do estado perigoso enunciada por STOOS, e também a teoria integral desenvolvida por Ottorino VANINI.¹²⁹

Noutro giro, cabe ainda verificar que ao longo de sua estruturação doutrinária e legislativa, a concepção dualista se apresentou sob três perspectivas distintas: primeiro como acumulação - no chamado sistema 'dualístico-cumulativo' ou do 'duplo-binário'¹³⁰-, onde penas e medidas constituem diferenciadas modalidades de sanção penal, mas que devem ser aplicadas cumulativamente,

¹²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Notícias, 1993. p. 417.

¹²⁹ Neste sentido, tem-se que: (... a primeira teoria concebia a pena com um caráter iminente afluente, enquanto que as medidas de segurança não, já que seu fundamento está fulcrado numa perspectiva de tratamento – In: LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Florença, 1908. A Segunda teoria firma que as sanções devem dividir-se em repressivas e preventivas: a pena estaria na primeira categoria e a medida de segurança na segunda, pois estas últimas baseiam-se em fins exclusivamente utilitários – In: LONGHI, Silvio, *Per un codice della prevenzione criminale*. Milano: Società Editrice Unitas, 1922; LONGHI, Silvio. *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1991. Na terceira teoria firma-se que a pena é sempre reação contra o fato de ordem lesiva social, não dependendo da ação; já a medida de segurança não é reação, e, como tal, depende sempre do ato praticado pelo agente – In: ROCCO, Arturo. *Le misure di sicurezza...* [1930]. Pela Quarta teoria a pena diz respeito à responsabilidade do criminoso, exigindo um controle de todos os elementos do crime; já as medidas dizem respeito à periculosidade do agente, sendo aplicáveis até nos 'quase-crimes' – exatamente em função deste estado perigo inerente ao agente – In: STOOS, Carl. *Avant-projet de code pénal suisse...* [1894]. A última teoria é assim batizada porque pressupõe uma rigorosa enumeração de todas as diferenças entre pena e medidas. VANINI entende que, muito embora ambas sejam espécies da reação punitiva do Estado, existe uma infinidade de caracteres que as diferencia, tais como: a finalidade, o pressuposto legitimante, os efeitos, etc – In: VANNINI, Ottorino. *Lineamenti di diritto penale*. Firenze, 1933) Apud FERRARI, Eduardo Real. Op. cit, p. 68-70.

¹³⁰ ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 5-18, jul./dez 1973, p. 15. Segundo o autor, "... um sistema de sanções em que o grau de culpabilidade assinala o limite da pena deve ser de duplo binário, isto é, deve contemplar, junto à pena, medidas de correção e de segurança, independentes da culpabilidade. Pois a pena, tão-somente, não basta, em casos graves, para atender às necessidades de uma ação terapêutica...".

sendo a medida encarada como um complemento obrigatório da pena.¹³¹

Numa segunda perspectiva, aparece como substituição ou alternativa – no sistema ‘dualístico-alternativo’ -, em que a medida de segurança é vista como verdadeiro substitutivo da pena, aplicável quando esta é ineficaz para evitar a reincidência criminosa: constatado que o agente havia se tornado socialmente perigoso, pregava-se a substituição das sanções.¹³²

O maior problema destes dois modelos (tanto do dualístico-binário como do dualístico-alternativo), como indica Augustín JORGE BARREIRO,¹³³ é que eles criam o “inconveniente risco de conduzir à intolerável dupla privação de liberdade e respeito de uma mesma pessoa”, gerando aquilo que a doutrina batizou de “fraude de etiquetas”.¹³⁴

Neste mesmo sentido, aponta Francisco MUÑOZ CONDE e Mercedes GARCÍA ARÁN, que:

... as medidas de segurança podem ser representadas asceticamente como medidas ‘benfeitoras’ dirigidas a ‘curar’ o perigoso, por que este é um discurso legitimador de intervenções desmesuradas e carentes de limites, com o que se chega à denominar ‘fraude de etiquetas’, é dizer, a tolerar maiores ilimitações das medidas de segurança, com o argumento formal de que não são penas, sanções ou castigos.¹³⁵

Por fim, a relação entre pena e medida de segurança pode apresentar-se de maneira vicariata - no sistema ‘dualístico vicariante’, chamado por alguns de “monismo na execução”¹³⁶ -, onde o Juiz deve optar entre pena ou medida de segurança, sem a cumulação e nem arbitrária substituição de uma pela outra.

E como visto, foi este último o sistema adotado pela atual legislação

¹³¹ Tal feição surgiu pela primeira vez com o Antreprojeto de STOOS, fruto de uma interpretação dos estudos formulados no Programa de Marburgo – em que se pretendia resolver o problema da ineficácia ou insuficiência da pena, que muitas vezes não corrigia alguns indivíduos delinquentes -, e de lá se espalhou para vários códigos. Vale lembrar, inclusive, que tal concepção foi adotada pelo Código penal brasileiro de 1940, e perdeu até a reforma de 1984 – In: STOOS, Carl. *Avant-projet de code pénal suisse...* [1894] Apud NOGUEIRA, Ataliba. Op. cit., p. 114.

¹³² FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p. 71-72.

¹³³ JORGE BARREIRO, Augustín. Directrices político-criminales e aspectos básicos do sistema de sanciones en el Código penal español de 1995. *Actualidad penal*, Madrid, n. 23, p.507-508, jun. 2000.

¹³⁴ Assim batizado por KOHLRAUSH. *Sicherungsschaft*, 1924, p. 33. Apud BUSATO, Paulo; HUPAYA, Sandro. Op. cit., p. 276-279: “Afinal, se trata de um hábil mecanismo dirigido a burlar a proibição das prisões perpétuas, posto que o reconhecimento da periculosidade do sujeito, em determinados Estados intervencionistas, poderia levar a afastar indefinidamente da sociedade os inimigos do sistema”.

¹³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 568.

brasileira: “Extingue o projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteiriços. Não se retomam, com tal método, soluções clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema...”¹³⁷

Consoante indica MUÑOZ CONDE, este sistema resolve satisfatoriamente as contradições do mecanismo dualista: “... o sistema vicariante consiste basicamente em evitar que a duração da pena e da medida se somem e incrementem assim a afluência da privação da liberdade”.¹³⁸ Sem embargo, não se apresenta como uma solução definitiva, senão como melhor sintoma da necessidade de mudanças.

Voltando às vistas para a temática central desta parte do trabalho (ou seja, às semelhanças e diferenças entre os institutos), importa firmar, a título de similitude, que ambos são espécies de um gênero maior: a sanção penal, o que possibilita concebê-los como possíveis consequências jurídicas impostas pelo Estado àqueles que lesaram ou ameaçam de lesão um bem jurídico penalmente tutelado.¹³⁹

Ademais, tanto a pena como a medida de segurança exigem a prática de um injusto prévio por parte do agente e somente serão aplicadas jurisdicionalmente, por meio de uma sentença penal (condenatória no caso da pena, e absolutória imprópria no caso da medida).

Por outro lado, é incontestável que as diferenças entre os dois institutos são bem maiores que as suas semelhanças. Como delimita a própria Exposição de motivos do Código penal de 1940 (desde a redação originária), a medida de segurança difere da pena quer do ponto de vista de suas causas e de seus fins, quer pelas condições em que deve ser aplicada e pelo seu modo de execução.

Primeiramente, enquanto a pena é essencialmente repressiva - ou seja, visa ao fim maior de expiação (traduzido na fórmula do *malum passionis quod*

¹³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português...*, p. 423.

¹³⁷ A respeito, item 87 da Exposição Geral de Motivos da Lei 7.209 de 1984. Anote-se, contudo, que a imposição alternativa da espécie de sanção penal não impossibilita a substituição da pena por Medida de segurança em alguns casos, mas não por conta de uma incorrigibilidade do sujeito (como ocorria no passado), mas sim para dar-lhe um específico fim de tratamento.

¹³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 159 e 660.

¹³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006. p. 638.

*infligitur ob malum actionis*¹⁴⁰) - e tem como fundamento a culpabilidade do agente (firmada pela máxima do *nulla poena sine culpa*; o que pressupõe a responsabilidade psíquica ou capacidade de direito penal), a medida de segurança é essencialmente preventiva - visa à segregação hospitalar, assistência, tratamento, custódia, reeducação, vigilância - e se assenta exclusivamente na periculosidade do agente (reconhecido pelo Código e pela doutrina dominante como um “estado subjetivo, mais ou menos duradouro, de anti-sociabilidade” do sujeito)¹⁴¹, cuja verificação se opera, em regra, apenas sobre o injusto cometido (sem perquirir sobre a capacidade jurídico-penal do autor).¹⁴²

Para Nelson HUNGRIA, “a pena é, conceitualmente, uma reação, um contra-golpe em face do crime já praticado; já a medida de segurança é um preventivo do crime que pode vir a ser praticado”.¹⁴³

Neste tocante, vale lembrar que em sua gênese a medida de segurança surgiu para segregar os incorrigíveis - traduzindo uma idéia pura de prevenção especial negativa (de inocuização), sempre com o fito de se auferir proteção social. Com a evolução de idéias humanitárias-iluministas, a segregação perdeu terreno para concepção de tratamento e de recuperação do doente, nascendo assim a idéia de prevenção especial positiva (de ressocialização), a qual passou por dois momentos distintos: no século XIX traduzia a idéia de recuperação moral do indivíduo (espécie de penitência); já no século XX, passaria a ter uma feição médica, clínica (enquanto tratamento terapêutico e psicológico).¹⁴⁴

Portanto, mister firmar que inexiste a idéia de retribuição ou mesmo de prevenção geral em termos de medida de segurança, afinal, não haveria lógica alguma em castigar ou ameaçar pela sanção um indivíduo que não possui

¹⁴⁰ Embora também se possa falar em fins preventivos (especiais e gerais, positivos e negativos) para a pena – In: QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. São Paulo: RT, 2005. p. 61.

¹⁴¹ “A culpabilidade importa a irrogação de pena ainda quando não exista periculosidade, e, reciprocamente, a ausência de culpabilidade exclui a imposição de pena, por maior que seja a periculosidade; a menor culpabilidade deve acarretar a menor pena, ainda quando máxima a periculosidade, e, ao contrário, a maior culpabilidade deve ser mais severamente punida, ainda quando mínima a periculosidade” – In: HUNGRIA, Nelson. Op. cit., v. 3, p.07-09.

¹⁴² As penas têm em conta um delito realizado e considerado como entidade, de certo modo, independente da pessoa de seu autor; já as medidas de segurança se destinam a prevenir um futuro delito, cuja provável realização infere de um estado subjetivo da pessoa. – In: MARTINS, Salgado. Op. cit., p. 440.

¹⁴³ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., v. 3, p. 11.

¹⁴⁴ FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit, p. 61.

capacidade de compreender seus atos ou de portar-se conforme aquele entendimento. Desta feita, conclama-se apenas fins preventivos para a medida.¹⁴⁵

Em segundo lugar, tem-se que a pena encontra seu fundamento no valor *justiça*, atentando-se apenas para os fatos pretéritos¹⁴⁶; já a medida de segurança está fulcrada na premissa da utilidade, vislumbrando sempre o futuro: “as penas possuem sentido ético e só se impõem se reconhecidas a responsabilidade do agente. Já as medidas orientam-se pelo princípio da defesa social, e podem ser impostas ainda que o agente não seja responsável (legitima-se pelo estado perigoso)”.¹⁴⁷

É de se destacar, ainda, que a pena é sempre proporcional ao valor causal do crime - quanto mais grave o delito (face as suas consequências e reprovabilidade da conduta do agente) maior a pena - e possui um limite de execução determinado: no caso brasileiro, a privação da liberdade não pode se estender para além de 30 anos (*ex vi* art. 75 do CP).¹⁴⁸ Já a medida de segurança, além de ser vista como consequência de uma patologia advinda com o delito, acaba sendo apenas relativamente determinada quanto a seu prazo mínimo e totalmente indeterminada no máximo (conforme previsão do art. 97, §1º do CP).¹⁴⁹

A idéia que baliza o instituto, como observado, é a de que o agente somente é submetido à medida de segurança porque é perigoso, razão pela qual

¹⁴⁵ Neste tocante, não seriam válidas as doutrinas que tentam vislumbrar uma finalidade de prevenção geral para as medidas de segurança. Como faz Eduardo FERRARI, ao aduzir que a prática de um injusto é pressuposto para aplicação da medida, de modo que é indubitável o seu papel atuante na função de proteção de bens jurídicos (mesmo que apenas subsidiariamente). Deste modo, também existe na medida de segurança a presença da expectativa da comunidade na revalidação do ordenamento jurídico: “a medida de segurança criminal reafirma o Direito, gerando tranqüilidade social, consistindo o lapso mínimo de duração um parâmetro legislativo ao apaziguamento comunitário” - *Ibidem*, p. 62-63.

¹⁴⁶ Embora reste imperioso firmar que hoje, face a banalização das prisões cautelares no Brasil, é possível constatar uma verdadeira antecipação da sanção, o que acaba também firmando um juízo de utilidade para a pena (fugindo da perspectiva clássica e exclusiva de justiça).

¹⁴⁷ BATTAGLINI, Giulio. *Op. cit.*, p. 726.

¹⁴⁸ A pena, adstrita à noção realística ou causal do crime (lesão ou perigo de lesão de um bem ou interesse penalmente protegido), é proporcional à gravidade deste, e, conseqüentemente, determinada no seu *quantum*; já a medida de segurança, ainda que condicionada, de regra, à precedente prática de um fato previsto como crime, somente tem este em conta como um dos sintomas do estado perigoso individual, a cuja indeterminada duração está subordinada a sua execução – In: HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, v. 3, p. 12.

¹⁴⁹ A pena é retribuição jurídica ao crime. Por isso, sua qualidade, quantidade e grau de correspondem à qualidade, quantidade e grau do delito. Já a medida de segurança é simples meio de defender a sociedade contra as reações de indivíduos perigosos, visando obter sua cura, recuperação ou simples inocuidade – In: MARTINS, Salgado. *Op. cit.*, p. 440.

deverá permanecer em ‘tratamento’ enquanto durar este caractere pessoal.¹⁵⁰

Ocorre que esta situação, como bem destaca a moderna doutrina penal, acaba legitimando a aplicação de uma sanção perpétua, indefinida e por este motivo arbitrária.¹⁵¹

Como bem anota ZAFFARONI e PIERANGELI, “esta consequência deve chamar a atenção dos intérpretes de qualquer lei penal, por menos que reflexionem sobre uma medida significar limitações da liberdade e restrições de direitos, talvez mais graves do que os dotados de conteúdo autenticamente punitivo”. E seguem, afirmando que “não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação da liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete quem tem a obrigação de fazê-lo”.¹⁵²

Tanto é assim que há, hoje, forte movimento doutrinário propugnado pela limitação temporal das medidas, pois o sentenciado tem o direito constitucional de saber qual a duração da sanção que lhe está sendo imposta (como corolário do princípio da legalidade e da segurança jurídica).¹⁵³

Por fim, na esteira dos absurdos legislativos, é de se ver que toda uma sorte de direitos, tradicionalmente conferidos ao agente culpável que recebeu uma pena, é negada àquele que foi submetido à medida de segurança, como por

¹⁵⁰ Basta verificar as palavras dos doutrinadores clássicos do direito penal brasileiro neste sentido: “Quanto à medida de segurança, ela tem que ser indeterminada, pois, se o objetivo é a periculosidade do indivíduo, logicamente não poderá cessar enquanto aquela existir (...). A regra absoluta é que a medida de segurança perdurará enquanto durar a periculosidade do delinquente (...). A indeterminação da medida de segurança é um corolário fatal: não se pode curar a prazo fixo” – In: NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 341-342.

¹⁵¹ LEVORIN, Marco Polo. *Princípio da legalidade na Medida de Segurança*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 10-11. Da mesma forma: FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p.272. GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 43.

¹⁵² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 2004. p. 811. Note-se, inclusive, que tal inconstitucionalidade já foi até mesmo reconhecida pelo Colendo STF – In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 84.219-4/SP*, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJU de 03.05.04, p. 11, n.º 88.

¹⁵³ Neste tocante, Flávio GOMES aduz que as medidas de segurança não podem ultrapassar o limite máximo de pena abstratamente cominada ao delito, pois esse seria “o limite da intervenção estatal, seja a título de pena, seja a título de medida”. GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 2, p. 64-72. abr./jun. 1993, p. 67-69. No mesmo sentido: GARCIA MARTÍN, Luis. Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social en el derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (coord.) *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: RT, 2007.

exemplo: a progressão de regime¹⁵⁴, o livramento condicional¹⁵⁵, a possibilidade de uma verdadeira detração penal¹⁵⁶, o *sursis*¹⁵⁷, a remição pelo trabalho¹⁵⁸, permissão de saída e saídas temporárias¹⁵⁹, dentre outros – os quais, para além de meros ‘benefícios’ da execução penal, consagram-se enquanto verdadeiros ‘direitos’ que se incorporam (ou deveriam incorporar) ao patrimônio subjetivo do cidadão acusado no âmbito de um processo penal.

Uma vez submetido à medida de segurança, nela deverá permanecer - sem qualquer possibilidade de saída esporádica, progressão para situação mais benéfica, liberdade antecipada -, até que cesse sua alegada periculosidade.

Neste diapasão, mister questionar: não seria preferível ao portador de transtorno mental que fosse responsabilizado penalmente e recebesse uma pena? Afinal, como assevera Cláudio COHEN, “após o processo, ela já sabe quanto tempo ficará recluso; no caso de ser enquadrado na medida de segurança, (...) ele não saberá quanto tempo ficará recluso, pois isto dependerá da cessação da

¹⁵⁴ Conforme prescreve o artigo 112 da Lei 7.210 de 1984 (Lei de Execuções Penais): “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, com provado pelo diretor do estabelecimento, respeitada as normas que vedam a progressão”.

¹⁵⁵ Previsto no artigo 131 da LEP e artigo 83 do CP brasileiro, traduz “um período de transição entre a prisão e a vida livre, período intermediário absolutamente necessário para que o condenado se habitue às condições da vida exterior, vigorize sua capacidade de resistência aos atrativos e sugestões perigosas e fique reincorporado de modo estável e definitivo à comunidade...” – In: CUELLO CALÓN, Eugênio. *La moderna penología*. Barcelona: Bosch, 1958. p. 537.

¹⁵⁶ Artigo 42 do CP: “ Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior (hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou outro estabelecimento adequado)”. Ocorre que muitas das vezes o indivíduo ficou preso cautelarmente durante tempo superior ao mínimo de três anos previsto para que haja a possível liberação ou desinternação condicional da medida de segurança, e ainda assim é mantido em ‘tratamento’.

¹⁵⁷ Também conhecido como suspensão condicional da pena, previsto no 77 e seguintes do CP brasileiro, que constitui-se enquanto “substitutivo penal impeditivo da execução e extintivo da pena privativa de liberdade aplicada, decidido pelo juiz na sentença criminal, com o objetivo de evitar os malefícios da prisão...” – In: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, p. 604.

¹⁵⁸ Artigo 126 da LEP: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena”.

¹⁵⁹ Viabilizados pelo artigo 120 a 122 da Lei de Execuções Penais brasileira: “Art. 120 da LEP: Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos: I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão; II - necessidade de tratamento médico (...); “Art. 122 da LEP: Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I - visita à família; II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social”.

periculosidade, tornando-se, em muitos casos, uma condenação de prisão perpétua”.

E não só isso, poderá ele obter, ainda, uma série de benefícios que o legislador previu àquele que tem culpabilidade e foi sancionado por meio de uma sentença penal condenatória.

1.2.2 Pressupostos Legais para a Medida: o Injusto-Penal e a Inimputabilidade

Firmada a distinção entre os dois institutos, importa agora analisar os pressupostos exigidos pela legislação para a aplicação da medida de segurança. Estes, segundo atual disposição do Código penal, consubstanciam-se em três: a realização de um injusto penal, a comprovação da inimputabilidade (ou, em alguns casos, a semi-imputabilidade) decorrente de transtorno mental e a presença da periculosidade criminal do agente.

Assim, como primeiro pressuposto para a aplicação da medida, a legislação exige a prática de um injusto penal, ou seja: de um fato típico e antijurídico.¹⁶⁰

Nas palavras de Juarez Cirino dos SANTOS, é necessário a identificação prévia de um “fato previsto como crime”, porque o inimputável pode realizar ações típicas justificadas (por legítima defesa, estado de necessidade, ou outra causa de exclusão da ilicitude ou mesmo da tipicidade), cuja presença descaracteriza o injusto e, assim, afasta a possibilidade de aplicação da medida.¹⁶¹

¹⁶⁰ “... que o fato punível (ou, como dizem outros, ‘o fato previsto na lei como delito’) em que de modo necessário há de basear-se legalmente a imposição das medidas, se chame ou não delito, é tema de discussões intermináveis, por sorte sem consequência de importância, ao menos enquanto as palavras não sejam uma armadilha para a burla das garantias *demo-liberais*. Trata-se, de toda maneira, de um injusto típico, que é o núcleo de todo o delito...” – In: FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental: teoría general do delito e punibilidad*. Bogotá: Temis, 1984. p. 9-10. Ver também: TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, p. 642-643. Como destaca o autor, há ainda quem diga que mesmo o erro de proibição inevitável ou de inexigibilidade de comportamento diverso de autores inimputáveis, sob o mesmo argumento, afastaria a possibilidade de aplicação da medida de segurança (neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, p. 682). Todavia, como bem aduz Cirino dos SANTOS, “se o defeito do aparelho psíquico do inimputável significa incapacidade intelectual de entender o caráter ilícito do fato ou incapacidade volutiva de determinar-se de acordo com esse entendimento, então o inimputável não pode ter

Desta maneira, o ordenamento brasileiro banuiu definitivamente as medidas de segurança pré-delitivas, baseadas somente num juízo de *perigosidade social* do agente. Afinal de contas, se a medida de segurança é considerada uma modalidade de sanção penal, não basta a hipotética possibilidade de causar um dano a bem jurídico protegido para auferir a possibilidade de sua aplicação, é necessária a efetiva prática de um fato tido como crime.

Como destaca Jorge de Figueiredo DIAS, “a prática do ilícito-típico possui dupla função: por um lado a de elemento indicador da perigosidade; por outro a de co-fundamento e limite de aplicação da medida de segurança”.¹⁶²

Paulo BUSATO e Sandro Montes HUPAYA corretamente advertem que

a aplicação das medidas de segurança sem a necessária presença objetiva do injusto típico, e tendo como único fundamento indeterminado e instável critério da periculosidade, converte a liberdade individual em um princípio fluído, concedendo licença ao Estado (arbitrariamente ou não) a fazer uso das mais inusitadas restrições contra as liberdades.¹⁶³

Neste quadrante, a exigência de um injusto procura também preservar (ao menos formalmente) o princípio ofensividade ou lesividade, que baliza a construção de toda estrutura jurídico-penal: a idéia de que o Direito penal somente deve intervir se houver efetiva lesão ao bem jurídico protegido, de modo a afrontar a comunidade social de maneira irreparável.¹⁶⁴

Ocorre que, na prática, nem mesmo esta garantia é observada em sua totalidade. Não são raros os casos em que o infrator patológico é submetido à medida mesmo estando protegido por uma causa excludente da ilicitude (como a legítima defesa ou o estado de necessidade do art. 23 do Código Penal), ou mesmo diante de uma hipótese de insignificância – como ocorre no caso trazido junto ao Anexo I do presente trabalho, em que o agente foi submetido à medida de

conhecimento da proibição, ou não pode determinar-se pelo conhecimento d da proibição, nem pode possuir dirigibilidade normativa (...). Logo, autores inimputáveis, não podem atuar em erro de proibição nem agir em situações de exculpação...”

¹⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português...*, p. 439. Em igual sentido: MORILLA CUEVAS, Lorenzo. *Curso de derecho penal español: parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 36.

¹⁶³ BUSATO, Paulo César; HUPAYA, Sandro. Op. cit., p. 259.

¹⁶⁴ Trata-se, contudo, de uma preservação relativa (quase formal); afinal de contas, é um instituto que, por sua natureza, conclama a aplicação de sanção à agentes perigosos, e não culpáveis. De qualquer forma, mesmo esta consagração formal já é suficiente para impedir a aplicação de medidas de segurança pré-delitivas; e é este princípio, também, que finda com a idéia

segurança mesmo diante da subtração, para si, de *res* avaliada em pouco menos de oitenta reais (ou seja, sem mesmo haver desvalor em sua ação ou no resultado produzido).¹⁶⁵

Uma outra questão pode ser suscitada em relação ao pressuposto do injusto-penal, diz respeito à aplicação do princípio da presunção de inocência, assegurada no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República de 1988.

Aqui, vale lembrar que tal presunção pode ser apreciada sob duas perspectivas: uma processual, a qual indica que o acusado não é obrigado a produzir provas contra si, bem como a de que incumbe à acusação a prova da culpa; outra material, a qual estabeleceu que ninguém pode ser impedido de sua liberdade antes do reconhecimento de sua responsabilidade criminal.

Note-se que isso é válido (ou pelo menos deveria ser) para as medidas de segurança, uma vez que não comprovadas a materialidade ou a autoria delitiva, resta inviável a aplicação de qualquer sanção penal – mesmo se o indivíduo foi considerado inimputável e perigoso.

Contudo, observa-se que na prática, o instituto - exatamente por não estar fulcrado no juízo de culpabilidade e reprovação - acaba mitigando ou mesmo arrostando (na totalidade) o ideal de presunção de inocência, o que acaba por resgatar os postulados clássicos de uma internação pré-delitiva, fulcrada na presunção de uma periculosidade exclusivamente social.

Finalmente, importa anotar que para além do injusto-penal, é mister que a conduta praticada seja também punível - ou seja, passível de sanção pelo Estado -, pois quando extinta a punibilidade do agente (*v.g.*, por qualquer das hipóteses descritas no artigo 107 do CP) não será imposta medida de segurança nem subsistirá a que tenha sido imposta - conforme expressa previsão do parágrafo único do artigo 96 do CP.

O segundo pressuposto exigido para aplicação da medida de segurança é a comprovação da inimputabilidade (ou semi-imputabilidade) por doença ou

de presunção legal de periculosidade de certo grupo de indivíduo – como havia na redação originária do CP de 1940.

¹⁶⁵ A pesquisa de campo realizada para conformação do presente trabalho, valeu-se de vários laudos, exames e procedimentos submetidos ao Complexo Médico Penal do Paraná. Dentre estes, destacou-se o caso de J.F.B (que aqui suprime-se a nomeação completa para resguardar sua imagem), que consta do **Anexo 1** do presente trabalho.

perturbação da saúde mental.

Como observado, a atual legislação brasileira vedou a possibilidade de aplicação de medidas de segurança para sujeitos com capacidade plena de culpabilidade – aqueles que podem compreender a ilicitude do fato e atuar conforme essa compreensão -, de modo que a ausência de imputabilidade passou a ser pressuposto ou requisito para a aplicação da dita medida.¹⁶⁶

Veja-se que o critério empregado pelo Código para auferir tal “incapacidade de culpabilidade”¹⁶⁷, possibilitando a aplicação da medida de segurança ao infrator, foi o *biopsicológico-normativo*: que atende tanto às bases psicológicas que produzem a inimputabilidade, como às suas consequências na vida psicológica ou anímica do agente. Ou seja, resulta da combinação entre anomalia mental (fator orgânico) e incapacidade de entendimento (fator psicológico) – conforme indica a fórmula do artigo 26, *caput* do CP.

Então, se verificada por meio de perícia a existência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto, e que esta enfermidade afetou verdadeiramente a possibilidade de compreensão do ilícito, estará autorizada a figuração da inimputabilidade ao sujeito.

A primeira figura (doença mental) compreende as hipótese de patologias constitucionais ou adquiridas do aparelho psíquico: psicoses exógenas e endógenas - ou seja, qualquer tipo de “alteração mórbida da saúde mental, independente de sua origem”.¹⁶⁸ A segunda figura (desenvolvimento mental incompleto), por sua vez, diz respeito a uma limitada capacidade de compreensão do ilícito ou da falta de

¹⁶⁶ Imputabilidade pode ser definida como “o conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento” – In: CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal espanhol*. Madrid: Tecnos, 1998. p.191. Portanto, na orientação finalística adotada hoje, o juízo de imputabilidade pressupõe um duplo aspecto: o cognoscitivo e o volitivo – In: WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción de la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964. p.100.

¹⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 376: “... ou seja, conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato de determinar-se conforme aquele entendimento”.

¹⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, p. 288: “... psicoses produzidas por trauma/lesão e por tumores ou inflamações do órgão cerebral, epilepsia, desagregação da personalidade por arteriosclerose ou atrofia cerebral, esquizofrenia e paranóia”. Em lição análoga, entende-se que “doença mental é um quadro de alterações psíquicas qualitativas, como a esquizofrenia, as doenças afetivas (psicose maníaco-depressiva ou acessos alterados de excitação e depressão psíquica) e outras psicoses”. No mesmo sentido: GATTAZ, Wagner F. Violência e

condições plena de autodeterminar-se em razão de não ter o agente atingido sua maturidade intelectual, compreendendo por excelência todas as situações de oligofrenia: idiotia, imbecilidade e debilidade mental.¹⁶⁹

Importa frisar que esses estados patológicos devem necessariamente ser auferidos por meio do exame médico-pericial. E neste tocante, coube à legislação processual prever - conforme delimitado pelos artigos 149 a 154 do CPP - a instauração do “incidente de (in)sanidade mental” ao acusado sobre o qual recai a suspeita da doença mental, onde haverá uma acurada ingerência médica na valoração da situação descrita.

Portanto, a própria legislação confere à psicopatologia forense a missão de determinar, no caso concreto, se a anomalia produziu efetivamente a incapacidade referida, e mais, se tal anomalia (e conseqüente inimputabilidade) datava do tempo da ação/omissão criminosa - pois só assim se viabilizará ao Juízo a aplicação da medida de segurança, mesmo não sendo o aludo vinculativo.

Como parâmetro, o médico se valerá de um criterioso sistema desenvolvido pela Associação Psiquiátrica Americana, batizado de DSM (atualmente na série IV, de 1994), o qual disciplina e esquematiza uma variada gama de distúrbios mentais, também descritas em seus contornos gerais por meio do CID-10.¹⁷⁰

Ocorre que tal compêndio, de cunho estritamente médico, visa apenas a ofertar diretrizes gerais ao perito, razão pela qual sua aplicação aos contextos jurídicos deve estar cercada de minuciosa cautela, sob pena de se incorrer em graves equívocos.¹⁷¹

Nesta perspectiva, e levando-se em consideração que as definições legais sobre o que deva ser tido como transtorno mental geralmente estão cercadas por

doença mental: fato ou ficção? *Folha de São Paulo*, 7 nov. 1999, 3º Caderno, p. 2. E ainda: ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 233 e s.

¹⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, p. 288.

¹⁷⁰ ASSOCIAÇÃO PSIQUIÁTRICA AMERICANA. (Op. cit.); e também: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CID-10: Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados à saúde*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.

¹⁷¹ Como bem anota Gomes da SILVA, o próprio DSM-IV adverte, em seu preâmbulo, que ele serve apenas para ofertar diretrizes, não devendo ser usado como um livro de receitas culinárias. “O próprio DSM-IV já ressalva um fenômeno universal que é a não correspondência entre as definições legais de interesse psiquiátrico ou psicológico e a classificação correntemente aceita em compêndios de referência psiquiátrica como o DSM-IV” – In: SILVA, Eliezer Gomes da. *Transtornos*

aspectos alheios aos clínicos - como, *v.g.*, fatores sociais, comportamentais, éticos, morais, ou mesmo de impressão pessoal do médico avaliador -, pode-se verificar o quão imprecisa (para não dizer falha) pode ser tal delimitação.

Esta base de elementos não conferem uma verdadeira segurança ao perito, e esta insegurança acaba também refletindo na ponderação realizada pelo próprio Juízo, visto que as capacidades de compreender e de comportar-se conforme um entendimento são geralmente de difícil demonstração.¹⁷²

Em verdade, consoante observa Eliezer Gomes da SILVA, citando FONTANA-ROSA,¹⁷³ têm-se propugnado e esperado que o perito transcenda aos limites de sua especialidade, exigindo-lhe que ingresse em aspectos de índole puramente volitiva, os quais, não raras vezes, se situam em um universo que é exclusivo da moral ou mesmo do direito:

As discussões sobre o fundamento, necessidade ou extensão das causas de isenção da pena dos portadores de transtornos mentais envolvidos em condutas criminosas (...) está muito mais situada em zonas intermediárias em que o contexto situacional ocupa posição mais proeminente na aferição do grau de voluntariedade (individual) na realização de uma conduta e da valoração (ética, jurídica, social) de tais condutas. Daí falarmos em psiquiatria social, psicologia social, criminologia de bases sociológicas (...), que, em última análise, parecem procurar um equilíbrio entre a responsabilidade individual e a sociológica.¹⁷⁴

E tal situação, como anota Jomar Medeiros CUNHA, acaba por demonstrar que o diagnóstico psiquiátrico é de pouca confiabilidade e validade prática.¹⁷⁵

Mesmo porque, como é possível medir até que ponto os conhecimentos

mentais e crime: algumas reflexões sobre o complexo diálogo entre a psiquiatria e o direito penal. *Direito e Sociedade*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 81-125, jul./dez. 2001, p.103.

¹⁷² BUSATO, Paulo César; HUPAYA, Sandro. Op. cit., p. 268.

¹⁷³ FONTANA-ROSA, Júlio César. A perícia psiquiátrica. In: COHEN, Cláudio; FERAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco (Coord.). *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, p. 171-186, 1996: "O objetivo principal do perito, em síntese, volta-se para a avaliação da capacidade do examinado de entendimento para reconhecer o valor dos seus atos. Essa tarefa traz em seu bojo dificuldades, visto que se volta para o estudo do caráter racional do ser humano. Nesta avaliação congregam-se vários fatores sociais, culturais, biológicos, etc. para a definição de doença mental em oposição ou considerando-se o conceito de saúde mental". No mesmo sentido: SILVA, Eliezer Gomes da. *Transtornos...*, p. 103-104.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 109.

¹⁷⁵ CUNHA, Jomar Medeiros. Visão geral sobre os critérios utilizados para diagnósticos psiquiátricos. *Revista da Associação Brasileira de Psiquiatria*, n. 8, 1986, p. 25: "Estudos mostram que se dois psiquiatras, independentemente, entrevistam e diagnosticam um mesmo paciente sob condições normais de trabalho, eles fazem o mesmo diagnóstico em apenas 30-40% dos casos, e se os psiquiatras são muito experientes e têm formações semelhantes, o percentual vai para 60%" Apud SILVA, Eliezer Gomes da. *Transtornos...*, p. 102.

psiquiátricos/psicológicos efetivamente conferem ao perito a certeza de que o indivíduo, no momento da ação ou omissão criminosa, era inteiramente (ou mesmo parcialmente) incapaz de compreender o caráter ilícito do fato e de portar-se de acordo com esse entendimento? E não só isso: até que ponto é exigível que o perito seja tão preciso em descortinar o exato momento da doença, ou mesmo (como quer o direito penal) de vinculá-la ao crime?¹⁷⁶

Nota-se, assim, o quão árdua e ingrata é a missão confiada ao perito nomeado para emitir um laudo sobre a sanidade/insanidade mental do acusado.

Este quadro se agrava ainda mais quando se trata da figura do *semi-imputável*, em que se parte da idéia de uma simples perturbação da saúde e higidez mental – hipóteses em que o transtorno não se liga, obrigatoriamente, a uma causa predominantemente orgânica ou psicológica.

A semi-imputabilidade, entendida como capacidade relativa, figura-se como uma zona intermediária, um estado limítrofe entre a perfeita saúde mental e a insanidade: “nessa zona cinzenta ou fronteira estão os estados atenuados, incipientes e residuais de psicose, certos graus de oligofrenia e em grande parte as chamadas personalidades psicopáticas, e os transtornos mentais transitórios quando afetam, sem excluir, a capacidade de entender e querer”.¹⁷⁷

Insta ressaltar que a simples redução na capacidade de culpabilidade, a princípio, não permite a aplicação da medida de segurança – conforme indica o parágrafo único do art. 26 do Código penal. Todavia, o mesmo diploma, em seu artigo 98, possibilita em alguns casos a substituição da pena aplicada pela medida

¹⁷⁶ Questionamentos estes, que foram bem elaborados por SILVA, Eliezer Gomes da. *Transtornos...*, p. 107: “Será que a ciência médica já atingiu tal nível de precisão para, a par de identificar o transtorno mental de que era (ou é) o agente portador, localizar sua manifestação numa data e horário específico e estabelecer uma relação causal entre esse transtorno mental e o comportamento posterior qualificado como crime? Será que, uma vez mais, não se estaria a exigir mais do psiquiatra forense ou do psicólogo forense do que ele tem condição de informar?”.

¹⁷⁷ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 138. Segundo o DSM-IV, tais situações dizem respeito, basicamente, aos “transtornos da personalidade, um padrão persistente de vivência íntima ou comportamento que se desvia acentuadamente das expectativas da cultura do indivíduo, sendo invasivo e inflexível” – In: ASSOCIAÇÃO PSIQUIÁTRICA AMERICANA. Op. Cit., p. 593. Seguindo esta linha de vinculação, cabe trazer as lições de Alvin SÁ: “... são indivíduos portadores de caráter tão desviantes das expectativas da comunidade que a própria sociedade tende a tratá-los como anormais do ponto de vista de sua própria constituição biológica” – In: SÁ, Alvin Augusto de. Personalidades psicopáticas: sofrem ou fazem sofrer. *Justiça*, v. 57, n.170, p. 31-39, abr./jun. 1995. p. 34. Ver também: ALTAVILLA, Enrico. Op. cit., p. 104. E ainda: PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

ao indivíduo semi-imputável, bastando para tal que se demonstre que o condenado necessite de tratamento curativo ou que seja extremamente perigoso.

Assim, diante desta imensa abstração, resta praticamente impossível traçar uma linha precisa de demarcação que oriente o trabalho do Juiz ao decidir se aplicará uma pena reduzida ou uma medida de segurança ao semi-imputável.

Mais uma vez tal missão, mesmos com todas as incongruências já anotadas, é outorgada ao perito médico. Ora, se já era difícil verificar com precisão a existência da doença mental, vinculá-la diretamente ao fato criminoso e ainda por cima determinar sua existência (ou não) no exato momento da ação/omissão do agente, ainda mais difícil o será em relação ao sujeito que sofre apenas de uma perturbação relativa de sua saúde mental.

O certo é que mesmo com todas estas incertezas, variações e subjetivações, ainda assim o legislador penal requer, para fins de medida de segurança, a constatação da inimputabilidade/semi-imputabilidade do acusado que cometeu o injusto-penal.

1.2.3 A Periculosidade Criminal como Pressuposto

Por fim, como último requisito à aplicação das medidas de segurança, exige o legislador a constatação da periculosidade criminal do agente. E é exatamente aqui que se encontra o maior de todos os problemas do instituto, o qual figura como objeto central das pesquisas no presente trabalho.

Contudo, antes de verificá-los, convém lembrar que a legislação (e não apenas a brasileira) historicamente distinguiu duas espécies de periculosidade: a *social* e a *criminal*.¹⁷⁸

Num primeiro momento, com o advento da Escola criminológica positivista e o paradigma preventivo (final do século XIX e início do século XX), surgiu um sem

¹⁷⁸ Além do Brasil, a idéia de uma periculosidade social se fez presente também em várias legislações, v.g: na Lei espanhola de 1933, denominada '*ley dos vagos y malyantes*'; também a Lei italiana de 10 de outubro de 1968 (Lei n.º 633/68), que previa em seu artigo 31 a possibilidade de aplicação de uma medida pessoal sempre que precedida da averiguação em concreto da perigosidade social – In: FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit, p. 154-155.

número de excessos e desvios que deveriam ser reprimidos pelo Estado em nome de uma suposta defesa social. Neste quadrante, se justificaram inúmeras medidas de contenção pré-delitivas, bastando que se verificasse (ou simplesmente se imaginasse) que o sujeito poderia ocasionar danos à sociedade.¹⁷⁹

Surgia assim a periculosidade social, enquanto mera possibilidade do indivíduo vir a cometer fatos socialmente prejudiciais à coletividade, colocando em risco a tranquilidade, a paz e a ordem pública. Traduzia-se, portanto, numa espécie de espelho sintomático, no qual se refletia a personalidade deturpada do desajustado, daquele que não se amoldava ao padrão de normalidade de uma dada sociedade.

Tal idéia estava diretamente relacionada com a má repercussão da conduta do agente (tido como perigoso) perante a comunidade, levando em conta circunstâncias ambientais e familiares, punindo-se o indivíduo pela mera potencialidade em cometer ações danosas, sejam elas criminosas ou não.¹⁸⁰

A doutrina penal brasileira do início da década de 1940, então encabeçada por Aníbal BRUNO, chegou a enumerar alguns elementos que permitiriam (supostamente) objetivar este juízo de periculosidade social, tais como: “a maneira de ser que pode exprimir-se na estrutura constitucional do indivíduo, anátomo-fisiopsicológica, anormalmente estruturada, ou resultar de deformação imprimida pelos traumatismos recebidos no mundo imediato, físico ou social-cultural, em que se desenvolve a vida do homem”.¹⁸¹

Imputava-se ao Juiz, em regra, a missão de determinar este estado social perigoso no agente, o que seria feito a partir da análise do caso concreto - ao que se chamou de “periculosidade real/verificada”, que pressupunha a análise de alguns elementos, como: a personalidade do indivíduo, seus antecedentes, os motivos e circunstâncias do crime praticado (conforme artigo 78 do Código, em sua redação

¹⁷⁹ LANDECHO, Carlos Maria. Peligrosidad social e peligrosidad criminal. *Peligrosidad social e Medias de Seguridad: la ley de peligrosidad e rehabilitación social de 4 de agosto de 1970*. Valência, p. 247-257, 1974, p. 248.

¹⁸⁰ Segundo Aníbal BRUNO, “é um 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” – In: BRUNO, Aníbal. Op. cit., p.287.

¹⁸¹ Ibidem, p.291.

original).¹⁸²

Por outro lado, haviam situações em que o Magistrado sequer era chamado à voga para verificar tal situação, pois a própria legislação presumia *juris et de jure* hipóteses de periculosidade social do agente: ao que se chamou de “periculosidade presumida” - assim delineada no artigo 77 do CP de 1940.

O que não se percebeu na época, é que esta figura do indivíduo socialmente perigoso acabaria por abarcar uma infinidade de situações de risco (totalmente imprecisa e demasiado abstrata) praticadas por determinados tipos de autor, conformando por vias transversas um Direito penal em que o fato praticado é de pouca relevância jurídica – afinal, é sobre o autor que deveria recair a atuação preventiva do poder punitivo.¹⁸³

A própria história da humanidade demonstra que a prática real do poder sempre imputou a certo grupo de indivíduos a carapuça da perigosidade, conferindo-lhes sempre um tratamento rigoroso e punitivo, típico de um inimigo: vadios, mendigos, leprosos, bruxas, prostitutas, ébrios, toxicômanos, terroristas e, é claro, enfermos mentais, sempre tiveram lugar cativo neste rol.¹⁸⁴

Neste diapasão, a incorporação da periculosidade social nas legislações penais acabou funcionando como uma espécie de válvula de escape à restrição da liberdade dos cidadãos inconvenientes (os ‘estranhos’) ao poder.¹⁸⁵ Fundando-se em um temerário conceito de danosidade, que ignora a abstração que lhe é intrínseca, autorizou-se a indefinida e arbitrária restrição da liberdade de certos grupos de indivíduos.

Sob o pretexto de configurar como uma medida de defesa social, permitiu-se e legitimou-se a investida preventiva contra este grupo de indesejados, antes

¹⁸² Nestes casos, como aduz Aníbal BRUNO, o Juiz deveria investigar a história do sujeito, seu comportamento habitual, as condições de sua existência, a maneira pela qual teria procurado vencer as posições embaraçosas de sua, suas inclinações e preferências para determinados meios; em suma, “todas as formas de atividade que possam ser tomadas como expressões do seu próprio eu” – *Ibidem*, p. 293.

¹⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. Medidas de seguridad inocuizadoras para delincuentes peligrosos? Reflexiones Sobre su Discutida Constitucionalidad y Sobre el Fundamento y Clases de las Medidas de Seguridad. *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penale*, Lima, n. 2, p. 481-521, 2001, p. 487.

¹⁸⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo...* p. 11.

¹⁸⁵ Neste sentido: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. E mais, como visto, não foi à toa que a idéia de periculosidade social foi incorporada à legislação de quase todos os regimes políticos autoritários mundo à fora.

mesmo da prática de um injusto, criando um verdadeiro mundo de “*Minority Report*”.¹⁸⁶

Eis que surge a Reforma penal de 1984, afastando do âmbito legislativo brasileiro o temerário critério da periculosidade social. A partir de então somente se exigiria a periculosidade criminal do agente para a aplicação das medidas.

Com ela, também estariam definitivamente banidas as medidas pré-delitivas. Mesmo porque, em sendo a medida de segurança um instituto de natureza jurídico-penal (verdadeira sanção), não poderia ela fugir à sorte geral da ciência e preceder da prática de um injusto. A partir de então, “somente ao homem criminalmente perigoso se imporia a medida de segurança”.¹⁸⁷

Tal concepção, como bem anota BUSATO e HUPAYA, propiciou grande avanço no trato do tema, e se operou como “consequência de que a maioria dos ordenamentos Constitucionais (hodiernos) contemplou uma vasta gama de princípios que se derivam do Estado de Direito”.¹⁸⁸

Dito isso, resta então questionar: afinal, no que consiste este critério da periculosidade criminal? Segundo definição do dicionário da língua portuguesa, perigosidade/periculosidade diz respeito ao estado ou qualidade do que (ou de quem) é perigoso,¹⁸⁹ consistindo – em termos penais - no conjunto de circunstâncias que indicam a probabilidade de alguém praticar ou tornar a praticar um crime.

Para Álvaro Mayrink da COSTA, que faz expressa referência à noção firmada pela jurisprudência do Tribunal Supremo alemão, “a noção de periculosidade diz respeito exatamente à probabilidade de que se repita a

¹⁸⁶ SPILBERG, Steven (Diretor). *Minority report*. USA: Twentieth Century Fox e Dreamworks Pictures, 2002. A película se passa em Washington no ano de 2054, onde a divisão ‘pré-crime’ teria conseguido acabar com os assassinatos, graças ao auxílio de paranormais (os *precogs*), que visualizam o futuro e possibilitam que o culpado seja punido antes que o crime seja cometido. Quando os *precogs* têm uma visão, o nome da vítima aparece escrito em uma pequena esfera e em outra esfera está o nome do culpado. Também surgem imagens do crime e a hora exata em que acontecerá. Estas informações são fornecidas para uma elite de policiais, que tentam descobrir onde será o assassinato, evitando o crime e recolhendo a um estabelecimento prisional que afastará para sempre o agente (autor do futuro ‘quase-crime’) do convívio social. Note-se que, qualquer semelhança com as Medidas de segurança não é mera coincidência...!

¹⁸⁷ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 287.

¹⁸⁸ BUSATO, Paulo César; HUPAYA, Sandro. Op. cit., p. 257.

¹⁸⁹ PERICULOSIDADE. In: FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 3 ed., Curitiba: Positivo, 2004. p. 461.

realização de atos delitivos que ofendam gravemente a ordem jurídica”.¹⁹⁰

Nota-se, assim, que a periculosidade criminal implica num juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, de o agente vir a cometer novos fatos ilícitos-típicos: é a “probabilidade de reiteração criminal”.¹⁹¹ Neste sentido, aduz José Francisco de FARIA COSTA que:

... enquanto a possibilidade traduz o caráter incerto dos acontecimentos futuros, a probabilidade indica um juízo de certeza sobre a constância da frequência desses mesmos acontecimentos incertos (...). Trata-se de uma possibilidade qualificada, uma verdade provável, ou de uma certeza de probabilidade.¹⁹²

Tal concepção traduz essencialmente uma idéia de risco: “... um risco representado por circunstâncias que prenunciam um mal para alguém, ou para alguma coisa, resultando ameaça, medo ou temor à sociedade”.¹⁹³

Ocorre que estes riscos não podem estar previamente delineados em lei, haja vista que o fator ocasião (para não dizer ‘sorte’) faz parte de sua própria concepção. Não por outra razão, ao exigir apenas a periculosidade criminal, o legislador de 1984 também acabou banindo o critério da presunção de periculosidade antes previsto no Código, deixando sua valoração à cargo exclusivo do Juízo criminal, que deve sempre avaliar cada situação concreta.¹⁹⁴

A periculosidade criminal funda-se, portanto, na idéia de que os doentes mentais infratores, movidos por certos apetites e impulsos que lhe são próprios (face a seu quadro clínico), provavelmente praticarão novos ilícitos-típicos,

¹⁹⁰ COSTA, Álvaro Mayrink da. Medida de Segurança. RIBEIRO, Bruno de Moraes; LIMA, Marcellus Polastri (Coord.). *Estudos Criminais em homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 14.

¹⁹¹ Sobre o tema, PETROCELLI acentua a predileção da doutrina para com a fórmula periculosidade criminal, visto que “periculosidade social é expressão a que falta univocidade, pois diversos são os perigos que incidem sobre o objeto sociedade; periculosidade criminal indica periculosidade de homens, relacionada ao delito, que é ação humana” – In: PETROCELLI, Biagio. *La periculosità criminale e la sua posizione giurídica*. Padova: CEDAM, 1940. p. 36.

¹⁹² COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 480.

¹⁹³ FERRARI, Eduardo Real. Op. cit, p. 153. Em sentido análogo: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2009.

¹⁹⁴ Ao contrário do que defendem alguns doutrinadores brasileiros (cite-se: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito...*, p. 704; ou mesmo SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, p.644. Ambos dizem que o *caput* do art. 26 manteve a periculosidade presumida, enquanto que o parágrafo único do art. 26 traduziu a periculosidade real), a atual estruturação jurídica do instituto na legislação penal, afastou a periculosidade presumida, afinal de contas, não basta ser doente mental para ser submetido à medida de segurança, é imperioso, também, que seja

configurando-se a medida de segurança como a modalidade sancionatória mais adequada para tratá-los ou simplesmente neutralizá-los.¹⁹⁵

Por isso, correta a observação de Gomes da SILVA, quando assevera que boa parte desta racionalização, especialmente feita pelos profissionais do Direito, está centrada em uma noção estritamente intuitiva acerca dos riscos de que eventual liberação do sentenciado portador de transtorno mental possa trazer à sociedade.¹⁹⁶

A idéia de periculosidade representa nada além do que “um juízo futuro e incerto sobre condutas de impossível determinação probalística, aplicada à pessoa rotulada como perigosa, com base em uma questionável avaliação sobre suas condições morais e sua vida pregressa”.¹⁹⁷ Não por outra razão Cristina RAUTER aduz que “ a noção de periculosidade está indissociavelmente ligada a um certo exercício de futurologia pseudocientífica”.¹⁹⁸

A periculosidade é como a figura de *Proteu*, “apresenta formas e manifestações, as mais variadas e imprevistas; e a sua etiologia é extremamente complexa”¹⁹⁹, o que, por si só, é danoso aos postulados garantistas propugnados pelo moderno Direito penal.

Ocorre que esta idéia de risco, para tentar fugir de uma abstração racionalmente inaceitável, acaba sendo construída a partir da gravidade implícita do fato criminoso cometido pelo agente, o que gera uma absurda incongruência no instituto: pois se acaba imputando efeitos sancionatórios a uma medida que se propunha exclusivamente terapêutica.²⁰⁰

Como assevera Benedicto de SOUZA, “é frente ao diagnóstico de suas condições atuais (dos indivíduos que cometeram crime) que se obtém um

reconhecido como um indivíduo concretamente perigoso e potencialmente tende ao crime – basta ver, neste tocante, que nem todo doente mental está submetido à medida de segurança.

¹⁹⁵ FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit, p. 157

¹⁹⁶ SILVA, Eliezer Gomes da. *Transtornos...*, p. 86.

¹⁹⁷ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias...*, p. 137.

¹⁹⁸ RAUTER, Cristina. Manicômios, Prisões, Reformas e Neoliberalismo. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 71-76, 1997.

¹⁹⁹ MARTINS, Salgado. Ob. cit, p. 449-450. O *Proteu* aparece na mitologia grega como filho dos titãs Tétis e Oceanus. Tinha o dom da premonição e assim atraía o interesse de muitos que queriam saber as artimanhas do poderoso destino. Porém, ele não gosta de contar os acontecimentos vindouros; então, quando algum humano se aproxima, ele foge ou assume aparências monstruosas e assustadoras - In: BULFINCH, Thomas. *O livro de ouro da mitologia grega: histórias de Deuses e Heróis*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p.19.

²⁰⁰ SILVA, Eliezer Gomes da. *Transtornos...*, p. 86.

prognóstico de sua situação futura, traduzida na prática provável de um crime”.²⁰¹

O que se vê, portanto, é a manipulação do conceito de risco, legitimando e ampliando um poder de *disciplina*, que busca sempre o controle dos indivíduos desviantes (os “anormais”²⁰²) por meio de um processo de normalização penal.

Mais uma vez citando Gomes da SILVA, é de se ver que a história judiciária brasileira deflagra inúmeros casos de sujeitos condenados por crimes bárbaros, sem que a sociedade ou os operadores do Direito tenham demonstrado alguma preocupação especial com a possibilidade de que aquele sujeito, após o cumprimento da pena, voltasse a delinquir. Qual o fundamento, portanto, para se temer mais o portador de transtornos mentais?²⁰³ “Poder-se-ia responder: exatamente o fato de ser portador de transtorno mental. Entretanto, o simples fato de ser portador de transtorno mental não constitui, em si, crime algum”²⁰⁴ – afinal, existe uma infinidade de pessoas portadoras de patologia penal que não estão submetidas ao sistema penal.

Nos dizeres de ZAFFARONI e Nilo BATISTA,

a periculosidade de uma pessoa que tenha cometido um injusto ou causado um resultado lesivo a bens jurídicos pode não ser maior nem menor do que a de outra que o tenha causado, se a mesma depende de um padecimento penal”. Nestes termos, afirmam também que “não existe razão aparente para estabelecer que um azar leve a submissão de uma delas a um controle penal perpétuo.”²⁰⁵

O próprio Aníbal BRUNO, assíduo defensor não apenas das medidas de segurança, como também do nefasto critério da periculosidade social, lecionou que a periculosidade consagra um juízo de probabilidade necessariamente sujeito ao

²⁰¹ SOUZA, Moacyr Benedicto. *A influencia da Escola positiva no direito penal brasileiro*. São Paulo: EUD, 1982. p.78-79.

²⁰² FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

²⁰³ “Existe algum dado objetivo para apostar na maior periculosidade do portador de transtorno mental do que no indivíduo considerado mentalmente sã?” Segundo o autor, os dados desmistificam algumas presunções, e cita que “o doente mental criminoso é uma raridade: no Rio de Janeiro, por exemplo, com mais de 5 milhões de habitantes (Dados de 1985), pelo menos 20% da população apresenta alguma espécie de desvio de comportamento e seguramente 10% são doentes mentais (...). Nesse contexto, há apenas 1,5% com problemas genuínos (...); então, qual o perigo que oferece todo este contingente humano do ponto de vista criminoso?” – In: SOARES, Orlando. Incapacidade, imputabilidade e preservação da saúde mental. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 325, p. 78, jan/mar. 1994. No mesmo sentido: SILVA, Eliezer Gomes da. *Transtornos...*, p. 85-86.

²⁰⁴ Os transtornos psíquicos só interessam ao direito penal quando há a prática de um crime, e mais, que se demonstre que o agir do infrator-patológico desvia de um padrão socialmente aceitável (quantitativa ou qualitativamente) – Ibidem, p. 86.

²⁰⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 811.

erro, não só porque é difícil estabelecer a fórmula precisa da personalidade de um homem, como porque o crime não depende só dela, mas também das condições que essa personalidade irá ter diante de si.²⁰⁶

Ora, sabe-se que ninguém pode ter absoluta certeza de que não irá cometer ilícitos-típicos. Como indica Nelson HUNGRIA, “existe em todo homem um criminoso *in potentia*, cuja eclosão pode ser favorecida, e não necessariamente determinada, por condições pessoais e sociais (...). Não há diferença estrutural entre criminosos e não criminosos”.²⁰⁷

Ou seja, o crime não é privilégio dos ‘*anormais*’, e nem sempre o crime do próprio ‘*anormal*’ está ligado à sua patologia - razão pela qual não há que se falar em predisposição para o ilícito.

Ainda quando se torne um hábito ou mesmo um meio de vida, o crime não é, de modo algum, resultante de uma orientação mais ou menos fatalista do indivíduo.²⁰⁸ A reiteração criminosa não quer dizer que o indivíduo seja necessariamente perigoso, mas sim, que ele seja apenas um “multi-reincidente”.

E aqui, resta imperioso firmar uma das preocupações que motivou a presente pesquisa – e que, infelizmente, já é possível se vislumbrar na prática forense nacional – diz respeito à aplicação do modelo criado para as medidas de segurança em outros institutos do Direito, como ocorre, por exemplo, com as prisões cautelares (flagrante, preventiva e temporária).²⁰⁹

Ora, que são as prisões cautelares senão medidas de contenção

²⁰⁶ “... sendo o crime, geralmente, produto do encontro de determinada personalidade com determinada circunstância, é difícil fazer esta previsão” – In: BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 294-295.

²⁰⁷ Mesmo porque, como indica Von ROHLAND “não há homens absolutamente bons, do mesmo modo que não há caracteres absolutamente maus, ou delinquentes natos (ou agentes propícios à delinquência)” – In: ROHLAND, Von. *Willensfreiheit*. p. 164 Apud HUNGRIA, Nelson. Ob. cit., v. 3, p. 41-45. Do ponto de vista empírico, é inegável a liberalidade da vontade. Como adverte MEZGER, é preciso “reconhecer que a vontade não é causalmente determinada e que a questão da livre escolha em sentido indeterminado é, em última análise, não um problema lógico, ou ontológico, mas prático-axiológico, isto é, um modelo de se considerar o valor de nossa escolha” – In: MEZGER, Edmund. Op. cit. p. 37.

²⁰⁸ Há, em verdade, dadas situações em que o sujeito pode “cair” no crime. Mas esta “queda” não é a regra, e sim a exceção. E em assim sendo, é igualmente certo que o indivíduo pode vencer qualquer sorte de tentação ou impulso que o leve à infração da norma, o que exclui todas as concepções causalistas ou deterministas do crime, e implica na exigência da culpa enquanto pressuposto para qualquer espécie de sanção – In: LOPEZ-REY, Manuel. *Introducción al Estudio de la Criminología*. Buenos Aires: El Ateneu, 1945.

²⁰⁹ Prisão em flagrante, delineada nos arts. 301 e seguintes do CPP. Prisão preventiva, do art. 311 a 318 do CPP. E a prisão temporária, que está prevista na Lei 7.960 de 1989.

preventiva voltadas para indivíduos considerados perigosos para a sociedade? Ou seja, indivíduos possivelmente danosos à ordem pública, ordem econômica, instrução do processo ou à aplicação da lei penal material.

Note-se que em todos os casos de prisão processual, a legislação brasileira transporta o modelo das medidas de segurança (com alguns ajustes, é claro) aos sujeitos penalmente imputáveis, o que, por si só, consagra um afronte à toda a lógica garantista propugnada por um processo de índole acusatório – tal qual almeja o constituinte para o processo penal pátrio.

No caso da legislação brasileira (como também ocorre em vários ordenamentos estrangeiros) a situação é ainda mais alarmante, pois não apenas a comprovação da periculosidade do agente, como também o atestado de sua cessação, é submetida - por meio do “exame de verificação da cessação da periculosidade” (previsto nos artigos 175 a 179 da LEP) - ao crivo do perito médico, que emitirá um parecer ao Juiz competente sobre a possibilidade daquele sujeito reiterar a conduta criminosa ou não.²¹⁰

Ora, se o clínico já tinha dificuldades de atestar a existência (ou não) da patologia mental quando do prática do fato delitivo, quiçá agora, quando será chamado a decidir se aquele indivíduo, além de doente, é também perigoso.

Tal dificuldade, inclusive, é confessadamente vivida pelos psiquiatras e psicólogos convocados para emitir seus pareceres sobre a cessação da periculosidade do réu inimputável.²¹¹

²¹⁰ Apesar da decisão final sobre o destino do réu portador de transtorno mental ser, em última análise, do órgão jurisdicional (bases do princípio do livro convencimento motivado), é sabida e notória a importância da perícia médica na formação do entendimento do Juízo. Como afirma Marina WEIGERT: “... desde o incidente de insanidade mental até o exame para verificação de periculosidade nos internos, o psiquiatra é, indubitavelmente, aquele a quem se ouve para atribuição da responsabilidade penal ao imputado considerado anormal. Assim sendo, é comum os juízes sustentarem suas decisões de acordo com o parecer médico sobre a saúde mental do réu/acusado” – WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. O discurso psiquiátrico na imposição e execução das medidas de segurança. In: CARVALHO, Salo de. (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 595-611.

²¹¹ Para real percepção do problema, o presente trabalho elaborou pesquisa de campo junto ao Complexo Médico Penal do Paraná, com expressa autorização da Direção e da equipe de médicos e psicólogos da instituição e obteve, como resultado de conversas reiteradas, a confirmação de que os dados trazidos aos peritos são – de fato – insuficientes à valoração exata da situação do indivíduo submetido ao exame. E tal situação acaba gerando possíveis imprecisões no laudo emitido (Última conversa: 01 jul. 2009). Também restou a impressão de que os peritos ficam verdadeiramente receosos ao elaborar um laudo de desinternação, sob o argumento de que as cobranças advindas face a um possível delito praticado por interno liberado, possivelmente recairão sobre seus ombros.

Mesmo porque, não são raras as vezes em que há apenas um único encontro entre o perito e o avaliado; e é com base nesta percepção isolada, aliada aos dados conferidos pelos agentes de segurança que trabalham no estabelecimento manicomial (que trazem ao perito dados sobre o comportamento diário do internado, de higiene pessoal e convivência com outros internos), bem como dos elementos contidos no próprio processo criminal que motivou a aplicação da medida, que o perito formulará seu parecer.²¹²

Neste mesmo diapasão, indica COHEN e Cláudia FIGARO:

... devemos mencionar que os critérios de avaliação da periculosidade são sempre questionáveis, pois eles são subjetivos e não há uma metodologia adequada para a avaliação. A história pregressa do indivíduo acaba por ser um valor estigmatizante em seu comportamento, com pouca chance de um estudo de sua capacidade de reabilitação em um ambiente que é, muitas vezes, agressivo pela sua própria característica de instituição que recebe pessoas consideradas como perigosas.²¹³

Como destaca Gomes da SILVA, muito embora a lei penal atribua grande relevância ao trabalho do psiquiatra neste quadrante, é de se ver que a grande maioria dos estudos realizados sobre a validade e confiabilidade dos pronunciamentos médicos sobre periculosidade, são verdadeiramente desanimadores:²¹⁴

²¹² Os **Anexos 1 e 2** (casos H.L.O e E.P.V), trazem dois exames de verificação da cessão da periculosidade em que se atesta cessado o quadro mental patológico. Nestes exames, percebe-se claramente que os dados trazidos aos peritos são bastante superficiais; percebe-se, também, que o parecer médico é (de fato) impregnado pela percepção subjetiva dos avaliadores.

²¹³ COHEN, Cláudio; FIGARO, Claudia Jorge. Crimes relativos ao abuso sexual. In: _____; FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco (Coord.) *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, p. 149-169, 1996.

²¹⁴ "... consentido que 'os prognósticos de comportamento perigoso nos portadores de transtornos mentais têm se mostrado menos acurados do que gostaríamos', faz toda uma revisão de estudos que procuram demonstrar o alto grau de equivocidade dos psiquiatras no prognóstico da periculosidade (...). Ainda no que tange à conseqüente tese da irrelevância dos dados clínicos no exame de periculosidade, Buchanan faz referência a estudo (...) demonstrando que a acuidade das previsões de violência, feitas por psiquiatras, permanece praticamente inalterada, quando variáveis como a avaliação da personalidade e mudanças no estado mental são excluídos do prognóstico (...). Os psiquiatras participantes do estudo recebiam estudos dos casos, contendo três documentos básicos: um contendo informações sobre o crime cometido, o segundo detalhes sobre seus antecedentes criminais e um terceiro contendo informações clínicas. A pesquisa concluiu que, no exame da periculosidade, o principal instrumento utilizado pelos psiquiatras forenses foram os dois primeiros, sendo as informações clínicas de reduzida importância" – In: BUCHANAN, Alec. The investigation of acting on delusions as a tool for risk assessment in the mentally disordered. *British Journal of Psychiatry*, v. 170, Supplement 32, p. 12, 1997 Apud SILVA, Eliezer Gomes da. *Transtornos...*, p. 88-90. E ainda: DANTAS JÚNIOR, Alírio Torres. O manicômio judiciário e o conflito de identidade da psiquiatria. *Revista da Associação Brasileira de Psiquiatria/Associação de Psiquiatria da América Latina*, São Paulo, v.9, n.3, p. 103-106, jul./set. 1987. Cite-se também:

... o mais paradoxal é que tais estudos não revelam apenas a precariedade dos métodos de avaliação prognóstica, mas evidenciam que, em verdade, os aspectos relacionados à própria ‘doença’ mental acabam sendo irrelevantes na avaliação, que incorpora muitas outras variáveis de cunho não médico. Assim, questiona-se, contemporaneamente, nos próprios círculos médicos, até mesmo a necessidade (ou relevância) de psiquiatras e psicólogos se incumbirem de tal tarefa. Tais dados e informações são de extrema valia, sobretudo para a comunidade de legisladores e operadores do Direito penal, os quais, via de regra, não tendo acesso a tais reflexões extrajurídicas, acabam esperando das perícias médicas um grau muito maior de acuidade científica e de isenção do que elas podem efetivamente proporcionar.²¹⁵

Até porque, a “*pisque*” conforma exatamente “aquilo que todo ser humano possui de absolutamente imprevisível”²¹⁶. E como indica Aury LOPES JÚNIOR, nem os julgadores nem os peritos médicos possuem um “*periculosômetro*” à sua disposição, o que torna inadmissível este exercício de vidência, sob o vago argumento de “perigo de reiteração” de condutas criminosas.²¹⁷

Nada obstante, mesmo que reconhecida a insuficiência e a imprecisão de seu parecer, o perito médico ainda assim é chamado para dar uma resposta e auxiliar o jurista na resolução do problema. Não é incomum encontrar, inclusive, aqueles que propaguem (de maneira equivocada) a idéia de que o perito deve mesmo ser visto como “a alma e os olhos do Juiz”.²¹⁸

E para tanto, a doutrina especializada em psicopatologia forense acaba ofertando ao médico algumas propostas de “avaliação dos índices de periculosidade”. É o que se vê, a título de exemplo, no histórico compêndio elaborado por José Alves GARCIA, que assim delimita:

O perito terá, pois, que investigar a periculosidade e, periodicamente, a regeneração da anomalia. Para tal mister, há de buscar: a consideração dos fatores constitucionais e caracterológicos que definem a personalidade do delinquente; a avaliação do fator ecológico (ambiente); investigação dos efeitos da psicagogia instituída, que se apreciarão pela conduta do delinquente no meio em que esteve, pelo seu rendimento educacional ou reformacional; assinalar os índices de adaptabilidade ou de perfectibilidade do examinado e a convivência de ser o mesmo exposto a novo regime; presumir ou afirmar o

IBRAHIM, Elza. Previsibilidade do comportamento do apenado: uma missão impossível. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.7, n.28, p.252-4, out./dez., 1999.

²¹⁵ SILVA, Eliezer Gomes da. *Transtornos...*, p. 88.

²¹⁶ GEMELLI, Agostino. *Psicologia da idade evolutiva*. Rio de Janeiro: Ibero-Americano, 1968. p.127.

²¹⁷ “Ora, com a máxima vênia, esse tipo de decisão é dotada de um elevado grau de charlatanismo e um altíssimo grau de prepotência. Ambos completamente inadmissíveis num processo minimamente democrático e constitucional” – In: LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005. p. 208-209.

²¹⁸ MACHADO, Alcântara. *O Hipnotismo*. São Paulo, 1897 Apud GARCIA, José Alves. *Psicopatologia forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p. 485.

prognóstico da regeneração, por seus sinais positivos, ou pelos índices negativos de ordem criminal ou social (...).²¹⁹

Também Antônio Ferreira de ALMEIDA JÚNIOR delimita que existe uma constelação de elementos a serem apreciados, destacando que estes permitem que o perito indique o “índice de periculosidade” por meio de tabelas que estudam a personalidade do internado sob três enfoques: o da dinâmica da personalidade; o da vida delinquencial; o do aproveitamento das medidas repressivo-penais.²²⁰

Com isso, verifica-se que os sistemas judiciário e psiquiátrico perfazem uma relação simbiótica e autopoietica de afirmação e negação recíproca: o Juiz apoiando-se no laudo pericial para aplicar e manter a medida de segurança e o perito apoiando-se em dados trazidos pelos autos de processo para verificar a periculosidade do agente.²²¹

Relação esta que, ao final, acaba descortinando (ao mesmo tempo em que revigora e legitima) o papel primordial desempenhado por ambos sistemas: o de controle social do indesejado.

²¹⁹ GARCIA, José Alves. Op. cit., p. 492-493.

²²⁰ ALMEIDA JÚNIOR., Antônio Ferreira de. *Lições de medicina legal*. São Paulo: Nacional, 1978. p. 603-604. Dentro desta perspectiva, o autor indica três sistemas de valoração da periculosidade usualmente empregados pelos peritos: um primeiro, batizado de “Sistema Glueck”, leva em conta treze dados de valoração (v.g. os hábitos de trabalho do indivíduo antes da entrada para o reformatório; a gravidade e a frequência de crimes cometidos; a responsabilidade econômica anterior; anormalidades mentais, etc.). Um segundo, batizado de “Sistema Schiedt”, leva em conta fatores como: “taras hereditárias; más condições de educação; trabalho irregular; antecedentes; alcoolismo; má conduta no estabelecimento penitenciário”, etc. Há, enfim, o “Sistema Ramos Maranhão”, muito empregado por peritos brasileiros, o qual leva em conta três aspectos gerais, subdivididos em itens: (I) *sistema psicoevolutivo*: doenças de grave repercussão no desenvolvimento psíquico; família desagregada; ausência/interrupção do aprendizado escolar; início precoce de automanutenção; instabilidade profissional; internação em orfanatos e similares; fugas de casa ou escola; integração de grupos sem atividades construtivas; distúrbios da conduta; perturbações psíquicas; (II) *sistema jurídico-penal*: início da criminalidade antes dos dezoito anos; número de incidentes judiciais e policiais; reincidência rápida; criminalidade interlocal; delitos praticados em bandos ou com agravantes; natureza do delito; (III) *sistema reeducativo-penal*: inadaptabilidade ao convívio e à disciplina penitenciária; precário/nulo ajuste ao trabalho; deficiente aproveitamento escolar/profissional no presídio; permanência nos estágios iniciais da execução da pena).

²²¹ “De um lado, o sistema judiciário, que reservou para si a última palavra sobre a cessação da periculosidade do interno (...), faz depender sua decisão de uma perícia médica, de sorte que, em última análise, terá sempre sua decisão respaldada pelo laudo psiquiátrico. Por sua vez, o ‘sistema psiquiátrico’, ciente da importância de seus ‘pareceres’ como informadores da decisão judicial de término ou prorrogação da medida de segurança, assimila sem grandes contestações o papel que lhe foi atribuído, evitando iniciativas ou posicionamentos que não possam Ter sua defesa suportada, de uma forma ou de outra, com os próprios elementos constantes no processo judicial (notadamente a gravidade do crime)” – In: SILVA, Eliezer Gomes da. *Transtornos...*, p. 96-97.

2 FENOMENOLOGIA DA LOUCURA E A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA PERICULOSIDADE

2.1 DO SILENCIAR NA ANTIGUIDADE À DEMONIZAÇÃO DA IDADE MÉDIA

2.1.1 Premissas Clássicas da Loucura e Periculosidade

A concepção de um ente perigoso, intrinsecamente associada à idéia de estigmas²²², sempre esteve presente no inconsciente coletivo²²³, e o portador de transtornos mentais - despido da plenitude de sua razão (seja ela entendida num âmbito clínico, sociológico ou puramente filosófico) - sempre ocupou lugar cativo nesse funesto rol. Há escritos e gravuras das mais várias épocas da humanidade totalmente dedicadas ao fenômeno, as quais, de uma forma ou de outra, definiram a loucura, de modo a determinar-lhe as causas, os tipos ou formas, bem como demonstrar suas manifestações no nível da vida cotidiana.

Ao lado de criaturas mitológicas, bruxas, demônios, leprosos, estrangeiros, inimigos do estado e terroristas, os doentes mentais foram alvo de infundáveis perseguições, figurando não raras vezes como elementos preferenciais dos mecanismos de poder punitivo que se estabeleceram ao longo dos séculos.

Muito embora se verifique algumas variantes no tratamento que lhes foi conferido, da antiguidade clássica até a era moderna, certo é que em todos os

²²² “Estigma é um sinal ou marca que alguém possui, que recebe um significado depreciativo. No início era uma marca oficial gravada a fogo nas costas ou no rosto das pessoas. Entretanto, não se trata somente de atributos físicos, mas também de imagem social que se faz de alguém para inclusive poder-se controlá-lo” – In: BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.24-25. E neste mesmo sentido, tem-se que “o estigma gera profundo descrédito e pode também ser entendido como defeito, fraqueza e desvantagem”, o que torna possível distinguir os estigmatizados (quase não humanos) dos indivíduos “normais” – In: GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p.13.

²²³ O “inconsciente coletivo”, de acordo com a psicologia analítica desenvolvida pelo psiquiatra suíço Carl Gustav JUNG, é construído pelos materiais que foram herdados da humanidade ao longo dos séculos. É nele que residem os traços funcionais, (ao que JUNG chama de “arquetipos” – no sentido de que a pessoa não se lembra das imagens de forma consciente, mas herda uma predisposição para reagir ao mundo da forma que seus ancestrais faziam), tais como imagens latentes e virtuais, que seriam comuns a todos os homens e mulheres – In: JUNG, Carl Gustav. *Os arquetipos e o inconsciente coletivo*. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 230.

momentos históricos um traço comum os acompanhou, criando raízes profundas que perduram até os dias atuais: a feição depreciativa que gerou, no passado, sua exclusão, e agora é responsável por uma espécie de inclusão forçada (por meio daquilo que se convencionou chamar de “processo de normalização”²²⁴, o qual não é pretendido ou efetivamente desejado pelo sujeito), atendendo sempre a uma lógica de estrito controle e dominação.

Desde o primeiro momento em que a loucura se apresentou como “a perda do caráter distintivo do humano” - noção resgatada por Isaias PESSOTTI ao se referir às primeiras construções do fenômeno, ainda na antiguidade clássica (século VIII a.C. até meados do século V d.C.) - a severidade no tratamento se legitimou como forma de contenção dessa precariedade, especialmente aos infratores da norma. Afinal de contas, se “a autonomia pessoal cede lugar à entidade mitológica, à prepotência da natureza animal espalhada na força do instinto ou, ainda, às inevitáveis imposições das contingências corporais da vida humana”²²⁵, não há porque conferir-lhes um tratamento humano e respeitoso.

Neste contexto, cabe verificar que até o início da era cristã a loucura pôde ser vista, abstratamente, pelo menos sob três enfoques: de Homero até a tragédia grega, ela aparece como obra da intervenção dos deuses, numa perspectiva que se pode intitular *mitológico-religiosa*; entre os trágicos, principalmente na obra de Eurípedes, passa a ser produto dos conflitos passionais do homem, mesmo que permitidos ou impostos pelos deuses - inaugurando as bases de uma concepção *passional* ou *psicológica* da loucura; finalmente, de Hipócrates a Galeno, passa a ser efeito de disfunções somáticas, o que firmaria os pilares do pensamento *organicista* sobre o tema.²²⁶

Mister firmar que estes três enfoques constituíram-se como “modos de

²²⁴ Cujos mecanismos foram inicialmente delineados por Michel FOUCAULT, em obras publicadas nos anos de 1961, 1963, 1973/74, 1974/75, 1975/76, que sejam (respectivamente): FOUCAULT, Michel. *História da Loucura*. São Paulo: Perspectiva, 2007; FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Clínica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008; FOUCAULT, Michel. *O poder psiquiátrico*. São Paulo: Martins Fontes, 2006; FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Op.cit.; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1987; FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²²⁵ PESSOTTI, Isaias. *O século...*, p.78.

²²⁶ De acordo com Valmir Adamor da SILVA: “... vários filósofos da Grécia antiga expressaram interesse na loucura e seu tratamento. Porém, tudo foi produto de suas intuições, por se dedicarem aos elevados problemas do destino e do comportamento humano. Eram, pois, mais

pensamento permanentes na história do conceito da loucura, atravessando diferentes épocas, inclusive a contemporânea²²⁷, e foram (cada qual em sua época) os responsáveis por vincular a figura do doente mental a uma noção de periculosidade.

Vale também observar que as construções médicas e jurídica acerca da alienação, foram influenciadas em vários momentos por conotação que brotaram no campo das idéias morais, religiosa, e ainda no âmbito da poesia e literatura.²²⁸ Afinal, ainda que os textos clássicos retratem apenas figuras dramatizadas da natureza humana e de seus desvios, certo é que eles representam concepções concretas que fizeram parte do ideário popular do respectivo período histórico, e enquanto obras escritas, não raras vezes, são as únicas fontes primárias disponíveis sobre o fenômeno a que se tem acesso.

Assim, cabe verificar que no período pré-socrático (470-399 a.C.) a temática da loucura pouco se mostrou em conceitos técnicos, mesmo porque, sequer se falava de uma concepção estruturada da natureza humana. Basta lembrar que só com Sócrates se estruturou a necessidade de “conhecer-te a ti mesmo”²²⁹. Portanto, qualquer traço da natureza humana em que surjam aberrações, antes do século V a.C., está disposta de maneira fragmentada e não articulada, razão pela qual a noção de loucura e os perigos a ele inerentes, estavam lançadas basicamente no âmbito da mitologia.

Nesse período, toda e qualquer discrepância da natureza humana seria atribuída a forças e entidades desconhecidas, ou mesmo aos caprichos divinos. As idéias sobre culpa, responsabilidade, insanidade ou perda do bom senso eram ainda muito vagas, sem características próprias. E isso se percebe com a simples leitura de textos como os de HESÍODO (século VIII a.C) ou HOMERO (século VI

elucubrações filosóficas do que base científica” - In: SILVA, Valmir Adamor da. *A história da loucura: em busca da saúde mental*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1979. p.07-08.

²²⁷ Consoante indica SILVA, Marcus Vinícius de Oliveira. *A Instituição sinistra mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2001. p.13.

²²⁸ Como lembra PESSOTTI, “... na época de Homero ou nos textos da tragédia grega, por exemplo, a loucura é apresentada, comentada e até explicada por diversos personagens, embora provavelmente nem Homero nem os trágicos estivessem interessados em expor ou formular um conceito (técnico) de loucura” – In: PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p.08.

²²⁹ PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

a.C.).²³⁰

Estes textos demonstram que o homem helênico era um ser dotado de concepção fragmentária e contraditória: um corpo dotado de vida mental e alma (ao que Homero intitulara, respectivamente, de *thymos* e *psyche*²³¹), mas que ao mesmo tempo não seria autônomo, posto que submetido ao controle arbitrário, confuso e ilógico dos deuses e seus agentes.²³²

A etiologia da loucura, neste passo, remete a idéia da perda momentânea da sensatez - provocada pela fúria dos deuses, algo puramente mítico -, cujo conteúdo expressava-se, mormente, pela via da transgressão das normas sociais e pela agressão, o que representava perigo concreto para a comunidade sã. E era pela via do castigo que os mesmos deuses, os quais protegiam os vencedores (heróis e reis) e legitimavam sua divindade, desencorajavam a rebeldia dos (in)subordinados.²³³

Ocorre que os diversos elementos fundamentais da concepção homérica sobre o homem, a loucura e a periculosidade seriam posteriormente transformados pelos poetas trágicos, dos quais se destaca ÉSQUILO (525-456 a.C.²³⁴),

²³⁰ HESÍODO. *Os Trabalhos e os Dias*. São Paulo: Iluminuras, 1990. Também HOMERO, com sua *Ilíada*, traz um canto em que o rei Agamêmnon tenta desculpar-se com o guerreiro Aquiles por ter-lhe raptado a amada, dizendo que não foi ele quem causara esta ação, “mas sim Zeus, o destino e as Erínias” (personificações da vingança que puniam os mortais por seus crimes). Nestas passagens, verifica-se que ao mesmo tempo em que era Atê (significando a loucura momentânea) a agente quem perturbava o entendimento do homem, era a divindade (Zeus) quem conduzia todas as coisas a seus resultados, de forma que, nesta concepção, o papel do homem seria de objeto inerte, totalmente à mercê desses agentes sobre-humanos. E sob tal perspectiva, a loucura seria nada mais do que um instrumento de controle que a divindade utilizava para preservar sua vontade frente à dos homens - In: HOMERO. *A Ilíada*. Rio de Janeiro: W.M. Jackson, 1950.

²³¹ HOMERO. Op. cit., p.315.

²³² VIDAL-NAQUET, Pierre. *O Mundo de Homero*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002. p.

75.

²³³ Verifica-se, pois, que os poemas de Homero - especialmente a *Ilíada* - foram marcos importantes para o tema da loucura, pois expressaram um primeiro modelo teórico (mitológico e teológico), que terá profundos reflexos na concepção da loucura na Idade Média. Neste contexto, Isaias Pessotti consagra que “na *Ilíada*, são inúmeras as passagens onde potências superiores destroem, roubam, tiram a compreensão ou o entendimento do homem”. E segue, afirmando que “os heróis homéricos não enlouquecem, são tornados loucos, por decisão da divindade, embora as manifestações e conseqüências da loucura se passem no plano das realidades física e social” – In: PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p.16-22.

²³⁴ Talvez o louco mais célebre da tragédia grega tenha sido Orestes, personagem central da trilogia *Orestíada*, de Ésquilo. A trilogia é formada pelas tragédias *Agamêmnon*, *Coéforas* e *Eumênides* (485 a.C.), e conta a história do príncipe de Micenas, filho de Agamêmnon, que obedecendo às leis da vingança, enfurecido pela loucura, mata sua mãe Clitemnestra e o amante desta Egisto. Na primeira das tragédias, Ésquilo retrata a idéia de uma loucura profética, enquanto que nas outras duas, os conflitos, a obsessão e a explosão matricida da loucura do personagem Orestes são os temas dominantes – In: VIEIRA, Trajano. *Três tragédias gregas*. São Paulo:

SÓFOCLES (496-406 a.C.²³⁵) e EURÍPEDES (485-406 a.C.²³⁶).

Vale lembrar que esta foi uma época de grandes transformações no pensamento cultural da sociedade. O homem ocidental passou a internalizar as primeiras normatizações de cunho geral e abstrato, dando azo a uma nova razão política. Tanto é assim que após algumas décadas, os interesses particulares do jogo político passaram inclusive a disciplinar o emprego da força, de modo que os antigos heróis demolidores e sanguinários da epopéia começam a perder o seu prestígio, ao mesmo tempo em que os mitos que os enalteciam começaram a desmoronar.²³⁷

Em face dessas condições, a loucura deixou de ser concebida somente como a perda momentânea do entendimento (a *Atê* descrita por HOMERO²³⁸) e passou a ser vista como resultado de uma cadeia causal de acontecimentos, enquanto produto de conflitos interiores, entre paixão e norma social, razão e instinto, entre amores conflitantes, entre ódios e afetos ou mesmo entre vergonha e desejo (como se verifica no *Hipólito* de EURÍPEDES²³⁹).

Portanto, na origem da loucura trágica estava sempre exposto o conflito interior do homem, a contradição entre os ditames da razão, das normas sociais e

Perspectiva, 1997. Em *Agamêmnon* (458 a.C.), por exemplo, a personagem Cassandra vê-se atormentada pela *Atê* e pelas *Erínias* - que anunciam a sua morte próxima - as quais se apresentam como demônios pessoais que a acompanham. E esta obsessão demoníaca que acompanha a personagem não é vista como a causa da loucura, mas como sua própria natureza, sua essência - In: ÉSKULO. *Oréstia: Agamêmnon, Coéforas, Eumênides*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

²³⁵ Com Sófocles, especialmente na tragédia *Ajax*, verifica-se que o desviar-se dos valores parentais conduzem à vergonha, que, por sua vez, produzem a loucura, o homicídio e o suicídio - In: SÓFOCLES. *Antígona. Ajax. Rei Édipo*. Lisboa: Verbo, 1972.

²³⁶ Mas é na obra de Eurípedes que a loucura chega a ser o tema central: em *As Troianas* (415 a.C.) o filósofo explicitamente designa a personagem Cassandra como louca; também no *Orestes* (408 a.C.), no *Heracles* (416 a.C.) e em *As Bacantes* (405 a.C.), o tema volta a aparecer com certa constância. Dois são os personagens cuja loucura é descrita vividamente e por completo: *Medéia*, na tragédia de mesmo nome (431 a.C.); e *Freda*, na tragédia *Hipólito* (428 a.C.) - In: EURÍPEDES. *Medéia, Hipólito, As Troianas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991; e ainda: EURÍPEDES. *As Bacantes*. Coimbra: Almedina, 1992. Percebe-se que para Eurípedes, não são os deuses que causam a loucura, e sim as paixões, enquanto acontecimento humano natural.

²³⁷ Desta forma, "... os ideais épicos começam a ceder espaço à consciência da realidade do homem como *zoon polyticon*" - In PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p.22.

²³⁸ HOMERO. Op. cit., p. 310.

²³⁹ Com a personagem *Freda*, do *Hipólito*, Eurípedes demonstra que o dilema ou o conflito que desencadeia a loucura ocorre dentro do homem, e não é vivido por uma ordem cósmica ou teológica. *Freda* vive angustiada o conflito entre a convenção social e o desejo, como um drama pessoal. A imposição que *Freda* sofre e lamenta é a paixão irresistível e proibida, a do conflito psicológico entre o impulso e a norma social, entre desejo e repressão - In: EURÍPEDES. *Medéia, Hipólito, as...*, p.70.

do bom senso, frente à libido e ao desejo.²⁴⁰

Já que nem tudo está mais marcado pelo fatalismo, começa-se igualmente a reconhecer a responsabilidade pessoal dos indivíduos, de modo que as idéias de dever e de compromisso com a racionalidade - que nasce do autoconhecimento socrático - agora seriam cobradas diretamente dos homens.²⁴¹ E qualquer espécie de ruptura (concreta ou virtual) com esta nova ordem, imediatamente seria atribuível a loucura do indivíduo. Toda loucura trágica é, de forma geral, sinônimo de desequilíbrio, exacerbação ou destempero do indivíduo.²⁴²

Desequilíbrio este a que qualquer indivíduo poderia estar sujeito, afinal, a loucura representava apenas uma das variadas formas e possibilidades da expressão humana. Nada obstante, embora a loucura não fosse vista como um traço de anormalidade do ser, certamente ela não era desejada. Até porque, ela era a responsável por demonstrar a imperfeição do ser humano e, como tal, do próprio poder – assim, se até mesmo o exercício do poder poderia sagrar-se desequilibrado e imperfeito, certamente tal poder deveria estar constantemente cercado de desconfianças e de limites.

Por outro lado, impende firmar (uma vez mais) que nenhum dos trágicos efetivamente almejou desenvolver uma teoria – seja médica ou jurídica – sobre a alienação. Em verdade, pretendiam apenas retratar as verdades cotidianas da vida humana, com seus dramas e aberrações.

Mas foi exatamente neste contexto que a figura do louco alçou ao centro das atenções e imediatamente viu-se ligada a uma idéia geral de transgressões, por meio da qual lhe foi outorgada uma roupagem de desviante e de indesejado.

Nesta perspectiva, pela primeira vez na história da humanidade o doente mental passa a ser concebido como inimigo, equiparado, *mutatis mutandis*, à figura do *hostil* - então desenhada pelo Direito romano para designar o “estrangeiro” (o

²⁴⁰ Frise-se, portanto, que há uma nítida diferença entre a concepção homérica e a euripedeana da loucura, a qual pode ser assim resumida: “Há uma substituição do modelo mítico-teológico por uma visão mais racionalista das contradições e limitações dos desígnios humanos e das fraquezas do entendimento, ou da vontade, ante a força dos apetites, das paixões. É, portanto, na obra de Eurípedes que a loucura se ‘psicologiza’ pela primeira vez” – In: PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p.46.

²⁴¹ FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.119-134.

²⁴² Note-se, inclusive, “que em todas as obras de Eurípedes e Sófocles, o oposto da loucura é a prudência, a moderação, a temperança” - In: PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p.23.

“estranho”²⁴³), núcleo central que abarcava toda uma categoria de pessoas insubordinadas, indisciplinadas ou simplesmente estrangeiras (no sentido mais literal da palavra).²⁴⁴

Tal concepção, inclusive, autorizou uma série de tratamentos discriminatórios e punitivos a esta categoria de indivíduos, pois, sendo eles diferentes, eram desconhecidos e inspiravam desconfiança, tornando-se elementos potencialmente perigosos. A eles seriam negados os direitos em termos absolutos. Afinal de contas, estavam “fora da sociedade”.²⁴⁵

Assim, já ao tempo dos clássicos era possível vislumbrar uma vinculação entre a loucura (enquanto significação geral de desvio) e o indesejado, o inimigo, aquele que deveria ser contido por meio de um rigoroso processo punitivo e excludente, afinal, se mostrava potencialmente perigoso aos interesses coletivos.

E tal vinculação se mostrou ainda mais perceptível tempos depois, com o pensamento de HIPÓCRATES (460 – 377 a.C.)²⁴⁶, onde a feição mítica da loucura desaparece em definitivo do cenário social. Sob o manto de uma nova prática médica que se firmava, a insensatez passou a ser encarada como desarranjo de natureza corporal do homem (fruto da ignorância e/ou indisciplinada intelectual do sujeito) – nascendo assim as raízes daquela que seria batizada como teoria

²⁴³ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. São Paulo, Saraiva, 1953; CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1951; E ainda: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Romano Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. Cite-se, também: FARIA, Bento de. *Elementos de Direito Romano*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos Livreiro, 1907.

²⁴⁴ Como assinala ZAFFARONI, resgatando construção teórica de Carl SCHMITT, o inimigo é sempre o ‘outro’ – In: ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo...*, p.24. Vale lembrar que SCHMITT, ao estudar o conceito de político e a noção de soberania, acabou resgatando a idéia de que a civilização romana só se estruturou por conta da afirmação de um inimigo: o *hostil*, caracterizado na figura do estrangeiro (o qual seria contra os interesses do império e dos cidadãos romanos: os *civillis*, aqueles que tinham o ‘Direito de Cidade’). Nestes moldes, SCHMITT afirma que a elucidação da soberania só seria possível a partir da definição de um inimigo, em função do qual os amigos agrupam-se para combatê-lo. Ou seja, o critério surge apenas por uma necessidade dialética de negação (*verbis*): “... o antagonismo político é a mais intensa e extrema contraposição e qualquer antagonismo concreto é tanto mais político quanto mais se aproximar do ponto extremo, do agrupamento amigo-inimigo” - In: SCHMITT, Carl. *O conceito de político*. Petrópolis: Vozes, 1992. p.55-56.

²⁴⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo...*, p.24.

²⁴⁶ HIPÓCRATES estruturou uma nova prática médica, baseada na teoria dos quatro humores (sangue, fleuma ou pituíta, bÍlis amarela e bÍlis negra) que, consoante as quantidades relativas presentes no corpo, levariam a estados de equilíbrio (*eucrasia*) ou de doença e dor (*discrasia*), negando, assim, as práticas mágicas da ‘saúde primitiva’ – In: HIPÓCRATES. *Conhecer, cuidar, amar: o Juramento e outros textos*. São Paulo: Landy, 2002.

organicista da loucura.²⁴⁷

A tradição organicista inaugurada por HIPÓCRATES foi também percebida e propagada na obra de grandes pensadores que o acompanharam, como PLATÃO (427 – 349 a.C.)²⁴⁸, ARISTÓTELES (384-322 a.C.)²⁴⁹ e alguns de seus discípulos diretos²⁵⁰⁻²⁵¹.

²⁴⁷ Na doutrina médico-filosófica de HIPÓCRATES, se passa a reconhecer processos orgânicos que presidem a fisiologia humana geral, os quais são regidos por leis que independem da razão e da vontade do indivíduo: leis como a que pressupõe o equilíbrio entre as condições ambientais e as funções orgânicas geram a saúde no indivíduo, o bem-estar, a normalidade; já a ruptura deste equilíbrio constitui a doença. HIPÓCRATES reduz a saúde da vida psíquica a um órgão: o encéfalo – por isso, sua visão é tipicamente organicista: “... a loucura é estado anormal do cérebro (...). A causa dela é algum desequilíbrio humoral devido a alterações do estado físico dos humores ou de sua localização e movimentação no interior do corpo” – Ibidem, p.132.

²⁴⁸ Embora PLATÃO não tenha se dedicado ao estudo da loucura, acabou concebendo no livro nono da *República* a existência de três almas no homem: a ‘alma superior’ e duas ‘almas inferiores’ (a primeira residiria na cabeça, e as outras no coração e abaixo do diafragma), as quais conformariam a *psyche* humana (aquilo do que se constitui o homem). Neste quadrante, PLATÃO considera a loucura como um desarranjo na boa ordem entre as partes do sistema da *psyche*, dizendo que: “... quando, pois, a alma toda anda segundo a razão, sem que se levante em seu seio sedição alguma, acontece que cada uma de suas partes, além de se conter nos limites de suas funções e da justiça, goza ainda os prazeres mais puros e verdadeiros que se possam desfrutar. ao passo que, se uma parte domina as outras, acontece em primeiro lugar que não pode obter os prazeres que lhe convêm; ao depois, obriga as demais partes a que vão em busca de prazeres falsos que lhe são estranhos”. E segue: “... o louco, o homem perturbado, tenta e espera ditar regras não só sobre os homens mas também sobre os deuses (...). então um homem se torna tirânico, no pleno sentido do termo (...) quando, por natureza ou por hábito, ou por ambas as coisas, ele se tora igual ao bêbado, ao erótico, ao louco (*melancholiks*)” – In: PLATÃO. *A República*. São Paulo: Atena, 1956. p. 380-382.

²⁴⁹ ARISTÓTELES, por sua vez, dividiu a alma em duas partes: a racional e irracional, sendo que ambas estão situadas no coração, deixando claro que o cérebro não tem qualquer participação nas sensações. Afirma que esta alma vive do calor vital e, quanto mais ela se aquece, melhor funciona. Desse modo, variações grandes na intensidade de frio ou calor explicariam todas as formas de loucura: “... quanto àquela parte da alma, a qual lhe permite conhecer e pensar, seja ela separável de si mesma ou, ainda, não separável de si mesma segundo a sua extensão respectiva, podendo, aliás, sê-lo segundo a respectiva noção – é uma situação que é necessário examinar: ver qual será o caráter que a pode distinguir assim como precisar o próprio processo de inteligência (...). Que a impassibilidade da faculdade sensitiva e a inalterabilidade da faculdade intelectual não possam ser da mesma natureza, tal constitui um fato evidente, em relação a isso também assim se considerando os órgãos corporais e o sentido propriamente ditos (...). De fato o intelecto é capaz de, por um lado, se tornar em todas as coisas e, por outro, capaz de produzir todas as coisas, por este modo se assemelhando o seu estado ao da luz: a luz deixa, de certa maneira, passar as cores do estado de potência ao estado de ato. Este mesmo intelecto encontra-se separado, sem se misturar de modo algum, permanecendo, portanto, impassível enquanto essência...” - In: ARISTÓTELES. *Da alma*. Lisboa: Edições 70, 2001. p.429-430.

²⁵⁰ Outro grande organicista foi Aretu da CAPADÓCIA (81-138 d.C.), que elaborou teorias sobre mania, melancolia, sobre os principais caracteres do delírio epiléptico, do delírio histórico e do delírio erótico (In: *Das causas e sinais das doenças agudas e crônicas*; e *Da terapêutica das doenças agudas e crônicas*). Também desenvolveu um método revolucionário, batizado “pneumático”, pelo qual toda enfermidade teria uma causas orgânicas, e tal seria decorrente de alterações no *pneuma* (palavra grega para ‘respiração’, que metaforicamente descreve um ser de espírito ou influência – In: PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p.63. Como tratamento, indicava banhos em águas termais, e dizia que a terapia era invariavelmente *catártica*, ou seja: de limpeza (purgação)

De qualquer forma, certo é que os transtornos psíquicos ainda não tinham contornos bem delimitados em termos clínicos – seja em sua caracterização, definição ou em seu trato –, mesmo porque os estudos ainda eram bastante precários e restritos.²⁵² Inclusive, talvez a melhor classificação da loucura estivesse disposta não nos diplomas médicos, mas sim nos jurídicos.²⁵³

Não bastasse isso, impende lembrar que na Grécia e Roma clássica, além dos filósofos e médicos, era hábito que os sacerdotes se dedicassem ao estudo dos segredos que envolviam as enfermidades mentais – o que contribuiu para que os conceitos sobre a insanidade fossem sempre demasiado extravagantes (para não dizer fantasiosos) e abstratos.

Ainda não se falava num conceito estruturado e próprio de periculosidade criminal, em manicômios judiciais ou mesmo nas medidas de segurança, muito embora a idéia de segregação cautelar de indivíduos indesejados já demonstrava suas primeiras feições, exatamente como forma precária de se evitar os entes perigosos: vale lembrar (a título de exemplo) que o Direito romano previa, para os *furiosi*, a imposição não de uma pena, mas sim de uma custódia *ad cautelam ejus et securitatem proximorum*.²⁵⁴

Mas uma coisa é certa, desde a antiguidade clássica, a loucura já não era concebida com bons olhos - mesmo entre os trágicos, onde o fenômeno era dotado

do organismo por meio de um trauma ou choque emocional – In: SILVA, Valmir Adamor da. *Oo. cit.*, p.36.

²⁵¹ Também Cláudio GALENO, com base numa concepção organicista, distinguiu a loucura dos delírios devidos a outros sintomas, repetindo idéias platônicas sobre a divisão da alma e idéias hipócritas sobre a origem das doenças: para ele, as doenças do sistema nervoso residiam no cérebro – GALENO, Cláudi. *Comentários a Hipócrates* [131-200 d.C] Apud SILVA, Valmir Adamor da. *Op. cit.*, p.17.

²⁵² Basta lembrar que as variadas crenças (para não dizer superstições) e a própria mentalidade geral da época clássica, impedia que os pesquisadores lidassem com cadáveres humanos, posto que tal conduta constituía séria profanação ao sagrado. Havia, especialmente na era clássica, um respeito supersticioso em relação à vida e morte dos indivíduos, um verdadeiro e inquebrável tabu – In: BRANDO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. Petrópolis: Vozes, 2004. v. 2. p. 139.

²⁵³ Como na legislação romana (o *Corpus iuris civilis*), onde a delimitação de algumas matérias predicava uma determinação dos vários tipos de comportamentos aberrantes: o *furiosus*, caracterizado pela loucura enraivecida, agitada, com intervalos lúcidos; a *dementia*, era sinônimo de loucura plena, desequilíbrio total, sem intervalos lúcidos; (...) o *imbecillitas*, por sua vez, seria o louco incapaz de gerir seus próprios bens - distinção esta que, em certa medida, era furto das descrições nosográficas feitas por modelos organicistas – In: GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980.

²⁵⁴ Neste tocante, Aníbal BRUNO afirma que se impunha naquele tempo a rejeição ou internação domiciliar, com a finalidade de afastar os indivíduos furiosos da sociedade – In: BRUNO, Aníbal. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. p. 11.

de certa normalidade. Nesta perspectiva, considerando também que os conhecimentos sobre o tema eram diminutos, o destino final dos infratores patológicos era (em regra) a exclusão definitiva pela morte ou banimento, uma espécie de silenciar eterno do indivíduo portador de transtorno psíquico.

2.1.2 Inquisição e Demonologia da Loucura

A situação vislumbrada no período clássico não melhorou com o advento da Idade média. Ao contrário, tornou-se ainda mais bárbaro o tratamento conferido ao doente mental infrator, visto que o fenômeno voltou a ser identificado exclusivamente como reflexo de possessões diabólicas – o que legitimou uma verdadeira caçada aos indivíduos perigosos.

Impende lembrar que foi com a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) que oficialmente se inaugurou o conturbado período histórico conhecido como *era medieval*, o qual se estruturou sob três pilares: as invasões bárbaras, o surgimento do feudalismo e, principalmente, o fortalecimento do cristianismo.²⁵⁵

Neste condão, a filosofia que se estruturava na época era basicamente escolástica - calcada nos atos de fé e de salvação -, e foi ela que deu sustentáculo para a reconstrução demoníaca do fenômeno, sendo igualmente empregada para reprimir heresias e como recurso para impor a ortodoxia teológica e moral vigente.

Nos séculos iniciais do cristianismo, essa demonologia refletiu basicamente o repúdio às crenças *gnósticas* (não cristãs), e a idéia central de que havia uma criatura pervertida, por sua inveja e ciúme, que interferia na vida humana

²⁵⁵ Aqui, vale destacar que os povos bárbaros (hunos, ostrogodos e visigodos) chegaram do oriente atraídos por novas terras, e quase não encontraram resistência no já falido império romano. A medida em que iam ampliando seu espaço de conquista, os líderes bárbaros iam fixando pequenos feudos, deixando o poder cada vez mais esfacelado e descentralizado. É diante deste quadro, frente à ausência ou inelutável fraqueza do Estado, que o cristianismo acabaria se consolidando como a única estrutura suficientemente forte para impor um freio aos bárbaros. A partir de então, “o Trono de São Pedro, em Roma, além do poder espiritual, passou a ditar regras para o exercício do poder temporal, a que os reis, convertidos ao cristianismo, teriam forçosamente que acatar” – In: ACCIOLI, Wilson. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.195. Neste mesmo sentido ver: GETTEL, Raymond. G. *Historia de las ideas políticas*. México: Nacional, 1951; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007; BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2004.

como espírito maligno, tentador.²⁵⁶

Posteriormente, consoante se consolidava o poder da Igreja, esta demonologia evolui em duas frentes: de um lado, todas as divindades pagãs passam a ser concebidas como demônios, de modo que cultuá-las seria adorar ao próprio demônio; por outro lado, o dissidente, o pagão (o herege), passa a ser visto como partidário ou mesmo instrumento do demônio – e, com isso, legitima-se a intolerância religiosa e a perseguição aos dissidentes.²⁵⁷

O primeiro expoente desta reformulação foi Aurélio Agostinho de Hipona (ou simplesmente Santo AGOSTINHO, 345-430 d.C.), que influenciou todo o cristianismo dos séculos seguintes. A grande inovação de AGOSTINHO estava na idéia de que o mal não teria existência positiva (seria apenas a negação do bem), pois o universo é naturalmente bom, obra perfeita de Deus. Assim, nasce com ele a idéia de que o mau real é o pecado, cometido por livre escolha dos homens, e, por isso, não pode ser atribuído a alguma decisão divina, mas à fraqueza dos homens ante ao mau uso do livre-arbítrio divino.²⁵⁸

Esta teologia demonista, que serviria de base para julgamentos, interrogatórios e perseguições eclesiásticas na crescente inquisição, seria ainda aperfeiçoada por Tomas de AQUINO (1225-1274 d.C) e a sua *Summa Theologica*.²⁵⁹

²⁵⁶ RIBEIRO, Márcio Moisés. *Exorcistas e Demônios: demonologia e exorcismo no mundo luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 43.

²⁵⁷ Neste tocante, PESSOTTI, destaca que as primeiras Epístolas dos primeiros padres apostólicos, eram textos de resposta polêmica aos últimos pensadores pagãos do mundo antigo, e visavam a defender as crenças dos fiéis contra os costumes dos “idólatras” – In: PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p. 83-86.

²⁵⁸ No diálogo travado com Evódio, Santo AGOSTINHO tenta explicar-lhe de que a origem do mal está no ‘livre-arbítrio’ concedido por Deus (*verbis*): “... Deus em sua perfeição quis criar um ser que pudesse ser autônomo e assim escolher o bem de forma voluntária (...). O homem, então, é este ser único que possuiria as faculdades da vontade, da liberdade e do conhecimento (...). Ele é um ser capacitado a escolher entre algo bom e algo mal (prevalência das paixões humanas). Entretanto, (...) por ter em si mesmo a carga do pecado original de Adão e Eva, estaria constantemente tendenciado a escolher praticar uma ação que satisfizesse suas paixões. Deus, portanto, não é o autor do mal, mas é autor do livre-arbítrio, que concede aos homens a liberdade de exercer o mal, ou melhor, de não praticar o bem...” - In: AGOSTINHO, Santo. *O Livre-arbítrio*. São Paulo: Paulus, 1995. p. 67-70.

²⁵⁹ AQUINO sintetizou o cristianismo com uma visão aristotélica do mundo – ao que se batizou de “tomismo” (tentativa de integrar o pensamento aristotélico e neoplatônico, aos textos das Sagradas Escrituras, gerando uma filosofia do ‘Ser’, inspirada na fé, com a teologia científica). A partir dele, a Igreja tem uma teologia (fundada na revelação) e uma filosofia (baseada no exercício da razão humana) que se fundem numa síntese definitiva: fé e razão, unidas em sua orientação comum rumo a Deus. - In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de história da filosofia*. São Paulo: LTr, 1997. Ainda segundo PESSOTTI, três teses desta *summa* formaram as

Diante de todas estas concepções originadas com o cristianismo, consolidou-se ainda mais a convicção de que o dissidente seria presa do demônio ou instrumento dele. De modo que, qualquer desequilíbrio, desregramento da conduta, principalmente sensual, seria facilmente atribuído à presença de forças malignas no indivíduo - não por outra razão, os atos desatinados ou os desastres da vida pessoal de alguém eram certamente identificados como intervenção demoníaca.²⁶⁰ É assim que o inimigo clássico - representado na imagem do *hostil* - passa agora a ser identificado na figura do *herege* (o heterodoxo).

Tempos depois, centenas de pessoas (principalmente mulheres históricas, psicóticas, ou simplesmente ignorantes) seriam queimadas em praça pública sob a acusação de estarem mancomunadas ou possuídas pelo demônio.²⁶¹

No campo jurídico, resgatava-se aos poucos a idéia da *inquisitio* - perdida com o início do feudalismo, quando sobreveio a lógica da *disputatio* - enquanto método de solução dos conflitos e forma de obtenção da verdade. Nesta perspectiva,

... o juiz deixa de ser um arbitro e passa a ser um investigador, e o *dominus* (o senhor) era quem expressava a vontade divina, representando, pois, o bem. Só o *dominus* poderia libertar as pessoas dos males cósmicos (bruxas, demônios, lunáticos), por isso ele era o detentor do saber; saber este que buscava sempre (e cada vez mais) o poder.²⁶²

O problema é que a busca pela verdade não ganhou limites, e isso, para além de legitimar a intervenção violenta sobre os investigados, também legitimou a hierarquização dos seres humanos. Afinal de contas, sendo o 'senhor' o detentor do saber (e do poder), era ele quem identificava o mal, o *hostil*, o herege, o inimigo: "todo obstáculo ao saber inquisitorial do *dominus* seria considerado inimigo do bem e aliado do mal".²⁶³

pilastras do novo pensamento demonista: a idéia de que todos os demônios, com a permissão de deus, por mau uso de sua livre vontade, se tornaram perversos; a de que possuem o conhecimento do funcionamento das coisas da natureza; e a de que habitam o éter, de onde descem para incitar os homens ao mal - In: PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p. 87.

²⁶⁰ Neste tocante, "como o discurso e o comportamento de maníacos, melancólicos, histéricos e paranóicos são, via de regra, incomuns, torna-se quase inevitável a atribuição dessas condutas a poderes demoníacos ou mesmo a possessões do louco pelo demônio (...). Quem faz ou diz coisas raras, estranhas ou imorais age por obra do diabo, está possuído por ele" - *Ibidem*, p.89-90.

²⁶¹ RIBEIRO, Márcio Moisés. *Op. cit.*, p. 64.

²⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo...*, p. 40.

²⁶³ *Ibidem*, p. 39-40.

Assim, qualquer perspectiva de avanço nos estudos científicos sobre o fenômeno da loucura foi barrado com o advento da Idade Média. Afinal, “não só a loucura, mas todas as enfermidades passaram a habitar a categoria de possessão diabólica”, e ao demonizar a doença, o médico perdeu poder para o exorcista, já que o próprio êxito terapêutico poderia ser mera ação do poder divino ou de alguma força exorcística, mesmo não sabida pelo médico.²⁶⁴

Sequer as pesquisas sobre possíveis outras causas da loucura – que não as fenomenológicas - eram permitidas. Até porque, quem pesquisasse a loucura seria taxado de louco, e como tal, certamente seria mandado à fogueira: “... a piromania dos inquisidores não tinha limites. Qualquer atitude suspeita serviria de motivo para atirá-lo na fogueira”.²⁶⁵

Esta tendência foi também percebida no campo jurídico-penal, posto que meras heresias foram alçadas à categoria criminosa, e, nesta medida, deveriam ser perseguidas e punidas com severidade pelo inquisidor.

Foi o período em que atuou o Tribunal do Santo Ofício²⁶⁶, que levou à morte milhares de hereges – uns alucinados pelo contágio coletivo e outros simplesmente pela incapacidade de defesa: “... histéricos, idiotas, alucinados, enfim, era tudo obra do satanás”.²⁶⁷

Era necessário eliminar todo o mal, mesmo que para tal fosse necessário invocar a coerção direta contra o investigado - inclusive com a prática de tortura. Sob tais perspectivas, as sanções penais também viraram expiações diretas contra os condenados, posto que a infração seria parte de uma agressão direta a Deus (representado pelo monarca) e o poder punitivo estatal deveria atuar na defesa

²⁶⁴ SILVA, Marcus Vinícius de Oliveira. Op. cit., p.14. E no mesmo sentido, PESSOTTI afirma que “a vista disso, é fácil perceber a extraordinária autoridade adquirida pelos exorcistas e teólogos especializados em demonologia. Foi esta autoridade que conferiu a eclesiásticos, no campo médico, um poder inquisitorial ou exorcístico para definir dogmaticamente, critérios diagnósticos e terapêuticos aplicáveis a uma variedade quase ilimitada de distúrbios orgânicos e mentais” – In: PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p. 92.

²⁶⁵ MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p. 19.

²⁶⁶ Numa época em que o poder religioso se confundia com o poder real, o Papa Gregório IX editou (em 20 de Abril de 1233) duas bulas que marcam o início da Inquisição. Nos séculos seguintes, ela julgou, absolveu ou condenou e entregou ao Estado (que aplicava a "pena capital", como era comum na época) vários de seus inimigos propagadores de heresias. No entanto, tempos depois, já em pleno século XV, os reis de Castela e Aragão, Isabel e Fernando, solicitam e obtêm do Papa a autorização para a introdução de um Tribunal do Santo Ofício. Mais tarde, em certas regiões da Itália e Portugal, o Papa autorizou a introdução de instituições similares - In: GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

²⁶⁷ PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p. 92.

desta divindade, o que habilitava o dano ao ofensor.²⁶⁸

Cabe lembrar que em 1487, auge da Renascença, foi lançada a obra dos teólogos Heinrich KRAEMER e James SPRENGER, o *Malleus Maleficorum* (o 'Martelo das Feiticeiras')²⁶⁹, que rezava uma cartilha de caça e punição às bruxas e aos loucos de todos os gêneros.

Esta obra, ao lado de outras da mesma época – como o *De Maleficiis* de NIDER, de 1437 (em que um teólogo expõe a um homem ignorante as formas de ação do demônio sobre a mente humana e suas ações); e o *Demonolatriae libri tres*, de REMIGIUS; além de outras obras publicadas ao longo dos séculos XV e XVI - consolidaram teoricamente a demonologia medieval.²⁷⁰

Pretendiam, com tais construções, facilitar a identificação daqueles que agiam sob o mando do demônio, contra a salvação cristã das almas, seja por meio de pregação herética, seja por meio de encantamentos ou rituais de culto demoníaco, ou mesmo de qualquer conduta estranha, ou simplesmente por demonstrarem competências e poderes anormais para sua condição social.

As mulheres, sem sombra de dúvidas, foram o alvo principal de suas perseguições. Os líderes católicos desenvolveram verdadeira obsessão pela questão dos demônios que supostamente copulavam com mulheres - o que estava vedado a eles próprios. A este respeito, rezava o *Maleficorum*: "... não há veneno pior do que o das serpentes; não há cólera que vença a da mulher. É melhor viver com um leão e um dragão que morar com uma mulher maldosa (...). Toda a malícia é leve, comparada com a malícia de uma mulher".²⁷¹

Em relação às consequências da atuação do demônio sobre uma pessoa, dizia que:

... os diabos têm, seis maneiras de prejudicar a humanidade. Uma é provocar no homem um amor mau por uma mulher ou na mulher um amor por um homem. O segundo é incutir o ódio ou ciúmes em alguém. A terceira é fazer com que o homem não possa realizar o ato genital com uma mulher ou inversamente uma mulher com um homem. A quarta é

²⁶⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo...*, p. 43.

²⁶⁹ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Rio de Janeiro: Record, 1995. A obra estava dividida em três partes: a primeira ensinava os juizes a reconhecerem as bruxas em seus múltiplos disfarces e atitudes; a segunda expunha todos os tipos de malefícios, classificando-os e explicando-os; e a terceira regravava as formalidades para agir "legalmente" contra as bruxas, demonstrando como inquiri-las e condená-las.

²⁷⁰ FERRAZ, Flávio Carvalho. Op. cit., p.43.

²⁷¹ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. Op. cit., p. 110.

causar alguma enfermidade nos órgãos humanos; a quinta é acabar com a vida; a sexta, privar da razão.²⁷²

Especificadamente sobre a loucura, o texto tenta difundir, a todo o momento, a idéia e a crença na intervenção, onipresente, dos demônios na vida do homem:

O diabo, ademais, é capaz de possuir os homens na sua essência corpórea, como fica claro no caso dos loucos (...). E embora tal modo de possessão fuja um pouco a nossos propósitos, trataremos dele aqui, para que foque a todos esclarecidos que, com a permissão de Deus, os homens por vezes são substancialmente possuídos por demônios a pedido das bruxas (...).²⁷³

Portanto “o demônio seria capaz, pela alteração das percepções e dos humores internos, de provocar mudanças nas ações e nas faculdades físicas, mentais e emocionais, operando através de qualquer órgão físico”.²⁷⁴ E não por outra razão, o destino do louco infrator era sempre a morte:

... não importa o quanto sejam penitentes e que retornem ao caminho da fé, não se lhes pode punir como aos outros hereges com a prisão perpétua: é preciso que sofram a penalidade extrema. E por causa das injúrias temporais que causam aos homens e aos animais, de várias maneiras, é que a lei lhes impõe tal pena (...). E enfaticamente é afirmado que devem ter como penalidade o confisco de seus bens e a decapitação (...). Que de todos os criminosos do mundo são as bruxas e bruxos os que merecem a mais severa punição.²⁷⁵

Com isso, percebe-se que a Idade Média trouxe incalculável retrocesso no trato da criminalidade como também no trato da loucura. Os textos medievais reeditam e corrompem o modelo mitológico da antiguidade clássica: “reeditam porque após a visão organicista popularizada pelo galenismo, a loucura passa a ser, de novo, efeito de maquinações de entidades extranaturais. Corrompe, porque agora a loucura é apenas negativa, patológica, estigma de imperfeição e de culpa”.²⁷⁶

A doutrina demonista cristã exclui as paixões, os instintos e os desejos humanos da etiologia da loucura, pois eles já não são forças próprias da natureza dos homens. São obras dos demônios. Ao homem cabe apenas fugir delas e culpar-se por seus atos desvairados: “a perda da razão tem agora a marca da condenação

²⁷² Ibidem, 154.

²⁷³ Ibidem, p. 266.

²⁷⁴ Ibidem, p. 274-275.

²⁷⁵ Ibidem, p.174-175.

e culpa”.²⁷⁷

A idéia de perigo, intimamente ligada à figura maléfica do satã, a todo o momento ronda o doente mental durante a Idade Média. E é ela que autoriza, uma vez mais, o controle do indesejado pela exclusão – desta vez com a fogueira. Mas note-se que ainda neste período, tal qual ocorria na antiguidade clássica, o conceito de periculosidade ainda não tinha um rosto bem definido: tudo girava em torno de uma imagem mais ou menos abstrata e sem contornos específicos.

2.2 PODER RÉGIO E A FIGURA DO MONSTRO

2.2.1 Organicismo Clínico e a Estrutura Soberana

Com o advento da era moderna (século XV), a etiologia diabólico-medieval da loucura começa a ser abandonada de uma vez por todas. Vale lembrar que a Europa passava novamente por um período de grandes mudanças, especialmente marcadas pela Reforma Protestante liderada por Lutero (que combateu as práticas inquisitivas da Igreja)²⁷⁸ e a estruturação do mercantilismo, que se caracterizou por uma forte ingerência do Estado na crescente economia - o que se dava por meio de medidas protecionistas que objetivaram unificar o mercado interno e possibilitaram, na sequência, a consolidação dos Estados-nacionais.²⁷⁹

²⁷⁶ “O louco é o campo de batalha entre forças do bem e do mal” – In: PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p. 100

²⁷⁷ Idem.

²⁷⁸ Vale lembrar que o protestantismo nasceu como movimento reformista cristão iniciado no século XVI, pelo monge alemão Martinho LUTERO, que, através da publicação de suas *95 teses* (em 1517 d.C.), protestou contra diversos pontos da doutrina da Igreja Católica, propondo uma reforma no catolicismo. Seu ideal resultou na divisão da ‘Igreja do Ocidente’, entre católicos romanos e protestantes - In: PIERRARD, Pierre. *História da Igreja*. São Paulo: Paulus, 1982.

²⁷⁹ Nesta nova lógica, o Estado desempenha um papel intervencionista na economia, implantando novas indústrias protegidas pelo aumento dos direitos alfandegários sobre as importações, (protecionismo), controlando os consumos internos de determinados produtos, melhorando as infra-estruturas e promovendo a colonização de novos territórios (monopólio), entendidos como forma de garantir o acesso a matérias-primas e o escoamento de produtos manufaturados. Além disso, os pensadores mercantilistas preconizavam o desenvolvimento econômico por meio do enriquecimento das nações graças ao comércio exterior, o que permite encontrar saída aos excedentes da produção. Também partilhavam a crença de que a riqueza de uma nação residia na acumulação de metais preciosos (especialmente ouro e prata). Nesse mesmo contexto, os europeus viram-se também impelidos a promover as expansões marítimas (ainda no século XV) e estabelecer contato com outros povos que não os ocidentais – o que se deu por duas

Neste condão, os exageros trazidos pela doutrina demonologista cristã passaram a suscitar grande perplexidade nos estratos mais cultos da sociedade, dentre os quais se destacou, certamente, a classe médica. Isto porque a formação clínica do médico da época ainda era predominantemente galenista e se complementava, no campo do conhecimento psicológico, com noções da filosofia platônica - o que, inclusive, determinou que a concepção de loucura passasse a ser elaborada sob esta híbrida influência do organicismo galenista e da doutrina sobre as faculdades da mente de extração platônica.²⁸⁰

Tal influência é facilmente perceptível em duas das mais célebres classificações da alienação mental que surgiram ao longo do século XVII: a de ZACHIAS (1651 d.C.) e a de Felix PLATER (1625 d.C), que concebiam a perturbação intelectual (o *delirium*) como condição principal para o diagnóstico da loucura.²⁸¹

Outra notável construção teórica, surgida pouco tempo antes, deve-se a Juan Luis VIVES (1492-1540 d.C.²⁸²), que também não concebia os loucos como feras possuídas por forças malignas, aconselhando que lhes fosse conferido um tratamento específico e medicamentoso, mesmo que necessário o emprego da força e da segregação: “por medida de precaução, devido à periculosidade que apresenta aos demais e a si mesmo”.²⁸³

razões econômicas: a necessidade de expandir o comércio e de obter grandes quantidades de metais preciosos – In: ANDERSON, Perry. *Linhagens do estado absolutista*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

²⁸⁰ PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p.123.

²⁸¹ Na mesma linha, PESSOTTI assevera que a base conceitual utilizada em suas *Questiones medico-legales*, tomam como sustentáculo argumentos que não são médicos, mas sim jurídicos – o que decorre de sua experiência nos tribunais eclesiásticos entre 1624 e 1650. E o que ele buscava era estabelecer critérios de imputabilidade e responsabilidade decisória, para efeitos legais. Noutro giro têm-se Felix PLATER, que repete a classificação de loucura de Galeno e vê a loucura sob uma perspectiva exclusivamente médica. Para ele, a loucura deve ser avaliada e tratada pelos médicos, visto ser uma doença: “... uma doença que, enquanto afeição do espírito, pode resultar também das causas extranaturais, eventualmente até da possessão demoníaca” – *Ibidem*, p. 124-125. No mesmo sentido: SILVA, Marcus Vinícius de Oliveira. *Op. cit.*, p. 14

²⁸² Juan LUÍZ VIVES afirmava que “devem usar-se remédios adequados aos pacientes. Alguns necessitam atenção médica a seu modo de vida, outros requerem tratamento amável e amistoso, de maneira que, como os animais montarazes, podem suavizar-se gradualmente. Outros precisam inclusive de instrução. Alguns requerem a força e as cadeias, porém estas deve usar-se para evitar maior violência nos pacientes (...). O louco furioso não conhece o perigo e sendo assim investe contra os que se lhe aproximam: agride mas também se machuca” - In: LUÍZ VIVES, Juan. *De subventionem pauperum* [1526]; *De Anima et Vita* [1538] Apud SILVA, Valdir Adamor da. *Op. cit.*, p. 46.

²⁸³ Segundo VIVES, “o verdadeiro estudo ao qual devemos seguir é o que consiste na filosofia de dar remédios e curas às paixões e às enfermidades da alma. Se temos tanto cuidado em

Na tentativa de determinar o processo causal da alienação, médicos e pesquisadores dos séculos XVI a XVIII formularam diferentes princípios ou modelos teóricos, entre os quais se destacaram: o iatroquímico²⁸⁴, o pneumático²⁸⁵ e o iatromecânico.²⁸⁶

Ocorre que as pesquisas feitas ao longo deste período se dispersaram em uma pluralidade de linhas de pensamento inimaginável, muitas mutuamente exclusivas ou inconciliáveis.²⁸⁷ Assim, ao mesmo tempo em que se retomava uma feição organicista da loucura, não havia um critério uniforme para delimitar o tema, e tudo acaba virando uma grande bagunça de teorias e classificações²⁸⁸, a qual somente seria ordenada mais tarde, com o *Traité* de Philippe PINEL – quando enfim será cogitada a cogitar a importância das mudanças na vida afetiva do indivíduo como causa da loucura.

Mas ainda assim, foi um período em que se consagrou uma abordagem mais científica do desvario e do descontrole emocional, a qual fez com que a

curar o corpo, mais ainda devemos ter em curar a alma, visto suas doenças serem mais secretas, graves e perigosas” – *Ibidem*, p.45-50.

²⁸⁴ O método “iatroquímico” teve como expoente o químico PARACELSO (séc. XVI), que trouxe a primeira negação de uma origem sobrenatural das doenças, inclusive para a loucura (que era por ele tratada como verdadeira doença). Outros adeptos foram Jacob SYLVIUS e SENNERT (séc. XVII), que diziam que as doenças eram alterações dos sais do corpo – dando contornos iniciais ao que seria uma etiologia toxicológica da loucura – In: PESSOTTI, Isaias. *O século...*, p. 32.

²⁸⁵ O modelo de explicação “pneumático” nasce na fisiologia de DESCARTES e de sua doutrina dos “espíritos animais” (uma espécie de processo intermediário entre a sensação e alguma forma de tração mecânica das fibras cerebrais); na teoria cartesiana, a formação da idéia delirante resulta do movimento dos espíritos (não no teor demoníaco de antigamente, mas como sinônimo de mente) dentro do encéfalo – *Ibidem*, p. 34.

²⁸⁶ Já a doutrina “iatromecânica” das atividades mentais é derivada diretamente de uma microfisiologia vascular do encéfalo, e teria como adeptos os chamados “mecanicistas”. Tal explicação foi inicialmente criada por Alfonso BORELLI (1608-1679), que acentuou ainda mais uma concepção organicista da loucura ao entender que qualquer patologia era resultado de processos hidráulicos e mecânicos no interior do organismo. Para a iatromecânica, o delírio, essência da loucura, resulta de um excesso de tensão nas fibras cerebrais que, nesse estado, geram idéias e julgamentos pouco conformes à natureza dos objetos; trata-se, pois, de um processo puramente orgânico – *Ibidem*, p. 35-43.

²⁸⁷ Como lembra PESSOTTI, “a psicopatologia do século XVIII apresenta-se evidentemente desnordeada, o que é resultado do apego tenaz a uma visão organicista da etiologia, sem apoio numa sólida fundamentação experimental a fundar-se em critérios muito variados de descrição e de caracterização - In: PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p. 134.

²⁸⁸ Temos a classificação de Boissier de SAUVAGES [1767], elaborada conforme o “método naturalista” (pelo qual se observa três ordens de doenças mentais: os erros do espírito/alucinações, as morosidades/bizarrias e os delírios. Outras classificações foram as de ERHARD [1794] e de VALENZI [1796]. Há a proposta de CULLEN [1782] - que foi traduzida mais tarde por Pinel; a classificação foi a feita por ARNOLD [1782], claramente influenciada pela filosofia de LOCKE, dividindo a loucura em duas classes maiores: *ideal insanity* e *notional insanity*. A última grande classificação do século XVIII é a do psicopatologista italiano e CHIARUGI [1794] - In: PESSOTTI, Isaias. *O século...*, p. 51-62.

loucura voltasse a ser encarada como uma doença natural – acenando um resgate aos pensamentos filosóficos de Hipócrates (que identificava a loucura como a patologia de funções nervosas superiores). Renasce, neste momento, o enfoque médico da loucura.²⁸⁹

Foi também neste período histórico que a figura do louco voltou a ocupar um lugar privilegiado nas experiências humanas. Quando as epidemias de lepra e peste bubônica – que durante boa parte da Idade Média assombraram a sociedade européia²⁹⁰ - começaram a desaparecer do mundo ocidental, inaugurou-se uma fase em que as portas das cidades, antes fechadas pelo medo do contágio, voltaram a se abrir.²⁹¹

Além disso, a peste deixou de assombrar as pessoas, o que fez com que uma lacuna se formasse no imaginário popular e o local antes habitado pela doença (enquanto representação concreta de um mal, de um perigo) estava vazio. Então era preciso encontrar uma nova quimera para assombrar a humanidade e esta deveria ser capaz de substituir à altura os demônios medievais e os horrores provocados pelas epidemias.

É exatamente nesta perspectiva que o complexo fenômeno da loucura foi alçado à categoria de doença (fruto do trabalho dos neo-organicistas), sucedendo o lugar antes ocupado pela peste entre os medos seculares.

A loucura, segundo narra Michel FOUCAULT, “foi um dos *topois* do humanismo renascentista”,²⁹² e esta presença se fez por figuras diversas

²⁸⁹ “O século XVII medicaliza a naturaliza a loucura ao mesmo tempo em que a institui como processo mental, como patologia de funções nervosas superiores” - In: PESSOTTI, Isaias. *A loucura e...*, p.133.

²⁹⁰ Há dados que indicam que a “peste negra”, que assolou a Europa durante o século XIV, dizimou entre 25 e 75 milhões de pessoas, ou seja, praticamente um terço da população da época. Durante todo o período medieval, todos os restritos estudos sobre a saúde humana eram voltados para a lepra e as epidemias que devastam a Europa, ao que HERZLICH e PIERRET chamou *l'Ancien Régime du Mal*: “A doença, pelo contrário, era marcada por três características: o número, a impotência e a morte, a exclusão” – In: HERZLICH, Claudine; PIERRET, Janine. *Maladies d'hier malades d'aujourd'hui: de la mort collective au devoir de guérison*. Paris: Payot, 1984. p. 23.

²⁹¹ FOUCAULT, Michel. *A História...*, p.04.

²⁹² É que “com a regressão da lepra, serão os pobres, os vagabundos, os presidiários e os ‘cabeças alienadas’ que assumirão o papel abandonado pelo lazarento. E, a partir do século XV, a face da loucura passa a assombrar a imaginação do homem ocidental” – Ibidem, p. 07-08. Ainda segundo FOUCAULT, “até pouco depois do início da segunda metade do século XV, o tema da morte impera sozinho; nela, o fim do homem, o fim dos tempos assume o rosto das pestes e das guerras. Mas eis que nos últimos anos do século, essa grande inquietude gira sobre si mesma: o desatino da loucura substitui a morte e a seriedade que a acompanha. A partir de então, o insano desarma e o louco ri antes do riso da morte, pressagiando o macabro; trata-se de uma virada no

(especialmente na iconografia e em peças teatrais), como, por exemplo: na “Nau dos loucos” – espécie de barco que deslizava ao longo dos rios da Renânia e dos canais flamengos, levando para longe dos grandes centros urbanos toda a sorte de desvario -, as quais foram objeto da composição de BRANT (*Das Narrenschiff*)²⁹³ e da iconografia de BOSCH e BRUEGHEL.²⁹⁴

Também na literatura erudita da Renascença se percebeu e retratou a loucura na plenitude de sua ação, principalmente em textos humanistas, como ocorre com o *Elogio da Loucura* (de 1511), em que Erasmo de ROTTERDAM consagra o solitário discurso da loucura, zombeteiro da inutilidade de seu saber:

Quando a trôpega velhice coloca os homens à beira da sepultura, então, na medida do que sei e do que posso, eu os faço de novo meninos (...). E essas caducas cabeças, (...) faço-as beber a grandes goles a água do esquecimento. E é assim que dissipam insensivelmente as suas mágoas e recuperam a juventude.²⁹⁵

A denúncia da loucura torna-se a forma geral de todas as críticas, e o seu personagem principal (o louco) passa a ocupar lugar central nos mais variados acontecimentos.²⁹⁶

Por outro lado, é imperioso firmar que não foi apenas pela força dos pesquisadores, médicos e artistas, que a doutrina demonista foi afastada e a

interior da mesma inquietude, trata-se do vazio da existência, um vazio sentido do interior como forma contínua e constante da existência. O liame entre a loucura e o nada se estreita no século XV e subsiste por muito tempo no centro da experiência clássica da loucura” - Ibidem, p. 15-16.

²⁹³ O romance de Sebástian BRANT, por exemplo, retratava exatamente esses barcos que levavam sua carga insana de uma cidade para outra: “... os loucos tinham uma existência verdadeiramente errante neste período; as cidades os escorraçavam de seus muros, e não raras vezes eram confiados por mercadores e peregrinos” – In: BRANT, Sébastian. *Das Narrenschiff*. Paris: Nuée Blanche, 1979. Ainda FOUCAULT ressalta que isso era muito comum, especialmente na Alemanha; “em Nurembrug, durante a primeira metade do século XV, registrou-se a presença de 62 loucos, 31 dos quais foram escorraçados; eram freqüentemente confiados a barqueiros: em Frankfurt, em 1399, encarregam-se marinheiros de livrar a cidade de um louco que por ela passava nu; nos primeiros anos do século XV, um criminoso louco é enviado do mesmo modo a Maycence” - In: FOUCAULT, Michel. *A História...*, p. 09.

²⁹⁴ FOUCAULT lembra que ao final da Renascença, os loucos eram escorraçados e frequentemente confiados a barqueiros. “O louco torna-se o passageiro por excelência, o prisioneiro da passagem, solidamente acorrentado à infinita encruzilhada” – Ibidem, p. 09.

²⁹⁵ ROTTERDAM, Erasmo de. *Elogio da loucura*. São Paulo, Rideel, 2003. p.23.

²⁹⁶ “A face da loucura passou a assombrar a imaginação do homem ocidental a partir do século XV”. Foucault lembra que “uma sucessão de datas fala por si mesma: a dança dos mortos do cemitério dos inocentes data sem dúvida dos primeiros anos do século XV; a da Chaise-Dieu teria sido composta por volta de 1460; e é em 1485 que Huyot Marchando publica sua *Danse Macabre*. Esses sessenta anos foram dominados, seguramente, por todas esta imagens zombeteiras da morte (o que até então era um grande tabu). E é em 1492 que Brant escreve a *Narrenschiff*, cinco anos depois traduzida para o latim. Nos últimos anos do século, Bosch compõe sua Nau dos Loucos. O Elogio da Loucura é de 1509. A ordem de sucessão é clara” - In: FOUCAULT, Michel. *A História...*, p. 15.

loucura alçou ao centro dos fatos. Razões políticas, econômicas e jurídicas tiveram também grande influência para essa inversão de paradigma.

Basta lembrar que a Europa pré-moderna havia sido afetada por uma grave crise, que culminou em fome, epidemias, revoltas e guerras, no campo e nas cidades, abalando profundamente o então vigente sistema feudal.²⁹⁷

Neste quadro, a nobreza procurou o apoio dos reis para submeter os camponeses aos seus ditames e garantir suas propriedades. Os monarcas, favorecidos também pela conjuntura das guerras continuadas, acabaram reforçando sua liderança e retomando velhas atribuições: como a aplicação da justiça e a manutenção da ordem nos territórios dominados - quase sempre, é claro, com o emprego da força.²⁹⁸

Esta progressiva centralização do poder nas mãos dos reis acabou favorecendo a consolidação daqueles que seriam, mais tarde, batizados de "Estados-nacionais",²⁹⁹ verdadeiros países unificados, fruto da reunião de uma gama populacional que mantinha as mesmas tradições, língua e passado histórico comuns.³⁰⁰

Nota-se que essa nova forma de organização e estruturação política atendia, neste primeiro momento, aos interesses da classe nobre e burguesa: aos primeiros foram assegurados os privilégios feudais sobre os camponeses, as terras e os títulos imobiliários; os segundos, que financiaram os reis com recursos para a manutenção de exércitos permanentes, foram agraciados com o livre comércio e

²⁹⁷ Como bem indica BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.33. E ainda: BORNHEIM, Gerd. *Natureza do Estado Moderno*. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise do Estado Nação*. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileiras, 2003, p. 207-227.

²⁹⁸ ANDERSON, Perry. Op. cit., p. 36.

²⁹⁹ BORNHEIM, Gerd. Op. cit., p. 207-220.

³⁰⁰ A título de exemplo, a Espanha conheceu em 1469 a unificação política com o casamento da rainha Isabel de Castela com o rei Fernando de Aragão. Unificado, o reino espanhol reuniu forças para completar a expulsão dos mouros e, com a ajuda da burguesia, lançar-se às grandes navegações marítimas. Na França, o longo processo de centralização do poder monárquico atingiu seu ponto culminante com o rei Luís XIV, conhecido como "Rei Sol", que reinou entre 1643 e 1715. A ele atribui-se a célebre frase "o Estado sou eu". Ao contrário de seus antecessores, recusou a figura de um "primeiro-ministro", reduziu a influência dos parlamentos regionais e jamais convocou os Estados Gerais. Na Inglaterra, o absolutismo teve início em 1509 com Henrique VIII, que apoiado pela burguesia, ampliou os poderes monárquicos, diminuindo os do parlamento. No reinado da Rainha Elisabeth I, o absolutismo monárquico foi fortalecido, tendo iniciado a expansão marítima inglesa, com a colonização da América do Norte - In: ANDERSON, Perry. Op. Cit., p. 42.

outras medidas econômicas que facilitaram o acúmulo de riquezas.³⁰¹

Foi assim que o Estado moderno nasceu, monárquico e absolutista, fruto do cansaço e da impotência das velhas e arcaicas estruturas religiosas e feudais da Idade Média. O poder se aglutinava novamente nas mãos de um homem só (o rei), que detinha o controle de tudo e todos, cabendo-lhe com exclusividade a incumbência de impor as leis e de submeter os infratores ao aparelho punitivo estatal.³⁰²

Mas tal estrutura, como bem destaca Michel FOUCAULT, só foi possível com a solidificação de uma idéia maior, que lhe deu embasamento e sustentabilidade: a noção de *soberania*, claramente afirmada e teoricamente definida a partir do século XVI.³⁰³

Afinal, não se podia conceber um príncipe despido da qualidade de soberano, e tal característica, à luz da filosofia pragmática que definia a política de poder à época, se apoiou principalmente nas teorizações de Nicolo MAQUIAVEL (*O Príncipe*, de 1513)³⁰⁴ e Jean BODIN (*Les six Livres de la République*, de 1576)³⁰⁵ – que se encarregaram de interpretar e divulgar o espírito desta nova ordem.

No afã de consagrar uma postura que pudesse ser adotada por aquele que pretendia instaurar ou restaurar um principado forte e duradouro, liberto das invasões estrangeiras, MAQUIAVEL chamou a atenção para a necessidade de se ter um príncipe “todo-poderoso”³⁰⁶, desembaraçado de escrúpulos, vinculado unicamente aos fins que lhe justificavam os meios no exercício de uma autoridade

³⁰¹ STRECK, Lênio; MORAES, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³⁰² ACCIOLI, Wilson. Op. cit., p. 199.

³⁰³ Segundo lição de FOUCAULT: “... o princípio geral, no que se refere as relações entre direito e poder nas sociedades ocidentais, que estruturou o pensamento jurídico, se fez essencialmente em torno do poder régio. Foi a pedido do poder régio, foi igualmente em seu proveito, foi para servir-lhe de instrumento ou de justificação que se elaborou o edifício jurídico de nossas sociedades. O Direito no ocidente é um direito de encomenda régia” – In: FOUCAULT, Michel. *Em defesa ...*, p. 30.

³⁰⁴ MAQUIAVEL defendia o Estado como um fim em si mesmo, afirmando que os soberanos poderiam utilizar-se de todos os meios - considerados lícitos ou não - que garantissem a conquista e a continuidade do seu poder. As ações do Estado são regidas, sobretudo, pela racionalidade – In: MAQUIAVEL, Nicolo. *O príncipe*. São Paulo: RT, 2003.

³⁰⁵ BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Madrid: Tecnos, 1997.

³⁰⁶ Daí o porque da expressão usada, ainda hoje, “maquiavelismo”: que consiste em considerar como legítimos quaisquer meios que conduzam ao fortalecimento e segurança do Estado. Maquiavel é um dos precursores da idéia de isolar a ética da política, submetendo esta apenas a normas de eficácia prática imediata, que são reunidas na idéia de “razão de Estado” - In: BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.34.

sem limites:

... ao ocupar um Estado, deve o conquistador exercer todas aquelas ofensas que se lhe tornem necessárias, fazendo-as todas a um tempo só para não precisar renová-las a cada dia e poder, assim, dar segurança aos homens e conquistá-los com benefícios. Quem age diversamente (...) tem sempre necessidade de conservar a faca na mão, não podendo nunca confiar em seus súditos, pois que estes nele também não podem ter confiança diante das novas e contínuas injúrias (...). Acima de tudo, um príncipe deve viver com seus súditos de modo que nenhum acidente, bom ou mau, o faça variar: porque, surgindo pelos tempos adversos a necessidade, não estarás em tempo de fazer o mal, e o bem que tu fizeres não te será útil eis que, julgado forçado, não trará gratidão.³⁰⁷

Era preciso querer a onipotência, a qual exigia não apenas um ato de fundação absoluta, mas também uma resolução que não permite fraquezas com os compromissos. Neste quadrante, a recusa da violência seria uma tolice – cabendo apenas distinguir entre o que é violência ‘que conserta’ e o que é violência ‘que destrói’ -, tal qual as considerações de índole moral e religiosa deveriam ser afastadas das decisões do Estado.³⁰⁸

Segundo MAQUIAVEL, as coisas devem ser assim porque o príncipe é o senhor da legislação, porque ele define o que é bem e o mal públicos – situação esta que acabou gerando uma íntima ligação entre a pessoa do governante e a coisa pública, a qual não raras vezes desembocava no arbítrio.³⁰⁹

Mas a grande formulação jurídica da soberania se deu com o trabalho de Jean BODIN, que desenvolveu toda uma teoria do poder absoluto do monarca, deixando claro que é ele quem personifica o Estado. De maneira inovadora, BODIN traçou um paralelo entre o Estado e a estrutura familiar, comparando o monarca ao chefe de família, delimitando o poder real como algo ilimitado.³¹⁰

A parte inicial de seu trabalho é voltada exclusivamente para traçar algumas considerações sobre a “República”³¹¹, aduzindo ser o direito de governo de muitas famílias e do que lhes é comum, com um poder soberano:

³⁰⁷ MAQUIAVEL, Nicolo. Op. cit., p.40.

³⁰⁸ Ibidem, p. 45.

³⁰⁹ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *História das Idéias Políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p.39-40. Interpretando a ótica maquiavélica, afirmam que “em política, reinam a violência, a astúcia, a vontade de poder; se as coisas são assim, então é melhor pôr essas forças a serviço do Bem público e aprender a conhecê-las a fim de utilizá-las eficientemente como os meios desse fim legítimo”.

³¹⁰ BODIN, Jean. Op. cit., p. 50-65.

³¹¹ Vale observar, como bem faz François CHÂTELET e outros (v.g., Ari Sundfeld, Paulo Napoleão Nogueira da Silva, Juan Ramon Capella, Dalmo Dallari, e outros), que quanto Jean BODIN empregava o termo “República”, queria ele se referir, em verdade, à idéia de “Estado” - In: CHÂTELET, François. DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. Op. cit., p. 41.

O rei sábio deve governar harmonicamente o seu reino, entremeando suavemente os nobres e os plebeus, os ricos e os pobres, com tal discrição, no entanto, que os nobres tenham alguma vantagem sobre os plebeus, pois é bem razoável que o gentil-homem, tão excelente nas armas e nas leis quanto o plebeu, seja preferido nos estados (empregos) da judicatura ou da guerra; e que o rico, em igualdade das demais condições, seja preferido ao pobre nos estados que têm mais honra que lucro; e que ao pobre, caibam os ofícios que dão mais lucro que honra; assim, todos ficarão contentes (...). Nada havendo de maior sobre a terra, depois de Deus, que os príncipes soberanos, e sendo por Ele estabelecidos como seus representantes para governarem os outros homens, é necessário lembrar-se de sua qualidade, a fim de respeitar-lhes e reverenciar-lhes a majestade com toda a obediência, a fim de sentir e falar deles com toda a honra, pois quem despreza seu príncipe soberano despreza a Deus, de Quem ele é a imagem na terra.³¹²

Mais adiante, BODIN se dedica a definir o que entende por soberania, asseverando que “é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República”.³¹³

A partir de então, a soberania passa a identificar as diversas normas ligadas ao exercício do poder político, e isso acaba por explicitar a unificação do poder dentro de um território, com a submissão de todas as pessoas à mesma ordem jurídica e o não reconhecimento de outras ordens como aplicáveis ou superiores.³¹⁴

Na mesma linha de raciocínio, há que se destacar os trabalhos de Jacques-Bénigne BOSSUET, grande defensor do absolutismo e do “direito divino dos reis”; na obra *Política Segundo a Sagrada Escritura* (de 1701), que afirmava a origem divina da monarquia, cabendo aos homens aceitar todas as decisões reais, pois questioná-las transformá-los-ia não somente em inimigos públicos, mas também em inimigos de Deus.³¹⁵ Também interessa o trabalho de Hugo GRÓCIO –

³¹² BODIN, Jean. Op. cit., p. 60-61.

³¹³ Ibidem, p. 77.

³¹⁴ Importante firmar, aqui, os traços estruturais da concepção de soberania anotados por Jean BODIN: trata-se de um poder absoluto e perpétuo; absoluto no sentido de que a soberania não é limitada nem em poder e nem pelo cargo – ou seja, ela comanda e não recebe nenhum comando, não depende de nada e de ninguém (afinal de contas, nenhuma lei humana, nem mesmo se emanada do próprio príncipe, pode limitar o poder soberano); e é perpétuo porque não pode ser exercida com um tempo certo de duração – até porque, do contrário, o príncipe seria apenas um depositário do poder – Idem.

³¹⁵ “Três razões, fazem ver que este governo (o da monarquia hereditária) é o melhor. A primeira é que é o mais natural e se perpetua por si próprio (...). A segunda razão é que esse governo é o que interessa mais na conservação do Estado e dos poderes que o constituem: o príncipe, que trabalha para o seu Estado, trabalha para os seus filhos, e o amor que tem pelo seu reino, confundido com o que tem pela sua família, torna-se-lhe natural. A terceira razão tira-se da dignidade das casas reais (...). A inveja, que se tem naturalmente daqueles que estão acima de nós, torna-se aqui em amor e respeito; os próprios grandes obedecem sem repugnância a uma família

Das leis de guerra e paz (de 1625)³¹⁶ -, considerado um dos precursores do direito universal, defendia que se todos os países adotassem o absolutismo, seria possível se estabelecer um sistema único de legislação.

Foram estas, enfim, as bases teóricas que viabilizaram a retirada do poder político e jurídico da aristocracia feudal e da Igreja, criando também um novo mecanismo punitivo, cujo princípio unificador assentava exatamente na idéia do “poder régio”.³¹⁷

Vivia-se a idade do absolutismo “numa sociedade em que, robustecido o Estado-nacional, sobreviviam, contudo, as camadas sociais da antiga nobreza feudal, a par de uma nova classe emergente: a burguesia”³¹⁸ – em um primeiro momento aliada à monarquia absoluta, mas depois, dela se separou para tornar-se hegemônica no exercício do poder. Neste momento de separação, que podemos denominar ‘segunda fase teórica da soberania’, importante destacar o trabalho de Thomas HOBBS - *O Leviatã* (de 1651), um tratado de justificação dos poderes extremos, onde a segurança autoriza o sacrifício da liberdade e a lei aliena a idéia de justiça.³¹⁹

Em sua concepção, a pessoa do monarca e sua força infinita acabam sendo legitimadas e mantidas com base na idéia de contrato social (mais tarde explorada por Jean-Jacques ROUSSEAU).³²⁰ E é aí que está a originalidade de seu pensamento, em cuja base está o contraste entre o *estado de natureza* e o *estado*

que sempre viram como superior e à qual se não conhece outra que a possa igualar (...). O trono real não é o trono de um homem, mas o trono do próprio Deus (...). Os reis são deuses e participam de alguma maneira da independência divina. O rei vê de mais longe e de mais alto; deve acreditar-se que ele vê melhor, e deve obedecer-se-lhe sem murmurar, pois o murmúrio é uma disposição para a sedição” - In: BOSSUET, Jacques-Bénigne. *Política Segundo a Sagrada Escritura*. [1701] Apud FREITAS, Gustavo de. *900 Textos e Documentos de História*. Lisboa: Plátano, 1975. v. 11. p.198-201.

³¹⁶ GRÓCIO, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Ijuí: UNIJUI, 2004.

³¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Em defesa...*, p. 30: “... nas sociedades ocidentais, desde (o final) da idade média, a elaboração do pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do poder régio”.

³¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.35. Assevera que a classe burguesa passou a ser favorecida em razão das políticas mercantilistas, o que a elevou ao centro da sociedade.

³¹⁹ HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. O ponto de partida de seu trabalho estava centrado na idéia de que “o homem, individualmente corporal, é fundamentalmente potência”.

³²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: e outros escritos*. São Paulo: Cultrix, 1965. Vale lembrar que foi em 1762 que ROUSSEAU publicou *O Contrato Social*, dando grande ênfase ao conceito de soberania e já transferindo sua titularidade para o povo. Impende destacar que o fundamento do pacto social por ele proposto consiste no fato de que cada pessoa coloca seu poder e vontade sob a direção suprema da vontade geral.

de sociedade: naquele, o ser humano desfruta da liberdade total, o que acaba sendo-lhe fatal e indesejável, pois esse estado se assemelha à guerra, à violência e ao terror;³²¹ já no segundo, que se fez necessário findar a barbárie e possibilitar a continuidade de nossa espécie, a idéia central era a de que a ordem política seria a única que conseguiria por fim à luta de vida ou morte:

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer; o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza (...). Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros. Em todos os lugares onde os homens viviam em pequenas famílias, roubar-se e espoliar-se uns aos outros sempre foi uma ocupação legítima, então longe de ser considerada contrária à lei de natureza que quanto maior era a espoliação conseguida maior era a honra adquirida.³²²

Ocorre que tal imposição, e as garantias a ela inerentes, estipularam o seu preço – qual seja: a renúncia das liberdades, transladadas ao Estado, senhor absoluto da vida humana.³²³ Era a idéia de que o homem perdia a liberdade e ganhava, em troca, sua conservação:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros (...), é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens (...). Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande *Leviatã*, ou antes daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é lhe

³²¹ Segundo HOBBS, o 'estado de natureza' seria o grande palco de uma guerra civil do gênero humano, e culminaria no extermínio de todos os homens: "era um estado de sangue, desconfiança e ferócia contumaz, em que o medo, institucionalizado no instinto de conservação e sobrevivência, não deixava ainda antever o advento da consciência agregativa, suscetível de instituir um sistema de relações fundado no estabelecimento da ordem e da segurança" – In: HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 125.

³²² Ibidem, p.127-128.

³²³ Neste contexto, a idéia era a de que "o poder soberano é menos prejudicial do que a ausência de um tal poder" – Ibidem, p. 190.

conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles no sentido da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.³²⁴

Essa especial característica da soberania que se avultou nos tempos avançados de absolutismo (calcada na idéia de um poder ilimitado ao soberano), aliada à necessidade de um incisivo controle social, legitimou o Estado a exercer verdadeira dominação e contenção dos indivíduos desviantes. Afinal de contas, para que pudesse cumprir sua função e espalhar o seu poder era exigível que o soberano tivesse pleno controle sobre seus súditos, mesmo que para tal fosse obrigado a empregar a força e a violência.

Trazendo a questão da soberania para o ponto central das discussões implicou em dizer que o discurso e a técnica do Direito tiveram a missão precípua de dissolver, no interior das relações, o fator da dominação: de um lado, sustentou a legitimidade dos direitos inerentes a soberania e de outro firmou a obrigação de obediência dos súditos.³²⁵

Importa observar que a plena satisfação deste mecanismo de poder somente restou viabilizada por conta de uma estrutura social verticalizada que se consolidou na Europa moderna – na qual se alçou a figura do soberano ao ápice das relações (em detrimento dos súditos), e confiscou-se, em seu favor, o papel de vítima frente às infrações da norma.³²⁶

Neste quadrante, facilmente se verifica que a ideologia do inimigo - nascida com a figura clássica do *hostil* e resgatada (ou melhor, ampliada) com a do *herege* medieval - mantinha-se plenamente viva. A carapuça de inimigo estaria agora destinada aos indivíduos que se insurgiam contra esta estrutura verticalizada, os quais eram indesejados na exata medida em que consagravam um perigo (concreto ou abstrato) ao poder soberano absoluto.

Mesmo o sujeito reincidente em comportamentos de menor gravidade, ou aqueles que apenas se manifestavam de forma apenas indisciplinada – como o alienado mental -, seriam considerados verdadeiros inimigos *do Estado*, e, como tal,

³²⁴ Ibidem, p.130-131.

³²⁵ FOUCAULT, Michel. *Em defesa...*, p. 31.

restariam vitimados por infundáveis e cruéis intervenções do poder punitivo.³²⁷

Esta a gana sanguinária de perseguição aos dissidentes, que havia nascido com o mercantilismo, ganharia ainda mais força com a expansão colonialista que lhe acompanhou, a qual legitimou a atuação genocida frente a população nativa dos países recém colonizados (especialmente na África e na América do Sul), submetendo os poucos sobreviventes à condição de escravo.³²⁸

Cabe verificar, inclusive, que o discurso penal da época tratou os nativos e os mestiços como “loucos morais em potencial”³²⁹, uma fórmula simples, mas que serviu para racionalizar a exclusão e converter os rebeldes em inimigos.

2.2.2 A Caricatura do Monstro

Foi exatamente dentro deste contexto que a figura do louco - que, como observado, estava no centro dos acontecimentos sociais (literatura, poesia, bem como nas discussões acadêmicas ou não) - foi definitivamente inscrita no rol dos inimigos do poder.

O doente mental infrator despertava a desconfiança e a temeridade nas pessoas e em seus imaginários, e isso os tornava indesejados. Afinal, sendo o alienado indiferente aos apelos formais do poder absoluto e da estrutura social verticalizada que se havia consolidado, facilmente seria identificado como inimigo, e, conseqüentemente, vitimado pela algoz fúria do soberano.

Tal situação culminou em um forte movimento para a expurgação do louco do convívio social – lembre-se, uma vez mais, das “*Naus*” reavivadas por FOUCAULT na *História da Loucura* (de 1961), que exerceram significativo papel

³²⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo...*, p. 46.

³²⁷ Neste tocante, ver: GRACIA MARTIN, Luiz. *El Horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. Cite-se também: DíEZ, Carlos Gómez-Jara. Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: crítica al fundamento científico del derecho penal del inimigo. *Revista de Estudios Criminales*. Porto Alegre, n . 24, p. 33-53, jan./mar.2007. E ainda: CARVALHO, Thiago Fabres de. O direito penal do inimigo e o direito penal do *homo sacer* da baixada: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista de Estudios Criminales*. Porto Alegre, n . 25, p. 85-119, jan./mar.2007.

³²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo...*, p. 46

³²⁹ *Ibidem*, p. 54.

simbólico na consolidação deste ideal de exclusão do indesejado.³³⁰

Vale lembrar que o crime, neste período, era muito mais do que o mero dano voluntário feito a alguém: o crime era tido como verdadeira lesão aos direitos e a vontade do próprio soberano, representadas na lei – até por isso, se entendia que a infração consagrava um ataque direto à força, ao corpo físico do soberano. De modo que a sanção aplicável não deveria se consubstanciar unicamente na reparação do dano individual ou social, mas sim, numa espécie de vingança, uma espécie de revanche da força soberana: “na punição do criminoso, assistia-se à reconstituição ritual e regulamentada da integridade do poder”.³³¹

Castigos físicos, ameaças e contenção eram medidas comuns, tomando sempre como base a idéia de que o louco infrator seria um verdadeiro animal, de modo que somente pelo medo e pelo respeito, trazido com o tratamento severo, seria possível domesticar-lhes para a vida em coletividade.³³²

Assim, “é como *monstro*, isto é, como natureza contranatural, que o louco criminoso faz a sua aparição”, mesmo porque, “o primeiro monstro jurídico que se vê surgir não é o assassino, não é o estuprador, não é o que infringe as leis da natureza, mas sim aquele que infringe o pacto social fundamental”.³³³

Ainda nas lições de FOUCAULT, “em fins do século XVII, ou em todo caso no curso do século XVIII, a figura mais importante, a figura que vai dominar e que, precisamente, vemos emergir na prática judiciária do século XIX é, evidentemente, a figura do *monstro*”. E segue, afirmando que “o monstro é que é o problema (...), a figura essencial, em torno da qual as instâncias de poder e os campos de saber se inquietam e se reorganizam”.³³⁴

O monstro é perigoso, é indesejado, é inimigo, e deve ser contido por meio de um rigoroso sistema punitivo. E mais, os mecanismos de poder devem ser fortes o bastante para poder absorver, exhibir e aniquilar, em rituais de soberania, a monstruosidade figurada num crime.

³³⁰ “Ela simboliza toda uma inquietude, soerguida subitamente no horizonte da cultura européia, por volta do fim da Idade Média. A loucura e o louco tornam-se personagens maiores em sua ambigüidade: ameaça e irrisão, vertiginoso desatino do mundo e medíocre ridículo dos homens” – In: FOUCAULT, Michel. *A história...*, p.14.

³³¹ “A vingança era sempre vindita, e vindita pessoal do soberano” – In: FOUCAULT, Michel. *Os anormais...*, p. 102-104.

³³² MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p.42.

³³³ FOUCAULT, Michel. *Os anormais...*, p. 118-137.

É por isso que a sanção aplicável ao infrator-patológico exigia algo a mais do que a mera expiação de sua conduta. E este algo a mais seria o terror, isto é, o “caráter aterrorizante do castigo”³³⁵ – consagrando assim a necessidade do *suplício*, que deveria estar no âmago das punições e serviria, igualmente, para demonstrar (propositadamente) o total desequilíbrio deste modelo punitivo.

Até porque, o controle da sociedade não passava simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas antes, começava pelo corpo do indivíduo. É o que FOUCAULT chama de “ostentação dos *suplícios*”,³³⁶ a qual já havia sido inaugurada na Idade média, mas que se consagrou no modelo absolutista advindo da era moderna.

Nessa perspectiva, as penas e os castigos físicos desempenharam um papel considerável: “a pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz; um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade”.³³⁷

Advirta-se, contudo, que apesar de inexplicável, o suplício não deveria ser considerado como algo selvagem (no sentido de figurar como um ato descontrolado de poder). Ao contrário, o suplício conformava toda uma técnica e para que a pena fosse considerada efetiva, deveria obedecer a três critérios principais: deveria produzir certa quantidade de sofrimento que se pudesse medir, comparar, hierarquizar³³⁸ - já que “o suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento”.³³⁹

Ademais, este sofrimento deveria ser regulado, na medida em que o tipo de sofrimento físico, a qualidade, a intensidade e o seu tempo fossem pautados de acordo com a gravidade da infração, com a pessoa do infrator e, especialmente, com o nível social de suas vítimas. Por fim, o suplício deveria fazer parte de um ritual, o qual deveria ser marcante para o infrator, e, ao mesmo tempo, ostentoso em relação à justiça para que seja constatado por todos, como forma de triunfo do

³³⁴ Ibidem, p. 78-79.

³³⁵ Ibidem, p.103-106.

³³⁶ FOUCAULT lembra a ordenação francesa de 1670, a qual regeu, até a Revolução burguesa, as formas gerais da prática penal, hierarquizando os castigos por ela descritos: a morte, a questão com reserva de provas, as galeras, o açoite, a confissão pública, o banimento” – In: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...*, p. 30.

³³⁷ Ibidem, p. 31.

³³⁸ Por exemplo, a pena capital poderia ser por decapitação ou por esquartejamento: na primeira hipótese, o grau de suplício é zero, enquanto na segunda, é quase infinito.

soberano.³⁴⁰

Foi exatamente desta forma que o corpo suplicado se inseriu no cerimonial judiciário, o qual deveria trazer à luz a verdade do crime. Afinal, esta era a maneira pela qual o monarca conseguiria demonstrar que a força soberana, da qual se originou o direito de punir, não poderia em caso algum pertencer à multidão: “... diante da justiça do soberano, todas as vozes devem-se calar”.³⁴¹

Não por outra razão o suplício judiciário era encarado como um ritual de cunho eminentemente político, exatamente porque fazia parte de um conjunto de cerimônias de manifestação do poder soberano. Um ritual que serviria para reconstituir a soberania lesada ou ameaçada de lesão.³⁴²

É assim que o poder de punir passou a ser visto como uma espécie de direito que tinha o soberano de guerrear com seus inimigos: “... o castigo provém deste direito de espada, desse poder absoluto de vida e morte de que trata o direito (...), direito de virtude do qual o príncipe faz executar sua lei ordenando a punição do crime”.³⁴³

Todo este ritual, todo este mecanismo punitivo de legitimação do poder, acabou refletindo também no tratamento conferido ao alienado desviante, pois a manipulação da loucura seria uma das várias formas de manutenção do poder régio.

Com isso, consagra-se o ápice do processo histórico de exclusão da loucura. Basta ver que antes (ou seja, até o final da Idade média), toda forma de exclusão era apenas um reflexo abstrato, não uniforme, e não rigorosamente formulado para afastar o ente perigoso do convívio social. Agora, sob o manto do

³³⁹ Ou seja, “não deveria explicitar uma raiva sem lei” – In: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...*, p. 31.

³⁴⁰ Como argumenta FOUCAULT: “há um código jurídico da dor (...). A pena, quando é suplicante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco; ela é calculada de acordo com regras detalhadas: número de açoites, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda, tipo de mutilação a impor...” - Idem.

³⁴¹ Ibidem, p. 33-33.

³⁴² Segundo FOUCAULT: “A infração, além do dano que eventualmente produzir, além mesmo da regra que infringe, prejudica o direito do que faz valer a lei (...). O crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe (...). A intervenção do soberano não é portanto uma arbitragem entre dois adversários; é mesmo muito mais que uma ação para fazer respeitar os direitos de cada um; é uma réplica direta Àquele que a ofendeu (...). O castigo então não pode ser identificado nem medido como reparação do dano; deve haver sempre na punição pelo menos uma parte, que é a do príncipe...” – Ibidem, p. 41-42.

³⁴³ Idem.

poder régio, o processo de exclusão passava efetivamente a fazer parte de uma estrutura punitiva concreta. O jogo de exclusão não apenas está bem estruturado, como também passa a contar com uma fonte ordinária de poder (o soberano) e um destinatário certo: o monstro.

Observa-se que, neste contexto, o tratamento conferido ao portador de transtorno mental não era dotado de qualquer aspecto humanitário. Ao contrário, as técnicas da dor eram largamente utilizadas - seja no aspecto jurídico, ou mesmo no aspecto clínico: queimavam-se as genitálias e o crânio com soda caustica para que sua mente se focasse unicamente na dor, impedindo pensamentos raivosos; cura esta que, por certo, era bem mais prejudicial que a doença.³⁴⁴

Outros métodos foram usados neste período: por volta de 1715, a terapia de indução ao vômito é implementada com a idéia de que enquanto durasse a sensação de náusea, a alucinação seria suspensa. As sangrias foram também utilizadas a partir de 1790. O afogamento foi aplicado em larga escala e, a partir de 1828, seria transformado em 'hidroterapia'.³⁴⁵

Para as mulheres, era bastante comum a amputação do clitóris, as terapias endócrinas. Para os homens, a esterilização e a hibernação. Também se empregou o coma insulínico, a convulsoterapia, o eletrochoque, e, mais adiante, a lobotomia. Chegou-se até a falar na extração dos dentes como recomendação à cura da loucura.³⁴⁶

E como bem indica FOUCAULT, enquanto durou essa estrutura absoluta do Estado *Leviatã*, todas as questões relativas à mecânica geral do poder (sua concepção, legitimação e exercício), desde os níveis mais elevados até os mais baixos, seja no campo jurídico ou no campo médico, foram resolvidos pela teoria da soberania: "... a relação de soberania cobria, em suma, a totalidade do corpo social (...); o modo como o poder se exercia podia bem ser transcrito em termos de

³⁴⁴ MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p. 42-45.

³⁴⁵ "Por volta de 1715, a terapia de indução de vômito, com prescrição de vários tipos de asquerosos purgantes, é implementada (...). Até o mais furioso torna-se tranquilo, constatava-se". Continua, asseverando que nas sangrias, "a idéia era que danos cerebrais, muitas vezes ocasionados por muita imaginação ou mesmo pela masturbação, levariam à circulação irregular na irrigação do cérebro, causa da loucura". No afogamento, "colocava-se o paciente dentro de uma caixa com furos que era imersa em água até que as bolhas de ar parem de subir. Retirando paciente - obviamente muitos morriam com a terapia, pensava-se que, com a suspensão das funções vitais, o paciente retornaria à vida com maneiras mais ajustadas de pensar" - Idem.

³⁴⁶ Idem.

relação soberano/súdito”.³⁴⁷

Assim, das formas mais variadas, tentou a humanidade desvendar os mistérios que envolviam a criminalidade na loucura, ao mesmo tempo em que consagrava uma finalidade maior: o controle do indesejado pela contenção forçada e pela exclusão violenta.

2.3 CONSTRUÇÕES PERVERSAS: A *SCIENCIA* DA DISCIPLINA NO SÉCULO DOS MANICÔMIOS

2.3.1 Terapêutica Moral e o Surgimento do Anormal

Quando Philippe PINEL publica, em 1801, o seu *Tratado Médico-Filosófico sobre a Alienação Mental*, inaugura-se enfim a psiquiatria enquanto especialidade médica. A loucura passa agora a ser definida como o desarranjo das funções mentais, notadamente as intelectuais, rejeitando inclusive as explicações organicistas firmadas no século anterior.³⁴⁸

É também a partir daí que se institui, pela primeira vez de forma empírica, uma visão verdadeiramente clínica do fenômeno - já que seu diagnóstico demanda uma observação prolongada, rigorosa e sistemática das transformações na vida biológica, nas atividades mentais e no comportamento social do indivíduo.

Contudo, é importante frisar que a consolidação deste novo pensamento não floresceu do dia para a noite. Ao contrário, a revolução encabeçada por PINEL foi fruto de uma vasta sorte de acontecimentos ocorridos ao longo da segunda metade da era moderna, e que desaguaria na simbólica libertação dos alienados.

Primeiramente, cabe lembrar que foi na transição entre os séculos XVII e XVIII que surgiram as primeiras monografias e artigos que tratavam especificadamente sobre o tema da alienação, embora o fossem ainda bastante precárias, não sistematizadas e desuniformes. Como visto, foi também neste período que a autoridade do teólogo e do inquisidor sobre o conhecimento e o

³⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Em defesa...*, p. 42.

³⁴⁸ PINEL, Philippe. *Tratado Médico-Filosófico sobre a alienação mental ou a mania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

ensino foi definitivamente derrubada, o que viabilizou o crescimento de estudos voltados especialmente às construções metafísicas a respeito da natureza humana.³⁴⁹

Outro fato significativo ocorrido durante o século XVIII, e que impulsionou novos estudos sobre o tema, foram as “alienações coletivas” - episódios em que alguma forma de comportamento aberrante parecia transmitir-se por ‘contaminação’ de uma pessoa a outra, e isso gerou um conceito *sui generis*, que tentava explicar a transmissão desses estados por meio de um princípio com conotação quase médica: o “contágio mental”.³⁵⁰

Muito embora esta idéia não tenha sido bem recebida por todos os médicos da época, certo é que propiciou grande avanço nos estudos sobre a loucura.³⁵¹

Também importante verificar que esta nascente psiquiatria caminhava para uma definitiva rejeição das explicações nascidas com o racionalismo cartesiano.³⁵² Em verdade, esta tendência foi percebida em todas as ciências que se estruturavam em meio ao pensamento cultural do século XVIII – o qual, inclusive, seria o grande responsável pela consolidação do iluminismo.

Duas obras filosóficas sobressaíram no panorama acadêmico europeu

³⁴⁹ Foi, por exemplo, o período em que Immanuel KANT desenvolveu todo um pensamento sobre a filosofia moral, especialmente firmada em: *Fundamentação da metafísica dos costumes* [1785], *Crítica da razão prática* [1788] e *Metafísica dos costumes* [1798].

³⁵⁰ Como indica PESSOTTI, vários pesquisadores do século XVIII escreveram sobre este tema. A título de exemplo, STEWART (em 1827), formulou uma elegante teoria que falava sobre “contágio emocional” – In: PESSOTTI, Isaias. *O século...*, p. 18.

³⁵¹ “Alguns hesitaram e outros se posicionaram contrários, dizendo que estes quadros de contágio mental não passavam de fantasia. A busca por um critério que diferenciasse o patológico do milagroso tornou-se então a grande preocupação entre os pensadores deste período”. O próprio Papa Bento XIV chegou a propor um critério discriminante (exposto na bula pontifícia *De servorum dei beatificatione et beatorum canonizatione*, publicada em Pádua, em 1734 e 1738), o qual, inclusive, acabou exercendo influencia na história da psicopatologia, e inspirando outros textos, como o de MURATORI (*Della forza della Fantasia* de 1745), na qual o delírio e a loucura eram entendidos como efeitos da imaginação, uma faculdade interior e sensitiva. Também Philippe HECQUET (*La médecine naturelle* de 1733), que tentando explicar os fenômenos do contágio mental, contestou frontalmente as interpretações religiosas ou metafísicas; para ele, tais sintomas nada mais eram do que manifestações de doenças – *Ibidem*, p.19-20.

³⁵² Basta verificar o trabalho do suíço Samuel-August TISSOT, que tentou explicar aquelas alterações (coletivas) na conduta humana como advinda não de causas sobrenaturais, mas sim de excessivas vigílias e sobrecarga de trabalho, que levariam à frenesia, à mania, à epilepsia, etc. apontava também as causas naturais para explicar os distúrbios mentais: dizia que o fumo, o tabaco, o chá, o chocolate perturbavam o cérebro. dizia que o luxo, a vida mundana, as paixões violentas, tudo contribuía para o distúrbio – In: TISSOT, Samuel-August André David. *l' onanisme dissertation physique sur les maladies produites par la masturbation* [1758] Apud PESSOTTI, Isaias. *O século...*, p. 23-24.

nesta época: o *Essay* de John LOCKE (de 1690) e o *Traité des Sensations* de Étienne Bonnot de CONDILLAC (de 1754). Em termos gerais, ambos defendiam a importância das experiências pessoais para a construção do saber: "... a conduta ou o pensamento normal ou desviante teria suas origens na história de experiências pessoais de cada homem".³⁵³

No *Essay*, LOCKE demonstra verdadeira reação às explicações cartesianas para a origem das idéias. Protagonista do empirismo - teoria denominada de *Tabula rasa* (do latim, "folha em branco") -, concebia que a produção do conhecimento era, necessariamente, a produção de idéias. Defendia que aquilo que se apreende com a experiência é o que dá origem ao conhecimento, pois o conteúdo da consciência (emoções, pensamentos, lembranças) vem daquilo que se tem como bagagem, e esse conteúdo, segundo LOCKE, seriam exatamente as idéias.³⁵⁴

Já CONDILLAC vai um pouco mais além neste processo de enaltecimento da experiência sensível. Afirma que também a reflexão é produto da percepção sensorial, dizendo que todos os processos intelectuais, normais ou patológicos, resultam das sensações.³⁵⁵

Sob tal parâmetro, e visando elucidar como se daria o processo cognitivo, CONDILLAC constrói o "mito da estátua", onde percebe a evolução do conhecimento tal qual ao despertar de uma estátua, que a partir de uma sensação inicial e de outras que lhe seguem, começa a construir relações entre sensações diversas e assim institui funções ou processos como raciocínio, imaginação,

³⁵³ Estas duas obras, segundo alguns, é que deram fluxo ao pensamento a que se chamaria de "filosofia das luzes". Elas influenciaram muitos outros pensadores: Voltaire, Rousseau, Diderot e D'Alembert – In: PESSOTTI, Isaias. *O século...*, p.25.

³⁵⁴ Ou seja, não eram as idéias que presidem a aquisição do conhecimento pelas vias sensoriais, ordenando e discriminando as sensações em categorias, mas sim as sensações e as reflexões que instituem as funções da mente, e é delas que se originam as idéias: "... o conhecimento humano é construído pela abstração dos elementos que ocorrem na experiência". A idéia é "tudo que o espírito percebe em si mesmo, e que é objeto imediato de percepção e pensamento" - In: LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Nova Cultural, 1990.

³⁵⁵ Entende que o próprio conhecimento resulta da experiência com o mundo. A superioridade moral observada na espécie humana devia-se apenas a uma condição de civilização dada pela sensibilidade ao mundo. A sensibilidade por seu turno resulta da capacidade imitativa dos homens. Quanto maior fosse a possibilidade de vivenciar experiências de imitação maior seria a ampliação do campo das sensações bem como a procura de outras novas sensações e necessidades - In: CONDILLAC, Étienne B. de. *Tratado das sensações*. Campinas: Unicamp, 1993.

memória, etc.³⁵⁶

Neste contexto, o conteúdo significativo das sensações não poderia mais ser visto como obra de uma razão preexistente a ela, pois eram as próprias sensações que instituíam as categorias da razão. Passou-se então a conceber que era o próprio homem quem construía suas idéias e pensamentos, e o fazia a partir da própria experiência, baseada na relação travada com as coisas, pessoas e eventos.³⁵⁷

Estas construções teóricas propiciaram a libertação de um novo saber, que animava os iluministas europeus. Um projeto que visava a desacorrentar o homem de domínios alheios ao da razão, e que estaria fundada basicamente na experiência.³⁵⁸ Ora, se o comportamento, tal qual o pensamento, resulta da vivência de cada indivíduo, o desafio que se impõe é o de projetar a educação (ou reeducação) no sujeito desviado, construindo um novo homem se necessário.

Foi exatamente nesta perspectiva, como demonstra FOUCAULT, que se percebeu uma curiosa transformação na feição do doente mental: é o momento em que ele deixa de ser encarado como *monstro* (caricatura firmada pela medicina e pela lógica soberana da era moderna) e passa a ser tido como *anormal*.³⁵⁹

A partir de então, a loucura seria vista como o produto de uma ditadura da imaginação sobre os pensamentos, a qual se manifesta exclusivamente por distúrbios na associação das idéias. Ou seja, o fenômeno passaria a ser encarado como mera anomalia psíquica.³⁶⁰

Mesmo porque, não mais estava autorizado qualquer espécie de

³⁵⁶ Idem.

³⁵⁷ “Funções como julgamento, memória ou imaginação, são combinações de informações sensoriais”. E segue, dizendo que “tais sensações é que eram o conteúdo primário, substancial, das chamadas funções da mente” - Idem.

³⁵⁸ Note-se que o próprio movimento iluminista chegou a ser concebido enquanto “a linha filosófica caracterizada pelo empenho de estender a crítica e o guia da razão em todos os campos da experiência humana” – In: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1962. p. 509. Em sentido análogo, Immanuel KANT define, no prefácio à primeira edição da *Crítica da razão pura*, a sua época como de crítica: “A nossa época é por excelência uma época de crítica à qual tudo deve submeter-se. De ordinário, a religião, por sua santidade, e a legislação, por sua majestade, querem subtrair-se a ela. Mas neste caso provocam contra si uma justa suspeição e não podem fazer jus a uma reverência sincera, reverência esta que a razão atribui exclusivamente àquilo que pode sustentar-lhe o exame crítico e público” – In: KANT, Immanuel. *Prefácio à primeira edição da Crítica da razão pura*. Petrópolis: Vozes, 2005. p.15.

³⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Os anormais...*, p. 137-138.

³⁶⁰ “A espécie de grande monstruosidade excepcional acaba se distribuindo, se dividindo, numa nuvem de pequenas anomalias...” – Idem.

entendimento que consagrasse uma natureza teratológica (contranatural) no ser humano.

Ademais, os desarranjos do pensamento alienado não mais poderiam ser entendidos como distúrbios de faculdades mentais isoladas, específicas (como era na visão escolástica, onde memória, imaginação e julgamento eram fenômenos distintos), posto que a análise do homem como um todo se tornava imprescindível.³⁶¹

Foram estas as idéias que motivaram, tempos depois, o *Traité* de PINEL, que se apoiava em três premissas basilares: uma etiologia passional ou moral da loucura; a necessidade de uma lesão mental para caracterizá-la; e, por fim, a necessidade de um lugar específico para efetuar o acompanhamento e o tratamento do alienado (o manicômio).³⁶²

É por isso que o *Traité* figura como um marco no estudo da alienação: ao mesmo tempo em que estruturou uma classificação nosográfica do fenômeno, revalorizou as paixões como fator determinante da loucura.

PINEL propôs um método de diagnóstico que não consiste apenas em encaixar um determinado sintoma superficial em alguma categoria de desarranjo, mas sim, numa observação prolongada, rigorosa e sistemática das transformações na vida biológica, nas atividades mentais e no comportamento social do paciente - em suma, de toda a sua história de vida.³⁶³

Concebe que os doentes mentais não deveriam receber um tratamento degradante e desumano. Ao contrário, precisavam de suavidade e doçura nos modos e nas palavras: era a "terapêutica moral", base de sua medicina e ponto de partida da nova psiquiatria.³⁶⁴

E o tratamento recebeu conotação de "moral" exatamente porque designa

³⁶¹ PESSOTTI, Isaias. *O século...* p. 26..

³⁶² "A admissão de que, na loucura, alguma parte da razão permanece inalterada" é um pressuposto quase filosófico de Pinel. Diz, por exemplo, que nas manias, a faculdade de julgamento pode estar ilesa; numa concepção de delírio, menciona claramente aquele pressuposto ao afirmar que não há diferença entre alienados e normais quanto às possibilidades de ligar idéias segundo a similaridade entre elas - In: PINEL, Philippe. Ob. cit., p. 88.

³⁶³ PESSOTTI lembra, inclusive, que a ênfase na observação prolongada do paciente acabou refletindo também um espírito típico do iluminismo francês; basta verificar que se criou na França uma *Société des Obsevateurs de l'Homme* (em 1799), da qual Pinel era membro - PESSOTTI, Isaias *O século...*, p. 76.

um misto de fatores psíquicos, sociais, ocasionais e éticos:

Desse modo, o tratamento proposto é moral porque não é físico, porque se exerce sobre o conhecimento (no plano das idéias) e, por conseqüência, sobre o comportamento resultante. É moral porque visa a corrigir excessos passionais, desviados da norma ética do grupo social. É assim que o médico se torna ordenador não só da vida (psíquica) do paciente, mas também o agente da ordem social, da moral dominante.³⁶⁵

Ora, se a causa da loucura é o excesso ou o desvio, um tipo de imoralidade que atingia o sujeito, a 'cura' certamente deveria passar pelo tratamento moral destas afeições ou paixões.³⁶⁶

Sob esta perspectiva, Jean-Étienne Dominique ESQUIROL, discípulo de PINEL, se pronunciou dizendo que:

.... o internamento de um louco deve tender a dar nova direção às suas idéias e aos seus afetos e a impedir qualquer desordem, qualquer distúrbio do qual ele possa ser a causa, e para impedir o mal quem ele pode fazer a si mesmo e aos outros, se for deixado em liberdade. Assegurando-lhe novas impressões, livrando-o de seus hábitos e mudando seu modo de vida, chega-se àquilo que se destina o isolamento.³⁶⁷

ESQUIROL concebeu e desenvolveu a doutrina de PINEL, o que também foi percebido na obra de seus discípulos mais célebres: François LEURET³⁶⁸, Pierre FALRET³⁶⁹, Jean Etienne GEORGET³⁷⁰ e Jacques Joseph MOUREAU DE

³⁶⁴ Dizia que "a persuasão moral é mais útil que as ameaças; a força e a personalidade do médico devem ser o fator fundamental para triunfar com sua autoridade sobre o mal" - In: PINEL, Philippe. Ob. cit., p. 100.

³⁶⁵ Ibidem, p. 101.

³⁶⁶ Nos dizeres de Valmir Adamor da SILVA, "Pinel rompeu com os ferros que acorrentavam os doentes mentais, com o risco da própria vida (...) apregoando que os loucos devem ser tratados moralmente" - In: SILVA, Valmir Adamor da. Op. cit., p. 65.

³⁶⁷ ESQUIROL, Jean-Étienne Dominique. *Das Maldies Mentales Consideré sous les Rapports Médical, Hygiénique et Médico-Legal*. Paris: Bailliére, 1838 Apud BIRMAN, Joel. *A Psiquiatria como discurso da moralidade*. Rio de Janeiro: Graal, 1978. p. 51.

³⁶⁸ LEURET, François. *El tratamiento moral de la locura*. Madrid: Asociación Española de Neuropsiquiatria, 2001. Segundo LEURET, a alienação mental é independente de alterações no crânio, e que as autópsias de nada serviam para explicar a loucura. Aponta também a inutilidade dos tratamentos farmacológicos; e salientou a indispensabilidade do tratamento moral, dizendo que além de produzir idéias novas, contrárias às delirantes, dever-se-ia provocar sensações opostas às dominantes no paciente. Ressaltava a importância de se cumprir as regras internas do manicômio, que devem manter o doente continuamente ocupado. Propõe que o manicômio se pautar por um sistema de punições e intimidações – In: PESSOTTI, Isaias. *O século...*, p. 138.

³⁶⁹ FALRET, Jean-Pierre. *Etudes Clinique sur les Maladies Mentales et Nerveuses*. Paris: Bailliére, 1890. FALRET condenou o alheamento do louco pela sociedade, e desenvolveu a semiologia psiquiátrica (ele entende que ela não se deve limitar à observação dos aspectos mais abertos da loucura, como os atos e palavras do doente; deve, também, observar sintomas indiretos, como o estilo, o modo de escrever, os sinais em geral). Um único marco o distinguia um pouco de Pinel: ele acreditava que, alguns casos de distúrbios intelectuais, poderiam ser causados por lesões ao cérebro – In: PESSOTTI, Isaias. *O século...*, p. 138-139.

TOURS.³⁷¹

Em pouco tempo a terapêutica moral já havia se espalhado por toda Europa - embora tenha firmado suas principais raízes na Itália e na França – propiciando aquilo que se convencionou chamar de “Revolução psiquiátrica”.

2.3.2 Microfísica da Disciplina: a Produção de Corpos Dóceis

Por outro lado, é válido destacar que a psicopatologia inaugurada por PINEL e seus seguidores foi, antes de tudo, uma derivação natural das idéias que se impunham na sociedade que nascia em meio a Revolução burguesa: de um lado, havia a afirmação do valor superior da figura humana – o que denota ser ele um seguidor da linha do humanismo iluminista: “... o alienado não deve ser visto como alguém diverso do homem sadio; a loucura é apenas mais uma das possibilidades humanas”.³⁷² De outro, refletia uma nova mecânica de poder que se estruturava e se fortalecia junto ao novel sistema de capitais.

Com a ascensão da classe burguesa ao centro dos acontecimentos jurídicos e políticos, o poder deixou de ser concebido como mero reflexo simbólico da força fulgurante do indivíduo que o detém, de maneira solitária e soberana.³⁷³

A nova perspectiva de poder que se consolida passa a contar com uma rede estruturada e integrada de múltiplos agentes (ou seja, o poder não mais era

³⁷⁰ GEORGET, Etienne-Jean. *De la Folie: Consideration sur Cette Maladie.*, Paris: Chez Crevot, 1820. GEORGET foi aluno de ESQUIROL e, apesar de adotar o tratamento moral de Pinel, acreditava que o ponto de partida de qualquer aberração intelectual estaria no cérebro – ou seja, ela era, fundamentalmente, um organicista – In: PESSOTTI, Isaias. *O século...*, p. 139.

³⁷¹ MOREAU DE TOURS, Jacques Joseph. *Du Hachisch et de l'aliénation mentale.* Paris: Éditions Fortin/Masson et Cie, 1845. Foi outro discípulo de ESQUIROL, realizou estudos importantes sobre os sonhos, e os considerou iguais à alucinação (que era o “sonho acordado”). Foi ele, também, o primeiro a perceber os distúrbios de personalidade – In: PESSOTTI, Isaias. *O século...*, p. 138-139.

³⁷² PINEL, Philippe. Op. cit., p. 79.

³⁷³ Assim, a figura do monarca absoluto estava totalmente desgastada e solitária. E para explicar tal inversão, FOUCAULT resgata uma ilustração trazida por PINEL, acerca de um fato concreto ocorrido na Inglaterra: conta que quando o rei Jorge-III entrou num quadro alienante de *mania*, objetivando tornar sua cura mais pronta e mais sólida, acabou por não fazer nenhuma objeção às medidas de prudência e aos cuidados dispensados por seus servos em seu trato. E tal caso foi paradigmático na inversão do eixo de poder, pois, a partir do momento em que o monarca perde o poder de decisão sobre seu próprio corpo, deixando tal missão a cargo de seus servos, se está ensaiando a idéia de submissão e disciplina que nasce na nova ordem: “O servidor ainda está a serviço das necessidades e da condição do rei, mas sem que nem a vontade nem o estatuto do soberano intervenham...” – In: FOUCAULT, Michel. *O Poder...*, p. 26.

emanado de um eixo único)³⁷⁴, “cuja visibilidade encontra-se tão somente na docilidade e na submissão daqueles sobre quem, em silêncio, ele se exerce”.³⁷⁵

Trata-se de um poder anônimo (sem nome ou rosto), que é repartido e ao mesmo tempo traspassa por indivíduos variados: “um poder, sobretudo, que se manifesta pela implacabilidade de um regulamento que nem sequer se formula, já que, no fundo, nada é dito, e ao mesmo tempo está bem escrito no texto que todos os agentes do poder ficam calados”. Nasce, assim, aquilo que FOUCAULT batizaria de *disciplina*.³⁷⁶

Ao invés de se exercer de maneira ritual, descontínua e dispendiosa (como ocorria em tempos de soberania), seria agora exercido de maneira ininterrupta e com um custo menor – pois se reduz a possibilidade de resistência, de revoltas e de descontentamento –, apoiada sempre numa grande rede que buscava o controle social.³⁷⁷

Esta rede, segundo FOUCAULT, viu no *Panóptico* de Jeremy BENTHAM (de 1789)³⁷⁸ sua primeira grande manifestação concreta, pois, ao contrário do que ocorria no âmbito da lógica soberana - que só intervinha violentamente, de tempo em tempo, e sob a forma de guerra, da punição exemplar, da cerimônia –, o poder disciplinar “passaria a intervir incessantemente, desde o primeiro instante, desde o

³⁷⁴ “Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem” – In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2006. p. 183.

³⁷⁵ FOUCAULT, Michel. *O poder...*, p. 28.

³⁷⁶ “O poder de tipo soberania é substituído por um poder que poderíamos dizer de disciplina, e cujo efeito não é em absoluto consagrar o poder de alguém, concentrar o poder num indivíduo visível e nomeado, mas produzir efeito apenas em seu alvo, no corpo e na pessoa, que deve ser dócil e submisso por esse novo poder” – Ibidem, p. 27-28. Note-se que Foucault volta a debater esta derrocada da soberania em seu curso no *Collège de France*, o que está apostado em outras duas obras: FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade...*, p. 27 e s.; FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder...*, p. 179 e s.

³⁷⁷ “Ao invés daqueles grandes rituais dispendiosos, no decorrer dos quais a atrocidade da punição repetia a atrocidade do crime, teremos um sistema calculado, no qual a punição não terá por objeto nem repetirá em si o próprio crime, mas terá por objeto simplesmente o interesse do crime...” – In: FOUCAULT, Michel. *Os anormais...*, p. 111.

³⁷⁸ Vale lembrar que BENTHAM idealizou um complexo prisional diferenciado: com celas individuais, disposto de maneira circular e direcionadas em sua frente para uma torre central, de onde o Diretor do estabelecimento poderia acompanhar tudo e todos: o Diretor “veria sem ser visto”. Tal estrutura permitiria um acompanhamento minucioso da conduta dos detentos, mantendo-os observados num ambiente de incerteza sobre a presença concreta do Diretor. Essa incerteza resultaria em eficiência e economia no controle dos subalternos, pois tendo invadida a sua privacidade de modo alternado, furtivo, incerto, ele mesmo se vigiaria. Esse sistema permitiria também um controle externo do funcionamento do *Panóptico*, pois uma simples observação a partir da torre, permitiria a avaliação da qualidade da administração do Diretor, sendo ele também vigiado – In: BENTHAM, Jeremy. Op. cit. 15-27.

primeiro gesto, desde o primeiro esboço”.³⁷⁹

E é exatamente aí que se encontra, por excelência, o “caráter panóptico” desta nova formulação disciplinar (assim entendida como uma rede de vigilância e controle dos indivíduos), fulcrada na idéia de uma visibilidade absoluta que rodeia os corpos de todos os indivíduos – “ver tudo, o tempo todo, todo o mundo”.³⁸⁰

Tal transformação - de soberania para disciplina - foi assinalada por FOUCAULT sob a perspectiva da passagem de *uma* “macrofísica da soberania” para uma “microfísica do poder disciplinar”³⁸¹, cujo funcionamento estaria fundado numa série de procedimentos que possibilitariam a majoração de seus efeitos, diminuindo os custos e, principalmente, viabilizando sua integração com os mecanismos de produção do sistema capitalista.³⁸²

Neste tocante, importa resgatar a análise feita por RUSCHE e KIRCHHEIMER³⁸³, que ao firmarem a estreita ligação que existe entre os regimes punitivos e os sistemas de produção, conceberam que o modelo capitalista exigiu um mercado de mão-de-obra livre e obediente para consolidar sua posição, razão pela qual o trabalho obrigatório seria, aos poucos (ao longo do século XIX), substituído por uma detenção com fins primordialmente corretivos.³⁸⁴

³⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *O poder...*, p. 52-63. E ainda: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...*, p.162.

³⁸⁰ No sistema da soberania, tomava-se apenas algum aspecto, ou apenas parte do tempo do indivíduo, alguns de seus recursos apenas. Com a disciplina, toma-se o sujeito como um todo. É o que acontece dentro de um quartel, por exemplo, em que o tempo dos soldados é utilizado como um todo para as finalidades a que estão propostos – In: FOUCAULT, Michel. *O poder...*, p. 58.

³⁸¹ Ibidem, p. 34.

³⁸² A nova perspectiva além de majorar os efeitos de poder, reduzir seus custos econômicos e políticos, também o integrou ao processo de produção – In: FOUCAULT, Michel. *Os anormais...*, p.108.

³⁸³ RUSCHE, Geor; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. Esta análise criminologia (nascida em meados de 1930) foi seguida por outros, como por exemplo: GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006; MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006; PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemônico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991; WACQUANT, Lôic. *As prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001; WACQUANT, Lôic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

³⁸⁴ RUSCHE, Geor; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p.35-36. Segundo os autores, em resumida fórmula, numa economia servil os mecanismos punitivos teriam como papel trazer mão-de-obra suplementar – e constituir escravidão civil ao lado da que é fornecida pelas guerras ou pelo comércio; com o feudalismo, e numa época em que a moeda e a produção estão pouco desenvolvidas, assiste-se a um brusco crescimento dos castigos corporais – sendo o corpo na maior parte dos casos o único bem acessível. Vale lembrar que o centro da análise de RUSCHE e

No mesmo sentido, Evgeny PASUKANIS constata que o mercado de capitais fez nascer toda uma nova percepção do tempo e uma universalização do princípio da troca de equivalentes, as quais explicariam a afirmação histórica do “contrato como fixação de tempo de trabalho e da sentença como fixação do tempo de reclusão”.³⁸⁵

Desta feita, o homem passou a ser concebido essencialmente como força produtiva, inspirando a lógica de que quanto mais força de trabalho, mais plena e corretamente o sistema capitalista poderia se desenvolver.³⁸⁶

Mas para que tal postulação fosse efetivamente consagrada, fez-se necessário todo um movimento de reforma penal, o qual propugnou por um reducionismo do aparato repressivo estatal (então erguido sobre o prisma da retribuição).

Foi aí que as construções teóricas da Escola criminológica clássica – cujos principais expoentes foram Jeremy BENTHAM³⁸⁷ na Inglaterra, Anselm Von FEUERBACH³⁸⁸ na Alemanha, Cesare BECCARIA, ROMAGNOSI e CARRARA na Itália³⁸⁹ -, desempenharam relevante papel, pois defenderam a bandeira de que a sanção penal deveria servir como instrumento de defesa social, como elemento dissuasivo (um contra-motivador) ao crime, dotada de uma lógica puramente

KIRCHHEIMER (ou seja, a idéia de que todo sistema de produção tende a descobrir e a utilizar sistemas punitivos que correspondem às próprias relações de produção) estava nas formulações descritas no primeiro livro do *Capital*, onde MARX enfrenta a questão da acumulação primitiva, estágio pré-histórico do capital, no qual o sistema capitalista teve criadas as condições para o seu próprio desenvolvimento, ou seja, a destruição do sistema de produção artesanal e a transformação do trabalho aí empregado em força assalariada. Nesta nova lógica, ao mesmo tempo em que o capital liberta o trabalho dos vínculos servis e da dependência pessoal, também o sujeita a uma nova forma de subordinação, a disciplina – In: MARX, Karl. *O capital: o processo de produção do capital*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

³⁸⁵ PASUKANIS, Evgeny B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 158-159.

³⁸⁶ Tanto é assim que todas as formas de dispêndio irreduzíveis a essas relações, à constituição destas forças produtivas, foram banidas, excluídas – foi o que motivou, por exemplo, a repressão da sexualidade infantil – In: FOUCAULT, Michel. *Em defesa...*, p. 37.

³⁸⁷ BENTHAM, Jeremy. Op. cit.

³⁸⁸ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 65.

³⁸⁹ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 83-84: “... o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido (...); é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado”. Em sentido análogo: ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Genesi del diritto penale*. Bogotá: Editorial Temis, 1956. p. 83. E ainda: CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Florença: Fratelli Cammelli, 1907. p. 55-57.

utilitarista.³⁹⁰

Tal reducionismo, estritamente ligado à nova lógica disciplinar, propiciou uma nova forma de controle dos desviantes: se antes o indivíduo que atentava contra o poder do soberano era definitivamente eliminado ou excluído (morto, esquartejado, enforcado, banido, queimado, etc.), a partir de então a punição passaria a intervir “sob a forma do pajem, dominando, abatendo, desnudando, limpando, tornando o corpo ao mesmo tempo limpo e verdadeiro”³⁹¹, o que fez nascer uma espécie de ‘inclusão forçada’ do desviante.

E foi exatamente neste momento que os que exerciam o poder nos tempos de emergência do capitalismo debruçaram-se sobre o fenômeno da loucura, não com o intuito de humanizar seu tratamento, mas sim com o objetivo de valer-se do conjunto de táticas e técnicas de dominação empregadas no trato do enfermo para exercer seu domínio num contexto global, objetivando tornar as pessoas economicamente lucrativas e politicamente úteis.³⁹²

Por isso, é possível afirmar que o capitalismo foi o grande responsável por organizar e transformar a loucura numa mercadoria: o conjunto de elementos e mecanismos pelos quais os loucos eram controlados, seguidos, punidos, reformados, acabaram despertando o interesse da burguesia, que almejava aplicá-los no interior de todo o sistema econômico-político.³⁹³

A nova missão era a de domesticar os indesejados para a produção industrial e neutralizar os resistentes com o cárcere – como indica MELOSSI e PAVARINI.³⁹⁴ Com isso, verifica-se também que o corpo do acusado deixa de ser o ponto central do mecanismo punitivo, e vira apenas mais uma estratégia para dominação, cuja arma principal estava nas manobras e técnicas de contenção.³⁹⁵

Nas palavras de Alessandro De GIORGI, há uma verdadeira passagem “de um regime penal que aponta para a destruição do corpo do condenado, sobre o

³⁹⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 31-32.

³⁹¹ FOUCAULT, Michel. *O poder...*, p. 32.

³⁹² FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica...*, p. 35.

³⁹³ MATTOS, Virgílio de. *Op. cit.*, p. 51.

³⁹⁴ Já que não era mais possível continuar matando-os em praça pública, foi necessário encontrar outro meio para tal eliminação: a solução encontrada veio com o encarceramento destes indivíduos; com a privação da liberdade ambulatorial – In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, p.172-177.

³⁹⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...*, p. 26.

qual reflete o poder absoluto do monarca, para uma forma de punição que poupa o corpo do condenado a fim de que, na sua produtividade, se evidencie o poder econômico relativo do capitalista”.³⁹⁶

Surge a necessidade de punição sem *suplícios*³⁹⁷ e a aplicação da pena deixa, aos poucos, de ser encarada como uma cena. Há uma total supressão do espetáculo público: “a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro”.

Agora é a própria condenação que marcará o delinquente “com sinal negativo e unívoco: publicidade, portanto, dos debates e da sentença; quanto à execução, ela é como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado (...). O essencial da pena não consistira mais em punir, mas em corrigir, reeducar, curar...”³⁹⁸

Há, enfim, um verdadeiro movimento de redução da estrutura punitiva do Estado, a qual, como observado, não tinha como pano de fundo um respeito novo pela humanidade dos condenados.

Pretendia-se, em verdade, estabelecer uma justiça mais desembaraçada e mais inteligente, por meio de uma vigilância penal mais próxima e atenta ao corpo social, de cunho estritamente disciplinar: “significa uma adaptação e harmonia dos instrumentos que se encarregam de vigiar o comportamento cotidiano das pessoas, sua identidade, atividade, gestos aparentemente sem importância; significa outra política a respeito dessa multiplicidade de corpos e forças que uma população representa”.³⁹⁹

Assim, mesmo o simbólico ato de PINEL ao libertar os doentes mentais encarcerados nas masmorras, não significava um gesto puro de bondade. Na verdade, buscava estabelecer entre o libertador e os libertados uma dívida de reconhecimento, a qual deveria ser paga de duas maneiras: primeiro pela contínua e voluntária obediência (substitui-se a violência selvagem de um corpo pela submissão constante de uma vontade a outra).

E a dívida seria ainda saldada de uma segunda maneira, desta vez

³⁹⁶ GIORGI, Alessandro De. Op. cit., p. 40.

³⁹⁷ “A despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa da punição vai-se extinguindo” – In: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...*, p. 12.

³⁹⁸ Ibidem, p. 13.

³⁹⁹ Ibidem, p. 66.

involuntariamente da parte do doente: é que, a partir do momento em que ele fosse assim sujeitado, o próprio jogo dessa disciplina e nada mais que sua força iriam fazer o doente curar-se. Em outras palavras, tiram-se as correntes, mas vinculam-se os doentes a uma obediência reconhecida especialmente enquanto submissão: “não é uma cena de humanismo, mas de relação de poder; ou ainda, como a transformação de certa relação de poder, que era de violência – a prisão, a masmorra, os grilhões -, numa relação de sujeição e disciplina”.⁴⁰⁰

Com isso, transmuda-se em definitivo o foco das atenções punitivas: do corpo do indivíduo para o corpo social. E é graças a esta nova visão que se consegue diminuir os custos econômicos e políticos inerentes ao exercício de poder, aumentando sua eficácia e multiplicando seus circuitos.⁴⁰¹

Por isso, a disciplina se consagra como “uma forma capilar de poder que vem em último nível tocar os corpos, agir sobre eles, levar em conta os gestos, os comportamentos, os hábitos, as palavras (...) aquilo que se pode batizar de contato sináptico corpo-poder”.⁴⁰² Ela olha para o futuro, para o momento em que o controle funcionará sozinho, em que a ordem por ela estabelecida se tornará um hábito entre as pessoas. E o que vai assegurar esta continuidade não é algum tipo de ritual, mas sim o exercício, progressivo e gradual que vai detalhar ao longo de uma escala temporal o crescimento e o aperfeiçoamento de seu aparato.

Pode-se dizer que a propriedade fundamental do poder disciplinar é a de sujeitar os corpos dos indivíduos, preferencialmente em massa, para que se tornem dóceis. Isso faz com que a disciplina seja concebida, no fundo, como uma técnica específica de poder que toma o homem ao mesmo tempo como objeto e como instrumento de seu exercício. Ou seja, a disciplina verdadeiramente “fabrica

⁴⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *O poder...*, p.36-37.

⁴⁰¹ Como bem destaca FOUCAULT, o movimento de reforma penal surge estrategicamente junto a esta nova ideologia (capitalista e disciplinar). “A idéia era a de que a má economia do poder, e não tanto a fraqueza ou crueldade é o que ressalta da crítica dos reformadores”. E esta disfunção do poder provém de um excesso central: ao que Foucault chama de “super-poder monárquico”, o qual identifica o direito de punir com o poder pessoal do soberano. Portanto, o verdadeiro objetivo da reforma penal era estabelecer uma nova economia do poder de punir, assegurando uma melhor distribuição, para que não ficasse concentrado demais em alguns poucos privilegiados; a reforma penal iluminista consagrou, em suma, uma estratégia de remanejamento do poder de punir, para que o mesmo se tornasse mais eficaz, regular, mais constante e melhor detalhado em seus efeitos: “fazer com que o poder de julgar não dependesse mais de privilégios múltiplos, descontínuos, contraditórios, mas de efeitos continuamente distribuídos do poder público” – In: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...*, p. 68-69.

⁴⁰² FOUCAULT, Michel. *O poder...*, p. 50.

indivíduos”, como indica Löic WACQUANT.⁴⁰³

E é exatamente assim que essa nova mecânica de poder deveria ser encarada: como “a arte do bom adestramento”, afinal, não se trata de um mero poder de apropriar e retirar a força dos indivíduos desviantes - “ela não amarra as forças para reduzi-las, mas procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las dentro de num todo (...)”.⁴⁰⁴

Neste tocante, e ainda valendo-se das elucidações de FOUCAULT, certo é que esta arte depende do correto uso de três instrumentos primordiais: a *vigilância hierárquica*; a *sanção normalizadora*; e um procedimento específico de *exame*.⁴⁰⁵⁻

406_407

Firme-se, uma vez mais, que o regime disciplinar não visa à expiação das condutas desviantes, mas sim à normalização (faz nascer o poder da norma frente ao desviante), colocando em funcionamento operações distintas: “relaciona os atos, os desempenhos, os comportamentos singulares a um conjunto, que é ao mesmo tempo campo de comparação, espaço de diferenciação e princípio de uma regra a seguir”.⁴⁰⁸

⁴⁰³ WACQUANT, Löic. *Punir os pobres...*, p. 143.

⁴⁰⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...*, p.153.

⁴⁰⁵ O primeiro dispositivo da disciplina (a vigilância hierárquica) se dá pelo simples jogo do olhar, numa engrenagem onde os meios de coerção tornam-se claramente visíveis aqueles sobre quem se aplicam. Consistem em pequenas técnicas de vigilância múltipla e entrecruzada, “... dos olhares que devem ver sem serem vistos”. É a eterna e invisível vigilância – hoje agravada pelas diversas câmaras ocultas. Na ótica de Foucault, um aparelho disciplinar perfeito capacitaria a um único olhar tudo ver permanentemente; uma disposição em que nada escapa. É graças a esta idéia de vigilância que o poder disciplinar se torna um sistema interligado, um poder múltiplo, automático e anônimo muitas vezes – *Ibidem*, p. 143-158.

⁴⁰⁶ Em segundo lugar, FOUCAULT lembra que na essência de todos os sistemas disciplinares funciona uma espécie de “pequeno mecanismo penal” (com controle de tempo, de atividade, de maneira de ser, de discurso, de sexualidade), e aqui, refere-se à idéia de sanção normalizadora. Neste sentido, diz que as disciplinas estabelecem uma “infra-penalidade”, quadriculando um eventual espaço vazio deixado pelas leis, qualificando e reprimindo um conjunto de comportamentos que escapava aos grandes sistemas de castigo por sua relativa indiferença. Cria-se toda uma série de processos sutis que vão do castigo físico leve a privações ligeiras e pequenas humilhações (aqui surge a idéia da reprovação social, por exemplo). E esta idéia de punição (como disciplina) não passa de um elemento de um sistema duplo de “gratificação-sanção”: gratifica-se o bem e pune-se o mal – *Ibidem*, p.148-154.

⁴⁰⁷ Por fim, é também necessário um procedimento específico chamado de exame, que combina técnicas de hierarquia e normalização do indivíduo pela sanção (por isso o exame é visto como “o saber que permite normalizar”). Neste diapasão, destaca-se três mecanismos que o consagra: primeiramente, é de se ver que o exame inverte a economia da visibilidade no exercício do poder; em segundo lugar, o exame faz também a individualidade entrar num campo documentário; por fim, o exame faz de cada indivíduo um “caso” (que ao mesmo tempo conceito um objeto para o conhecimento e uma tomada para o poder) – *Ibidem*, p. 154-160.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 163.

Tal concepção acaba também invertendo o eixo político das idéias individualizantes: nas sociedades feudais, quanto mais um homem é detentor do poder tanto mais é marcado como indivíduo. Já no regime disciplinar a individualização é, ao contrário, descendente, pois à medida que o poder se torna mais anônimo e mais funcional, aqueles sobre os quais o poder se exerce tendem a ser mais fortemente individualizados: "... num sistema de disciplina, a criança é mais individualizada que o adulto, o doente mais que o homem saudável, o louco e o delinqüente mais que o normal e o não-delinquente".⁴⁰⁹

É na direção dos primeiros, em todos os casos, que o sistema de controle aponta após a Revolução burguesa, transmudando-se de mecanismos "histórico-rituais" para mecanismos "científico-disciplinares".⁴¹⁰

2.3.3 O Saber Psiquiátrico e a Consolidação da Periculosidade

Nada obstante, importa verificar que nem mesmo o advento de uma nova mecânica de poder maculou o controle penal diferenciado ao inimigo. Ao contrário, reafirmou-se a dualidade do tratamento punitivo: mantiveram-se as garantias para os iguais, e poucas mudanças foram trazidas para os 'estranhos', agora representados pelos insurrectos da disciplina – ou seja, aqueles que se posicionavam contra uma suposta 'vontade geral' da comunidade e, por esta medida, passaram a ser tratados como inimigos sociais.

É importante verificar que esse controle só conseguiu manter (e reestruturar) sua hegemonia, graças à ascensão de um novo saber, que se consolidou *pari passo* com as correntes criminológicas que se desenvolviam em meio a comunidade jurídica européia: trata-se do "saber psiquiátrico".

Se num primeiro momento - sob a égide do iluminismo e dos ideais humanitários e libertários da classe burguesa – este saber acompanhou a Escola clássica de criminologia, tempos depois, ante a exigência de uma intervenção maior do Estado no âmbito das liberdades coletivas (como forma alcançar uma pretensa

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 171.

⁴¹⁰ Idem.

proteção social e coibir o avanço da criminalidade), passou a acompanhar a Escola criminológica positivista e, em seguida, a Escola da defesa social.

É que a nova tecnologia de poder, ao propor a ampliação da estrutura de vigilância e controle dos cidadãos - exatamente por querer evitar a existência de lacunas no exercício punitivo -, exigiu uma reconstrução total da história natural do desviante,⁴¹¹ o que propiciou algo inovador: ligava-se, pela primeira vez, a questão da criminalidade à idéia de patologia, de modo que o criminoso seria tido como um indivíduo doente.⁴¹²

Daí em diante, o que tornava mensurável e fixava a possibilidade de sancionar um determinado sujeito seria o “interesse subjacente que se podia encontrar ao nível do criminoso e de sua conduta”⁴¹³. Ou seja, só se punia os indivíduos depois de avaliados, apreciados e medidos em termos de normal e patológico (anormal).

De tal sorte, não mais bastaria a simples referência à lei para viabilizar a punição, seria também necessária a expressa referência ao saber do clínico.⁴¹⁴

E foi por meio da codificação da loucura como *perigo* que esta nova ciência conseguiu firmar o seu poder. Como indica FOUCAULT: “foi preciso fazer a loucura aparecer como portadora de certo número de perigos que a psiquiatria, na medida em que era o saber da doença mental, podia efetivamente funcionar como

⁴¹¹ Vale lembrar que para haver sanção na lógica soberana, deveria haver um ato de razão por detrás da conduta humana do monstro. Se carente tal razão, o Direito não poderia puni-lo. E isso acabou criando um grande embaraço para a estrutura punitiva, que não se conseguia fechar a lacuna existente em relação àquilo que Foucault chamou de “crime sem razão”. Esta interrogação (sobre o crime sem razão) não encontrava lugar no antigo sistema penal - numa época em que somente interessaria à mecânica de poder o castigo àquele que desafiara a estrutura soberana. E foi exatamente esta perspectiva que possibilitou a ascensão da psiquiatria criminal. Ou seja, a insuficiência do Direito fez-se crescer a força psiquiátrica. Vale lembrar que até o final do século XVIII, o monstro era concebido como categoria jurídica e, especialmente, como fantasma político. No início do século XIX a situação muda, e a nascente ciência psiquiátrica aproveita seu momento de glória para subtrair este objeto (o louco) para si, transformando-o no anormal – In: FOUCAULT, Michel. *Os anormais...*, p. 139-141.

⁴¹² Em sendo o crime algo que possui em si mesmo uma natureza (a qual deve ser descoberta), surge aí pela primeira vez a idéia de que “há uma natureza patológica na criminalidade” – *Ibidem*, p.113.

⁴¹³ Mesmo porque, não interessa castigar o indivíduo com o objetivo de anular o crime (“... está fora de cogitação que uma punição faça que um crime não tenha existido, já que existe”). O que interessa, em verdade, é anular todos os mecanismos de interesse que suscitaram, no criminoso, a conduta delitiva e que poderão suscitar crimes semelhantes – *Ibidem*, p. 114.

⁴¹⁴ O exercício do poder de punir não poderá mais se justificar por si só, pois não se encontrará a intangibilidade intrínseca do ato; é preciso questionar a psiquiatria – *Ibidem*, p. 146-147.

proteção social”.⁴¹⁵

Sob tal perspectiva nasce, em definitivo, o conceito de *periculosidade*: “pelo saber da psiquiatria e também do direito penal, criava-se o rótulo de periculosidade, que vigera até os dias de hoje”.⁴¹⁶

Perigosos seriam aqueles que colocavam (ou poderiam colocar) em risco a segurança dos demais ou a sua própria segurança, que atentassem contra a moral e os bons costumes, que fossem um problema ou que tentassem de alguma maneira fugir à lógica disciplinar.

Cumpriria duplo papel a rotulação da periculosidade: imantaria a necessidade de tratamento, via imposição de diagnóstico de doença mental, e também contemplaria a necessidade de neutralização penal, o que se daria por meio de uma inclusão forçada, operada preferencialmente no âmbito do sistema asilar – com indica Erving GOFFMAN.⁴¹⁷

Neste paradigma, a periculosidade se torna o atributo principal do louco, e vai produzir ícones poderosos no âmbito do Direito, como por exemplo: a diferença entre imputabilidade e inimputabilidade, a necessidade de segregação para defesa social, e, principalmente, firmaria os primórdios das medidas de segurança.⁴¹⁸

Estava definitivamente autorizada a constituição da loucura como patologia, e mais, se poderia agora percebê-la como efetivamente perigosa.

Note-se que a psiquiatria conseguiu tal êxito impondo uma dupla operação disciplinar: uma ocorria dentro das próprias instituições manicomiais, que cada vez mais se espalhavam por toda Europa, consistente em elaborar uma nova feição para a loucura (fugindo da visão tradicional onde ela é vista sob a forma de *delirium*), traduzida na idéia de irredutibilidade, de resistência, desobediência, insurreição.

Nesse sentido, houve grande homogeneização entre expiação e cura,

⁴¹⁵ Inclusive, o fascínio psiquiátrico pelo ‘*crime sem razão*’ nasceu exatamente desta necessidade de se afirmar como saber e poder: “... quando o crime faz uma irrupção súbita, sem preparação, sem motivo, sem razão, a psiquiatria intervém e diz: ninguém mais poderia detectar antecipadamente esse crime que se manifestou, mas eu como saber, eu como ciência da doença mental, eu por conhecer a loucura, vou precisamente poder detectar esse perigo, que é imperceptível a todos ou outros” – Ibidem, p. 149-153.

⁴¹⁶ MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p. 57.

⁴¹⁷ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 109.

⁴¹⁸ MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p. 57-58.

entre prisão e hospital, a qual desembocaria exatamente na construção dos grandes manicômios judiciais – fortalecidos e proliferados no século XIX, que ficou mundialmente conhecido como “o século dos manicômios”.⁴¹⁹⁻⁴²⁰

Numa segunda operação, o discurso psiquiátrico iria agir fora dos manicômios, onde teria a missão de identificar previamente a existência dos perigos atinentes à loucura. A idéia era de que a loucura sempre trazia consigo, mesmo se suave ou aparentemente inofensiva, algum indício de mal iminente, o qual poderia ser previsto por meio da intervenção do perito.⁴²¹

Exatamente nesta última missão é que a técnica psiquiátrica encontrou seu grande triunfo, pois ela autorizou uma intervenção ‘científica’ – direta e autoritária - perante o corpo social, ao mesmo passo em que se justificou como ciência e poder de proteção pública. Era preciso que a medicina mental fosse capaz de perceber, mesmo onde nenhum outro poderia ver, certo perigo e ela demonstrava que podia percebê-lo por meio de uma valoração acurada (muitas vezes preconceituosa) do indivíduo.⁴²²

Frente a esse quadro, o psiquiatra passa a ocupar papel central na apuração do ilícito penal, o que acabaria colocando-o como verdadeiro “médico-juiz”.⁴²³ Há uma confusão – uma relação quase promíscua - entre o ofício de punir e o de curar, onde se passa a reivindicar o poder judiciário do médico, e o poder médico do juiz.⁴²⁴

⁴¹⁹ PESSOTTI, Isaias. *O século...*, p.151

⁴²⁰ Mister observar que a internação de doentes mentais-infratores já era algo comum na Europa muito antes do surgimento da mecânica disciplinar. Ocorre que, antes do século XIX, os alienados eram trancafiados nos mais variados asilos e casas de correção de forma ainda indiscriminada e sem atendimento específico, junto a toda sorte de minorias marginalizadas: doentes epidêmicos, mendigos, prostitutas, vadios, etc. (Ibidem, p. 18). Somente quando PINEL inaugura a terapêutica moral - libertando os loucos e os pensadores das correntes – e a mecânica soberana deixa de ditar as regras gerais do exercício de poder, é que se inicia um verdadeiro movimento do ‘no-restraint’, que marca a renovação das internações. A partir de então, o manicômio seria concebido como o ambiente ideal para propiciar a reordenação ou reeducação do indivíduo (In: PINEL, Philippe. Ob. cit., p.82.), seria o *locus* adequado para se efetivar o processo de normalização dos desviantes propugnado pela nova ordem disciplinar.

⁴²¹ FOUCAULT, Michel. *Os anormais...*, p. 151.

⁴²² Ibidem, p. 167.

⁴²³ “... a partir do momento em que o médico ou o psiquiatra tem por função dizer se é efetivamente possível encontrar no sujeito analisado certo número de condutas ou traços de condutas que tornam verossímeis, em termos de criminalidade, a formação e o aparecimento da conduta infratora” – In: FOUCAULT, Michel. *Em defesa...*, p.27.

⁴²⁴ Há uma confusão de papéis, a qual foi bem anotada por FOUCAULT: “E é assim que a instituição médica, em casos de loucura e criminalidade, acaba ocupando seu lugar ao lado da

É neste momento, portanto, que as ciências médica e jurídica se aproximam de vez, tendo como ponto comum a realização do exame psiquiátrico para identificação da patologia e viabilizar o tratamento correicional.⁴²⁵

Assim, insta destacar a relevância que o exame médico-legal ocupou neste momento histórico. Segundo FOUCAULT, foi exatamente este exame que permitiu dobrar o delito em uma série de outras coisas que não lhe são próprias (ou seja, que vão além da tipificação antijurídica conferida pela lei), mas numa série de comportamentos e maneiras de ser que, no discurso psiquiátrico, são apresentados como a causa, a origem, a motivação, ou mesmo o ponto de partida do desvio. Para FOUCAULT, elas passariam a constituir a substância, a própria matéria punível: “o exame psiquiátrico passa do ato à conduta, do delito a maneira de ser, e de fazer a maneira de ser se mostra como não sendo outra coisa que o próprio delito, mas, de certo modo, no estado de generalidade na conduta de um indivíduo”.⁴²⁶

Nota-se que esta percepção acaba deslocando também o nível de percepção da própria infração, já que o que se pretendia punir não era o fato em si, mas sim um nível de não desenvolvimento do sujeito (um ser psicologicamente imaturo, de personalidade pouco estruturada, com profundo desequilíbrio, etc.) - condutas estas que, em verdade, não infringem a lei propriamente dita (mesmo porque nenhuma lei obriga o sujeito a ser equilibrado emocionalmente, a não ter distúrbios afetivos, etc.); tudo isso, percebe-se, são qualificações morais e éticas, que nada dizem respeito à legalidades ou ilegalidades.

Em suma, “o exame psiquiátrico permitiu constituir um duplo psicológico-ético do delito”,⁴²⁷ deslegalizando a infração tal como é formulada pelo código, para fazer aparecer por trás dela uma irregularidade em relação a certo número de regras de cunho fisiológico, psicológico, moral, etc.

Com isso, o que se procurava punir não era mais o crime, mas a pessoa – é sobre o criminoso que o aparelho judiciário se voltaria a partir de então. No lugar

instituição judiciária - uma sem excluir a outra, pois há uma espécie de cumplicidade geral entre os dois discursos” – In: FOUCAULT, Michel. *Os anormais...*, p. 40-51.

⁴²⁵ FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica...*, p.68.

⁴²⁶ FOUCAULT, Michel. *Os anormais...*, p. 19-20.

⁴²⁷ Ou seja, o exame psiquiátrico permite a mutação do ponto de aplicação do castigo: da infração definida pela lei à criminalidade apreciada do ponto de vista psicológico-moral, e assim, “legítima, na forma de conhecimento científico, a extensão do poder de punir a outra coisa que não a infração” – *Ibidem*, p. 21-23.

do sujeito efetivamente culpado, ter-se-ia, graças ao perito médico, a perseguição e a punição de um sujeito potencialmente perigoso:

... o que o juiz vai poder condenar nele, a partir do exame psiquiátrico, não é mais precisamente o crime ou o delito. O que o juiz vai julgar e o que vai punir, o ponto sobre o qual assentará o castigo, são precisamente essas condutas irregulares, que terão sido propostas como causa, o ponto de origem, o lugar de formação do crime, e que dele não foram mais que o duplo psicológico e moral.⁴²⁸

Nesta perspectiva – e sob inspiração das construções teóricas da Escola sociológica francesa de Jean-Gabriel TARDE (1843-1904)⁴²⁹, da Escola social alemã de Von LISZT (1851-1919)⁴³⁰ e, especialmente, da Escola etiológica positivista italiana, encabeçada por Cesare LOMBROSO (1835-1909)⁴³¹, Raffaele GAROFALO (1851-1934)⁴³² e Enrico FERRI (1856-1929)⁴³³, o infrator passou a ser tratado como delinquente, posto que a criminalidade era um dado intrínseco de sua natureza patológica, o que inclusive o desqualificava como cidadão.⁴³⁴

Note-se, portanto, que o discurso criminológico positivista rompeu os laços que se haviam firmado com o ideal libertário e humanístico nascido com o iluminismo, e resgatou alguns postulados naturalistas – típicos do inquisitorialismo - que pregavam a inferioridade bio-psico-antropológica do homem delinquente. E, como indica ZAFFARONI⁴³⁵, tal ruptura foi imprescindível para que a burguesia mantivesse sua hegemonia, afinal, ela precisava dar uma explicação natural para o seu poder em relação ao controle social, e nada melhor que filiar-se aos saberes antropológicos e sociológicos positivistas para consecução deste objetivo.

Primeiro foi LOMBROSO (1870) que, ao realizar estudos de anomalia craniana nos estabelecimentos prisionais italianos, encontrou no cadáver de Villela

⁴²⁸ FOUCAULT, Michel. *Os anormais...*, p.22.

⁴²⁹ TARDE, Gabriel. *A criminalidade comparada*. São Paulo: Nacional de Direito, 1957.

⁴³⁰ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal...*, p. 384.

⁴³¹ LOMBROSO, Cesare. *O Homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2007.

⁴³² GAROFALO, Raffaele. *Criminología*. Madrid: Peritas, 1997.

⁴³³ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. São Paulo: Minelli, 2006; FERRI, Enrico. *Os criminosos na arte e na literatura*. Porto Alegre: Lenz, 2001.

⁴³⁴ Como anota Cristina RAUTER: "... ganha corpo a tendência médica no interior do discurso criminológico. Encontrar um corpo doente para o criminoso (...), tal vai ser a tendência do momento" – RAUTER, Cristina. Op. cit., p.39.

⁴³⁵ Esta mudança de perspectiva se deu exatamente porque as classes dos industriais e comerciantes já haviam alcançado hegemonia social em relação à nobreza e ao clero, e, como tal, já não mais precisavam do discurso jurídico liberal moldado pelo Iluminismo (calcado em um Estado e direito penal mínimo). Ela precisava, agora, manter o seu poder – In: ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo...*, p.44

indicações de uma formação biológica primitiva - a *fosseta occipital* média.⁴³⁶

A partir de então, todos os esforços científicos se voltariam a demonstrar que os comportamentos antisociais advinham basicamente de causas orgânicas⁴³⁷, e tudo, até mesmo o crime, deveria ser explicado por meio de fenômenos causais.

Para tal, aplicava-se uma técnica que buscava identificar as diversas faltas do sujeito - ao que FOUCAULT chamou de “faltas sem infração”⁴³⁸ -, mostrando que ele já se parecia com o seu crime antes mesmo de tê-lo cometido.

Surgia assim a figura do criminoso nato (*homo criminalis*), um ser humano primitivo cuja fisiologia, através de um processo de regressão atávica, assemelhar-se-ia à do selvagem. Com isso, todas as formas de ilegalidade passariam a ser vistas enquanto manifestação deste retrocesso evolutivo – desta anomalia -, transmissível hereditariamente a indivíduos que passariam a ser considerados como ontologicamente perigosos.⁴³⁹

Também Enrico FERRI (1884) concebeu e difundiu essa perspectiva,⁴⁴⁰ constatando que, para além dos atávicos, havia uma latente *anormalidade moral* em certo grupo de indivíduos, o que os tornaria incapazes de realizar um adequado controle pessoal.

Embragado pelo discurso evolucionista das ciências naturais, FERRI dizia que a missão dos clássicos da criminologia (fulcrada na idéia de redução das penas cruéis) já estava cumprida, sendo então necessária a estruturação de uma nova ciência criminológica, a qual deveria ser mais eficaz no combate à criminalidade.⁴⁴¹

⁴³⁶ LOMBROSO, Cesare. Op. cit., p. 179-211: “Em Villela, clabês, ladrão de muito grande agilidade, que na idade de 70 anos apresentava ainda as suturas abertas, essa fosseta aparecia em dimensões verdadeiramente extraordinárias: comprimento de 34 milímetros, largura de 23, profundidade de 11, e associava-se à atrofia das fossas occipitais e à fusão do Atlas”.

⁴³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.61: “... dos estudos anatômicos mais ou menos rudimentares de Lombroso, através dos tipos somáticos da personalidade (não faltando hipótese sobre disfunções endocronológicas) e as formulações mais restritas da presença adicional do cromossomo extra Y na estrutura genética do sujeito, até as teorias sobre instintos agressivos inatos do organismo biológico, em um esforço permanente para engendrar uma explicação científica, incorporando, progressivamente, as aquisições das ciências naturais”.

⁴³⁸ FOUCAULT, Michel. *Os anormais...*, p. p. 24.

⁴³⁹ Segundo BARATTA: “...a escola positiva autonomiza o estudo do delito pois, seja privilegiando fatores bio-antropológicos, seja assumindo posturas sociológicas, parte de uma concepção ontológica, de uma realidade pré-constituída ao direito”. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 63.

⁴⁴⁰ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal...*, p. 251.

⁴⁴¹ “... a atuação da Escola clássica no combate à criminalidade tinha sido irrisória devido à excessiva preocupação com o delito (ente jurídico), reduzindo o saber à esfera do direito, e

Para ele, a anormalidade (bem como a tendência para o crime) não mais se explicaria por meio da simples estruturação fisionômica do indivíduo, mas sim por comportamentos que poderiam ser considerados contrários aos interesses sociais:⁴⁴² eram os *efeitos morais*, transmitidos hereditariamente ou adquiridos e passados pela convivência nos ambientes pobres, que levariam à criminalidade. O criminoso seria, pois, alguém que se deixa levar pelos instintos ou pela influência social negativa, sem opor-lhe freios.⁴⁴³

Certo é que se nega, por ambas as vias, o livre-arbítrio ao homem delinquente (pressuposto da culpabilidade), visto que ele estaria predeterminado à prática delitiva, por condições antropológicas, biológicas, psicológicas e sociais. Igualmente, substitui-se a categoria da responsabilidade pela da periculosidade, concebendo o crime como um sintoma de patologia psicossomática, o qual deve ser tratado e prevenido mais do que reprimido.⁴⁴⁴

A ausência de livre-arbítrio denotava a falta de alternativas para o indivíduo anormal, mas também demonstrava a incompatibilidade com o clássico fim de retribuição. Nascia enfim a idéia de que a sanção se justificasse como forma de proteção social, mesmo porque, não seria correto punir um indivíduo que não tem escolhas.

A sanção ainda se fazia imperiosa, mas por motivos relacionados a periculosidade e responsabilidade social.⁴⁴⁵ O delinquente não deveria ser punido pela necessidade do castigo, mas sim pela temibilidade que provocara no corpo social.⁴⁴⁶

olvidando o verdadeiro protagonista na relação delitiva: o homem criminoso” – In: FERRI, Enrico. *Os criminosos na arte...*, p. 30.

⁴⁴² Segundo FERRI, “as camadas sociais podem ser divididas em três grupos: a classe moralmente mais elevada, que não comete delitos porque é honesta por sua constituição orgânica, pelo efeito do senso moral... do hábito adquirido e hereditariamente transmitido... mantido pelas condições favoráveis de existência social. Outra classe mais baixa é composta por indivíduos refratários a todo sentimento de honestidade, porque privados de toda educação e impregnados da miséria e moral, os quais herdaram de seus antepassados... uma organização anormal que une a condição patológica e degenerativa a uma verdadeira volta atávica às raças selvagens... é nesta classe que se recruta o maior número de delinquentes natos. A terceira classe é formada por aqueles que não nasceram para o delito, mas não são completamente honestos...” – In: FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal...*, p. 256-257.

⁴⁴³ Ibidem, p. 275.

⁴⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 625.

⁴⁴⁵ FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p.22.

⁴⁴⁶ Segundo Augustin BARREIRO, “a temibilidade foi o antecedente relevante ao critério da periculosidade, que atualmente há de referir-se à temibilidade do sujeito e à sua maior ou menor

É exatamente neste condão que a idéia de culpabilidade torna-se inadmissível frente a este agir condicionado, sendo então substituída pela noção de *periculosidade*, categoria cuja função seria exatamente a de demonstrar os níveis individuais de propensão ao crime.⁴⁴⁷

Tal idéia implica numa espécie de perversidade constante do delinquente, bem como a quantidade de mal previsto que se deveria recear por parte do indivíduo perigoso, configurando-se a medida de segurança seu instrumento de contenção.

Surgia a relação periculosidade-medida de segurança. Com a análise dos exames que constatavam a inadaptabilidade social do delinquente, bem como seu perigo social, escolhia-se, na medida de tratamento, o fim profilático a proteger a sociedade. Esta noção era a justificativa para impor o tratamento, e, assim, se unificava os fins de proteção social e tratamento.⁴⁴⁸

Na perspectiva causal-determinista própria da metodologia das ciências naturais, a verificação da origem antisocial permitiria uma ação profilática e preventiva do resultado delitivo.

Se o delinquente representa um organismo disfuncional no interior de uma sociedade sã, unívoca e consensual, a resposta do Estado à transgressão da norma deve ter uma fundamentação terapêutica. Assim, a pena seria considerada verdadeira medida de higienização popular.

Neste tocante, como indica Cristina RAUTER, “estava aberto o caminho para se afirmar que se alguém é preso, privado de suas garantias de cidadão, isto ocorre não apenas em razão de ter sido cometido um delito, mas em razão de uma doença que se quer curar”.⁴⁴⁹

O sistema de penas estabelecido pela reprovação do sujeito culpável é então substituído pelo modelo de medidas de segurança, fundado na idéia de periculosidade do agente.⁴⁵⁰

readaptação social” – In: BARREIRO, Augustin Jorge. *Las medidas de seguridad en el derecho español*. Madrid: Civitas, 1976. p. 60

⁴⁴⁷ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal...*, p. 287-289.

⁴⁴⁸ FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p. 22.

⁴⁴⁹ RAUTER, Cristina. Op. cit., p. 39.

⁴⁵⁰ “Da noção que concebe o sujeito do delito como capaz de compreensão e de opção entre duas condutas distintas (lícita ou ilícita), (...) o sistema penal volta-se à essência (‘ser’) do autor, avaliando sua propensão ao crime, estabelecendo juízos substancialistas relativos ao

Ou seja, a passagem do modelo contratualista de controle social (tipicamente liberal) para a estrutura positivista, operada fundamentalmente pela transformação nas funções do Estado (agora intervencionista), impõe séria modificação na justificativa e na operacionalidade da pena: “da liberdade à periculosidade, da intimidação à reforma moral”.⁴⁵¹ É também o que percebe Vera Regina ANDRADE, ao atestar que “a um passado de periculosidade confere-se um futuro: a recuperação”.⁴⁵²

Note-se, contudo, que este modelo reafirma a idéia de tipo normativo de autor e a idéia de inimigo do povo, onde o pressuposto para a incidência penal não é a prática de um fato específico (o crime), mas uma simples qualidade pessoal determinada vez a vez com critérios puramente potestativos ou então subjetivos: aquela de ‘suspeito’ ou de ‘perigoso’, associada muitas vezes a elementos sintomáticos como a condição do condenado, ou do reincidente, ou do ocioso, ou do vagabundo ou similar.⁴⁵³

As construções teóricas deste período foram todas marcadas pelo positivismo criminológico, e o modelo inquisitorial da Idade Média foi coroado em definitivo, consagrando-se o direito penal como uma espécie de direito policial, voltado unicamente aos agentes perigosos.

Uma vez firmado o caráter profilático da sanção, haveria de se perceber grande transformação no universo do Direito penal, que acabaria invadida por uma série de profissionais alheios ao mundo jurídico: médicos, psiquiatras, anatomistas, biólogos, antropólogos, sociólogos, etc.

Segundo lição de Mariangela RIPOLI⁴⁵⁴, a regressão do ideal iluminista firma-se na exata necessidade histórica de criação de um novo modelo de controle penal de modificação do indivíduo adequado ao sistema social da época. Tendências estas que seriam instrumentalizadas pelas relações e interações do

processo ontológico que determinou o seu agir” – In: CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias...*, p. 61.

⁴⁵¹ Ibidem, p. 131.

⁴⁵² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum - In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, p. 276-287, 1996.

⁴⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 615.

⁴⁵⁴ RIPOLI, Mariangela. *Diritto e Morale: il neo iluminismo penal di Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993. p. 169

direito com novas disciplinas, como a pedagogia, a antropologia, a sociologia e, especialmente, a psiquiatria.

Daí a importância do exame psiquiátrico, pois é ele que possibilita a prolação de uma decisão judicial projetiva, determinando a sanção adequada em vista não só de uma ação já realizada, como também em vista de uma ação futura, se houver elementos suficientes para deduzi-la.⁴⁵⁵

Mas se é certo que no final do século XIX os positivistas italianos foram os grandes revolucionários ideológicos na defesa de substitutivos à tradicional concepção da pena, em meados do século XX, o movimento batizado de *Defesa social* representou o grande propulsor das idéias preventivas, conferindo relevo ainda maior ao critério da periculosidade e às medidas de segurança.⁴⁵⁶

É que se percebeu há época que os indivíduos então taxados de delinquentes eram muito mais produtos da miséria do que de fatores biológicos ou psicológicos.⁴⁵⁷ A nova criminologia partia do pressuposto que o crime não é simples conduta, mas conduta socialmente definida por formulações ideológicas da estrutura normativa sob a qual se assenta - ou seja, que o crime, como afirma Figueiredo DIAS, é recheado de fatores endógenos (predominantemente psicológicos) e fatores exógenos (reflexo de uma estrutura social).⁴⁵⁸

Assim, com o término das grandes guerras mundiais (ao final da década de quarenta), o modelo substancialista-racista que havia nascido com o pensamento positivista é totalmente reformulado. O discurso humanitário é retomado, mas agora propugnava por uma nova perspectiva em relação à reprimenda penal: procurava-se identificar os indivíduos perigosos para reabilitá-los, a partir de uma preocupação estritamente moral de emendas de cunho pedagógico,

⁴⁵⁵ COSTA, Alvaro Mayrink. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 520.

⁴⁵⁶ Nesta perspectiva, verifica-se nitidamente uma modificação das funções estatais, a qual modificará também a estrutura penal: "... no século XIX, esta proteção assumirá a forma minimalista da garantia generalizada da sobrevivência, com o Estado liberal a deixar à esfera privada a gestão das condições materiais da existência. No século XX, em compensação, as missões do Estado alargam-se, na medida em que ele toma a seu cargo, para além da simples sobrevivência, a garantia de certa qualidade de vida: fala-se então de Estado-providência ou de Estado Social" – In: OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999. p. 336.

⁴⁵⁷ Juarez Cirino dos SANTOS lembra que "como nas demais teorias biológicas, o conceito de uma natureza criminoso geneticamente determinada enfatiza o que se convencionou chamar de causas eficientes do crime (poder de dinamização causal do comportamento), mas exclui as causas formais do crime (definições legais e processos sociais de repressão seletiva)" – In: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia da repressão...*, p. 71.

⁴⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais...*, p. 21.

médico e psiquiátrico.⁴⁵⁹

Tais idéias floresceram e se propagaram com os trabalhos de Adolpho PRINS⁴⁶⁰, Filippo GRAMÁTICA, Marc ANCEL e Pietro NUVOLLONE,⁴⁶¹ que tinham como base de pensamento a idéia de que o Estado deveria proteger o corpo social, salvaguardar o patrimônio e a moralidade social por meios de instrumentos que não fossem essencialmente retributivos (ou seja, que não a pena).

Fortalecia-se com eles o primado do *estado perigoso* - que foi também o epicentro justificador do 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. Afinal, a tarefa fundamental do Estado consistia em conciliar o máximo possível de seguridade social com o mínimo de sofrimento individual, propondo uma luta contra o delito (que seriam as raízes do movimento da “Lei e Ordem”), mediante uma ação preventiva de caráter social, fulcrada no juízo de perigosidade.⁴⁶²

⁴⁵⁹ OST, François. Op. cit., p. 381.

⁴⁶⁰ PRINS, Adolpho. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1912. p. 61-62: “O estado moderno tem por missão proteger-nos, em primeiro lugar, contra os agravos, sejam civis ou criminais, provenham do dolo civil ou do dolo criminal, da culpa também civil ou criminal e até de forças naturais, independentes da ação do homem. Protege-nos contra as que causam agravos, sejam agentes, contra os quais não se tenha nada a censurar, ou sejam indivíduos que não sabem disciplinar-se e deixam a paixão e o interesse prevalecer sobre o dever (...). É certo que as medidas que se devem adotar em todos os casos não são unicamente penas; são ora medidas educadoras, caritativas, protetoras, reparadoras, ora medidas repressivas. Mas sempre, através da diversidade de formas jurídicas, o fim único está na conservação da ordem...”.

⁴⁶¹ GRAMÁTICA, Filippo. *Princípios de Defesa Social*. Madrid: Montecorvo, 1974; ANCEL, Marc. *La défense sociale nouvelle*. Paris: Editions Cujas, 1954; NUVOLLONE, Pietro. *Introduction aos Cahiers de défense sociale*. Pádova, 1977.

⁴⁶² Importa ressaltar que a Escola da Defesa Social teve três grandes vertentes: Concepção Extrema (ou “de Gênova”); concepção Moderada (ou “de Paris”); e a Concepção Conservadora. A primeira delas foi encabeçada por GRAMÁTICA, que defendia que a sanção penal seria aplicável a todos os indivíduos que demonstrassem anti-sociabilidade; o indivíduo não precisaria mais ser punido pela prática do crime; substituía-se o critério da responsabilidade fatural pela anti-sociabilidade subjetiva. A Segunda corrente observou que as idéias trazidas pela escola de Gênova colocava em risco as próprias garantias individuais (que poderiam ser olvidadas em qualquer caso de suspeita de perigo, sem grandes motivações).

Assim, Marc ANCEL propôs uma nova conformação para a defesa social, como nova estrutura e muito mais garantista: foi batizada de Nova Defesa Social, e se distinguiu da corrente anterior pois: i)enuncia preocupação em relação ao livre-arbítrio do delinqüente; ii)combate concretamente o delito visando impedir a produção do dano; iii)possui uma variedade de medidas de luta contra o delito em face dos delinqüentes anormais e multireincidentes. Opunha-se ao determinismo positivista, à investigação científica e à simples técnica jurídica, negando valor ao direito penal tradicional. Na visão da escola moderada, a política criminal deveria ressocializar o cidadão e tratar o delinqüente. Defendeu a existência de pena e de medidas de segurança, sob um viés preventivo.

A passagem da fórmula liberal do Estado mínimo para o Estado social, fez com que este assumisse também funções positivas e prestacionais (ao Estado não caberia mais apenas a função negativa e de regular; por isso, tal modelo é também conhecido como ‘Estado-providência’), devendo agir como ator privilegiado do jogo sócio-econômico.⁴⁶³

Nesta perspectiva, se potencializa e se redimensiona a idéia liberal de segurança, e é aí que nascem as noções contemporâneas de prevenção, enquanto “atitude coletiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco”.⁴⁶⁴

Renovadas as obrigações do Estado, o Direito penal foi chamado uma vez mais para gerir políticas preventivas de controle dos riscos inerentes à crescente sociedade industrial, bem como para assegurar a efetivação dos direitos dela decorrentes (fugindo assim da lógica liberal de *ultima ratio*). Tal situação, por certo, acabou fazendo com que o controle penal fosse instigado a ampliar seu campo de incidência.⁴⁶⁵

Portanto, estaria outorgada ao Direito penal a missão de produzir

Finalmente, a corrente conservadora, que teve como seu expoente Pietro NUVOLLONE, e foi a que mais se aproximou do direito penal clássico. Defendia a unificação entre pena e medida de segurança: “partindo do pressuposto que ambas serviam para proteção de bens jurídicos, e, de outro lado, à ressocialização do autor na comunidade jurídica, a escola conservadora propagava a fusão das duas espécies de sanção, para demonstrar a proximidade de seus fins” – In: FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p. 26-28.

⁴⁶³ STRECK, Lenio. MORAIS, José Luiz Bolzan de. Op. cit, p. 58-63. O autor também pontua aquilo que chama de “causas privilegiadas” deste processo de transformação do perfil mínimo anteriormente adotado pelo Estado liberal: a) a Revolução Industrial e suas conseqüências de proletarização, urbanização, mudanças nas condições de trabalho; b) a Primeira Guerra Mundial rompe a tradição do liberalismo econômico, acelerando violentamente a ação de fatores desagregadores; c) a crise econômica de 1929 e a Depressão trouxeram embutida a necessidade de uma economia interventiva, o que deu azo à política do *New Deal* franqueada pelo Presidente Roosevelt; d) a Segunda Guerra Mundial com demandou um controle sobre os recursos sociais.

⁴⁶⁴ OST, François. Op. cit., p. 344.

⁴⁶⁵ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 86: “... o direito penal não passou imune às novas demandas da sociedade política e civil organizada que impunham renovadas obrigações do Estado. Ao ser chamado para gerir políticas públicas preventivas (...), o controle penal foi instigado a ampliar seu espectro de incidência, adaptando-se a novos bens jurídicos. Tal assertiva é perceptível se verificarmos o incremento da tutela penal ao trabalho (crimes contra a organização do trabalho), à previdência social (crimes previdenciários), ao transporte público (crime contra a segurança dos meios de transporte), à saúde (crimes contra a saúde pública e leis de entorpecentes), à economia (crimes contra economia populares) etc.”.

No mesmo sentido, indica FERRAJOLI que “no desenvolvimento do Estado social é perceptível a produção caótica e aluviosal de leis, regulamentos, institutos e práticas políticas e burocráticas que foram sendo sobrepostas às velhas e elementares estruturas do Estado liberal...” –

instrumentos idôneos à identificação e à gestão da periculosidade do delinquente, projetando respostas de natureza (re)educacional – como afirma François OST: “... na linha de um Estado social preventivo, multiplicam-se as políticas sociais suscetíveis de conter o crime antes de acontecer: as questões da habitação, dos bairros difíceis, da droga, do abandono escolar são objeto de uma enorme atenção”.⁴⁶⁶

Estava, assim, definitivamente consolidada a nova mecânica de poder – fundada na idéia de disciplina -, que se legitimou com base no conceito de periculosidade e viu seu trunfo com a construção e incorporação ao direito penal das medidas de segurança.

In: FERRAJOLI, Luigi. *Crisis del sistema político y jurisdicción*. Buenos Aires: Del Puerto, 1995. p. 124.

⁴⁶⁶ OST, François. Op. cit., p. 381.

3 PROTECIONISMO X GARANTISMO: A DESCONSTRUÇÃO DA MEDIDA

3.1 A INCONSTITUCIONALIDADE (NÃO) DECLARADA

3.1.1 Abstração Conceitual da Periculosidade: Afronte a Legalidade e Igualdade

Por todo o exposto, é possível concluir que mesmo havendo um avanço legislativo no trato do tema (criminalidade-loucura), certo é que, diante de todo o ranço histórico que acompanhou a formatação do instituto, bem como das barbáries cometidas em nome de uma suposta segurança social, o critério da periculosidade será sempre danoso à proteção de direitos fundamentais.

Legalidade, devido processo legal, presunção de inocência, igualdade e humanidade são preceitos usualmente arrostados pelo instituto, posto que a abstração inerente à idéia de perigo dá margem a uma infinidade de arbitrariedades e de abusos por parte daqueles que exercem o poder punitivo.

E se assim o é, importa finalmente questionar: esta lógica perversa e excludente que transforma o portador de transtorno psíquico infrator em um cidadão de segunda classe é constitucional?⁴⁶⁷

Neste tocante, é de se ver que as dúvidas sobre a constitucionalidade decorrem exatamente do fato de que a categoria da periculosidade, nuclear deste modelo repressivo chamado medida de segurança, é completamente isenta de significado: basta lembrar que o conceito de periculosidade se funda no juízo de que o indivíduo, face sua doença mental e desajuste social, tem a probabilidade de vir a praticar ou tornar a cometer um injusto penal.

Como indica Salo de CARVALHO:

... a popularização de tal categoria no senso comum teórico dos juristas e do homem de rua, pela assunção ideológica da terminologia defensivista, não permite clara definição de sua essência, ou seja, trata-se de categoria extremamente abstrata, sem qualquer sentido objetivo. Não obstante, é parâmetro para justificação da incidência do sistema pena sobre

⁴⁶⁷ Em sentido análogo: “que lógica perversa é essa, excludente e inconstitucional, que transforma o portador de sofrimento mental em um cidadão de segunda classe?” – In: MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p. 33.

os indivíduos classificados como perigosos. Representa, em classificação ideal típica, o mais espetacular resíduo etiológico nos sistemas penais contemporâneos.⁴⁶⁸

Para Benigno DI TULLIO, “a perigosidade constitui um critério que não exclui as graves incertezas existentes em todo prognóstico, configurando-se impossível prever, com convicção, a posterioridade de qualquer indivíduo, especialmente sob o enfoque de uma conduta futura”.⁴⁶⁹

Por mais que se tente atenuar a subjetividade na definição do perigoso – atrelando-a, por exemplo, à probabilidade de reiterar condutas criminosas em face do histórico do agente (como faz o legislador brasileiro), certo é que tal missão ainda assim será praticamente irrealizável, haja vista que o próprio conceito sempre estará fundado num duvidoso juízo de prognose.

É exatamente nesta perspectiva que se pode aventar a primeira das inúmeras inconstitucionalidades do instituto. Afinal, não há como se pode falar em respeito ao princípio da legalidade estrita – assegurado no artigo 5º da CR/88 – diante desta abstração.⁴⁷⁰

Vale lembrar que desde a Reforma de 1984, a doutrina penal é praticamente unânime em afirmar que a nova medida de segurança respeita o princípio da legalidade. Resta a dúvida, então, sob qual perspectiva se afigura tal proteção?

Diante do que foi esboçado até aqui, a resposta parece indicar que o instituto atende apenas a uma legalidade meramente formal, identificada tão só como “reserva relativa de lei”. Ou seja, exigindo exclusivamente a previsão da medida em ato legislativo competente e anterior ao fato.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias...*, p. 137.

⁴⁶⁹ DI TULLIO, Benigno. *Príncipes de criminologie clinique*. Paris, 1967. p.377 Apud FERRARI, Eduardo Real. Op. cit., p.153.

⁴⁷⁰ Aqui, antes de prosseguir, importa destacar as idéias trazidas por Alexy, no sentido de que os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. Portanto, a distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas: “tanto as regras como os princípios são tipos de normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deonticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição” – In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-86. E nesta perspectiva, sendo também os princípios (sejam eles expressos ou não) constitucionais espécies de normas, certamente está autorizado aventar a inconstitucionalidade de um instituto em face de algum princípio encampado pela Constituição de 1988.

⁴⁷¹ Basta lembrar que o antigo art. 75 da redação originária do CP/40 enunciava apenas que “as medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo,

Ocorre que a simples legalidade da forma e da fonte é, no máximo, condição da vigência ou da existência da norma que prevê a sanções (seja no caso da pena ou na medida), pouco se importando com seu conteúdo - o que dá margem a uma série de máculas à validade desta norma, exatamente por possibilitar o afronte a dispositivos constitucionais de garantia.

Neste passo, a simples exigência da *lege* - num âmbito estritamente formal - não seria suficiente para dizer que a medida de segurança atende ao princípio da legalidade.

Para demonstrar a exata perspectiva em que a medida arrosta a legalidade constitucional, cabe lembrar que a conformação deste princípio conclama a análise minuciosa de variadas facetas (formais e materiais) e sub-princípios dele decorrentes: é aqui que se fala das idéias de *lex praevia*, *lex scripta*, *lex scricta*, *lex certa* e *lex necessária*.⁴⁷²

A primeira, e talvez a mais importante faceta da legalidade seja a da anterioridade (*lex praevia*), pois figurou como marco primário do ideal de segurança jurídica – imprescindível para a construção dos Estados de Direito. A idéia de anterioridade, fruto do pensamento liberal e iluminista que nasceu ao final do século XVII, surgiu exatamente da necessidade de se submeter todos (inclusive o Estado) aos ditames de uma lei geral e abstrata previamente definida.⁴⁷³

É que com o desenvolvimento da teoria do contrato social,⁴⁷⁴ floresceu a necessidade de se construir um Estado garantidor dos direitos do homem, vinculando em sua atuação à proteção de todos. Neste passo, a lei deveria ser

entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução” – ou seja, sequer a observância plena da idéia de anterioridade havia.

⁴⁷² Estas diversas facetas da legalidade foram primeiro formuladas na obra de MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Astreas, 1995.

⁴⁷³ Embora seja comum citar como documento originário do princípio da legalidade a *Magna Carta Libertatum* do Rei João Sem Terra, editada na Inglaterra em 1215, que dispunha em seu artigo 39: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra eles senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país” – In: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penal*. Torino: Fratelli Bocca, 1924. p. 55. E ainda: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Derecho Penal: introducción*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p.312.

⁴⁷⁴ Foi primeiramente com John LOCKE (1690) que surgiu a idéia de sujeição não só da sociedade, mas também do Estado aos ditames da lei. Noção esta que foi também concebida por Étienne Bonnot de CONDILLAC (1754) e, em seguida, desenvolvida por Jean-Jacques ROUSSEAU (1762) – In: LOCKE, John. Op. cit., p. 35; CONDILLAC, Étienne B. de. Ob. cit., p.16. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p.47.

posta como forma de se evitar a arbitrariedade estatal irracional, figurando como um dever de abstenção estatal no campo das liberdades individuais.

Também na época do iluminismo essa garantia passou a fazer parte dos textos legislativos de forma expressa: com a Revolução burguesa, foi editada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual dispunha em seu artigo 7º que “nenhum homem pode ser acusado, impedido ou detido senão nos casos determinados pela lei, e segundo as formas que ela prescreve”, e no artigo 8º que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”⁴⁷⁵. Garantia essa que foi acolhida pela Constituição francesa de 1791 e 1793 e por diversas outras Cartas e Diplomas que seguiram o seu modelo.⁴⁷⁶

No âmbito penal, a idéia de legalidade-anterioridade foi primeiramente esboçada por Anselm Von FEUERBACH (1801), que firmou-a na máxima latina do *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Disso surgem, sem exceções, os seguintes primados:

... toda imposição de pena pressupõe uma lei penal; por isso, somente a cominação legal do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. Iguamente, a imposição de uma pena está condicionada à existência da ação cominada. Consequentemente, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário; o fato legalmente cominado está condicionado pela pena legal. Assim, o mal, como consequência jurídica necessária, vincular-se-á, mediante a lei, a uma lesão determinada.⁴⁷⁷

Em termos de medida de segurança, tal formulação pode ser traduzida sob a análoga fórmula do *nullum crimen, nulla misura sine lege praevia*: não há medida sem injusto-penal, nem injusto sem lei prévia - prevista no artigo 1º do

⁴⁷⁵ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decclhomem.html>> Acesso em: 12 jan. 2009.

⁴⁷⁶ É também o que prevê a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (em seu art. 15) e o Pacto de São José da Costa Rica (art.7º, n.º II). No Brasil, por exemplo, a idéia de legalidade sempre esteve presente: desde a Constituição de 1824 (art. 179, inciso XI) até a atual (art. 5º, inciso XXXIX da CR/1988); embora seja importante destacar que o Código penal de 1940, em sua redação originária, não obedecia à esta idéia de anterioridade (art. 75 CP) – In: LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 15. Importa destacar que tal princípio, hoje, está incorporado em quase todas as legislações, “ressalvados os casos em que o sistema jurídico esteja baseado na *common law* (como ocorre com a Constituição americana de 1789), ou em regime políticos totalitários (China, Albânia e Coréia do Norte por exemplo)” – In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 137-138.

⁴⁷⁷ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Von. Op. cit., p. 63.

Código penal brasileiro e constitucionalmente assegurada no artigo 5º XXXIX da CR/88.

Falar em anterioridade é garantir que as leis penais não poderão retroagir ao fato já vencido. Até porque, se fosse autorizado ao poder legislativo baixar leis retroativas, estaria se abandonando todas as bases consagradas com o Estado de Direito, quebrando, assim, a confiança que os cidadãos depositaram no poder público e deixando-os à mercê do direito posto e de futuras e imprevisíveis decisões políticas.

É por isso que as leis penais gozam deste tom de irretroatividade, consagrando a máxima do *tempus regit actum* (também assegurado no art. 2º do CP/1940). Nestes termos, é valiosa a doutrina de Franz Von LISZT, ao asseverar que “o problema da irretroatividade não é um problema ético, nem sociológico, nem de direito natural; é só um problema político, contratual. A lei é a fórmula pública de uma obrigação tácita entre cidadão e o Estado. Uma obrigação não se pode contratar se não é para o futuro”.⁴⁷⁸

Em relação ao instituto, Figueiredo DIAS advoga que:

... deve-se positivar a aplicabilidade do princípio da irretroatividade nas medidas de segurança, constituindo retroatividade em casos de exceção a regime concretamente mais favorável, merecendo relevo nesse contexto deixar claro que o momento temporal da prognose há de ser o último processualmente possível, isto é, o momento da decisão sobre a consequência jurídica, por parte do derradeiro tribunal que tenha ainda poderes de cognição da questão do fato.⁴⁷⁹

Contudo, vale destacar que no âmbito penal a idéia de irretroatividade da lei não é absoluta, pois sempre que uma lei nova mitiga as consequências da intervenção punitiva (*lex mitior*), esta será necessariamente aplicada aos fatos ocorridos – ao que se chama de aplicação *in bonnan partem*.

E o fundamento para esta retroatividade encontra-se na conjugação do utilitarismo penal com o princípio da igualdade – afinal de contas, não haveria porque punir um fato que não é mais útil aos fins propugnados pelo Direito penal. Como indica Manuel Cavaleiro de FERREIRA:

Justifica-se a retroatividade da lei mais favorável ao arguido como expressando uma garantia dos cidadãos e uma limitação do poder do Estado; este não terá nunca um direito de punir mais amplo do que o que for considerado pela lei vigente no momento de

⁴⁷⁸ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito penal ...*, p. 142.

⁴⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal português...*, p. 435-345.

sua aplicação se este é mais limitado do que aquele que lei anterior lhe concedia. Este aspecto da limitação do Estado quanto ao direito de punir quer do Estado legislador quer da jurisdição irmana o princípio da irretroatividade da lei penal como o da retroatividade da lei penal mais favorável.⁴⁸⁰

Note-se, porém, que tal caminho só é viável porque a própria Constituição expressamente previu a figura para os casos de nova lei penal mais benéfica - consoante se verifica do art. 5º, inciso XL da Carta de 1988.⁴⁸¹

Em suma, esta primeira faceta formal da legalidade delimita que a lei deve ser sempre anterior ao fato imponible e à sanção que lhe foi prevista, e não o fato imponible e a sanção anterior à lei.

Seguindo a lógica dessa exigência, aflora-se uma segunda faceta do princípio da legalidade: a necessidade de que a norma penal incriminadora ou sancionatória seja escrita (*lex scripta*). É que para além de uma lei anterior, o princípio exige que esta lei esteja devidamente formalizada em documento legislativo próprio, escrito e emanado do ente político competente.

Disso, extrai-se a idéia geral de que o costume não pode inovar a ordem legal penal, pois não há crime nem sanção sem a existência de uma lei formal: *nulla crimen, nulla misura sine lege scripta*, submetida aos rígidos processos de formulação legislativa constitucionalmente estabelecidos, com obediência a todos os ritos e fórmulas necessárias para validade do ato.⁴⁸²

Quanto ao tema, importante chamar à atenção para questão das fontes do Direito penal. E aqui, vale lembrar que dentro de todo o universo legislativo existente no ordenamento brasileiro (que vai de uma emenda constitucional até um ofício circular), somente algumas delas estão habilitadas a funcionar como instrumento adequado para criação das ordenações penais. Até porque, do contrário, teríamos de sujeitar a sociedade a proibições emanadas dos mais variados nichos de poder e oriundas de instrumentos incertos – o que, de perto, feriria ainda mais a segurança jurídica.

No Brasil, a única fonte da ordenação penal é a Lei Ordinária federal (conforme institui o art. 22, I e art. 59, III da CR/88), que se sujeita à apreciação, em

⁴⁸⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito Penal Português: Parte Geral*. Lisboa: Verbo, 1982. v. 2. p.115.

⁴⁸¹ Art. 5º, XL da CR/88: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

⁴⁸² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25-26.

separado, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, desde que aprovado o Projeto de Lei (art. 61 da CR/88) por maioria relativa dos membros de cada uma das Casas legislativas.⁴⁸³

Firme-se, contudo, que há quem defenda a possibilidade do direito consuetudinário figurar como fonte excepcional de Direito penal, desde que beneficie, de alguma forma, o acusado: seja para diminuir ou extinguir a sanção, seja para descriminalizar a conduta, seja para mitigar os efeitos penais da intervenção.⁴⁸⁴

O certo é que se elege na lei a fonte primária e indispensável para a imposição também da medida de segurança, constituindo imprescindível a presença formal do procedimento legislativo bicameral.⁴⁸⁵

Afinal, em sendo a medida de segurança um modelo invasivo à esfera de individualidade do sujeito, somente será cabível nas hipóteses legais prévias e formalmente constituídas.

Ainda falando da necessidade da lei escrita, é de se verificar que a plena satisfação do princípio impede que o magistrado crie normas penais, visto que tal tarefa é atribuída, com exclusividade, aos membros do poder legislativo – de modo que a legalidade atua também como importante corolário do princípio da separação dos poderes (previsto no artigo 2º da Constituição de 1988).

⁴⁸³ Disso resulta que, no Brasil, nem os Estados ou mesmo os Municípios podem estabelecer crimes e sanções (à exceção do art. 22, § único da CR/88, caso em que a própria União edita lei complementar delegando tal atribuição aos Estados – o que, note-se, nunca ocorreu sob a égide da atual constituição...!). Igualmente, firma que somente o poder legislativo cria normas penais (excluindo tal possibilidade para o Executivo e para o Judiciário). Desta, também, podemos ainda consagrar a inconstitucionalidade de todas as conhecidas “leis penais em branco” e dos “tipos penais abertos” (aquelas que determinam o preceito *in abstracto*, deixando a cargo de outra lei ou mesmo à atividade judicial a concretização de seu conteúdo) – In: LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: RT, 1994. p.110.

⁴⁸⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. Ob. cit., p. 25-26. Note-se, contudo, que a esmagadora maioria doutrinária brasileira não se filia a esta idéia. A título de exemplo, cite-se Andrei SCHMIDT, que assevera que “no direito penal o *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* assegura uma realidade distinta, ao menos nos países não fundados na *commom law*”. Neste sentido, em razão de seu sistema de ilicitude descontínua, ou seja, “da sujeição da ilicitude penal à adequação da conduta a um tipo penal incriminador, todo costume que gera um desvalor social de uma conduta, apesar de contemplado pela opinião comum e pelo ordenamento jurídico, sempre estará sujeito ao procedimento legislativo formal como condição de sua existência (...); o máximo que o costume poderá desencadear é um argumento de política criminal para a legislação penal futura” – In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p. 200.

⁴⁸⁵ Importa esclarecer que diplomas penais como a Lei de contravenções penais (decreto-lei 3688/1954) e a Parte Geral do Código penal (decreto-lei 2848 de 1940), que continuam em vigor, embora não tenham sido emanadas do Poder legislativo, não gozam de inconstitucionalidade, visto que sua legalidade formal é validada segundo o ordenamento constitucional da respectiva época.

Portanto, em um sentido meramente formal, a exigência da lei formal e anterior é uma garantia indispensável para conservação dos valores do Estado de Direito que nasceu com a Revolução burguesa.

Nada obstante, é de se ver que o constituinte requer seja preservado não apenas um aspecto formal (no sentido de que ninguém será submetido à medida de segurança sem anterior previsão legal expressa), mas também uma feição material do princípio, no sentido de que seu conteúdo seja também alvo de proteção e delimitação estrita e racional, impossibilitando uma interpretação que amplie o seu conteúdo punitivo. É aqui que se fala das demais facetas da legalidade: *lex scripta, certa e necessária*, que juntas, consagram “comandos de determinação”.⁴⁸⁶

Ao propugnar pela *lex scripta*, quer o constituinte delimitar que ao Juízo somente é dado o poder de aplicar sanções (penas ou medidas) mediante uma interpretação restritiva da lei penal. Assim, o *nullum crimen, nulla misura sine lege scripta* é, para além de um limitador formal, uma limite substancial ao conteúdo das medidas.

Compete aqui lembrar que o crime nada mais é do que uma convenção estabelecida conforme ditames sociais e políticos de um determinado Estado (*v.g.*, o que é crime aqui no Brasil pode não o ser na Ásia)⁴⁸⁷ e esta convenção deve ser respeitada quando da efetiva aplicação da legislação, sendo vedado ao intérprete a ampliação de seus termos quando tendente a desvirtuá-la ou desnaturalizá-la.⁴⁸⁸

Assim, tendo em vista a necessidade de se conciliar o ideal de segurança jurídica com direitos que se secularizam de formas distintas nos diversos ordenamentos pelo mundo, não se pode olvidar esta necessária faceta do princípio da legalidade, que de perto esbarra na questão hermenêutica.

A idéia é que o julgador deve aplicar fielmente o texto da lei, pois, como pretendia BECCARIA, “nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode

⁴⁸⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 138.

⁴⁸⁷ Aristóteles dizia que “o fogo queima aqui e na Pérsia” (In: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: UnB, 1999. p. 103), mas nem todo delito é proibido aqui e na Pérsia, visto que não detém uma realidade ôntica, seja ela consuetudinária, divina ou natural.

⁴⁸⁸ Afinal de contas, uma interpretação extensiva da vontade do legislador, pode gerar reflexamente uma expansão do poder punitivo, de todo prejudicial à liberdade dos cidadãos – In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Op. cit.*, p.146-147.

caber aos juízes criminais, pela própria razão de não serem eles os legisladores”.⁴⁸⁹

Ocorre que este silogismo perfeito não passa, como indica Andrei SCHMIDT, de um ideal utópico-iluminista. Afinal de contas, por mais simples que seja um dispositivo legal-penal, ainda assim necessitará de uma atividade exegética do intérprete: no caso, o juízo criminal.⁴⁹⁰

Neste tocante, importa destacar - a título de nota - que a busca por uma solução mais adequada para o problema do critério a ser seguido quando da interpretação da lei, fez com que diversas correntes hermenêuticas se enfrentassem ao longo da evolução do Direito, fazendo-se passar de um paradigma liberal-individualista da consciência (onde nasceu a interpretação autêntica, jurisprudencial e doutrinária; bem como a interpretação gramatical, lógica ou teleológica; e a declarativa, restritiva e extensiva) para um novo paradigma da linguagem.⁴⁹¹

O certo é que, como indica MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN,⁴⁹² ao estabelecer o sentido das normas para determinar que hipóteses estão evidentemente reconhecidas por estas, o intérprete não pode desbordar os limites dos termos legais e aplicá-las a hipóteses não previstas (ou não desejadas) pelas mesmas, sob pena de violar o princípio da legalidade.

É também neste tocante que se insere a questão da analogia - que pode ser concebida como uma forma de se integrar a Lei (e não uma forma de interpretá-la)⁴⁹³, suprimindo eventuais lacunas ou falhas. E tal integração, em termos de Direito

⁴⁸⁹ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 45-46: “Em cada delito o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for coagido, ou quiser formular o mesmo que só dois silogismos, estará a aberta a porta à incerteza”. E, no mesmo sentido, Montesquieu: “os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar sem sua força, nem seu rigor” – In: MONTESQUIEU. Op. cit., p. 175.

⁴⁹⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p. 161.

⁴⁹¹ Firme-se que o presente trabalho não tem a pretensão de incorrer no vasto campo da hermenêutica (sob pena, inclusive, de desviar aos fins propostos), ficando apenas a anotação, *en passeant*, da sucessão de correntes no campo interpretativo da lei. Neste sentido: WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p.51-56; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 35-44 e 103-107; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 199 e s.; FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 140-142.

⁴⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cit., p. 109.

⁴⁹³ Neste tocante, válida a explicação de Santiago MIR PUIG: “A diferença entre interpretação e analogia (proibida se prejudica o réu) é a seguinte: enquanto que a interpretação busca um sentido do texto legal que se encontre dentro de seu sentido possível, a analogia supõe a

penal, sabidamente só poderá ser empregada para beneficiar o réu (ao que se chama de analogia *in bonam partem*).

Ora, se o Direito penal deve ser concebido como um instrumento dirigido à salvaguarda das liberdades individuais frente aos abusos do poder, mesmo quando tal perspectiva não estiver expressamente descrita na norma, ainda assim poderá o operador propugnar pela ampliação de seu conteúdo. Ou seja, ao aplicador do direito é dado o poder de aplicar uma norma benéfica a um caso que nela não se enquadre, mas desde que o seja semelhante.⁴⁹⁴

É que, sendo o princípio da legalidade uma expressão de defesa do cidadão contra possíveis arbitrariedades do Estado, se a norma for dotada de um caráter permissivo, justificante ou mesmo exculpante da conduta, tal situação faz com que o uso da analogia não se choque com o espírito do princípio.⁴⁹⁵

A idéia é, enfim, a de que as disposições penais são exaustivas e um Código Penal não é produto, senão a soma de incriminações fechadas. Ora, “se a lei quer castigar uma concreta conduta, ela a descreve em seu texto, catalogando os fatos puníveis. Os casos ausentes não estão tão somente porque não se havia previsto como delitos, senão porque se supõe que a lei não quer castigá-los”.⁴⁹⁶

A aplicação analógica em desfavor do réu (*in malam partem*) compromete a segurança dos indivíduos em face do poder punitivo do Estado, a qual o princípio da legalidade visa tutelar e garantir como conquista democrática liberal.

Um segundo desdobramento material da legalidade proclama que as normas penais sejam formuladas da maneira clara, inequívoca e com o maior grau de objetividade possível, de maneira que se dêem a conhecer por inteiro a seus destinatários: o cidadão e o Juiz.⁴⁹⁷ É a idéia de *lex certa*, exigindo que a norma seja verdadeiramente auto-explicativa: por isso, *nulla crimen, nulla misura sine lege certa*.

aplicação da lei penal a um suposto não compreendido em nenhum dos sentidos possíveis da sua letra, mas análogo a outros assim compreendidos em texto legal” – In: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte geral*. Barcelona: PPU, 1995. p. 96.

⁴⁹⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit., p.123.

⁴⁹⁵ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito penal...*, 2. ed., p. 143.

⁴⁹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1958. p. 126.

⁴⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 254.

Nas palavras de BECCARIA, “é evidente que a obscuridade das leis é um mal, e ele será ainda maior se as leis forem escritas em língua estranha ao povo e que o submeta à dependência de uns poucos, sem que possa julgar por si mesmo qual seria o êxito de sua liberdade, ou de seus semelhantes, a não ser que uma língua fizesse de um livro solene e público um outro quase privado e doméstico”.⁴⁹⁸

A idéia de uma *lex certa* acaba conclamando, para além da qualificação e competência do legislador, o uso, por este, de uma técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniformemente delimitada para circunscrever o âmbito de incidência penal.⁴⁹⁹ Nas palavras de Andrei SCHMIDT, “é o postulado da precisão”⁵⁰⁰, o qual exige que a lei determine de forma suficientemente diferenciada as distintas situações puníveis e as sanções que podem acarretar.

A idéia é a de que se deve evitar possíveis burlas quanto ao significado pretendido pelo legislador – que é certamente o que ocorreria se fosse franqueada a edição de normas penais absolutamente indeterminadas, provocando um afronte direto a idéia de legalidade e trazendo uma indesejada insegurança nas reações jurídicas (o que, inclusive, é alvo de grandes críticas da doutrina penal moderna⁵⁰¹).

⁴⁹⁸ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 48. O autor continua, asseverando que “quanto maior for o número dos que compreendem e tiveram entre as mãos o sagrado código das leis, menos freqüentes serão os delitos, pois não há dúvidas de que a ignorância e a incerteza das penas propiciam a eloqüência das paixões”.

⁴⁹⁹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 18.

⁵⁰⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p. 249. Ou ainda, segundo Palazzo, é a “taxatividade-determinação” – In: PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 49.

⁵⁰¹ Neste sentido, alerta HASSEMER: “A tendência do legislador moderno a expressar-se melhor de forma pouco clara, e de carregar o peso da decisão nos ombros alheios, tem diferente intensidade segundo as ramas do direito e, também, diferentes conseqüências (...). Os âmbitos ‘móveis’ do direito (direito econômico) toleram melhor que os ‘eternos’ (direito de família e penal) um direito judiciário flexível. Nestes últimos, as modificações normativas supressivas, frequentes e não espetaculares transmitem a sensação de instabilidade e irritação, enquanto que nos outros, pode ser um indício de presença e modernidade” – In: HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires: Ad-hoc, 1995. p. 18. No mesmo sentido, BUSATO e HUPAYA dizem que a idéia da *lex certa* entra em crise com o chamado “moderno Direito penal”, em que se verifica a tendência do legislador em se expressar de maneira pouco clara, ambígua e imprecisa – In: BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito penal...*, 2. ed. p. 139. Embora alvo de várias críticas, importa verificar que o legislador brasileiro não é muito sensível ao apelo da moderna corrente penal garantista. Neste tocante, importa verificar o levantamento feito por Andrei SCHMIDT, que arrola inúmeras normas penais brasileiras que são completamente abstratas – a título de exemplo: a Lei 7.170/83, ao definir crimes contra a segurança nacional, empregou termos como “atos de hostilidade contra o Brasil” (Art. 8), “Interesse do Estado brasileiro” (Art. 13), “sabotagem” (art. 15), “organizações políticas clandestinas ou subversivas” (art. 20), “rebeldes, insurretos ou revolucionários” (Art. 21); tal

Tal faceta desemboca na idéia de “taxatividade”, visto que a lei penal deve ser bem determinada quanto ao seu conteúdo e abrangência, pois, do contrário, não será dada a possibilidade do indivíduo tomar conhecimento do verdadeiro limite da licitude/ilicitude de seus atos.

É uma decorrência direta do *princípio da certeza* no Direito penal,⁵⁰² a qual somente estará assegurada se for construído um corpo estável e o mais preciso o possível de leis, e desde que aqueles que devem resolver as controvérsias se fundem nas normas nela contidas, e não em outros critérios (morais, religiosos, etc.) - até porque, do contrário, a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as consequências das próprias ações.

Ou seja, mesmo ciente de que não é possível uma precisão absoluta na delimitação de todas as condutas e seus efeitos práticos, certo é que o intérprete não poderá empregar a norma de modo a violar direitos fundamentais.

A precisão é, pois, uma forma de resistência contra possíveis abusos de poder na aplicação daquele ditame legal.

Dito isso, é necessário que a lei contenha todos os elementos e supostos da norma jurídica. No campo penal, é exigido que o indivíduo conheça e compreenda não apenas o caráter típico, antijurídico e culpável de sua conduta, como também as possíveis consequências jurídicas da prática de seu ato.

Vale destacar, ainda, que a idéia de taxatividade das leis penais pode ser dividida (classificada doutrinariamente) em dois paradigmas: uma taxatividade *formal* e uma taxatividade *material* da lei. No primeiro caso, o princípio determina que seja dado a todos o conhecimento da edição da lei (traduzida numa idéia de publicidade), sob pena de a obrigação dela resultante não alcançar a população diretamente interessada.⁵⁰³

Quanto ao segundo aspecto, igualmente relevante, impõe-se a necessidade de que todos tomem conhecimento não apenas da forma do documento legislativo, como também do exato alcance de seu conteúdo (traduzida

se vê, também, na Lei 7492/90, Lei 8071/90, Lei 8078/90, Lei 8137/90, Lei 8974/95, etc. – In: SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p. 246-248.

⁵⁰² Consoante enunciado por, Andrei SCHMIDT - Ibidem, p. 236.

⁵⁰³ Nas lições de Hobbes: “se não forem conhecidas, as leis não obrigam, e nem são propriamente leis” – In: HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 79.

na idéia de internalização da norma).⁵⁰⁴

É neste quadrante que se discute, por fim, a relevante questão do *princípio da tipicidade*, que consagra exatamente esta exigência de uma discriminação formal e precisa das hipóteses de incidência do poder punitivo estatal. E aqui, tem-se que a descrição material da exação há de ser um conceito fechado, seguro, exato, preciso e reforçador da segurança jurídica, tal qual deve ser o tipo penal.

Uma lei indeterminada ou imprecisa – como ocorre com o pressuposto da periculosidade criminal do agente – não delimita o campo de atuação penal, e assim, o indivíduo não tem condições de reconhecer o que se quer proibir. E assim, por consequência, sua existência tampouco pode proporcionar a base para a reprovação da conduta.⁵⁰⁵

Tais leis (como ocorre com o conceito de periculosidade), não possuem o condão de proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não conseguem limitar a atuação do poder punitivo. Por isso WELZEL afirmava que “o verdadeiro perigo que ameaça o princípio do *nulla poena sine lege* não procede da analogia, mas sim das leis penais indeterminadas”.⁵⁰⁶

Como lembra SILVA SÁNCHEZ, “as leis indeterminadas, por exemplo, permitem uma ampla margem criativa ao juiz, já que se formulam com conceitos vagos ou porosos, com termos que requerem um alto grau de valoração”.⁵⁰⁷

Neste sentido, é de se ter que “a clareza e taxatividade são imprescindíveis condições da segurança jurídica. Mas, para que possa falar de segurança jurídica, é preciso, ademais, que se determine de antemão quais condutas constituem delitos e quais não, e que ‘sanções’ são aplicáveis a cada caso. Também resulta indispensável que essa determinação seja levada a cabo pelo legislador, pois, do contrário, os cidadãos quedam à mercê dos juízes ou do governo”.⁵⁰⁸

A *lex certa* figura, portanto, como um grande mecanismo de limitação dos abusos não só legislativos, como também dos abusos judiciais e do administrador.

⁵⁰⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p, 238.

⁵⁰⁵ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 169.

⁵⁰⁶ WELZEL, Hans. *Derecho penal Alemán*. Santiago: Juridica de Chile, 1997. p. 27.

⁵⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 254.

⁵⁰⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. Valência: Tirant lo Banch, 1987. p.254.

Afinal de contas, uma política criminal garantista – como propugnada por nossa ordem constitucional - recomenda exatamente dispositivos legais claros e concisos.⁵⁰⁹

E nesse contexto, esta faceta da legalidade acaba também por garantir o princípio da separação dos poderes, afastando ao máximo as possibilidades legais de o Juiz, *in concreto*, estabelecer o “verdadeiro” alcance da norma.

Apenas lei clara e precisa pode impor medida de segurança, estabelecer seus critérios de aplicação e seus pressupostos legitimantes, não podendo o legislador se valer de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados ou ambíguos para tal imposição.⁵¹⁰ O legislador deve, ainda, enunciar elementos precisos e descritivos. Ademais, o estado de periculosidade deve ater-se à idéia do *tatbestand*, não podendo se valer da analogia. Deve haver, pois, precisão, clareza e determinação dos pressupostos da medida⁵¹¹ - e isso, data vênia, não é possível.

Uma última faceta da legalidade, está fundada na idéia de *lex necessariae*. Afinal de contas, não basta que a lei seja prévia, escrita, estrita e precisa em seus termos, se ela seja efetivamente imprescindível para se alcançar os fins maiores que são objetivados pela sociedade⁵¹², os quais estão devidamente especificados em nossa Carta Magna: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (*ex vi* artigo 3º da CR/88).

Como se sabe, no Estado democrático-constitucional de Direito, todos os

⁵⁰⁹ BENTHAM já afirmava que se a finalidade da lei é dirigir a conduta dos cidadãos, duas coisas serão necessárias para o cumprimento desse fim: primeiro, que a lei seja clara, isto é, que faça nascer na mente uma idéia que representa a exata vontade do legislador; e, segundo, que a lei seja concisa, de modo a se fixar facilmente na memória. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

⁵¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 22.

⁵¹¹ FERRARI, Eduardo Real. Op. cit., p. 94-95.

⁵¹² Neste sentido, ao discorrer sobre a legalidade no âmbito tributário (ao que podemos também dizer válido para o âmbito penal), Alberto XAVIER assevera que “o conteúdo material, ou seja, o fim da realização da justiça material, está na base do princípio da legalidade tributária, que se exprime pela proibição do arbítrio, na proibição de tratamentos desiguais e em discriminações que não correspondem a critérios razoáveis e compatíveis com o sistema da Constituição”, bem como está firmada na idéia de realização positiva dos Direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos – In: XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 09.

poderes e funções do Estado estão juridicamente vinculados às normas hierarquicamente superiores da constituição – e disso ninguém tem dúvida. O grande problema está em precisar o conteúdo e a extensão dessa vinculação jurídico-constitucional, pois, como assevera Gomes CANOTILHO, “a vinculação constitucional é uma vinculação através da fundamentação e não através de simples limites. A vinculação constitucional implica, pois, na determinação positiva dos atos legislativos pelas normas constitucionais”.⁵¹³

Neste condão, não apenas a limitação do poder punitivo estatal deve ser objeto de proteção pela via da legalidade, que deve, também, primar pela efetiva consagração dos direitos fundamentais de todos os cidadãos – inclusive dos acusados em processo penal: “... a tarefa do legislador é, também, a de transformar o conteúdo virtual da Constituição em conteúdo jurídico efetivo”.⁵¹⁴

Nas lições de Luigi FERRAJOLI⁵¹⁵, tem-se que “nenhuma maioria, sequer por unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social”. Os direitos fundamentais, precisamente porque estão igualmente garantidos para todos e subtraídos da disponibilidade do mercado e da política, formam a esfera do que pode ou não ser objeto de decisão, e atuam como fatores não só de legitimação, senão também, e, sobretudo, como fatores de deslegitimação das decisões e das não-decisões. Ainda nas palavras de FERRAJOLI, é de se ressaltar que:

... garantias não são outras coisas que as técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional. Por isso, refletem a diversa estrutura dos direitos fundamentais em coerência para cuja tutela ou satisfação foram previstas: as garantias liberais, ao estarem dirigidas a assegurar a tutela dos direitos de liberdade, consistem essencialmente em técnicas de invalidação ou de anulação dos atos proibidos que as violam; as garantias sociais, orientadas como estão a assegurar a tutela dos direitos sociais, consistem, ao contrário, em técnicas de coerção e/ou de sanção contra a omissão das medidas obrigatórias que as satisfazem. Em todos os casos, o garantismo de um sistema jurídico é uma questão de grau, que depende da precisão dos vínculos positivos ou negativos impostos aos poderes públicos pelas normas constitucionais e pelo sistema

⁵¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 248-249.

⁵¹⁴ Idem.

⁵¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. O Direito como Sistema de Garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-109.

de garantias que asseguram uma taxa mais ou menos elevada de eficácia a tais vínculos.⁵¹⁶

Quer-se dizer, com isso, que a simples observância da norma não basta, já que ela não encontra validade em si mesma. Tal validade provém dos valores (político-criminais e político-tributários) eleitos pelo Estado Democrático de Direito e que estão encampados na Constituição.

Neste diapasão, além de ter uma função técnica de construção e interpretação do Direito penal, o princípio da legalidade também desempenha uma função política de realização de justiça penal. Disso decorre que o princípio da legalidade, no Estado constitucional, passa a compor-se, para além dos quatro desdobramentos clássicos, de um quinto e último elemento: *nulla crimen, nulla misura sine lege necessariae*.⁵¹⁷

Nota-se que esta idéia acaba por consagrar, também, o princípio da intervenção mínima, que é uma das pilastras que sustenta o Direito penal num Estado democrático.

Como indica Luiz LUISI, o princípio da legalidade, para evitar a deterioração do Direito penal através de sua hipertrofia, impõe o dever de se acoplar a faceta da necessidade.⁵¹⁸

Dito isso, certo é que a legalidade, quando consagrada em sua inteireza, cumpre a função decisiva na garantia de liberdades dos cidadãos frente ao poder punitivo Estatal.

Desde a formulação clássica de MONTESQUIEU⁵¹⁹, a legalidade, encarada sob o ângulo do indivíduo, contém a afirmação da liberdade como regra geral. E isso equivale a dizer que todo homem é livre para fazer tudo aquilo que a lei não lhe proíba expressamente, razão pela qual o Estado não pode exigir aquilo que não está delineado na lei.

É deste aspecto que resulta, em termos rigorosos, uma limitação para a atuação do Estado.

Por outro lado, quando é desrespeitada a legalidade (seja na totalidade ou

⁵¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 24.

⁵¹⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p. 273.

⁵¹⁸ LUISI, Luiz. Direito penal e revisão constitucional. *Revista dos Tribunais*. v. 729, p. 369-376, jul.1996. p.373-374.

em alguma de suas facetas), abre-se perigosa brecha para o alargamento discricionário e muitas vezes ilimitado do poder punitivo. Afinal, para que se possa combater o arbítrio e para que sejam respeitadas as liberdades individuais, há que se reconhecer uma seara garantida pela lei, na qual o Estado não pode intervir.

O arbítrio representa insegurança para o indivíduo e um desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

Assim, analisando o princípio (em sua inteireza) em relação a medida de segurança, é de se observar que o instituto, de fato, acaba consagrando apenas uma faceta meramente formal, entendida como lei competente e anterior. Todavia, não respeita em sua inteireza a idéia de lei estrita e, menos ainda, de lei certa e necessária.

A falta de clareza, a incerteza, a abstração que lhe são inerentes, estão firmadas desde o conceito de periculosidade – que, como já se observou, não goza de parâmetros concretos de definição – até os limites da execução da medida, visto que não há tempo máximo de previsão.

Uma vez submetido à medida de segurança, o indivíduo continuará a sofrer deste mal (o da imprevisibilidade e da incerteza) até que logre milagroso laudo de cessação de periculosidade que o possibilite retornar ao convívio em sociedade - o que é raríssimo (para não dizer impossível), pois para além da ausência dos sintomas da patologia, é também necessário ostentar um bom comportamento na instituição asilar e receber o respaldo familiar (leia-se, aceitação social), “critérios estes eminentemente ligados à prática clínica do perito”, como bem adverte Kátia MECLER.⁵²⁰

É por isso que se questionou no corpo do trabalho a legitimidade do perito, pois é na própria desmistificação de sua suposta objetividade ou certeza científica – que é a razão de ser do diagnóstico médico⁵²¹ - que se constatará os primeiros equívocos que cercam o instituto da medida de segurança.

⁵¹⁹ MONTESQUIEU. Op. cit., capítulo III e IV.

⁵²⁰ MECLER, Kátia. *Periculosidade e inimputabilidade*, p.103 Apud MATTOS, Virgílio de. Ob. cit, p. 90-91.

⁵²¹ “Afinal, se o juízo de periculosidade está sendo firmado, na realidade, com base em variáveis não médicas, melhor seria que fosse exercido por profissionais ou integrantes da própria sociedade, quiçá num órgão colegiado e interdisciplinar, cuja legitimidade de intervenção, desde o início, estaria sujeita a toda a espécie de escrutínio, até porque, desde o início, não mais se

Cabe lembrar, uma vez mais, das palavras de BECCARIA: “se existisse uma escala exata e universal de penas e delitos, teríamos uma medida provável e comum dos graus de tirania e de liberdade, do fundo de humanidade ou de maldade das diversas nações”.⁵²²

Nas lições de Miguel REALE JÚNIOR, “a periculosidade, como critério exclusivo para a aplicação de qualquer sanção, atende às necessidades de um direito penal totalitário, pois permite ampla discricionariedade quanto ao ajuizamento do estado perigoso, sendo viável ter-se, indiferentemente, rigor ou benevolência no campo da responsabilidade penal”.⁵²³

Assim, resta completamente inviável se falar em plena observância da legalidade em termos de medida, o que a torna inconstitucional frente ao modelo jurídico brasileiro.

Ademais, como indica BUSATO e HUPAYA, negar a aplicação de qualquer das vertentes do princípio da legalidade traduz-se em convivência para a criação de duas classes de cidadão: os que respondem e os que não respondem criminalmente (ou seja, que podem estar fora do alcance da norma penal). Assim, é possível dizer que uma ‘brecha’ desta natureza fere a própria idéia de Democracia e de igualdade⁵²⁴ - o que não pode ser aceito.

Como assinalara MONTESQUIEU, a idéia de igualdade está intimamente vinculada à própria estrutura do Estado de Direito, a ponto de ser possível asseverar que os contornos firmados pela lei possibilitam também definir o conceito, o conteúdo e o alcance desta igualdade.⁵²⁵

E dentre as variadas formatações da idéia de isonomia, importa destacar aquela que impõe um tratamento indiscriminado aos cidadãos perante o Direito – a qual está assegurada no artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como no artigo 5º da Constituição brasileira.⁵²⁶

esperaria de tais opiniões ‘objetividade ou cientificidade’ alguma” – In: SILVA, Eliezer Gomes da. *Transtornos...*, p. 92.

⁵²² BECCARIA, Cesare. Op. cit., p.100-101.

⁵²³ REALE JÚNIOR, Miguel. Prisão albergue, periculosidade e o novo Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.2, n. 3, p. 158-168, 1975. p. 163.

⁵²⁴ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito penal...*, 2 ed. p. 138-139.

⁵²⁵ MONTESQUIEU. Op. cit., p. 211.

⁵²⁶ Art.7º DUDH: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a

Tal idéia traduziu, num primeiro momento, o acolhimento da reivindicação liberal da igualdade que visava findar com os privilégios de alguns sobre outros.⁵²⁷

Por isso, é imprescindível que haja a igualdade de todos perante a lei, razão pela qual deve haver uma uniformização do estatuto jurídico para todos os homens: “é a igualdade perante o direito em geral, perante o direito como sistema”.⁵²⁸ Ser igual perante a lei implica em dizer que, antes de mais nada, o direito é um só para todos os homens, estando vedadas as discriminações e os privilégios.

Mas para além desta isonomia (meramente) formal, é também imprescindível que se leve em conta as variações e as peculiaridades que existem entre os diversos grupos que conformar uma determinada comunidade – afinal, as pessoas não são todas homogêneas. Assim, a compreensão exata da igualdade demanda que a leitura do artigo 5º da CR/88 seja realizada de maneira integrada com outras normas constitucionais, não apenas num aspecto negativo (de vedar privilégios), mas também sob um aspecto positivo: de compensar eventuais discrepâncias e hiposuficiência de determinadas pessoas ou grupos.⁵²⁹

Nesta perspectiva, resta também impossível se falar em igualdade em termos de medida de segurança, pois, como visto, vários são os direitos e benefícios negados aos inimputáveis refratários a norma penal que foram submetidos ao cruel tratamento conferido pela medida - o que os difere (formal e substancialmente) daqueles agentes culpáveis que receberam uma pena criminal.

presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação” – Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em: 15 jan. 2009. Também o Art. 5º CR/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...”.

⁵²⁷ Neste sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 211-227. E também: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 27-28.

⁵²⁸ Ibidem, p. 28.

⁵²⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p. 110-118. Neste sentido, a autora afirma que “não se aspira uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e faça suprimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais (físicas, de cor, sexo, raça, etc.) são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único”.

Ao mesmo passo, a compensação das deficiências que lhes são inerentes (face ao quadro clínico em que se encontra o doente mental), a qual é propugnada sob um aspecto positivo do princípio da isonomia, acaba também sendo olvidada no caso concreto – afinal, o almejado “tratamento”, que lhes poderia conferir a possibilidade de retornar ao convívio social, muitas vezes é negado dentro da instituição asilar, a qual acaba funcionando (numa lógica perversa) apenas como meio de segregação e controle do indesejado.

3.1.2 Desvirtuamento da Culpabilidade, Intervenção Mínima, Devido Processo Legal, Coisa Julgada e Humanização

Inicialmente, importa firmar que a bandeira erguida pelo movimento da defesa social, no sentido de que se deve sancionar o indivíduo perigoso, é equivocada. Certamente, periculosidade criminal não é sinônimo de necessidade social.

A experiência demonstra que o caráter puramente utilitário é arbitrário e vazio de sentido (o fato de ser útil não justifica tudo...!). Em um Estado democrático de Direito, “inaceitável constitui a imposição da medida de segurança por mera e obscura necessidade social, configurando o puro utilitarismo como ilimitado poder estatal, desrespeitando aos seus próprios destinatários. Imprescindível que sua aplicação seja justificada racional e moralmente”.⁵³⁰

É certo que muitos defendem a legitimidade da medida de segurança para proteção da macrosociedade, no sentido de que se deve sim segregar o “louco-infrator” para proteger a comunidade de possíveis perigos que este possa lhes trazer. Segundo esses autores⁵³¹, há sempre nestes casos a prevalência do interesse

⁵³⁰ FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p. 73-74.

⁵³¹ Como se vê, por exemplo, com: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 428-429; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1, p. 375-376; JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 545-546; MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1956, v. 1, p. 80. E este último, inclusive, aduz que 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, (...) manifesta uma criminalidade latente à espera do momento para exprimir-se no ato de delinquir (...), de todo danoso para o meio sociedade”.

público sobre o privado: segrega-se um para proteção dos demais.

Contudo, esta postura acaba legitimando, uma vez mais, o tratamento de inimigo a certa gama de indivíduos – consoante fórmula pregada por Günther JAKOBS.⁵³²

Sobre isso, FERRAJOLI assinala que os ordenamentos que legitimam a sanção em razão da personalidade do sujeito e na valoração de sua periculosidade, constituem-se em modelos do “tipo normativo de autor”.⁵³³

O que tais ordenamentos esquecem é, que com estas medidas, se está afastando outros valores que são igualmente importantes não apenas para o doente-infrator (singularmente considerado), mas para a sociedade como um todo: ampla defesa, contraditório, devido processo legal, dignidade, humanização, etc. Além disso, ao se retirar estas garantias fundamentais do doente mental criminoso, se está, em verdade, negando estes mesmos direitos à toda a população – afinal, amanhã o doente, o infrator, o perigoso, pode ser qualquer um.

Nesta perspectiva, é importante verificar como a medida de segurança acaba afrontando de maneira crucial outros dois princípios basilares do Direito penal, também assegurados pela Carta Magna, o que reafirma a sua inconstitucionalidade: fala-se, aqui, do princípio da culpabilidade e da intervenção mínima.

O primeiro veda a possibilidade de um crime ser praticado sem que o agente seja culpável. O termo culpabilidade pode ser elaborado, como aponta Cezar Roberto BITENCOURT,⁵³⁴ num triplo sentido: primeiramente, como fundamento da sanção, no sentido de que ao autor de um injusto penal somente seja cominada uma sanção caso sua conduta seja dotada de reprovabilidade, segundo requisitos prévia e objetivamente delineados pela ordem penal.

Num segundo sentido, culpabilidade impõe-se como limite da sanção, tolhendo a sua cominação além das finalidades do sistema penal. Por fim, como indicativo de uma responsabilização subjetiva, impedindo a imputação de um resultado a alguém sempre que este não tenha obrado, ao menos, culposamente.

A estas três perspectivas deve atentar o julgador, sempre que for prolatar

⁵³² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p.11.

⁵³³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 625.

⁵³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, v. 1, p. 44-45.

uma decisão no âmbito penal. Contudo, como bem indica Andrei SCHMIDT, há que se ressaltar que também ao legislador é imposto o dever de observar a culpabilidade quando da formulação das normas; afinal ao legislador também é imposta a vinculação de somente construir o sistema penal em estrita observância a estas diretrizes: “portanto, o princípio da culpabilidade, além de estabelecer o *nulla poena (ou nulla misura) sine culpa*, também resguarda o *nullum crimen sine culpa*”.⁵³⁵

A idéia é de que somente se pode atribuir a qualidade de uma ação (ou omissão) a dado comportamento humano, se ele for objeto de uma decisão. Como afirmava Von LISZT, “a idéia de ato supõe, pois, uma manifestação de vontade”⁵³⁶, e, assim, nada poderá ser objeto de proibição ou punição se não houver intencionalidade, ou seja, se não realizado o comportamento por alguém que tenha capacidade de entender e de querer.

Diante disso, o princípio da culpabilidade acaba fundando algumas premissas relevantes: primeiro, a idéia de que a tutela penal está sempre adstrita à reprovabilidade de determinadas condutas, e não de seus autores.

O princípio também garante aos indivíduos, nas palavras de HART, “prever e planificar o rumo futuro de sua vida partindo da estrutura coativa do direito”, assegurando-lhe, inclusive, que “quando as coisas vão mal, como ocorre quando se cometem erros ou se produzem acidentes, uma pessoa que haja feito o máximo possível para respeitar o direito, não será castigada”.⁵³⁷

É também relevante firmar que tudo aquilo que não seja fruto da capacidade intelectual e volitiva humana não pode ser objeto de verificação pelo direito penal, pois tal função não pode se desenvolver sobre possíveis atos futuros e incertos (como a probabilidade de reiterar condutas criminosas), mas tão somente para fatos concretos e pretéritos (para injustos culpáveis já realizados).

Neste contexto, o princípio da culpabilidade acaba por desdobrar-se em outros três sub-princípios: intranscendência, responsabilidade pelo fato e responsabilidade subjetiva.

Com o primeiro, quer-se dizer que ninguém poderá ser punido por fato que

⁵³⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p. 127.

⁵³⁶ LISZT, Anselm Von. *Tratado de...*, p. 297.

não praticou, e, assim, fica vedada a possibilidade de responsabilização coletiva – é o que previu o artigo 5º, inciso XLV da CR/88, quando afirmou que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, e o inciso LVII do mesmo artigo, ao consagrar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

O segundo indica que somente as condutas descritas como ilícitas pelo ordenamento poderão ser alvo de responsabilização penal e desde que estas sejam exteriorizadas pelo agente, posto que a simples *cogitatio* não é punível. É esta faceta da culpabilidade que obriga o legislador a conceber um Direito penal do fato, em contraposição a um Direito penal do autor (do inimigo), pois a tutela penal não pode desprezar os fatos para punir simplesmente o modo de ser dos indivíduos.

Nas lições de HOBBS, “as leis são postas para regular ações, produto da nossa vontade, e não as opiniões nem a fé, que estão fora do nosso alcance, sobretudo a fé, que não é produto da nossa vontade”.⁵³⁸ Por este motivo, qualquer esboço de se promover um direito penal do inimigo, que julgue e puna a pessoa pelo que ela é – por exemplo, um agente perigoso – e não pelo que fez, torna-se automaticamente inconstitucional.

Como atesta Andrei SCHMIDT, “meros vícios ou estados pessoais, quando não lesivos de bens jurídicos alheios, além da ‘maldade interna’ dos indivíduos, não podem ser objeto de tutela penal”.⁵³⁹

Por fim, consagra a idéia de que o resultado penalmente relevante, para ser atribuído à conduta de uma pessoa, não depende apenas de um nexo de causalidade. Partindo do pressuposto de que somente fatos humanos podem ser objeto de responsabilização penal, certo é que, dentre estes, somente aqueles em que o agente perseguiu o resultado lesivo ou, excepcionalmente, não previu o possível dano pela quebra do dever de cuidado. Assim, ficam de fora do Direito penal as fórmulas da responsabilidade objetiva e de responsabilidade pelo mero resultado.

Este último sub-princípio vem sendo alvo de constante bombardeio frente aos discursos alarmistas provocados pela ideologia do medo e pelas políticas

⁵³⁷ HART, Herbert. *Responsabilidade e pena...*, p. 208 Apud FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 491.

⁵³⁸ HOBBS, Tomas. Op. cit., p. 235.

oriundas do Direito americano da “Lei e Ordem”, que tentam subverter o papel do Direito penal.⁵⁴⁰

A concepção clássico-liberal que propunha a descriminalização das condutas e a atenuação das sanções parece, agora, ter se transmudado para uma nova lógica de criminalização e aumento das reprimendas penais, orientando-se não mais à proteção dos clássicos bens jurídicos do indivíduo, mas sim dos interesses gerais camuflados na teratológica expressão “bem-estar social”.⁵⁴¹

Diante disso, com a total predominância, nos dias atuais, da criminalidade de perigo em detrimento da criminalidade de dano, e, na busca de um falacioso “direito penal eficiente”, acaba o princípio da culpabilidade por restar quase que esvaziado em seu real conteúdo, esquecendo-se que o Direito penal deve figurar como limitador do poder de punir.

A questão é que, com isso, a sociedade vive uma verdadeira crise da reprovabilidade, em que não se sabe mais, com antecedência e certeza, aquilo que é ou não reprovável e, principalmente, aquilo que implicará (ou não) em sanção penal.

É por isso que o discurso utilitarista não serve ao Direito penal, de modo que a idéia de que “os fins justificam os meios” não deve valer em hipótese penal alguma. Mesmo porque, não será com o atropelamento das garantias individuais que os desvios sociais deverão ser controlados, o que faz do discurso do Direito penal máximo um discurso falacioso e vazio de sentido.

Nota-se, assim, que o marco da culpabilidade, para fins de fixação da sanção, irá depender dos fundamentos (“por que proibir, processar e punir?”⁵⁴²) eleitos por uma ordem jurídica, os quais deverão acompanhar não apenas o trabalho do legislador, como também o trabalho do magistrado.

Certo é que a culpabilidade inviabiliza respostas penais que excedam os

⁵³⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p. 129.

⁵⁴⁰ GLASSMER, Barry. *Cultura do Medo*. São Paulo: Francis, 2003; PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas...*, p.131; Sobre a ideologia americana da “Law and Order”, ver: WACQUANT, Löic. *Punir os pobres...*, p. 28 e s.; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro...*, p. 632 e s. E ainda MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um processo penal democrático: críticas à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.29-40.

⁵⁴¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p.130

⁵⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p.169 e s.

limites da reprovação, e sendo a medida de segurança uma espécie de sanção que não goza de limitação definida – exatamente por prescindir da culpa (*lato sensu*) do agente e exigir apenas uma possível periculosidade -, tal instituto não se adequa ao princípio constitucional da culpabilidade.

Outro princípio que também é afetado com pela estrutura ilógica da medida de segurança é o da *necessidade*, também conhecido como “intervenção mínima”, que, como visto, possui certa vinculação com a própria legalidade (idéia de *lex necessaria*). Tal princípio possui, como premissa, a idéia de restringir, ao mínimo possível, os direitos do cidadão, a fim de se conseguir o máximo de liberdade: “A tarefa do direito penal é precisamente a de intervir o mínimo possível para conseguir o máximo de liberdade”.⁵⁴³

Este princípio foi primeiramente previsto no art. 8º da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789, e traduz a seguinte lógica: somente se admite a imposição de reprimendas penais quando extremamente necessária, vedando-se tipificações e sanções supérfluas, vagas e indeterminadas.⁵⁴⁴ A idéia é a de que o Direito penal só se legitima quando insuficiente o amparo dado por outros ramos do ordenamento jurídico (*ultima ratio*; idéia de subsidiariedade, fragmentariedade da interferência criminal). O Estado deve ser minimalista no Direito penal, para garantir mais liberdade ao cidadão.⁵⁴⁵

Este princípio também motivou o surgimento de um movimento para descriminalização, despenalização e desjudicialização de condutas – com o objetivo de evitar exatamente a intervenção excessiva do direito penal. Este movimento

⁵⁴³ CARBONEL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepts y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 194.

⁵⁴⁴ Art. 8º DDHC: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html> Acesso em: 08 jan. 2009.

⁵⁴⁵ A legitimação da medida decorre “de sua finalidade global de defesa social, isto é, de presunção de injustos penais futuros por ato de autor perigoso, inaceitáveis nos limites da paz social”. O que o autor quer dizer é que o princípio da defesa social deve, por certo, ser congregado com o p.p da ponderação de bens conflitantes, que, nos dizeres de Roxin, a liberdade do imputável ou inimputável só pode ser suprimida “quando o seu uso conduza, com alta probabilidade, a prejuízos de outras pessoas que, na sua globalidade, pesa mais do que as limitações que o causador do perigo deve sofrer com a medida de segurança”. Acrescenta, ainda, que Jescheck lembra dos dois grandes objetivos a serem alcançados pela medida de segurança: proteger a macrosociedade frente aos futuros delitos e alcançar efeitos ressocializantes sobre o autor do injusto penal – In: COSTA, Álvaro Mayrink da. *Medida de Segurança...*, p. 03-24.

abarcam um conjunto de medidas usadas pelas instâncias formais de controle com o intuito de alcançar soluções informais aos conflitos jurídicos de menor relevância. Com sua incidência, implementam-se medidas anteriores ao momento processual de determinação de punição, tentando evitar que o cidadão seja estigmatizado pelo Direito penal.⁵⁴⁶

Tal princípio prescreve que as proibições legais de natureza penal, por possuírem a potencialidade de lesar um dos mais valiosos bens jurídicos dos indivíduos – a liberdade –, somente devem ser editadas quando estritamente imprescindíveis.

Neste tocante, basta lembrar da idéia trazida por MONTESQUIEU, no sentido de que “quando um povo é virtuoso, precisa de poucas penas”.⁵⁴⁷

É nessa perspectiva que se consagra ao Direito penal a idéia de *ultima ratio*. Deste modo, o Direito penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando tal proteção possa ser obtida por outros meios (jurídicos ou não) menos lesivos aos direitos individuais, o que nada mais é do que a exegese lógica do Estado democrático.

Deste princípio decorrem duas características estruturantes do Direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade.⁵⁴⁸

A noção de fragmentariedade foi primeiramente anotada por BINDING, que afirmava que o Direito penal não deveria sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos que protege, mas somente as modalidades de ataque mais perigosas para eles. Neste sentido, a lógica disciplinar restaria amplamente contrária aos postulados da fragmentariedade, pois com ela tenta-se fiscalizar, prever e punir tudo o quanto for possível.⁵⁴⁹

Já a subsidiariedade, enquanto reflexo do princípio da proporcionalidade, indica que o fim e o fundamento de uma intervenção devem restar justificados com os efeitos desta, a fim de que se torne possível o controle de eventuais excessos.⁵⁵⁰

Neste diapasão, importa ressaltar que a noção de proporcionalidade

⁵⁴⁶ FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p.114.

⁵⁴⁷ MONTESQUIEU. Op. cit., p. 94.

⁵⁴⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais...*, p. 26.

⁵⁴⁹ BINDING, K. *Grundriss des deutsche Strafrechts*, 1975 Apud MIR PUIGI, Santiago.

Op. cit., p. 90.

⁵⁵⁰ IHERING, Rudolf Von. Op. cit., p. 27.

traduz exatamente essa idéia de proibição de excessos; visa garantir a esfera de liberdade individual, limitando a interferência do poder estatal, contestando ingerências desnecessárias, inadequadas ou desproporcionais.⁵⁵¹

E este princípio se subdivide em três facetas – as quais devem (ou ao menos deveriam) ser respeitadas pela medida de segurança: a da efetiva necessidade, da adequação e da limitação de seus objetivos.⁵⁵²

Portanto, não basta a afirmação de que o Direito penal, nas palavras de MIR PUIG, “não há de sancionar todas as condutas lesivas dos bens que protege, mas sim, somente, as modalidades de ataque mais perigosas para eles”.⁵⁵³

Em havendo a possibilidade de se aplicar uma sanção que não tenha parâmetros máximos previamente delimitados, não apenas gerar-se-á a insegurança jurídica, como também se legitimará a aplicação de reações desproporcionais aos delitos praticados, marcando um verdadeiro retrocesso ao período da vingança privada.

Firme-se que esta idéia de se conceber o Direito penal como *ultima ratio* não deve ser encarada como mera exigência político-judiciária dirigida ao legislador, ou como mera recomendação.⁵⁵⁴ Na verdade, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, onde a idéia de justiça social é também um dos objetivos fundamentais do ordenamento (como ocorre com a República Federativa do Brasil – artigo 3º, I da CR/88), a idéia de intervenção mínima é alçada à categoria de norma constitucional, a qual exige observância plena.

Ora, se a própria Carta Magna enuncia expressamente a limitação do Estado ao desenvolvimento de uma “sociedade livre, justa e solidária”, não se podem legitimar internamente as normas penais editadas à margem de um

⁵⁵¹ FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit., p. 100.

⁵⁵² Assim, “necessidade e subsidiariedade estão traduzidos na idéia de proibição de excessos, de modo que a medida de segurança somente será aplicada se imprescindível. Tal princípio, reflexo da idéia de que o Direito penal é a *ultima ratio*, permite-nos concluir que a medida de segurança é uma medida subsidiária, conferindo-se primazia a outras ações jurídicas menos gravosas ao indivíduo: constituirão o exame do bem jurídico tutelado e a carência de sua tutela criminal, incidindo a medida de segurança tão-somente quando efetiva a carência à salvaguarda de outros interesse e direitos constitucionais protegidos (...) Adequação ou suficiência: a medida de segurança deve ser adequada aos seus fins (ressocialização e tratamento do doente). Proporcionalidade em sentido estrito: a carga de medida de segurança não pode ser desajustada, excessiva” - *Ibidem*, p. 101-103

⁵⁵³ MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 90.

⁵⁵⁴ Embora tal perspectiva seja defendida por alguns, como, por exemplo: MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 34.

exaurimento dos demais mecanismos capazes de controlar o desvio social. Por isso, é dever observar a idéia de intervenção mínima e os princípios dela decorrentes, sob pena de se estar diante de uma norma inconstitucional. Assim, o princípio passa a ser um critério de legitimação interna do ordenamento jurídico, vinculado, por certo, à idéia de culpabilidade e de legalidade.⁵⁵⁵

Mas é aí vem o grande problema: como se pode falar em intervenção mínima frente a uma medida que visa a segregar indefinidamente um número cada vez mais de indesejados – assim identificados como sendo os ‘perigosos’? a resposta é clara: a medida de segurança, ao encampar a lógica disciplinar de amplo controle social e normalização, acaba arrostando a idéia de subsidiariedade e de fragmentariedade inerentes ao Direito penal, o que também a torna inconstitucional.

E não para por aí. Como indica Luigi FERRAJOLI, no procedimento para imposição da medida, não há fato algum a ser provado e sim uma determinada qualidade do sujeito é que deve ser declarada: o estado perigoso.⁵⁵⁶ É por isso que se consagra que as averiguações psiquiátricas sobre o tema são alicerçadas apenas em meras probabilidade de risco social, o que gera um grave problema: fica difícil (se não impossível) refutar o laudo psiquiátrico.

Como recorda Salo de CARVALHO, uma das principais distinções entre o sistema inquisitivo e o acusatório-garantista se manifesta no que diz respeito à existência de possibilidade de concreta refutação das hipótese acusatórias – e isso não é possível na medida de segurança.⁵⁵⁷

Portanto, o instituto também afronta o ditame constitucional que garante o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa: artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição da República.

No mesmo sentido, indaga-se Aury LOPES JÚNIOR: “ como refutar esse exercício de vidência por parte do magistrado? Como provar (como se o imputado tivesse que provar algo...) que no futuro não irá cometer nenhum crime?”⁵⁵⁸

É preocupante que decisões judiciais sobre uma eventual privação indefinida da liberdade do sujeito sejam baseadas em pareceres médicos de índole puramente inquisitorial. “O laudo pode até oferecer uma impressão sobre a

⁵⁵⁵ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit., p. 331.

⁵⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 783.

⁵⁵⁷ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias...*, p. 199.

periculosidade do autor, mas tal conceito não é da competência exclusiva do perito (...). É antes um conceito de senso comum, que pode ou não ser reforçado pelas evidências técnicas ou clínicas apontadas na perícia”.⁵⁵⁹

Mesmo porque, há o risco de manipulação (do próprio conceito de risco e, por consequência, do de periculosidade) pelos meios de comunicação de massas – como bem indica Alexandre Morais da ROSA, Sylvio Lourenço SILVEIRA FILHO e outros -, fazendo com que a dita opinião pública não passe de “opinião publicada”, com evidente prejuízos a todos.⁵⁶⁰

Com isso, facilmente se percebe que quando se mantém uma pessoa segregada em nome da segurança, da paz ou da ordem pública, baseado na possibilidade de reiteração da conduta criminosa, está se atendendo não aos ditames de um Direito penal ou processual democrático, mas sim a uma função estritamente de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto fundamental da ciência penal.⁵⁶¹

Toda esta situação permite, uma vez mais, verificar a total inconstitucionalidade do instituto, mesmo porque, a única presunção que a Constituição permite, em termos penais, é a presunção de inocência (artigo 5º, LVII da CR/88) – nunca a de periculosidade: “é absolutamente inaceitável, diante da flagrante inconstitucionalidade, a futurologia periculista que é invocada para aplicação de uma medida de segurança, com base na ‘possível’ reiteração de injustos penais”.⁵⁶²

Neste tocante, é relevante trazer o escólio jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão relatado pelo Desembargador Amilton

⁵⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal...*, p.209.

⁵⁵⁹ CORONEL, Luiz Carlos Illafont. Manicômio ou Presídio? A Imputabilidade Penal. In: CORONEL, Luiz Carlos Illafont (Org.). *Psiquiatria legal: informações científicas para o leigo*. Porto Alegre: Conceito, 2004, p. 103-104.

⁵⁶⁰ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. Op. cit., p. 07: “No âmbito do sistema penal, os meios de comunicação exercem um importante papel ideológico, pois sem eles não seira possível induzi os medos no sentido desejado, nem reproduzir os fatos conflitivos interessantes, ou seja, no momento em que são favoráveis ao poder das agências do sistema penal”. No mesmo sentido: LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal...*, 5, p. 211. E ainda: BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n.12, p. 271-288, jul./dez. 2002, p. 274; CONTREA, Malena Segura. *Mídia e pânico: saturação da informação, violência e crise cultural na mídia*. São Paulo: Annablume: FPESP, 2002. p. 53. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 128.

⁵⁶¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal...*, p.208.

⁵⁶² Idem.

Bueno de CARVALHO:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS LEGAIS. PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE PELA PROBABILIDADE DE REINCIDÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. - A futurologia perigosista, reflexo da absorção do aparato teórico da Escola Positiva - que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo) - tem acarretado a proliferação de regras e técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde o sujeito - considerado como portador de uma perigosidade social da qual não pode subtrair-se - torna-se presa fácil ao aniquilante sistema de exclusão social. - A ordem pública, requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto desta ideologia perigosista) - portanto antidemocrático -, facilmente enquadrável a qualquer situação, é aqui genérica e abstratamente invocada - mera repetição da lei -, já que nenhum dado fático, objetivo e concreto, há a sustentá-la. Fundamento prisional genérico, anti-garantista, insuficiente, portanto! - A gravidade do delito, por si só, também não sustenta o cárcere extemporâneo: ausente previsão constitucional e legal de prisão automática por qualquer espécie delitiva. Necessária, e sempre, a presença dos requisitos legais (apelação-crime 70006140693, j. em 12/03/2003). – à unanimidade, concederam a ordem.⁵⁶³

Ainda nesta perspectiva, é questionável o fato de que se advém uma doença mental ao indivíduo que era penalmente imputável a época do fato, o processo penal será imediatamente suspenso, até que ele se restabeleça (exegese do contraditório e da ampla defesa firmadas no art. 152, *caput* do CPP⁵⁶⁴), enquanto que àquele que era inimputável quando da prática da infração será nomeado um curador para acompanhar-lhe até o final da instrução (*ex vi* art. 151 do CPP).

Ou seja, não lhe é oportunizado um verdadeiro e efetivo contraditório. Tal perspectiva, além de afrontar a idéia de igualdade, também importa em uma séria mácula ao devido processo legal.

Noutro giro, a idéia de periculosidade também implica num afronte ao princípio do *non bis in idem* e ao da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CR/88), uma vez que se aplica ou se mantêm uma sanção com base na possibilidade de reiteração da conduta desviante.

Lembre-se ainda que uma pena pode ser transmutada em medida de segurança, bastando para tal que sobrevenha a insanidade mental e a verificação pericial da periculosidade do agente no curso da execução – casos em que o condenado já sentenciado (com decisão definitiva) será encaminhado ao

⁵⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus n.º 70006140693*, Quinta Câmara Criminal, Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 23 mar. 2003.

“manicômio judiciário” (conforme disposição do art. 154 e art. 682 do CPP).

Ou seja, a medida de segurança, por estar fundada na noção de periculosidade, não faz verdadeira coisa julgada e nem a pressupõe. Neste quadrante, partindo do pressuposto que a base da Jurisdição está fundada exatamente na idéia de coisa julgada – como bem destaca Clara Maria Roman BORGES⁵⁶⁵ -, e que a medida de segurança não a respeita, certamente não há que se falar em jurisdicionalidade, mas sim em “*administrativização*” das medidas.

Essa “material administrativização” da medida de segurança é ainda agravada pelo fato – já abordado no bojo do trabalho – de que compete ao perito médico a missão primária de definir a existência (ou não) de periculosidade no agente. Afinal, o perito médico é um agente administrativo do Estado, mesmo quando atua a mando do poder Judiciário (como ocorre nos incidentes de sanidade mental).

Em suma, quando o Magistrado processa e impõe a determinado sujeito uma medida de segurança, na verdade está atuando administrativamente e não jurisdicionalmente. O que implica em dizer que o controle jurisdicional é puramente formal – realizado ao final do processo, a título de simples chancela -, pois quem detém materialmente o poder é, no fundo, o perito.

É exatamente o que se verifica nos casos de medida de segurança: um processo administrativo, sem contraditório, sem ampla defesa, sem devido processo legal, sem coisa julgada e que, ao final, traduz-se numa absolvição (imprópria) que implica na aplicação de uma sanção incrivelmente mais severa que a própria pena.

É por isso que a periculosidade – bem como o instituto da medida de

⁵⁶⁴ Note-se, ainda, que uma vez restabelecido o acusado, retomando-se o processo, poderá ele ainda pleitear a reinquirição de testemunhas que tenham sido ouvidas sem a sua presença – conforme indica o parágrafo segundo do art. 157 do CPP.

⁵⁶⁵ “O conceito carneluttiano, que estabelece a resolução de lides como fim imediato da jurisdição, não serve para traduzir o atuar jurisdicional no processo penal na medida em que foi concebido sob a égide da chamada Teoria Geral do Processo e, conseqüentemente, a partir de elementos privatistas incompatíveis com os fundamentos publicistas deste. As críticas objetivistas a esta definição deixaram claro que num processo de essência inquisitória, tal como aquele desenvolvido na esfera penal, a jurisdição atua independentemente da existência de conflitos e tem como finalidade a dicção do direito no caso concreto de forma definitiva. Nesta perspectiva, entende-se que o critério capaz de distinguir a jurisdição das demais atuações estatais não é seu escopo de solucionar conflitos, mas a tendência que seus atos têm de produzir coisa julgada” – In: BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. Curitiba, 2005. 200 f. Tese (doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

segurança - deve ser extirpada dos Estados Democráticos de Direito, pois é inteiramente inviável o seu manejo diante de uma oxigenação constitucional.⁵⁶⁶

Afinal, em um Estado democrático de Direito, veda-se a criação, a aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra sanção que atente contra a dignidade da pessoa humana. Ademais, qualquer sanção que seja insuscetíveis de cumprir as finalidades de sua justificação não devem ser impostas por consagrarem verdadeiro retorno ao estado de arbítrio em detrimento de posturas mais esclarecidas do poder estatal diante do crime.

Constata-se, portanto, que a medida de segurança fere também aquele que é, talvez, o mais importante de todos os dispositivos constitucionais: o art. 1º, inciso III da CR/88, que pronuncia o respeito à dignidade da pessoa humana.

Como indica José de Faria COSTA, “se as antinomias podem surgir entre valores supra-individuais impostos pelo Estado e os valores do homem concreto, ainda que delinquente, elas (as medidas de segurança) sempre deverão desaparecer quando esteja em perigo a dignidade humana”⁵⁶⁷, pois só assim o Estado Democrático cumpre seu escopo básico: o respeito pela dignidade da pessoa.

A proteção e a defesa das garantias constitucionalmente previstas é o maior de todos os interesses públicos. Por essa razão não se pode defender a medida penal de segurança em hipótese alguma, mesmo se há fundada suspeita de reiteração da conduta por parte do inimputável.

E o que mais impressiona é que embora seja flagrante a inconstitucionalidade do instituto, poucos são os constitucionalistas brasileiros que se debruçam sobre o tema.⁵⁶⁸

Mas uma coisa é certa: por todo exposto, dentro da ordem constitucional brasileira, a medida de segurança não tem espaço.

⁵⁶⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolagem de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 355.

⁵⁶⁷ COSTA, José de Faria. *Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objetiva no direito penal português*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 14.

⁵⁶⁸ Segundo MATTOS, no Brasil, apenas Menelick de Carvalho NETTO e José Luiz Quadros de MAGALHÃES, nos últimos anos, é que têm trabalhado sobre o tema com a ótica da não-recepção da medida de segurança pela *norma normarum* – MATTOS, Virgílio de. Op. cit., p.96.

3.2 GARANTISMO PENAL: POSSÍVEL ALTERNATIVA?

3.2.1 Sistemas Penais Garantistas e Autoritários

Frente aos princípios que regem o Direito penal, é possível concluir que a Constituição – que os prevê explícita ou implicitamente – figura como limitadora do poder punitivo estatal. Toda ela é, no fundo, garantia de liberdade.

Com efeito, ao poder jamais é dado ir além das fronteiras que lhe foram estabelecidas.⁵⁶⁹ Nos dizeres imortalizados de Rui BARBOSA: “garantias constitucionais vêm a ser (...), acima de tudo as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas”.⁵⁷⁰

E toda vez que o exercício do poder passa dos limites impostos por estas garantias, sua ação se torna ilegítima – e isto ocorre com a medida de segurança.

Ressalta-se que a efetiva sujeição do Estado ao Direito e, ao mesmo tempo, a proteção dos direitos fundamentais fica totalmente descoberta quando o ordenamento penal prevê a possibilidade da aplicação de uma sanção preventiva, profilática e indeterminada, fulcrada meramente num juízo subjetivo e abstrato de periculosidade do agente.

Assim, é possível assegurar que um instituto jurídico-penal – como é caso das medidas de segurança - que visa o controle do perigo *in abstracto* por parte do Estado é totalmente antigarantista, pois abre margem para uma atuação punitiva estatal desenfreada e violenta contra os cidadãos, em franco desrespeito aos direitos que lhe são assegurados na Carta Magna.

Por isso, é possível asseverar que a formulação garantista do Direito, hodiernamente defendida por Luigi FERRAJOLI, figura como uma leitura adequada ao problema das medidas de segurança, visto que tal marco teórico deflagra a total inutilidade do instituto, bem como impõe a necessidade de seu definitivo banimento da seara penal.

⁵⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p.86-87.

⁵⁷⁰ BARBOSA, Rui. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934, v. 6. p. 279.

Neste tocante, mister firmar que são duas as premissas que conformam o “sistema do garantismo penal” (SG): o *convencionalismo* e o *cognitivismo*, os quais são refletidos, respectivamente, nos princípios da estrita legalidade e estrita jurisdicionalidade.⁵⁷¹ Ou seja, a idéia de que a lei deve prescrever com taxatividade, anterioridade e precisão as hipóteses empíricas puníveis, e que o juiz deve manter obediência estrita à ela.

Trata-se de um sistema proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas – como ocorre com o modelo de “Direito penal do inimigo” firmado por JAKOBS⁵⁷² ou o de “Direito penal de duas velocidades” cunhado por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ⁵⁷³ (que nada mais é do que o modelo das medidas de segurança).

Sob tal perspectiva, exige-se que o desvio punível não seja construído e sim regulado (verificado) pelo sistema penal, razão pela qual é necessário que o juízo penal seja dotado de caráter recognitivo das normas e cognitivo dos fatos por

⁵⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 29.

⁵⁷² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 21-49. Segundo JAKOBS, o Direito penal deveria habilitar o poder punitivo em duas frentes: de uma maneira para os cidadãos e de outra para os inimigos, reservando o caráter de pessoa para os primeiros e considerando ‘não-pessoas’ os segundos. Para os primeiros, o Direito penal continuaria trabalhando dentro de uma perspectiva liberal, com todas as garantias que são inerentes ao cidadão, e com uma sanção que cumpre a função de reafirmar a vigência da norma; já os segundos não, estes teriam um tratamento diferenciado, sendo que o Direito Penal iria operar como um puro impedimento físico.

⁵⁷³ Para o autor, é possível verificar algumas “velocidades” no âmbito do Direito penal. A primeira se refere às garantias conferidas pelo Direito clássico às penas privativas de liberdade. A segunda (batizada de “Direito penal reparador”) diz respeito às penas restritivas de direito e à possibilidade flexibilização das garantias clássicas, na exata proporção da gravidade de sua sanção. Por fim, o autor admite uma “terceira velocidade” do Direito penal (que diz respeito exatamente à idéia de inimigo), a qual combinaria o Direito penal da prisão com a flexibilização de garantias, em caráter excepcional, para enfrentar fenômenos de criminalidade capazes de desnaturar o Estado de Direito (como os casos de terrorismo, crime organizado, etc.). Assim afirma o autor que “... em casos dessa natureza surgem dificuldades adicionais de persecução e prova. Daí porque, nesses âmbitos, em que a conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal, se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização das garantias substantivas e processuais. Porém, em todo o caso convém ressaltar que o Direito Penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos ‘de emergência’, uma vez que expressão de uma espécie de ‘Direito de guerra’ com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação (...). Certamente ela teria que se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência. (...) Tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal ‘da normalidade’, seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerando o Direito Penal da terceira velocidade um ‘mal’, este se configura

elas regulados - ao que FERRAJOLI chama de “cognitivismo penal”.⁵⁷⁴

Neste diapasão, a formalização de um modelo de direito penal fundado sob um marco garantista – intitulada de “modelo-ideal do SG”⁵⁷⁵ -, demanda a constatação de certos axiomas, que podem ser traduzidos nas seguintes formulações: não há sanção sem crime, nem crime sem lei; só há lei se for necessário e só há necessidade se houver ofensa; só há ofensa se houver ação e só se verifica a ação se constatada a culpa; também não há culpa se não houver juízo e não há juízo sem acusação; não há acusação sem prova e não há prova sem defesa.⁵⁷⁶

Tais axiomas acabam conformando os seguintes princípios basilares: princípio da retributividade; princípio da legalidade; princípio da necessidade; princípio da lesividade; princípio da materialidade; princípio da culpabilidade pessoal; princípio da jurisdicionalidade; princípio acusatório; princípio do ônus da prova; princípio do contraditório ou da defesa. Princípios estes que, uma vez incorporados aos códigos e Constituições (a partir do século XVIII e XIX),

como um ‘mal menor’...” – In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. São Paulo: RT, 2002. p. 150-151.

⁵⁷⁴ Ou seja, o pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei, mas também pela hipótese de acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial - a idéia é expressa na máxima: *nulla poena/misura et nulla culpa sine iudicio*. Mas é também preciso que o juízo não seja apodítico, mas se baseie no controle empírico, razão pela qual a hipótese acusatória seja concretamente submetida a verificações e expostas à refutações – segundo a *máxima nullum iudicium sine probatione*. É daí que deriva um modelo teórico e normativo de processo penal “como processo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negação das quais seja predicáveis a verdade ou a falsidade processual” – In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p.32-33.

⁵⁷⁵ Neste tocante, importa firmar que “a categoria do tipo ideal é a ponte que liga o componente subjetivo nas ciências da cultura com o conhecimento estritamente empírico. O tipo ideal é o principal meio metodológico tanto para estabelecer o significado cultural dos fenômenos, quanto para formular proposições empíricas sobre eles. O conceito de tipo ideal é obtido pelo realce unilateral de um ou de vários pontos de vista e a reunião de uma multidão de fenômenos singulares, difusos e discretos que se encaixam naqueles pontos de vista dentro do quadro conceptual em si unitário. Essa unidade conceptual é o que confere ao tipo ideal a univocidade que permite a objetividade na comparação de vários fenômenos do mesmo tipo. O tipo ideal é o modo de construção de conceitos peculiar ao método histórico ou individualizante, cujo sabemos que é o estudo da realidade e dos fenômenos em sua singularidade” – In: MALISKA, Marcos Augusto. *Max Weber e o Estado Racional Moderno. Revista Eletrônica do Centro de Estudos Jurídicos*. Curitiba, v. 1, p. 15-28. 2007. Ver também: SAINT-PIERRE, Héctor L. *Max Weber: entre a paixão e a razão*. Campinas: Unicamp, 1994. p.67-83

⁵⁷⁶ Nos máximas de Ferrajoli: *nulla poena/misura sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex sine necessitate; nulla necessitas sine injuria; nulla injuria sine actione; nulla actione sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione* – In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 73-74.

converteram-se em fundamentos jurídicos estruturantes do próprio Estado democrático de Direito.⁵⁷⁷

Importa destacar que todos estes axiomas/princípios garantistas não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deve ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deve satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. “Trata-se, pois, de implicações deônticas, normativas ou de dever ser, cuja conotação nos diversos sistemas dará vida a modelos deônticos, normativos ou axiológicos”.⁵⁷⁸

Cada uma das implicações deônticas de que se compõe um modelo de Direito penal enuncia, portanto, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilização na esfera penal e para a aplicação da cabível reprimenda.⁵⁷⁹

Note-se que tal implicação não torna a punição compulsória, ao contrário: em verdade ela impõe uma barreira para que possa haver punição, bem como delimita onde se está vedado punir. “A função específica das garantias no direito penal, na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva”.⁵⁸⁰

FERRAJOLI afirma que “ao estarem conectados entre si os dez princípios do sistema garantista, cada um deles estará reforçado e especificamente conotado pelos demais, no sentido de que o alcance garantista de cada um dos axiomas será tanto maior quanto mais numerosas sejam suas conexões”. Desta constatação também deriva a idéia de que o todo o sistema garantista pode estar debilitado quando alguma destas premissas seja olvidada.

É com base nestas pilastras que se pode formular uma tipologia dos modelos teóricos de Direito penal, segundo o número ou o tipo de garantias asseguradas por ele (ou seja, segundo o grau em que se aproximam ou afastam de seu “modelo-limite de SG”). E tal tipologia acaba servindo para identificação dos perfis de irracionalidade, de injustiça e de invalidez de um sistema penal.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ Ibidem, p. 75.

⁵⁷⁸ Ibidem, p. 74.

⁵⁷⁹ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 121.

⁵⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 74.

⁵⁸¹ Ibidem, p. 75.

O certo é que dentre todos os princípios garantistas expressos pelos dez axiomas e teses deles derivadas, aquele que marca de forma especial o modelo cognitivo do sistema propugnado por FERRAJOLI é o *princípio da legalidade estrita*, pois dele deriva todas as demais garantias.

Aqui, importa lembrar que a legalidade pode ser vista sob um duplo sentido: no sentido lato (mera legalidade), o princípio se identifica como reserva relativa de lei; já no sentido estrito (legalidade estrita), o princípio se identifica como reserva absoluta de lei.

A mera legalidade é um princípio convencionalista dirigida aos juízes, enquanto que a legalidade estrita é uma norma dirigida primeiramente ao próprio legislador, “a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados”.⁵⁸²

Como observado, a simples legalidade da forma é condição da vigência ou existência das normas que prevêm mandamentos penais, qualquer que seja o conteúdo; já a legalidade estrita ou taxativa dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, é uma condição de validade ou legitimidade de tais mandamentos – e tal será exigido em um modelo ideal de garantismo.

Ademais, é de se ver que este princípio de legalidade estrita, por implicar em todas as demais garantias, acaba também por construir o pressuposto da estrita jurisdicionalidade do sistema:

... enquanto a *legalidade estrita* garante a verificabilidade e a falseabilidade dos tipos penais abstratos, assegurando, mediante as garantias penais, a denotação taxativa da ação, do dano e da culpabilidade, que formam seus elementos constitutivos, o princípio da *jurisdicionalidade estrita* garante a verificação e a falseabilidade dos tipos penais concretos, assegurando mediante as garantias processuais os pressupostos empíricos do ônus da prova a cargo da acusação e do direito de contestação por parte da defesa.⁵⁸³

Assim, o princípio da estrita legalidade acaba não dando margem para normas constitutivas (que se baseiam em caracteres pessoais): aquelas que criam ou constituem as situações de desvio sem nada prescrever, mas somente regras de comportamento que estabelecem uma proibição. A legalidade estrita requer normas

⁵⁸² Ibidem, p. 76.

⁵⁸³ Ibidem, p. 77.

regulamentadoras do desvio punível (que se baseiam em fatos), excluindo qualquer configuração ontológica ou extralegal.

Melhor dizendo: "... o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei". E mais, a "lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito".⁵⁸⁴

Tais idéias acabam por assegurar, reflexamente, duas garantias constitucionais ao indivíduo: primeira, de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que, ao ser punível somente o que está proibido na lei, fica vedada a ingerência sancionatória indiscriminada por parte do Estado.⁵⁸⁵ A segunda, a garantia de igualdade jurídica entre os cidadãos perante a lei, pois ninguém poderá ser discriminado aprioristicamente em razão de condições pessoais, políticas, sociais ou econômicas.⁵⁸⁶

FERRAJOLI ainda destaca que esta imprescindível concepção cognitiva da jurisdição, aliada à convencionalista e empírica da legislação, dirige-se a assegurar outros dois resultados desta cultura – que, no fundo, é aquela que se estrutura no marco do Estado constitucional: o valor certeza na determinação do desvio punível e de sua respectiva sanção (confiadas não a valorações *post factum*, mas exclusivamente à taxativa formulação legal e judicial); e a separação entre direito e moral (pois somente por convenção jurídica e não por imoralidade ou anormalidade é que se constitui o que é comportamento delitivo).⁵⁸⁷

Também a noção de verdade formal (assim considerada como a "versão discursiva" do fato formulada em juízo), em oposição à verdade material (substancial) e a análise das condições nas quais uma tese jurisdicional é ou não verificável ou refutável, constituem um dos parâmetros de identificação de um

⁵⁸⁴ Ibidem, p.30.

⁵⁸⁵ Expressa nas palavras de MONTESQUIEU: "... a liberdade (política) reaparece sempre quando ninguém está obrigado a fazer as coisas não preceituadas pela lei, e não fazer as permitidas" – In: MONTESQUIEU. Op. cit., p.345.

⁵⁸⁶ As ações ou fatos devem ser descritos pelas normas como tipos objetivos de desvio, e, enquanto tais, afastam todas as pré-configurações normativas de tipos subjetivos de desvio que referem-se a diferenças pessoais – In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 31.

⁵⁸⁷ Idem.

sistema ideal de Direito penal garantista.

O conceito de verdade processual é fundamental não apenas para a elaboração de uma teoria do processo, mas também pelos usos que dele são feitos na prática judicial. E dele não se pode prescindir, salvo que se opte explicitamente por modelos penais puramente decisionista, e à custa de uma profunda incompreensão da atividade jurisdicional e da renúncia à sua forma principal de controle racional.⁵⁸⁸

É certo que esta versão discursiva do fato será sempre aproximada - contingente e relativa ao estado dos conhecimentos e das experiências levadas a cabo na ordem das coisas de que se fala -, mas ainda sim ela se faz necessária, mesmo que seja apenas como forma de se afastar os ideais de uma suposta “verdade material” (pois, como se sabe, a “verdade absoluta” é um mito).⁵⁸⁹

Para tal, se exige uma linguagem jurídica totalmente adstrita de termos imprecisos, vagos ou mesmo valorativos, e é exatamente isto o que o sistema de garantias da estrita legalidade e da estrita jurisdicionalidade pretende assegurar.⁵⁹⁰

Uma vez que seus princípios não se limitam apenas a estabelecer as condições de uso da noção semântica de verdade processual, mas valem também para garantir a intangibilidade dos cidadãos frente às intervenções punitivas arbitrárias, este modelo de responsabilidade penal passa a ser concebido não apenas um modelo epistemológico de racionalidade do juízo, senão como um modelo regulador de justiça formal, um modelo normativo de legitimidade jurídica ou mesmo de validade do sistema.⁵⁹¹

Então, o que se deve refutar num marco garantista é exatamente uma natureza ética, pedagógica ou ‘tratativa’ da reprimenda. Por conseguinte, não há efetivamente espaço para as medidas profiláticas de segurança em um sistema garantista (como é o propugnado pelo ordenamento constitucional brasileiro).

Tais medidas se amoldam, em verdade, a um modelo autoritário de direito (a que se pode chamar de antigarantista), calcado em duas premissas distintas, quais sejam: o *substancialismo* e o *decisionismo* penal.⁵⁹²

No primeiro sentido (de substancialismo), tem-se que o objeto de conhecimento e tratamento penal deixa de ser apenas o delito enquanto fato

⁵⁸⁸ Ibidem, p. 40.

⁵⁸⁹ Ibidem, p. 53.

⁵⁹⁰ Ibidem, p. 42.

⁵⁹¹ Ibidem, p. 77-78.

⁵⁹² Idem.

formalmente previsto em lei, e passa a ser concebido enquanto algo em si mesmo imoral ou anti-social; de modo que, para além do fato, também a pessoa do delinquente - por suas características ontológicas ou sociológicas - passa a ser alvo do aparato punitivo estatal.

O segundo elemento desta epistemologia quer dizer com o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da sanção. Tal se manifesta especialmente no caráter subjetivo do processo e do juízo, pois na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta a punição muito mais de diagnósticos ou suspeitas subjetivas do agente responsável pela valoração: no caso, o Juiz.

Importa verificar que estas representações acabam refletindo uma desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviantes; ou seja, conformam um abalo à idéia da estrita legalidade. É aí que surgem previsões legais de figuras incriminadoras abstratas - como os tipos abertos ou as normas penais em branco, ideais para abarcar vários modelos de desvio indefinidos(eis) -, bem como as sanções indeterminadas, como é o caso das medidas de segurança.

Isso propicia uma dissolução do próprio comportamento desviante, possibilitando a identificação de um tipo especial de indivíduo como delinquente, tudo a partir de um novo ponto de vista ético, naturalista ou social (puramente ontológico)⁵⁹³. Neste condão, o que fundamenta a relevância penal para o modelo substancialista é diretamente qualquer pretendida “verdade” sobre a natureza, imoralidade ou lesividade do fato e do autor e não apenas a autoridade da lei.

Diferente do que ocorria com o modelo fulcrado no convencionalismo penal, o modelo substancialista não faz separação entre direito e moral, o que

⁵⁹³ Basta lembrar que “entre as figuras mais nefastas do moderno obscurantismo penal, pode-se recordar a concepção positivo-antropológica do ‘delinquente natural’, a doutrina nazista do ‘direito penal da vontade’ ou do ‘tipo de autor’, e a stalinista do ‘inimigo do povo’. Por outro lado, devem ser recordadas as diversas medidas de defesa social presentes em nosso ordenamento – das medidas de prevenção Aquelas de segurança, incluindo as medidas cautelares de polícia -, todas irrogáveis não como consequência de fatos legalmente indicados e judicialmente comprovados como delitos, mas derivados de pressupostos subjetivos dos mais variados: como a mera suspeita de haver cometido delitos ou, pior, a periculosidade social do sujeito, legalmente presumida conforme as condições pessoais ou de status...” – Ibidem, p. 36. Todos estes passam a ser critérios substanciais de definição do desviante, e estes propiciam um esvaziamento da garantia fundamental da estrita legalidade. A idéia passa a ser não a de punir o proibido, mas sim a de punir o pecado; de perseguir o sujeito não pelo que fez, mas por quem ele é...!

permite discriminações subjetivas e incursões incontroláveis na esfera da liberdade dos cidadãos.

Há também uma atenuação na própria idéia de estrita jurisdicionalidade neste sistema de cunho autoritário, pois se flexibilizam os limites que impediam a discricionariedade no poder de rotulação e de inquisição do juiz, o qual passa então a atuar desvinculado de critérios rígidos de qualificação penal. Ou seja, o aplicador final do Direito não mais se pautará em juízos de fato - que são verificáveis e refutáveis empiricamente - mas sim em juízos de valor, que nada mais são do que decisões estritamente potestativas.

Assim, é possível verificar que os sistemas penais autoritários se definem exatamente pela ausência de uma ou várias das garantias que são implícitas ao modelo-limite garantista. E é certo que quanto menos garantias forem asseguradas, mais autoritário será o sistema.

Neste diapasão, FERRAJOLI elucida alguns dos modelos penais e processuais que se afastam do seu modelo limite (SG), e que, assim, podem ser considerados autoritários: os sistemas “sem prova e defesa”, “sem acusação separada”, “sem culpabilidade”, “sem ação”, “sem ofensa”, “sem necessidade”, “sem delito”, “sem juízo” e o sistema “sem lei”.⁵⁹⁴ Cada um destes se caracteriza, relativamente ao modelo-limite do SG, pela falta ou pelo enfraquecimento, além da garantia subtraída, de muitas das que ele pressupõe e a precedem na ordem em que os diversos sistemas foram elencados.

O primeiro exemplo de sistema autoritário - sem prova e defesa - também pode ser conhecido como “sistema de mera legalidade”, que deriva da subtração dos princípios do ônus da prova e do direito de defesa.

Neste tocante, importa verificar que prova e defesa estarão num sentido estrito somente se, graças a legalidade estrita da previsão legal das hipóteses de delito e sanção, o sistema permitir a decidibilidade da versão discursiva das conclusões jurídicas apoiadas por elas (como ocorre no modelo-limite do SG).

Do contrário, caso acusação e defesa sejam apenas argumentativas, sem ser verificáveis ou contestáveis, estas mesmas garantias só se haverão num sentido

⁵⁹⁴ Ibidem, p. 78.

lato (típico de um modelo autoritário)⁵⁹⁵ – que é, como visto, o que ocorre no caso das medidas de segurança, onde o processo (que deveria ser suspenso até restabelecimento do acusado) segue com a simples presença de um curador nomeado ao réu. Afinal, se o acusado está despido da plenitude de discernimento, não pode ele exercer seu plano defensivo de maneira satisfatória e elucidativa.

O segundo exemplo de modelo autoritário - sem acusação separada - consagra o método inquisitivo, e deriva da subtração do axioma garantista que impõe a imparcialidade do juiz e sua separação da acusação.

É tipo de ordenamentos em que o juiz acumula funções de acusação, ou a acusação ostenta funções jurisdicionais. Por certo, tal mistura compromete a imparcialidade do juiz, e, de quebra, a oralidade e a publicidade do processo. E isso acaba também por afetar outras garantias, como a presunção de inocência, o ônus acusatório da prova e o contraditório com a defesa.⁵⁹⁶

A quebra desta garantia pode levar, inclusive, à admissão plena de intervenções penais sem qualquer satisfação ao ônus da prova por parte da acusação ou sem qualquer controle por parte da defesa – que é o que ocorre em sistemas penais que prevêm prisões preventivas obrigatórias ao acusado em determinadas situações (*v.g.*, por conta de um delito específico, como usualmente ocorre com os crimes hediondos da Lei 8.072/1990); ou com aqueles que excluem a defesa do contraditório nas fases preliminares de investigação; ou ainda aqueles que prevêm a inversão do ônus da prova em delitos de suspeita e, por outro lado, a favor de quantos colaboram ou pactuam com a acusação.⁵⁹⁷

No modelo das medidas de segurança, como se viu, não são raras as situações em que a imposição da medida é dada sem uma efetiva comprovação de materialidade e autoria delitiva, aplicando-a somente com base na percepção judicial da periculosidade do agente.

Também é autoritário o sistema sem culpabilidade, que pode ser nominado de 'objetivo', pois carece do axioma que pressupõe o elemento da intencionalidade no delito.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 79.

⁵⁹⁶ *Idem*.

⁵⁹⁷ É certo que nestes casos, "ao faltar a obrigatoriedade de provar e a possibilidade de contraditar as imputações, os juízos penais acabam por informar-se mediante critérios meramente substancialistas e de autoridade" – *Ibidem*, p. 79.

É um sistema típico de modelos penais primitivos (como ocorria ao tempo de Hammurabi – em meados de 1700 a.C.⁵⁹⁸), informados pela responsabilidade coletiva ou pelo fato impessoal, ligado simplesmente ao fato do agente ter conhecimento ou vontade ação delituosa.

Nos ordenamentos modernos, vislumbra-se tal situação em sistemas que privilegiam a função de defesa social, e que, por isso, desatendem ao elemento subjetivo da culpabilidade - reputando-o irrelevante no plano prático e inconsistente no plano teórico.⁵⁹⁹ É o que ocorre em sistemas que vangloriam-se das variadas formas de prisões cautelares e, especialmente, das medidas de segurança. Também é visto em algumas legislações que adotam a idéia de responsabilidade objetiva, sem a necessidade de verificação da culpa do agente.

Neste tocante, restam debilitada não apenas o axioma da culpabilidade, como também o ônus da verificação empírica dos nexos de causalidade e da imputação, que vinculam réu e delito, juntamente com as demais garantais processuais em matéria de prova e defesa.⁶⁰⁰

Já os sistemas sem ação e sem ofensa são, ao contrário, tidos como 'subjetivistas', eis que privam, respectivamente, a garantia da materialidade da ação e da lesividade do fato.

Ambos se caracterizam pelo fato de que as figuras legais de delito, contra os princípios liberais do utilitarismo penal e da separação entre direito e moral, são privadas de referências empíricas e são construídas predominantemente com referência à subjetividade desviada do réu.⁶⁰¹

Os sistemas sem ação (entendia como comissão ou omissão) reprimem determinados comportamentos e situações subjetivas de imoralidade, de perigosidade ou de hostilidade abstrata, para além de sua exteriorização em manifestações delitivas concretas - como ocorre com os casos de leis raciais, em que a condição natural da pessoa constitui por si só o pressuposto da punição; ou com os tipos penais integrados por condições ou qualidades desviantes das pessoa; é também o que se vê em normas que dispõem sobre medidas punitivas contra os 'ociosos', 'vagabundos', contra os 'propensos a delinquir' ou mesmo contra "doentes

⁵⁹⁸ BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. Petrópolis: Vozes, 1981.

⁵⁹⁹ Ibidem, p. 80.

⁶⁰⁰ Idem.

mentais infratores”.⁶⁰²

Ao seu turno, os sistemas sem ofensa prescindem da lesão ao bem jurídico concreto: ou reprimindo antecipadamente a simples colocação abstrata em perigo do bem, ou então punindo o desvalor social ou político da ação, para além de qualquer função penal de tutela (como ocorre com os delitos de perigo abstrato ou presumido, nos delitos de associação, nos delitos de opinião ou suspeita, etc.).⁶⁰³

Certo é que esse esquema punitivo (sem ação e sem ofensa), o qual é exatamente um reflexo do modelo das medidas de segurança, por não estar ancorado na comprovação empírica de ações criminosas e/ou de fatos lesivos taxativamente previstos em lei, resultam amplamente substancialistas e decisionistas: “a subjetivação das hipóteses normativas do delito, com efeito, não compromete apenas a legalidade estrita, mas comporta também a subjetivação do juízo, confiando a critérios discricionários de valoração da anormalidade ou perigosidade do réu, que inevitavelmente dissolvem o conjunto das garantias processuais”.⁶⁰⁴

Mais uma vez, tal se identifica com os sistemas de Direito penal do autor, onde sempre há a figura de um inimigo. Tais modelos – subjetivista e substancialista - estão sempre fundados em hipóteses normativa de desvio sem ação e sem ofensa: “não tem função reguladora, mas constitutiva dos pressupostos da pena; não é observável ou violável pela omissão ou comissão de fatos contrários a ela, senão constitutivas observada e violada por condições pessoais, conformes ou contrárias”.⁶⁰⁵

Ou seja, a tipologia do autor/inimigo consagra uma lógica punitiva que criminaliza e sanciona tão somente um *status* pessoal do réu, e é exatamente por isso que existe, nestes modelos, um caráter totalmente discriminatório e anti-liberal.

Afigura-se também como sistema autoritário aquele que prevê a incriminação *sem necessidade*, pois carece do princípio da economia (implícito ao

⁶⁰¹ Idem.

⁶⁰² Idem.

⁶⁰³ Idem.

⁶⁰⁴ Idem.

⁶⁰⁵ Tal idéia é antiga, mas ainda é comum em alguns ordenamentos: “... o mesmo esquema vem reproduzido pela persecução penal dos hereges e das bruxas, e nos tempos modernos, pelo modelo nazista do tipo normativo de autor, pelo *stalinista* do inimigo do povo e pelo positivista do delinquente nato ou natural” – Ibidem, p.80-81

direito penal), e que por isso é chamado por FERRAJOLI de “vexatório”.⁶⁰⁶

Este se caracteriza pela presença de proibições e sanções supérfluas, contrastando, pois, com a idéia de que não devem haver proibições penais injustificadas - por serem, elas mesmas, lesivas a direitos fundamentais, por serem de execução impossível, por não estarem estabelecidas para a tutela de qualquer bem jurídico ou por serem convenientemente substituíveis por proibições civis ou administrativas - ou então reprimendas penais injustificadas, por serem excessivas ou desproporcionais em face da relevância do bem jurídico tutelado.⁶⁰⁷

Por fim, há que se destacar os modelos punitivos “irracionais”, conforme nomenclatura dada por Max WEBER⁶⁰⁸: que seriam os sistemas *sem delicto, sem juízo e sem lei* – todos, é claro, exemplos acabados de sistemas autoritários.

O sistema sem delicto pode ser concebido como um sistema de ‘mera prevenção’, visto que carece do princípio da retributividade. Entre os pressupostos da sanção penal, resulta nele suprimido todo o fato delituoso, de modo que a punição assume apenas a natureza de medida preventiva de desvio – ignora-se,

⁶⁰⁶ Idem.

⁶⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como Sistema de Garantias...*, p. 90-91.

⁶⁰⁸ Vale destacar que “Weber prognosticou, já em 1893, que o capitalismo dentro de poucas gerações destruiria todas as formas tradicionais de estruturas sociais e a estrutura social tradicional não seria reintroduzida. Para ele, o moderno capitalismo seria um poder revolucionário mau (...). Seguindo este mesmo raciocínio, Reinhard Bendix apresenta quatro características para uma comunidade política ter a existência do Estado Moderno, segundo a teoria de Weber: i) uma administração e uma ordem jurídica, na qual as alterações se dão por normas; ii) uma administração militar, na qual os seus serviços realizam-se em concordância com rigorosos deveres e direitos; iii) monopólio de Poder sobre todas as pessoas, tanto sobre as que nasceram na comunidade quanto aquelas que estão nos domínios do território; iv) legitimação da aplicação do Poder nos limites do território por concordância com a ordem jurídica – In: BENDIX, Reinhard. *Max Weber: Das Werk. Darstellung, Analyse, Ergebnisse*. München: Piper, 1960. p.317 Apud MALISKA, Marcos Augusto. Op. cit. p. 20-21. Assim, identificado como o Estado racional, o Estado Moderno Ocidental, Weber o diferenciou de outras formas estatais, como as de base patriarcal e patrimonial. É sob a égide de um Estado racional pautado em um direito racional e em uma burocracia profissional é que irá se assentar o desenvolvimento do capitalismo moderno. Para Weber, o Estado, sociologicamente, só se deixa definir pelo meio específico que lhe é peculiar, tal como é peculiar a todo outro agrupamento político, ou seja, o uso da coação física. Em outras palavras, o Estado define-se como a estrutura ou o agrupamento político que reivindica, com êxito, o monopólio do constrangimento físico legítimo. A esse caráter específico do Estado, acrescentam-se outros traços: de um lado, comporta uma racionalização do Direito com as conseqüências que são a especialização dos poderes legislativo e judiciário, bem como a instituição de uma polícia encarregada de proteger a segurança dos indivíduos e de assegurar a ordem pública; de outro lado, apoia-se em uma administração racional baseada em regulamentos explícitos que lhe permitem intervir nos domínios os mais diversos, desde a educação até a saúde, a economia e mesmo a cultura. Enfim, dispõe de uma força militar, por assim dizer, permanente – In: WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva* [1991] Apud MALISKA, Marcos Augusto. Op. cit. p. 20-21.

enfim, os fins retributivistas.⁶⁰⁹

Nesta perspectiva, é evidente o caráter puramente decisionista e discriminatório deste sistema de intervenção, pois de acordo com ele o direito e o processo penal se voltam a coibir a mera suspeita de delitos ou então o mero perigo de delitos futuros.⁶¹⁰

É exatamente o que ocorre com os ordenamentos que prevêm todo um arcabouço de instituições que conformam um verdadeiro subsistema penal com prisões cautelares e medidas assecuratórias de segurança (a qual está fundada em fins puramente utilitários⁶¹¹) - é o já citado mundo do *Minority Report*.⁶¹²

Naturalmente, como não poderia ser diferente, esta ausência de nexos entre sanção e injusto acaba também por dissolver as garantias da legalidade e da jurisdicionalidade:

... a lei que estabelece os pressupostos da medida preventiva corresponde a uma norma em branco, uma espécie de caixa vazia que é preenchida em cada ocasião dos conteúdos mais arbitrários; o juízo, ao estar desvinculado de qualquer condição objetiva preexistente e informado por meros critérios de discricionariedade administrativa, degenera em procedimento policial de estigmatização moral, política ou social.⁶¹³

No mesmo viés, os sistemas baseados na ausência de lei e na ausência de juízo correspondem a fórmulas absolutas do Estado selvagem ou disciplinar. O primeiro representa o já citado 'Estado policial', caracterizado especialmente por leis penais em branco, que permitem intervenções punitivas livres de qualquer vínculo, inclusive com juízo prévio.

O segundo, a seu turno, corresponde ao que WEBER chamou de "justiça patriarcal" ou "do cádi", pois não se vincula a nenhum critério preestabelecido, nem de fato nem de direito, mas sim exclusivamente à boa vontade dos príncipes, dos sábios, dos notáveis, do povo num estádio ou mesmo de um médico-perito, como justiça completamente substancial, material, sumária ou equitativa.⁶¹⁴

Eis, enfim, de forma bastante resumida os diversos modelos que se pode identificar como sendo autoritários, os quais se contrapõe ao modelo-ideal

⁶⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 81.

⁶¹⁰ Ibidem, p. 82.

⁶¹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 21.

⁶¹² SPILBERG, Steven. Op. cit.

⁶¹³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 82.

⁶¹⁴ WEBER, Max. Op. cit., p. 130-145 Apud MALISKA, Marcos Augusto. Op. cit. p. 23.

garantista defendido por FERRAJOLI e outros.⁶¹⁵

Por todo o exposto, é possível concluir que a oposição entre garantismo e autoritarismo no Direito penal corresponde, em suma, a uma alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: entre cognitivismo e decisionismo, entre comprovação e valoração, entre prova e inquisição, entre razão e vontade, entre verdade e potestade.⁶¹⁶

E é inoidável que o modelo das medidas de segurança se amolda perfeitamente aos segundos: é autoritário, decisionista, valorativo, inquisitivo e potestativo.

3.2.2 Garantismo, Direito Penal Mínimo e Estado Constitucional

Firmada a distinção entre os dois modelos punitivos, impende observar que os princípios garantistas - da legalidade e jurisdicionalidade estrita, materialidade e lesividade dos delitos, da responsabilidade pessoal, do contraditório entre as partes e da presunção de inocência -, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, acabaram sendo incorporados nas codificações e constituições modernas, formando em seu conjunto um sistema coerente e unitário que busca articular mecanismos capazes de limitar o poder estatal e, ao mesmo tempo, proteger direitos individuais.⁶¹⁷

Nesta perspectiva, tais princípios acabam figurando como “esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientados a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder

⁶¹⁵ No Brasil, cite-se, em especial, a escola de Direito da PUC do Rio Grande do Sul, dentre os quais se destaca CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias...*; CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de. (Coord.) *Crítica à Execução penal* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 03-43; LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal...*; CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁶¹⁶ “Foi mérito do pensamento penal do iluminismo o reconhecimento dos nexos entre o garantismo, o convencionalismo legal e o cognitivismo jurisdicional de um lado, e entre despotismo, substancialismo extralegal e decisionismo valorativo de outro” – In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p.38-39.

⁶¹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 86.

punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”.⁶¹⁸

Por isso, o sistema garantista pode facilmente ser identificado, no marco constitucional, como o modelo ideal para um Estado democrático de Direito, entendendo-se por esta expressão “um tipo de ordenamento no qual o poder público e especialmente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (formas processualmente vinculantes)”.⁶¹⁹

Afinal, frente ao modelo ideal garantista (SG) não se admite a imposição de qualquer sanção sem que se verifique a realização do delito por um agente culpável, cuja previsão legal seja verdadeiramente necessária, exatamente por afetar bens concretos de terceiros; e mais, cuja prova empírica da ação ou omissão seja produzida exclusivamente pela acusação, perante um juízo imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.

Noutro giro, os modelos autoritários (antigarantistas), exatamente por se caracterizarem pela debilidade ou ausência destes limites à intervenção punitiva, “servem para configurar sistemas de controle penal próprios do Estado absoluto ou totalitário, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam ‘totais’, não disciplinados pela lei, e, portanto, carentes de limites e condições”.⁶²⁰

Na base da distinção entre estes modelos - garantistas e autoritários -, estão dois extremos de sistema punitivo, comumente conhecidos como *Direito penal mínimo* e *Direito penal máximo*.⁶²¹

Estes extremos referem-se a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos aos sistemas quanto à quantidade e qualidade das

⁶¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 30.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 83.

⁶²⁰ *Idem*.

⁶²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o Direito das vítimas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 08, p.136-144, 2003. p. 138: “Nos caminhos da segurança pública, o mundo vive hoje, em linha de máxima, uma disputa sem precedentes: de um lado, os defensores do chamado Movimento da Lei e Ordem, encabeçados pelos mais célebres reacionários norte-americanos, mormente através da chamada Política de Tolerância Zero; de outro lado, os defensores do Direito Penal Mínimo, onde ponteiavam os grandes nomes do Direito europeu e mundial, mormente aqueles que viveram os horrores da II Guerra e, como poucos, sabem perfeitamente a importância fundamental, à democracia, das chamadas Liberdades Públicas”.

proibições e das sanções nele estabelecidas.⁶²²

O modelo de direito penal mínimo é condicionado e limitado ao máximo e corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades do cidadão frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza.⁶²³

Tal critério acaba por consagrar inúmeros institutos penais e processuais de proteção ao acusado, como: a presunção constitucional de inocência até a sentença definitiva, a possibilidade de analogia *in bonam partem*, o ônus da prova a cargo da acusação, a máxima *do in dubio pro reo*, a imposição de uma interpretação restritiva das normas incriminadoras, etc.⁶²⁴

Já o modelo de direito penal máximo é ilimitado, incerto e incondicionado por sua própria natureza, caracterizando-se pela excessiva severidade e pela imprevisibilidade das condenações e punições, o que o configura, conseqüentemente, como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros concretos de convalidação e anulação.⁶²⁵

A idéia central entre eles é a da certeza ou não das liberdades do cidadão frente as punições estatais arbitrárias: no direito penal mínimo o cidadão tem esta certeza, ao contrário do que ocorre no direito penal máximo.

Por outro lado, é preciso considerar que ambos são modelos de certeza meramente relativa – até mesmo porque, como visto, os graus de garantismo são variados, dada a impossibilidade de uma perfeita simetria entre legislação e jurisdição.⁶²⁶

Assim, a certeza do direito penal máximo é aquela fundada na idéia de

⁶²² Portanto, é imperioso verificar que esta dicotomia (entre modelo garantista e modelo autoritário) não se apresenta de maneira estanque. Afinal de contas, em sistemas penais concretos é facilmente perceptível elementos de um em outro, o que autoriza falar em “graus de garantismo”, os quais são pontuados de acordo com o grau de decidibilidade da verdade processual que normativamente permitem e efetivamente satisfazem – In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 57.

⁶²³ E é aí que FERRAJOLI diz que “há um nexo profundo entre garantismo e racionalismo: um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis; e são previsíveis apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a verdade formal”. “Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena” – *Ibidem*, p. 83-84.

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 84.

⁶²⁵ *Idem*.

que nenhum culpado fique impune, mesmo que isto custe a incerteza de que algum inocente possa ser punido. Ou seja, nestes modelos procura-se a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito; e isso acaba consagrando o critério do *in dubio contra reo* (ou *pró societá*), que indica uma aspiração autoritária.⁶²⁷

É o que ocorre, por certo, nos Estados que adotam a lógica disciplinar descrita por Michel FOUCAULT, onde tenta-se evitar as lacunas e preencher todos os espaços onde antes havia a ausência do poder punitivo estatal.

Por outro lado, a certeza do direito penal mínimo baseia-se na idéia de que nenhum inocente seja punido, mesmo que isso custe a eventual impunidade de algum culpado. Aqui, se procura a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias.

Neste diapasão, a certeza aspirada por um sistema penal do tipo garantista não é no sentido de que resultem exatamente comprovados e punidos todos os fatos previstos pela lei como delitos, mas que sejam punidos somente aqueles casos nos quais se tenha comprovado a culpabilidade por sua comissão.⁶²⁸

É certo que isso implica em alguns custos que devem ser suportados por todos, vistos que nem todos os delitos serão apurados, e nem todos os criminosos serão punidos.⁶²⁹

⁶²⁶ Basta ver o modelo brasileiro, em que facilmente se percebe a convivência mútua de ditames limitadores e ampliativos do sistema punitivo, o que faz com que ele oscile entre um direito penal mínimo e um direito penal máximo.

⁶²⁷ Sobre isso, escreve Francesco Maria PAGANO: "... um empenho extremado em punir os réus, um excessivo rigor, um apressado castigo arrastam consigo forçosamente efeitos funestos. Ali onde uma lei escrita com caracteres de sangue determina que o mais significativo evento não fique impune; que todo o delito das trevas, nas quais a fatalidade às vezes o envolve, seja necessariamente conduzido ao dia claro dos juízos; que a pena não se afaste do delito em nenhum momento, ali se faz necessário que nas mãos do juiz se configure um poder arbitrário e imoderado. A presteza da execução exclui as formalidades e substitui o processo pela vontade absoluta do executor. A rigorosa investigação do delito oculto não se realiza mais senão por meio de um poder ilimitado e de violência necessária e atentados sobre a liberdade de um inocente..." - In: PAGANO, Francesco Maria. *Considerazioni sul processo criminale*. Napoli, 1787, p.27 Apud FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 85.

⁶²⁸ Idem.

⁶²⁹ Luigi FERRAJOLI lembra que o direito penal deve ser visto como uma "técnica de definição, de individualização e de repressão da desviação". E independente do modelo normativo em que esteja engajado (seja de inspiração autoritário ou liberal), o direito penal manifesta-se sempre através de coerções e restrições, seja ao desviantes ou aos potenciais desviantes. A grande questão é que este conjunto de restrições representam um custo, o qual deve ser necessariamente justificado – afinal de contas, ele recai não apenas sobre o ombro dos culpados, mas também de inocentes (basta ver que a norma penal é direcionada abstratamente à todos...!). Isso é o que FERRAJOLI chama de "custo da justiça", os quais variam de acordo com cada modelo de sistema

Agora, a simples reflexão sobre o peso destes custos possibilita vislumbrar a importância que o Direito penal ocupa na caracterização de um ordenamento jurídico e do sistema político que através deste se expressa. Nos dizeres de FERRAJOLI, “é no tratamento penal que se manifesta – em estado puro e na maneira mais direta e conflitual – a relação entre Estado e cidadão, entre poder público e liberdade privada, entre defesa social e direitos individuais”.⁶³⁰

E se assim o é, cabe então verificar que o problema da legitimação e justificação (ou deslegitimação e falta de justificação) do Direito penal ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, onde a soberania exercida por meio do poder de punir é, invariavelmente, a manifestação mais agressiva aos interesses fundamentais do cidadão, e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio.⁶³¹

Por tudo isso, é de se verificar (uma vez mais) que a adesão a um destes modelos – autoritário ou garantista - pressupõe, no fundo, uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados. Assim, adotar uma concepção garantista pressupõe a defesa dos valores apostados frente a este marco.⁶³²

penal (ou seja, das escolhas do legislador no que tange às proibições dos comportamentos tidos como delituosos, dos procedimentos contra os transgressores, e da sanção cabível). Ocorre que além deste, temos também um altíssimo “custo de injustiças”, o qual depende do real funcionamento do sistema penal. É aquela que alguns chamam de “cifra negra da criminalidade”, e é formada por dois grupos: pelo número de culpados que, submetidos ou não a julgamento, permanecem ignorados e/ou impunes (“cifra da ineficiência”); mas é também formada pelo número de inocentes processados e, às vezes, punidos (“cifra da injustiça stricto”) – Ibidem, p. 167-168.

⁶³⁰ Ibidem, p. 168.

⁶³¹ QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas considerações críticas. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001, p. 117-127. Neste mesmo diapasão, tem-se que o problema da justificação se confunde diretamente com a questão do garantismo, pois as suas soluções dependem dos modelos normativos de direito e de processo penal escolhidos e do seu efetivo funcionamento – In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, 168-169. E segue, dizendo que é possível reconduzir as diversas doutrinas filosóficas em tema de justificação do Direito penal a dois filões do pensamento penalista: um primeiro, convencional e empirista, próprio da tradição garantista e da tendência denominada Direito penal mínimo – que vê suas ascendências em Pufendorf, Thomasius, e, sob alguns aspectos, até em Hobbes, e suas máximas expressões nos iluministas do século XVIII e na Escola Italiana. De outro lado, teríamos um outro filão, substancialista ou ontológico, que inspira a tradição autoritária e a tendência ao Direito penal máximo – a qual deita raízes no obscurantismo penal pré-moderno, reflorescendo com a reação antiiluminista desenvolvida na Segunda metade do século XIX, e está em plena sintonia com projetos sociais disciplinares, correccionais, policiaescolares ou, de qualquer forma, antiliberais – Ibidem, p.170.

⁶³² É por isso que as críticas dirigidas ao garantismo, no sentido de que ele não dá cabo de realizar algumas críticas aos valores postos no ordenamento é descabida. O próprio FERRAJOLI rebate estas críticas dizendo que adotar o garantismo “é adotar as premissas por eles protegidas”.

Desta feita, sempre que se cria um instituto jurídico para fazer valer os ideais de uma lógica disciplinar – como é o caso das medidas de segurança -, acaba-se afastando dos ideais garantistas do Estado democrático de Direito, o que, por sua vez, consagra um afronte aos direitos e liberdade dos cidadãos.

Não se perca de vista que os direitos fundamentais – como “direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoa”⁶³³ - fundam vínculos substanciais normativamente impostos, e que, por serem tomados como necessidade de todos, constituem a razão de ser do Estado, podendo legitimá-lo ou deslegitimá-lo.

Autorizar a lesão de tais direitos (ou simplesmente afastar seu campo de proteção), mesmo que apenas para alguns ou em certas hipótese específicas, é abandonar os axiomas garantistas, é voltar a um Estado de polícia, a um modelo de justiça patriarcal e infeliz.⁶³⁴

Como aduz ZAFFARONI, é ilusória a afirmação de que o direito penal do inimigo afetará unicamente as garantias deste, como também é ilusória a sua suposta eficácia contra os inimigos. É um verdadeiro dogma aquele que o poder punitivo provê segurança frente às agressões a bens jurídicos. E assim, quando se propugna pela segurança (traduzida na idéia de um pura “protecionismo”) estar-se-á abandonando as verdadeiras garantias.^{635_636}

Portanto, é imperioso firmar que o garantismo não visa criticar aquilo que está previsto na Constituição, pois ele quer somente proteger a opção feita em momento de racionalidade social democrática: “... este modelo não se presta a justificar aprioristicamente, mas sim, a indicar as condições em presença das quais o direito penal (ou um determinado instituto) é justificado e em ausência das quais não se justifica” – *Ibidem*, p. 264.

⁶³³ Segundo FERRAJOLI, ainda que não estejam declarados por normas jurídicas, são válidos como formulação teórica, não se constituindo, assim, em definição dogmática. E é nesta perspectiva que o autor reconhece o sentido e o papel dos Direitos fundamentais na dimensão substancial da democracia (em vez de meramente formal), pois eles se constituem como vínculos materiais impostos normativamente, e que fundam a esfera do indecidível – In: FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, p. 19-20.

⁶³⁴ É por isso que “cada vez que um magistrado é movido por sentimentos de vingança, ou de parte, ou de defesa social, ou o Estado deixa espaço à justiça sumária dos particulares, pode-se dizer que o direito penal regrediu a um estado selvagem, anterior à formação da civilização” – In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 269.

⁶³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo...*, p. 120.

⁶³⁶ O problema é que JAKOBS, ao formular sua tese de contenção (a qual incorpora a idéia de hostis dentro do Estado de Direito para salvá-lo do naufrágio autoritário) – chamada por ZAFFARONI de “tática de contenção estática” (exatamente porque seus ideais seriam coerentes somente a partir de uma visão estática da realidade, e, sobretudo do poder; o que não é possível, eis que a realidade é dinâmica e no poder tudo flui) -, parece deixar as coisas como estão, pois pretende dar um espaço ao inimigo num Estado de Direito. Ou seja, ele considera compatível o conceito de inimigo com o Estado constitucional de direito, sem se dar conta que esse pretensão conceito

Até porque, nem mesmo por vontade da maioria se pode violar ou negar os Direitos fundamentais individuais, visto que os mesmos estão articulados dentro de uma esfera intocável - *ex vi* artigo 60, §4º da Constituição.⁶³⁷

Também por isso, deve-se desconfiar daqueles que propugnam por um sistema em que se deve confiar no critério do ‘bom juiz/bom governante’ – como defendia, por exemplo, PLATÃO - “... onde os tribunais se têm estabelecido com toda a correção possível e os futuros juízes estejam bem formados e aprovados com todo o rigor, será correto, bom e decoroso encomendar a tais juízes o juízo acerca dos culpados e acerca do que devam sofrer e pagar”.⁶³⁸

Tal visão cria o equívoco de se acreditar também na existência de um ‘poder bom’, e dá azo ao aparecimento de ‘juízes justiceiros’, conformando aquilo que Alexandre Morais da ROSA acertadamente batizou de “Complexo de Nicolas Marshall”.⁶³⁹

É preciso, pois, desconfiar deste mito, tal qual se deve desconfiar do próprio poder.⁶⁴⁰ Como destaca Francesco Maria PAGANO, “deve-se ter presente

corresponde, em verdade, ao Estado absoluto, o qual não tolera limites nem parcialização de espécie alguma ao poder soberano (e aqui, faz-se necessário resgatar as premissas de SCHMITT, no sentido de que o conceito de inimigo só é admissível em um Estado absoluto). No final das contas, JAKOBS acaba defendendo algo que gerará o abandono ao princípio do Estado de Direito: “... a tática de contenção proposta por Günther JAKOBS traduz-se, numa perspectiva dinâmica, no desaparecimento do Estado de Direito (...); é o remédio que mata o paciente” - *Ibidem*, p. 167.

⁶³⁷ Como visto, o garantismo impõe um limite ao poder estatal como um todo. Nesta perspectiva, “os vínculos no Estado democrático de Direito, de viés garantista, são de tal forma substanciais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca oposição à minoria, articulando a esfera do indecidível” – In: ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 87.

⁶³⁸ PLATÃO sustenta a tese da superioridade do bom governante sobre a boa lei – In: PLATÃO. *A República...*, p. 296-297.

⁶³⁹ ROSA, Alexandre Morais da. O juiz e o complexo de Nicolas Marshall. *Ibccrim*, São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>> Acesso em: 23 out. 2008. O autor faz alusão a um seriado de TV no qual o Juiz Nicolas Marshall era um respeitável magistrado durante o dia, cumprindo as leis em vigor e os direitos dos acusados, mas no período da noite, longe do Tribunal, com roupas populares e cabelos soltos, decidia ‘fazer Justiça’ com as próprias mãos. Neste contexto, o *Complexo de Nicolas Marshall* “acaba se instalando na prática jurídica nos espaços de discricionariedade (ilegítimos) abertos na legislação, tão bem criticados por Ferrajoli, os quais deixam para ‘bondade’ do órgão julgador a aplicação da Lei. O problema é saber (...) qual é o critério, ou seja, o que é a ‘bondade’ para ele. Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se. Em um lugar tão vago, por outro lado, aparecem facilmente os conhecidos ‘justiceiros’, sempre lotados de ‘bondade’, em geral querendo o ‘bem’ dos condenados e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo; gente lutando contra seus próprios fantasmas”.

⁶⁴⁰ Neste tocante, Marina GASCÓN ABELLÁN acertadamente aduz que a teoria geral do garantismo pressupõe a idéia – presente em MONTESQUIEU. Op. cit., 150: “a liberdade política aparece somente quando não se abusa do poder...” – de que do poder, deve-se sempre, esperar o abuso, razão pela qual é imperioso neutralizá-lo dentro de um sistema de limites e vínculos – In:

que todo poder, salvo o da lei, é da liberdade seu inimigo e destruidor”.⁶⁴¹

É importante verificar, portanto, que os pressupostos epistemológicos do garantismo penal identificam as condições que devem ser dispostas no plano legal e satisfeitas no plano judicial para permitir a decidibilidade em abstrato e a decisão em concreto da hipótese discursiva. E onde quer que falte estas condições – como ocorre nos sistemas penais autoritários –, se abrem em juízo espaços de incerteza que correspondem a outros tantos espaços de poder.⁶⁴²

Ademais, quanto mais cresce o poder judiciário, tanto maior se torna a ilegitimidade jurídica e a injustificabilidade política do Direito penal.⁶⁴³

Não se deve perder de vista que o Direito penal nasceu como um limitador da idéia de vingança,⁶⁴⁴ ideal este que se consagra em sua máxima excelência com os princípios constitucionais limitadores, razão pela qual não há que se *proteccionismo* com *garantismo*. O Direito penal serve para limitar a punição (e, assim, a vingança: seja privada ou pública) e evitar a distinção entre ‘amigos’ e ‘inimigos’, não para proteger grupos ou valores de alguns.

Ora, tanto o delito como a vingança constituem exercício arbitrário das razões individuais do sujeito, e, em ambos os casos, ocorre um violento conflito solucionado mediante o uso da *força*: da força do réu no primeiro caso, e da força do poder punitivo no segundo – mas sempre pela força. E a força é sempre arbitrária e descontrolada (não apenas na ofensa, mas também na vingança, que é, por excelência, incerta, desproporcional, desregulada e, às vezes, dirigida contra um inocente).

Neste passo, a lei penal deve estar voltada para controlar e minimizar esta

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel de; SALAZAR, Pedro (Org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p. 34. Sobre o tema, ver também: CARVALHO, Amilton Bueno de; ROSA, Henrique Marder. A Radicalização Garantista na Fundamentação das Decisões: Uma Abordagem a partir do Tribunal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. (Org.). *Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 165-174.

⁶⁴¹ PAGANO, Francesco M. *Considerazioni sul processo criminale*, p. 22-23 Apud FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 91.

⁶⁴² Ibidem, p. 95.

⁶⁴³ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *Atividade jurisdicional sob o enfoque garantista*. Curitiba: Juruá, 2002. No mesmo sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 169.

⁶⁴⁴ “... o Direito penal nasce não com o ideal de desenvolvimento, mas sim com o ideal de negação da vingança, em descontinuidade e em conflito com a mesma e não em continuidade, justificando-se não com o propósito de protegê-la, mas com o de impedi-la (...). A história do direito penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança” – Ibidem, p. 269.

dupla violência, “prevenindo, através da sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam”. O objetivo geral do Direito penal é, pois, a “minimização da violência na sociedade”.⁶⁴⁵

Assim, a delimitação do horizonte de incidência da seara penal não pode ser reduzido à idéia de mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam. Quer o direito penal, em verdade, “a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado pelo delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança (...); contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários”.⁶⁴⁶

É sobre essas bases que FERRAJOLI exprime a conexão de finalidades do sistema penal garantista, “vez que legitimam a necessidade política do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justificam ofender nem com os delitos nem com as punições”.⁶⁴⁷

Neste passo, “garantismo deve significar precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal (e de todo o correspondente sistema punitivo estatal)”, vale dizer, “a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à

⁶⁴⁵ Ibidem, p. 270.

⁶⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n.12, p.31-39, 2002, p. 32: “O paradigma do direito penal mínimo assume como única justificação do direito penal o seu papel de lei do mais fraco em contrapartida à lei do mais forte, que vigora em sua ausência; portanto, não genericamente a defesa social, mas sim a defesa do mais fraco, que no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e, por fim, no momento da execução, é o réu”. Ainda: “Precisamente – monopolizando a força, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados – a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição de pena protegem os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas” – In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 270.

⁶⁴⁷ Idem.

verdade”.⁶⁴⁸

Diferente, pois, de uma idéia de mero protecionismo, que pode ser encarado como o campo da conformação de interesses, e não de direitos gerais e abstratos: “somente concebendo desta forma o objetivo do direito penal seja possível obter uma adequada doutrina de justificação e, conjuntamente, uma teoria garantista dos vínculos e dos limites – e, conseqüentemente, dos critérios de deslegitimação – do poder punitivo do Estado”.⁶⁴⁹

O modelo protecionista postula por uma tutela penal ampla, que abandona a idéia de fragmentariedade e subsidiariedade jurídico-penal e acaba gerando uma inflação legislativo-penal, que é especialmente caracterizada por medidas assecuratórias, preventivas ou de contenção.

Sobre elas, FERRAJOLI estaca especialmente as “medidas de prevenção, medidas de segurança, medidas cautelares de polícia judiciária e medidas de ordem pública”.⁶⁵⁰ Também emprega o termo “medidas de polícia” para designar todas as sanções os medidas de defesa e controle social diversas da pena, mas que – de uma forma ou de outra – refletem nas liberdades e garantias individuais dos cidadãos.⁶⁵¹

Por tal razão, como assevera Morais da ROSA, “no Estado democrático de Direito, somente se justifica a intervenção estatal via Direito penal mínimo”.⁶⁵²

Segundo Luis PRIETO SANCHÍS, somente no Estado constitucional de Direito se expressa a fórmula política do garantismo, é ele o único marco institucional em que se pode prosperar o ambicioso programa garantista: “... *un programa cuyo elemento medular consiste en una concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos que sólo puede alcanzarse desde el Estado constitucional...*”.⁶⁵³

⁶⁴⁸ Ibidem, p. 271.

⁶⁴⁹ Idem.

⁶⁵⁰ Ibidem, p. 618. Em suma: prisões cautelares, medidas sócio-educativas de internação aos menores infratores, os poderes investigativos e inquisitoriais concedidos ao delegado no âmbito do inquérito policial (o fato de ter a obrigatoriedade de prender em flagrante; o fato de proceder com oum interrogatório extrajudicial; etc.) e, por certo, as medidas de segurança aplicadas aos doentes mentais.

⁶⁵¹ Ibidem, p. 618

⁶⁵² ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 236.

⁶⁵³ PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y Garantismo. In: CARBONELL, Miguel de; SALAZAR, Pedro. (Org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p.41-58.

E esta vinculação íntima entre constitucionalismo e garantismo, acaba implicando que “o garantismo necessita do constitucionalismo para realizar o seu programa; e o constitucionalismo se alimenta do projeto garantista para condicionar a legitimidade do poder ao cumprimento de certas exigências que se condensam nos direitos fundamentais”.⁶⁵⁴

E se assim o é, frente a todas as peculiaridades que envolvem a medida penal de segurança, é incontestável que ela reflete um modelo de Direito penal máximo e autoritário, o que a torna contrária aos ditames do texto constitucional.

3.2.3 Utopias Garantistas ou Limitações Necessárias?

Garantir significa afiançar, assegurar, defender, tutelar algo. E quando se fala de garantismo na cultura jurídica, este ‘algo’ (que se tutela) são os direitos e bens individuais, especialmente frente a eventual agressão provocada pelo poder estatal, o que se dá frente a fixação de limites e vínculos ao poder, a fim de maximizar a realização daqueles direitos de liberdade e de minimizar suas ameaças.⁶⁵⁵

Por outro lado, é inegável que este sistema, que nasceu com o iluminismo e se consolidou nos ordenamentos jurídicos modernos, possui um certo caráter idealista em dados momentos. Todavia, este idealismo não deve ser confundido com utopia, visto que não se trata de uma perspectiva totalmente irrealizável.

O próprio FERRAJOLI adverte que “este sistema apresenta numerosas aporias lógicas e teóricas, que fazem dele um *modelo ideal* e em grande parte ideológico, e que em várias ocasiões tem provocado sua desqualificação científica e política por parte da cultura jurídica”.⁶⁵⁶

Afinal, a interpretação da lei nunca é uma atividade exclusivamente cognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas (que é uma escolha mais ou menos opinativa, que se

⁶⁵⁴ Ibidem, p.44.

⁶⁵⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. cit., p. 21-40.

esgota no exercício de um poder na identificação dos fatos julgados).

Igualmente, a prova empírica dos fatos não é na realidade uma atividade apenas cognitiva, mas constitui sempre a conclusão mais ou menos provável de um processo indutivo, cuja aceitação é um ato prático que expressa um poder de escolha a respeito de hipóteses alternativas.

Não bastasse isso, deve o juiz discernir as conotações que convertem cada fato em diverso dos demais, e tais conotações nunca são legal e totalmente predeterminadas.

Por fim, dado o nexos que une a estrita jurisdicionalidade à estrita legalidade, abrem-se no plano judicial espaços inevitáveis de discricionariedade dispositiva, que comprometem tanto o caráter cognitivo do juízo quanto sua sujeição exclusivamente à lei.

A visão de um *juiz-máquina* – “em que se introduzem os fatos por cima e por baixo se retiram as sentenças”⁶⁵⁷ -, não se coaduna com a realidade, e estes espaços onde o poder facilmente pode escapar demonstram isso. Nos dizeres de Morais da ROSA, “a pretensão de que a decisão penal seja uma mera aplicação lógica (formal) é ilusória, eis que a singularidade do caso analisado não se adaptada *pari passu* aos tipos penais, havendo sempre a atividade cognitiva e hermenêutica”.⁶⁵⁸

⁶⁵⁶ Mesmo porque a idéia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde a uma ilusão metafísica – In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 30-33.

⁶⁵⁷ “Este quatro espaços de poder desmentem irremediavelmente a versão clássica do modelo penal garantista, conferindo-lhe um caráter utópico ou, como se diz, ideal. Isto não impede que o modelo, convenientemente redefinido, possa ser satisfeito em maior ou menor medida segundo as técnicas legislativas e judiciais adotadas” - *Ibidem*, p. 33.

⁶⁵⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *Direito e razão...*, p. 296-301: “Salvo se adotada a matriz ultrapassada da ‘Filosofia da Consciência’ imbricada com a ‘Verdade-Metafísica’ é que se pode admitir a atividade meramente subsuntiva da sentença judicial, adequada, de certo modo, à herança Escolástica” (...). Mas é impossível “a crença metafísica na objetividade perfeita, devendo-se estabelecer critérios mínimos e racionais para o controle de abusos judiciais, ciente, ainda, dos próprios limites do processo” (...). “Ferrajoli acode a esta preocupação sem que, todavia, tenha iniciado um caminho convincente, pois seu apego à semântica o impediu de efetuar o ‘giro linguístico’ (que diz respeito à adoção ao novo paradigma da linguagem – inaugurada por Martin HEIDEGGER)” (...). “O otimismo semântico de Ferrajoli, na linha Iluminista, acredita ingenuamente que mediante técnica legislativa apurada se possa colmatar o problema da polissemia da linguagem, desprezando, por assim dizer, toda a construção hermenêutica contemporânea, aprisionado que está na concepção da Filosofia da Consciência, na melhor tradição vienense”. É por isso que o princípio da legalidade estrita acaba figurando, muito mais, no campo retórico como barreira garantista ao arbítrio. No mesmo sentido: WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 219: “... tanto como a regra da legalidade, o princípio de que não há pena sem culpa, tem estatuto de ficção jurídica, destinado a criar a imagem de segurança e não arbitrariedade da ordem normativa. Embora apontados como leis

Ademais, são diversos os fatores – como o contexto social, as intenções, o inconsciente (não raramente imprevisíveis) - que podem emergir quando da prolação de uma decisão, de modo que o mito clássico da estrita legalidade, deve sim ser encarado com ressalvas.

Dito isso, por mais aperfeiçoado que esteja o sistema de garantias penais, tem-se também que a verificação jurídica dos pressupostos legais da sanção nunca pode ser absolutamente precisa e objetiva.⁶⁵⁹

Todavia, mesmo com todas estas deficiências, é certo que o ideal de uma legalidade estrita não pode ser negado, embora seja imperiosa sua revisão dentro de certos parâmetros, respeitando sempre suas implícitas limitações e as possibilidades de um manejo democrático.

Ou seja, ainda assim o garantismo deve ser concebido no âmbito dos Estados democráticos de Direito – como é o caso brasileiro -, ao menos como modelo limite, mesmo que nunca plenamente alcançável, senão aproximável: “pode-se demonstrar que ainda quando o controle empírico dos procedimentos probatórios e interpretativos encontre limites insuperáveis, pelo menos o modelo se torna assegurado nestes limites precisamente pelo sistema normativo das garantias de estrita legalidade e de estrita jurisdicionalidade e de seu grau de efetividade”.⁶⁶⁰

De acordo com isso, se pode afirmar que as garantias legais e processuais penais, além garantir ao máximo o exercício das liberdades, constituem também fórmulas de submissão do exercício do poder aos ditames do Direito, evitando com isso um sistema de arbitrariedades. O garantismo figura, pois, como resistência.

E mais, pode-se também afirmar que ‘saber’ e ‘poder’ concorrem em medidas diversas no juízo (o juízo penal é um ‘saber-poder’, e quanto mais poder, menos saber, e vice-versa), segundo aquelas garantias sejam mais ou menos realizáveis e satisfeitas.

De tal sorte, ainda que sua perfeita realização corresponda a um sonho

científicas na construção da chamada ciência do direito penal esses princípios são regras retóricas e argumentativas”.

⁶⁵⁹ Em conseqüência, na atividade judicial existem espaços de poder específicos e em parte insuprimíveis. Segundo FERRAJOLI, são quatro estes espaços: o poder de *indicação*, de interpretação ou de verificação jurídica; o poder de *comprovação probatória* ou de verificação fática; o poder de *conotação* ou de compreensão equitativa; o poder de *disposição* ou de valoração ético-política – In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p.33-34.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 39.

liberal, o modelo garantista, uma vez traçados seus limites e requisitos, pode ser acolhido como parâmetro e como fundamento de racionalidade de qualquer sistema penal num Estado democrático de Direito.

Note-se que toda estrutura do ordenamento jurídico brasileiro é típica de um Estado democrático de Direito (*ex vi* artigo 1º CR/88)⁶⁶¹, onde o exercício de qualquer poder está subordinado aos vínculos da legalidade e da jurisdicionalidade formal e material.

Mas como afirma Geraldo PRADO, “o garantismo não é uma religião e seus defensores não são profetas ou pregadores utópicos (...); sua principal virtude consiste em reivindicar uma renovada racionalidade, baseada em procedimentos que têm em vista o objetivo de conter os abusos do poder”.⁶⁶² No mesmo sentido, Morais da ROSA aduz que “o sistema garantista (SG) é apresentado como ‘um’ e não ‘o’ caminho possível (...), mas a proposta de FERRAJOLI significa (sim) uma evolução democrática em relação à epistemologia lógico-dedutiva”.⁶⁶³

Ao mesmo tempo, ao haver sido sancionado em grande parte das Constituições – como é o caso do Brasil, a partir da Carta de 1988 -, o modelo pode ser utilizado ainda como critério de valoração do grau de validez e legitimidade das instituições penais e processuais, e de seu funcionamento correto.⁶⁶⁴

Mas é certo que tal modelo-ideal não deve ser ‘importado’ à estrutura jurídica brasileira *in natura*, ou mesmo “em bloco”. É necessário, antes, proceder com uma revisão de seus postulados a partir das peculiaridades que envolvem o contexto nacional – ao que se poderia batizar de “garantismo tupiniquim”.⁶⁶⁵

E as consequências da adoção deste modelo de justificação, podem ser firmadas em três perspectivas: a primeira vantagem do modelo de justificação garantista está no fato de que ele não fornece uma justificação abstrata do direito penal, mas sim consente a justificação dos sistemas penais concretos em diferentes

⁶⁶¹ E isso está previsto na própria Constituição – art. 1º CR/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...”.

⁶⁶² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 21.

⁶⁶³ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 293.

⁶⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 35.

⁶⁶⁵ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias...*, p.153 e s. Também Alexandre Morais da ROSA adverte que “não é suficiente restringir a proposta ao simples cotejo do modelo ideal com o brasileiro concreto” – In: ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 294.

graus, dependendo da maior ou menor aderência ao modelo de direito penal mínimo e garantista projetado. Assim, inclusive, ele serve como parâmetro não apenas de legitimação, mas também de deslegitimação. Assim, para FERRAJOLI, “nenhum sistema é aprioristicamente justificado”.⁶⁶⁶

A segunda consequência é que cada justificação é histórica e sociologicamente relativa, sendo condicionada pelo nível de civilidade dos ordenamentos de que se ocupa. Assim, em uma sociedade tida como bárbara, onde o índice de violência é alto, tanto no que tange às ofensas como no tocante às propensões vindicativas, será relativamente alta também a violência institucional necessária a prevenção, ao passo que em sociedades mais evoluídas e tolerantes, onde a taxa de violência seja baixa, não se justifica um direito penal particularmente severo.⁶⁶⁷

Por fim, a terceira consequência é que este modelo permite não apenas justificações globais, mas sim justificações de deslegitimações parciais e diferenciadas, tanto para normas individualmente consideradas como para institutos ou praxes de cada um dos ordenamentos. Tais critérios consistem nas diversas garantias penais contra o arbítrio, os excessos e os erros, para cuja elaboração teórica resta a principal tarefa de uma teoria garantista do direito penal enquanto doutrina axiológica de justificação e, ao mesmo tempo, de deslegitimação dos concretos sistemas penais.⁶⁶⁸

Verifica-se, portanto, que o esquema de justificação para o Direito penal trazido por FERRAJOLI serve para embasar somente modelos de direito penal mínimo, “no tríplice sentido da máxima redução quantitativa da intervenção penal, da mais ampla extensão dos seus vínculos e limites garantistas e da rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva, a começar pelo inteiro sistema das medidas *extra delictum e/ou extra iudicium*”.⁶⁶⁹

⁶⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 277. Em igual sentido, vale destacar a clássica lição de BECCARIA: “... mais fortes e sensíveis devem ser as impressões sobre os ânimos endurecidos de um povo que tenha apenas saído do estado selvagem. A gravidade e a quantidade das penas deve, substancialmente, ser comensurada à gravidade e à quantidade de violência que se expressa na sociedade, bem como ao grau de sua intolerabilidade social. E, sob este aspecto, é indubitoso que a sociedade contemporânea é incomparavelmente menos violenta que a sociedade clássicas” – In: BECCARIA, Cesare. *Op. cit.*, p.104.

⁶⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 277-278.

⁶⁶⁸ *Idem*.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 277.

Tal se deve à uma preocupação em relação às custas sociais propiciada pela sanção e dos meios de prevenção dos delitos, que pode ser superior ao custo da violência que estas têm como finalidade de prevenir.

Afinal de contas, a liberdade e a segurança de cada um são, com efeito, ameaçadas não apenas pelos delitos, como também - e às vezes em medida maior – pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisões e processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos de polícia, etc.⁶⁷⁰

Neste particular, Salo de CARVALHO aduz que, a partir do garantismo penal, a ideologia do tratamento (discurso vinculado ao paradigma reeducador) se apresenta descabida, pois tal, ao invés de capacitar práticas direcionadas à tutela de direitos fundamentais, acaba sempre legitimando a intervenção violenta sobre o cidadão, violando o núcleo básico e intangível de liberdades constantes da Carta Magna.⁶⁷¹

E se assim o é, as medidas de segurança deveriam ser definitivamente banidas da esfera penal, pois ‘tratamento’ e ‘punição’ não podem (nem conseguiriam) andar juntos, na medida em que trabalham com valores diferentes e partem de premissas que são contra-excludentes.

Ora, se o objetivo primordial é tratar, certo é que cura nada tem haver com punição.

É por isso que o garantismo penal, desde que ciente de suas limitações/adequações, mostra a real alternativa para o problema das medidas profiláticas de segurança.

Neste tocante, seria habilitado afirmar que as medidas de segurança pertencem, em verdade, ao amplo e vasto espectro das medidas administrativas de polícia⁶⁷², e isso ocorre, especialmente, porque representam os dois principais caracteres próprios dos provimentos administrativos: a discricionariedade da sua

⁶⁷⁰ Idem.

⁶⁷¹ CARVALHO, Salo de. *Teoria agnóstica da pena...*, p.03-29. No mesmo sentido: ROSA, Alexandre Morais da. O papel do Juiz Garantista e a Execução Penal em tempos Neoliberais: Eichmann e Big Brother. In: CARVALHO, Salo. (Org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 319-348; LOPES JÚNIOR, Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo. (Org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 371-406.

⁶⁷² FERRAJOLI lembra, por exemplo, que no código penal italiano as medidas de segurança estão inscritas no título VIII, denominado “Das medidas administrativas de segurança” – In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 626.

aplicação (afinal, o que é periculosidade?) e a sua sucessiva revogabilidade ou modificabilidade (basta o juiz entender, mesmo em contrária manifestação da junta psiquiátrica, que o sujeito não é mais perigoso para liberá-lo da medida), bem como a possibilidade de restauração (não esqueçamos que a liberação ou desinternação da medida de segurança é sempre condicional ao longo de um período de um ano).

Certo é que as medidas de segurança negam todos os requisitos garantista. Negam a idéia de retribuição: pois na medida de segurança, como não há responsabilidade do acusado, não se fala em retribuição ou justa consequência da prática de um crime. Aqui, vale acrescentar que as medidas de segurança são mensuradas em relação não ao tipo de crime, mas ao tipo e grau de periculosidade do sujeito, a qual é dada com base num status subjetivo do indivíduo; como diz FERRAJOLI, “isso é decorrência do fato de que o crime a condenação não são a causa, mas apenas o sintoma e a ocasião de verificação da periculosidade...”⁶⁷³).

Negam a estrita legalidade penal: há uma falsa legalidade penal, pois “não há um apego à estrita legalidade reclamada pelo direito penal, mas àquela legalidade lata que preside o exercício de qualquer poder público”.⁶⁷⁴

FERRAJOLI afirma que as medidas de segurança também afrontam a faceta da irretroatividade da lei penal, pois não basta a simples previsão legal dizendo que ‘ninguém será submetido à medida de segurança senão nos casos previstos em lei’.⁶⁷⁵

Para que se cumprisse a estrita legalidade, seria preciso que todos os casos de medida de segurança fossem taxativos – o que é não possível, posto que esta se legitima pela periculosidade, que é um conceito abstrato⁶⁷⁶ – e que o prazo de duração das medidas também o fossem pré-delimitado; e, segundo FERRAJOLI, isto é que é o mais grave: “... não há predeterminação legal, nem determinação em via definitiva pelo provimento de aplicação, tampouco a duração das medidas de segurança. Esta indeterminação da duração e a ausência de quaisquer garantias de certeza acerca do momento da cessação, representam seguramente, o aspecto

⁶⁷³ Ibidem, p. 627.

⁶⁷⁴ Ibidem, p. 626.

⁶⁷⁵ Como ocorre com o art. 199 do Código penal italiano - Ibidem, p. 627.

⁶⁷⁶ Segundo FERRAJOLI: “... a própria decisão sobre a oportunidade de aplicá-las é remetida ao juízo de periculosidade feito pelo juiz, que pela sua natureza não está ancorado em fatos (ou casos) predeterminados, mas a uma valoração puramente discricionária” – Idem.

mais vexatório das medidas de segurança pessoais”.⁶⁷⁷

Negam, ainda, a *estrita submissão à jurisdição*: como visto, por este princípio é necessário haver um modelo de processo penal com verificação empírica, em contraditório com o acusado, de um fato enunciado por uma hipótese acusatória presumivelmente falsa até que se constitua prova em contrário – o que não é possível em casos de indivíduos que não goza de suas faculdades mentais plenas.

Veja-se que no procedimento de aplicação das medidas de segurança, o fato à se provar é, inclusive, muitas vezes esquecido, querendo o julgador apenas declarar uma especial qualidade do acusado: a qualidade de perigoso.⁶⁷⁸

A subsunção que o juiz faz para verificar se aplica ou não a medida de segurança ao doente mental – examinando seu grau de periculosidade – tem um caráter que nem mesmo é discricionário, é, em verdade, potestativo, em coerência com a natureza administrativa do provimento e em contraste com a natureza da jurisdição.⁶⁷⁹

Mais uma vez resgatando Eugênio Raúl ZAFFARONI, é de se verificar que esta estrutura forjada sob a qual se ergueu o Direito, na qual se constrói uma dialética entre o Estado de direito e o Estado de polícia, traduz, no campo penal, na admissão (seja ampla ou restrita) de um tratamento punitivo que contrasta com a condição de seres humanos firmada pelos legisladores constituintes.⁶⁸⁰

Assim, o garantismo jurídico acaba se consolidando enquanto uma sólida teoria de orientação, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas ao núcleo constitucional.

Afinal, “a legitimação do Estado democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de

⁶⁷⁷ Idem.

⁶⁷⁸ A qualificação é privativa do juiz, e ela é declarada com base num tipo de valoração prognostica da personalidade do condenado: a previsão de que, com base em circunstâncias abstratas e indicativas de que é provável que ele cometa novos fatos previsto como crime pela lei – *Ibidem*, p.629.

⁶⁷⁹ Idem.

⁶⁸⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo...*, p. 118.

deslegitimação das instituições estatais”.⁶⁸¹

Portanto, como bem aduz Alexandre Morais da ROSA, “a teoria garantista representa ao mesmo tempo o resgate e a valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade”⁶⁸², a qual deve sempre buscar uma limitação da ingerência punitiva estatal frente as liberdades individuais dos cidadãos.

⁶⁸¹ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 86-87.

⁶⁸² *Ibidem*, p. 92. E no mesmo sentido, Ruy Samuel ESPÍNDOLA sustenta que “a Constituição é uma disposição fundante da convivência e fonte da legitimidade estatal, não sendo vazio, mas uma coalização de vontades com conteúdo, materializados pelos Direitos fundamentais” – In: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1998. p. 95.

CONCLUSÕES

De todo o exposto é possível concluir que o instituto jurídico-penal conhecido como medida de segurança, criado sob a influência da escola criminológica positivista e fortalecido com o paradigma da nova defesa social (erguido sob postulados preventistas), esprou-se nos ordenamentos jurídicos ocidentais ao final do século XIX e início do século XX, almejando conferir um tratamento diferenciado aos portadores de transtornos mentais que infringiam a norma penal.

Tratamento esse que encontrou na instituição manicomial o *locus* ideal para o cumprimento de sua missão primordial: a segregação de indivíduos não desejados para submetê-los a um forçado “processo de normalização” – numa perspectiva de adequá-los às normas padrões de conduta social.

Essa medida elegeu no critério da periculosidade o seu ponto diferencial e legitimador, no sentido de que estaria sujeito (e autorizado) ao aludido tratamento à todos aqueles que fossem considerados indivíduos perigosos.

O conceito de perigoso, por sua vez, vestiu uma variada gama de pessoas ao longo dos séculos – bruxas, demônios, hereges, leprosos, estrangeiros, terroristas, doentes mentais – e sempre os estigmatizou com a face de inimigo. E como bem delineou Eugênio Raúl ZAFFARONI⁶⁸³, ao inimigo estaria legitimado um tratamento diferenciado, rigoroso e punitivo - afinal, eles diferenciavam-se das demais pessoas (os “normais”) da comunidade.

Observando o sucesso alcançado pela idéia de ente perigoso no combate e na exclusão de elementos insurrectos, o Direito penal valeu-se deste conceito para a consecução de seu fim primordial (embora tal não seja pacificamente aceito pela criminologia tradicional): o de controle social.

Apoiado em conceitos médicos-psiquiátricos que afloraram com o iluminismo, o Direito apropriou-se da noção de perigoso e criou o instituto da medida de segurança, dando azo a uma nova mecânica de poder que nascia e iria reger as relações a partir do século XIX – a qual restou denunciada por Michel

⁶⁸³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo...*, p. 18.

FOUCAULT⁶⁸⁴: a microfísica da disciplina, cujo funcionamento estaria ligado a uma série de procedimentos que possibilitariam a ampliação das redes de poder, diminuindo custos e viabilizando sua integração com os mecanismos de produção do nascente sistema capitalista, fundada especialmente na idéia de constante vigilância e normalização dos indesejados.

Foi assim que a periculosidade se tornou o atributo principal do doente mental infrator. E essa rotulação (de perigoso) acabaria cumprindo um duplo papel dentro do sistema penal: imantaria a necessidade de “tratamento” ao indivíduo – via imposição do diagnóstico da doença mental – e também contemplaria a necessidade de neutralização penal, o que somente se efetivaria por meio daquele processo de “inclusão forçada” no âmbito do sistema manicomial.

Desta feita, nota-se que a medida de segurança propiciou uma aparente homogeneização entre idéias (a princípio) contraditórios: expiação e cura, prisão e hospital, doente e criminoso.

O problema é que, estando a medida fundada na idéia oracular de periculosidade, toda a estrutura que se construiu a seu entorno goza do insanável vício da inconstitucionalidade – exatamente por afrontar diversos dos princípios e regras firmadas nas Cartas Maganas (como ocorre no caso da Constituição brasileira de 1988).

Diz-se oracular porque a definição do ente perigoso, em verdade, não se baseia em elementos concretos ou objetiváveis juridicamente. Ao contrário, é visto como perigoso aquele indivíduo que tem a probabilidade de incorrer em atos delitivo que possam ofender gravemente a ordem pública – o problema, pois, é definir quem pode incorrer em tais “atos graves”! E mais, definir o que deve ser concebido como ordem pública.

A periculosidade criminal funda-se na idéia de que os doentes mentais infratores, motivados por certos apetites e impulsos que lhe são próprios (face a seu quadro clínico), provavelmente praticarão novos ilícitos-típicos, configurando-se a medida de segurança como a modalidade sancionatória mais adequada para tratá-los ou simplesmente neutralizá-los.

⁶⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade...*, p. 27; FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder...*, p. 179; FOUCAULT, Michel. *Os anormais...*, p. 111; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...*, p. 162.

Portanto, a periculosidade traduz necessariamente uma idéia de risco - que é um conceito, por si só, demasiado abstrato. Ela representa nada mais do que um juízo futuro e incerto sobre condutas de impossível determinação, aplicada à pessoas rotuladas, via de regra baseada em uma questionável avaliação sobre suas condições morais e na sua vida pregressa.

E sempre que se tem, no âmbito do Direito, um elemento/conceito demasiado abstrato, corre-se (aí sim) o risco de incorrer em arbitrariedades – especialmente por parte daqueles que detém e exercem poder (no caso, o poder jurisdicional). Periculosidade reflete um juízo sujeito a erros grosseiros, não só porque é difícil estabelecer a fórmula precisa da personalidade de um indivíduo, como porque o crime não depende exclusivamente deste fator – afinal, o delito é resultado de uma série de fatores (endógenos e exógenos) vinculados ao sujeito.

Neste passo, é possível verificar que o sistema das medidas fere diretamente a idéia de estrita legalidade – exigida no artigo 5º, inciso XXXIX da CR/88 -, exatamente porque não possibilita a previsão de uma *lex certa, anterior, stricta* e *scripta* do que venha a ser a periculosidade. Não se perca de vista que a legalidade é expressão de defesa do cidadão frente a possíveis arbitrariedades do Estado, mas as abstrações inerentes ao instituto afastam tal garantia.

Também a idéia de igualdade – encampada pelo artigo 5º, *caput* da Constituição – é inobservada pela medida, visto que a mesma propicia toda uma série de tratamento diferenciados ao portador de transtornos psíquicos que se encontra em conflito com a norma penal. E este tratamento diferenciado não visa equivaler-lhes em patamares materiais de isonomia - ao contrário, os diferenciações são-lhes sempre prejudiciais. São inúmeros benefícios e garantias penais que lhes são olvidadas: progressões de regime, livramentos condicionais, saídas temporárias, detrações, suspensão condicional da sanção, etc. – tudo isso por conta de uma suposta periculosidade que lhes é oposta.

Em consequência, outros princípios daí decorrentes (de extração constitucional indireta) acabam sendo também maculados pelo instituto: não há que se falar em culpabilidade – base que sustenta (ou ao menos deveria sustentar) toda a estrutura jurídico-penal -, visto que a aplicação das medidas de segurança se fundam num juízo de periculosidade e não de reprovação da conduta; inexistente a idéia de intervenção penal mínima, pois o Direito penal deixa de ser a *ultima ratio* e

passa a ser chamado para resolver questões que não estão estritamente ligadas à reprovação de condutas ilícitas (ou seja, que estão fora de seu campo legítimo de incidência).

Resta também ferida a cláusula do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal – artigo 5º, incisos LIV e LV da CR/88 -, pois se o sujeito encontra-se num quadro patológico, é certo que a tão só nomeação de um curador para acompanhar-lhe no processo resta insuficiente para efetiva proteção de seus interesses jurídicos. Ademais, sendo a periculosidade uma noção totalmente abstrata e subjetiva, fica também inviabilizado ao réu produzir prova em sentido contrário – afinal, não há como refutar um exercício de vidência.

Por outro lado, muitas vezes a presunção constitucional de inocência – art. 5º, inciso LVII – é abandonada por Magistrados que aplicam ao acusado a medida de segurança pelo tão só fato do indivíduo ser portador de uma patologia (atestada pelo perito), sem antes verificar adequadamente a prática do injusto, as provas de materialidade e autoria delitiva, bem como de se verificar se o agente agiu protegido por alguma excludente do crime.

Outra grave ferida é deixada pela quebra da coisa julgada – art. 5º, inciso XXXVI da Constituição – e a mitigação da estrita jurisdicionalidade, visto que o Juiz vale-se basicamente do parecer técnico pericial para definir se o indivíduo será (ou não) submetido à medida de segurança, outorgando assim a um agente administrativo (um médico) o poder de decisão acerca da definitiva situação criminal do acusado. Também o fato da legislação brasileira permitir a conversão da pena em medida de segurança, bastando para tal que o perito ateste a doença e periculosidade do sujeito no curso da execução, demonstra a material administrativização desta modalidade de sanção, a qual retira-lhe a feição jurisdicional (afinal o controle jurídico é meramente formal).

Por fim, também o respeito à dignidade da pessoa humana - art. 1º, inciso III da CR/88 - é deixado de lado com a execução destas medidas que, ao proporem um aparente solução para o problema (do “louco-infrator”), acabam impingindo um tratamento cruel e discriminatório ao portador de transtorno mental.

Com tudo isso, facilmente se percebe que quando se mantém uma pessoa segregada em nome da segurança, da paz ou da ordem pública, baseado na possibilidade de reiteração da conduta criminosa, está se atendendo não aos

ditames de um Direito penal democrático, mas sim a uma função estritamente policial do Estado, completamente alheio aos objetivos fundamentais firmados pela Carta Magna.

É preciso, pois, opor resistência ao instituto e, neste passo, os postulados garantistas – firmados especialmente por Luigi FERRAJOLI⁶⁸⁵ - afiguram-se como soluções adequadas para um Estado que propugna ser Democrático e de Direito.

Um Estado cujo ordenamento jurídico esteja fundado nas premissas da estrita legalidade e da estrita jurisdicionalidade, que respeite o devido processo legal e as garantias constitucionais a ele inerentes, que se amolde aos princípios da culpabilidade, da lesividade, da retributividade, da necessidade e, especialmente, que observe a insuperável necessidade de se respeitar a dignidade humana, minimizando-se a violência e ampliando as liberdades.

⁶⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 29.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1962.
- ACCIOLI, Wilson. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- AGOSTINHO, Santo. *O Livre-arbítrio*. São Paulo: Paulus, 1995.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA JÚNIOR, Antônio Ferreira de. *Lições de medicina legal*. São Paulo: Nacional, 1978.
- ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Coimbra: Almedina, 2003.
- AMARAL, Nuno Peixoto do. Insider Trading ao Serviço do Terrorismo. In: COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 1051-1086.
- AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. Rio de Janeiro: SDE/ENSP, 1995.
- ANCEL, Marc. *La défense sociale nouvelle*. Paris: Editions Cujas, 1954.
- ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.
- ANDERSON, Perry. *Linhagens do estado absolutista*. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. Do paradigma etiológico ao paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, p. 276-287, 1996.
- ANTUNES, Maria João. *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis*. Coimbra: Coimbra, 1993.
- ARIAS, Esteban Romero. *La presunción de inocencia*. Pamplona: Aranzadi, 1985.
- ARISTÓTELES. *Da alma*. Lisboa: Edições 70, 2001.
- _____. *Ética a Nicômacos*. Brasília: UnB, 1999.
- ASSOCIAÇÃO PSIQUIÁTRICA AMERICANA. *DSM-IV: Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

- AZEVEDO, Ana Civentini de. *Mito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARBERO SANTOS, Marino. Estado constitucional de derecho y sistema penal. In: PIERANGELI, José Henrique (Org.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934, v. 6.
- BARREIRO, Augustin Jorge. *Las medidas de seguridad en el derecho español*. Madrid: Civitas, 1976.
- BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. Campinas: Romana, 2003.
- BASAGLIA, Franco. *A Psiquiatria Alternativa: contra o pessimismo da razão, o otimismo da prática*. São Paulo: Brasil Debates, 1982.
- _____. *A Instituição Negada*. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n.12, p. 271-288, jul./dez. 2002.
- BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Atena, 1955.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. Criminalidade organizada e procedimento diferenciado: entre eficiência e garantismo. In: COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 909-940.
- BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- _____. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- BERCHERIE, Paul. *Os fundamentos da clínica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

BIRMAN, Joel. *Entre cuidado de si e saber de si: sobre Foucault e a psicanálise*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

_____. *A Psiquiatria como discurso da moralidade*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

_____. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Madrid: Tecnos, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. Curitiba, 2005. 200 f. Tese (doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

_____. *Jurisdição e amizade: um resgate do pensamento de Etienne La Boetie*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 1, p. 73-108.

BORNHEIM, Gerd. *Natureza do Estado Moderno*. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise do Estado Nação*. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileiras, 2003, p. 207-227.

BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. Petrópolis: Vozes, 1981.

BRANDO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. Petrópolis: Vozes, 2004.

BRANT, Sébastian. *Das Narrenschiff*. Paris: Nuée Blanche, 1979.

BRASIL. Decreto n.º 1132 de 22 de dezembro de 1903. Reorganiza a Assistência a Alienados. In: *Collecção de Leis da República dos Estados Unidos do Brasil - Atos do Poder Legislativo*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1903.

_____. Senado. *Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 84.219-4/SP*, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJU de 03 maio 2004, p. 11, n.º 88.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 70550/2-SP*, 2ª Turma, Relator Ministro Paulo Brossard, DJU 09 dez. 1994, RT 714/458.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 75.238/1-SP*, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, DJU 07 nov. 1997, RT 749/590.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus n.º 70006140693*, Quinta Câmara Criminal, Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, DJ 23 mar. 2003.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 3.

_____. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

BULFINCH, Thomas. *O livro de ouro da mitologia grega: histórias de Deuses e Heróis*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

BUSATO, Paulo César; HUPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Introdução ao Direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal español*. Barcelona: Ariel, 1984.

CABALLERO, J. Frias. *Imputabilidad penal*. Bogotá: Temis, 1992.

CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1994.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos ao código penal de 1940*. Diário Oficial de 31 dez. 1940.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

_____. Métodos de proteção de direitos, liberdade e garantias. In: COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 125-148.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

CARBOELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

CARBONEL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Florença: Fratelli Cammelli, 1907.

CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EDUSP, 1998.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de. (Org.). *Crítica à Execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 03-43.

CARVALHO, Amilton Bueno. *Garantismo penal aplicado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Teoria e prática do direito alternativo*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____; ROSA, Henrique Marder. A Radicalização Garantista na Fundamentação das Decisões: Uma Abordagem a partir do Tribunal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. (Org.). *Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 165-174.

CARVALHO, Thiago Fabres de. O direito penal do inimigo e o direito penal do *homo sacer* da baixada: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, n . 25, p. 85-119, jan./mar.2007.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal espanhol*. Madrid: Tecnos, 1998.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Luiz Vicente. *Direito penal na constituição*. São Paulo: RT, 1995.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1951.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *História das Idéias Políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. Valência: Tirant lo Banch, 1987.

COHEN, Cláudio; FIGARO, Claudia Jorge. Crimes relativos ao abuso sexual. In: _____; FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco (Coord.) *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, p. 149-169, 1996.

CONDILLAC, Étienne B. de. *Tratado das sensações*. Campinas: Unicamp, 1993.

CONSELHO NACIONAL DA SAÚDE. *III Conferencia Nacional de Saúde Mental*. Brasília, Ministério da Saúde, 2001.

CONTREA, Malena Segura. *Mídia e pânico: saturação da informação, violência e crise cultural na mídia*. São Paulo: Annablume/FPESP, 2002.

CORONEL, Luiz Carlos Illafont. Manicômio ou Presídio? A Imputabilidade Penal. In: CORONEL, Luiz Carlos Illafont (Org.). *Psiquiatria legal: informações científicas para o leigo*. Porto Alegre: Conceito, 2004, p. 103-104.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1953.

COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. Medida de Segurança. RIBEIRO, Bruno de Moraes; LIMA, Marcellus Polastri (Coord.). *Estudos Criminais em homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 03-24.

COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.

_____. *Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objetiva no direito penal português*. Coimbra: Almedina, 1981.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o Direito das vítimas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 08, p.136-144, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Romano Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CUELLO CALÓN, Eugênio. *La moderna penología*. Barcelona: Bosch, 1958.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Coimbra: Coimbra, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS JÚNIOR, Alírio Torres. O manicômio judiciário e o conflito de identidade da psiquiatria. *Revista da Associação Brasileira de Psiquiatria/Associação de Psiquiatria da América Latina*, São Paulo, v.9, n.3, p. 103-106, jul./set. 1987.

DELGADO, Paulo Gabriel Godinho. *Barbárie*. Disponível em: <<http://www.paulodelgado.com.br/revista/barbarie.htm>> Acesso em: 17 nov. 2008.

DELGADO, Pedro Gabriel. *Direitos humanos e a clínica*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Notícias, 1993.

_____. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1983.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: crítica al fundamento científico del derecho penal del inimigo. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, n. 24, p. 33-53, jan./mar.2007.

DOTTI, René Ariel. Penas e Medidas de segurança no Anteprojeto de Código Penal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 46-69, jul./dez. 1981.

DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo: introdução à criminologia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2002.

ECO, Umberto. *História da feiúra*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1998.

ÉSQUILO. *Oréstia: Agamêmnon, Coéforas, Eumênides*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

EURÍPEDES. *Medéia, Hipólito, As Troianas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991

_____. *As Bacantes*. Coimbra: Almedina, 1992.

FALRET, Jean-Pierre. *Etudes Clinique sur les Maladies Mentales et Nerveuses*. Paris: Bailliére, 1890.

FARIA, Bento de. *Elementos de Direito Romano*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos Livreiro, 1907.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 2005.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental: teoría general do delito e punibilidad*. Bogotá: Temis, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Crisis del sistema político y jurisdicción*. Buenos Aires: Del Puerto, 1995.

_____. *Derecho y Garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2006.

_____. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

_____. A pena em uma sociedade democrática. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n.12, p.31-39, 2002.

_____. O Direito como Sistema de Garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-109.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001.

FERRAZ, Flávio Carvalho. *Andarilhos da imaginação: um estudo sobre os loucos de rua*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito Penal Português: parte geral*. Lisboa: Verbo, 1982. v. 2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 2007,

FERRI, Enrico. *Os criminosos na arte e na literatura*. Porto Alegre: Lenz, 2001.

_____. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. São Paulo: Livaria Acadêmica/Saraiva, 1931.

_____. *Sociologia Criminal*. São Paulo: Minelli, 2006.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FONTANA-ROSA, Júlio César. A perícia psiquiátrica. In: COHEN, Cláudio; FERAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco (Coord.). *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, p. 171-186, 1996.

FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *História da loucura*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

_____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

_____. *O nascimento da clínica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. *O poder psiquiátrico*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Resumo dos Cursos do Collège de France: 1970-1982*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

_____. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Subsídios para a história do novo Código Penal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, v.3, p.7-12, jul./set., 1971.

FREITAS, Gustavo de. *900 Textos e Documentos de História*. Lisboa: Plátano, 1975. v. 11.

FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980.

GARCIA, José Alves. *Psicopatologia forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

GARCIA MARTÍN, Luis. Principios rectores y presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social en el derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.) *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Valência: Tirant lo Blanch, 2005.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Derecho Penal: introducción*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GARDNER, Howard. *O verdadeiro, o belo e o bom*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999.

GAROFALO, Raffaele. *Criminología*. Madrid: Peritas, 1997.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel de; SALAZAR, Pedro (Org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p. 34.

GEMELLI, Agostino. *Psicologia da idade evolutiva*. Rio de Janeiro: Ibero-Americano, 1968.

GEORGET, Etienne-Jean. *De la Folie: Consideration sur Cette Maladie*, Paris: Chez Crevot, 1820.

GETTEL, Raymond. G. *Historia de las ideas políticas*. México: Nacional, 1951.

GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

GLASSMER, Barry. *Cultura do Medo*. São Paulo: Francis, 2003.

GATTAZ, Wagner F. Violência e doença mental: fato ou ficção? *Folha de São Paulo*, 7 nov. 1999, 3º Caderno, p. 2.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2009.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

_____. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 2, p. 67-69. abr./jun. 1993.

GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

GRACIA MARTIN, Luiz. *El Horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

GRAMÁTICA, Fillipo. *Princípios de Defesa Social*. Madrid: Montecorvo, 1974.

GRÓCIO, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Ijuí: UNIJUI, 2004.

GUZMÁN DALBORA, José Luiz. Las medidas de seguridad: distinción y relaciones entre penas y medidas de seguridad. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: RT, 2007. p. 71-88.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires: Ad-hoc, 1995.

HERZLICH, Claudine; PIERRET, Janine. *Maladies d'hier malades d'aujourd'hui: de la mort collective au devoir de guérison*. Paris: Payot, 1984.

HESÍODO. *Os Trabalhos e os Dias*. São Paulo: Iluminuras, 1990.

HIPÓCRATES. *Conhecer, cuidar, amar: o Juramento e outros textos*. São Paulo: Landy, 2002.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOMERO. *A Ilíada*. Rio de Janeiro: W.M. Jackson, 1950.

HUDSON, Barbara. Direitos humanos e “novo constitucionalismo”. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.11-28.

_____. Minority Report: prevendo o futuro na vida real e na ficção. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 5, n. 5, jan./ jul. 2009. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>> Acesso em: 12 mar. 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1951. v.1.

_____. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1951. v.3.

IBRAHIM, Elza. Previsibilidade do comportamento do apenado: uma missão impossível. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.7, n.28, p.252-4, out./dez., 1999.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Rideel, 2005.

JAKOBS, Günther; MELIÁ; Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Princípios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1958.

JORGE, William Wanderley. *Curso de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

JORGE BARREIRO, Augustín. Directrices político-criminales e aspectos básicos do sistema de sanciones en el Código penal español de 1995. *Actualidad penal*, Madrid, n. 23, p.507-508, jun. 2000.

JUNG, Carl Gustav. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Petrópolis: Vozes, 2002.

KANT, Immanuel. *Prefácio à primeira edição da Crítica da razão pura*. Petrópolis: Vozes, 2005.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Rio de Janeiro: Record, 1995.

LANDECHO, Carlos Maria. Peligrosidad social e peligrosidad criminal. *Peligrosidad social e Medias de Seguridad: la ley de peligrosidad e rehabilitación social de 4 de agosto de 1970*. Valência, p. 247-257, 1974, p. 248.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEVORIN, Marco Polo. *Princípio da legalidade na medida de segurança*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LEURET, François. *El tratamiento moral de la locura*. Madrid: Asociación Española de Neuropsiquiatria, 2001.

LISZT, Fran Von. *A idéia do fim no Direito penal*. São Paulo: Rideel, 2005.

_____. *Teoria finalista no Direito penal*. Campinas: LZN, 2007.

_____. *Tratado de direito penal alemão*. Brasília: Senado Federal, 2006.

LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Nova Cultural, 1990.

- LOMBROSO, Cesare. *O Homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2007.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal: projeções contemporâneas*. São Paulo: RT, 1994.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005.
- _____. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo. (Org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 371-406.
- LOPEZ-REY, Manuel. *Introducción al Estudio de la Criminología*. Buenos Aires: El Ateneu, 1945.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- _____. Direito penal e revisão constitucional. *Revista dos Tribunais*. v. 729, p. 369-376, jul.1996.
- MACHADO, Roberto. *Foucault, a filosofia e a literatura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- MALISKA, Marcos Augusto. Max Weber e o Estado Racional Moderno. *Revista Eletrônica do Centro de Estudos Jurídicos*. Curitiba, v. 1, p. 15-28. 2007.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penal*. Torino: Fratelli Bocca, 1924.
- MAQUIAVEL, Nicolo. *O príncipe*. São Paulo: RT, 2003.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1956, v.3
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de história da filosofia*. São Paulo: LTr, 1997.
- MARTINS, Salgado. *Sistema de Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957.
- MARX, Karl. *O capital: o processo de produção do capital*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída*. Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro, 2006.
- MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Astreas, 1995.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

- MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa. *Execução criminal*. São Paulo: Atlas, 2005.
- MEZGER, Edmund. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 1935.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte geral*. Barcelona: PPU, 1995.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MOREAU DE TOURS, Jacques Joseph. *Du Hachisch et de l'aliénation mentale*. Paris: Éditions Fortin/Masson et Cie, 1845.
- MORILLA CUEVAS, Lorenzo. *Curso de derecho penal español: parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *De la tolerancia cero, al derecho penal del enemigo*. Nicaragua: APICEP-UPOLI, 2005.
- _____. *Direito penal e controle social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- NOGUEIRA, J.C. Ataliba. *Medidas de segurança*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- NOVAES, Adauto. *Ensaio sobre o medo*. São Paulo: Senac, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2008.
- NUVOLLONE, Pietro. *Introduction aos Cahiers de défense sociale*. Pádova, 1977.
- OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *Atividade jurisdicional sob o enfoque garantista*. Curitiba: Juruá, 2002.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CID-10: Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados à saúde*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.

- OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999.
- PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.
- PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.
- PASUKANIS, Evgeny B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.
- PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemônico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.
- PESSOTTI, Isaias. *A loucura e as épocas*. Rio de Janeiro: 34, 1994.
- _____. *O século dos manicômios*. São Paulo: 34, 1996. p.03.
- PETROCELLI, Biagio. *La periculosità criminale e la sua posizione giurídica*. Padova: CEDAM, 1940.
- PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. *Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.
- PIERRARD, Pierre. *História da Igreja*. São Paulo: Paulus, 1982.
- PINEL, Philippe. *Tratado Médico-Filosófico sobre a alienação mental ou a mania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.
- PIRAGIBE, Vicente. *Consolidação das leis penais*. Rio de Janeiro: Forense: 1935.
- PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- _____. *A República*. São Paulo: Atena, 1956.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. Medidas de seguridad inocuizadoras para delincuentes peligrosos? Reflexiones Sobre su Discutida Constitucionalidad y Sobre el Fundamento y Clases de las Medidas de Seguridad. *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penale*, Lima, n. 2, p. 481-521, 2001.
- PONTES, Ribeiro. *Código penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- PORTER, Roy. *Uma história social da loucura*. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2008.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y Garantismo. In: CARBONELL, Miguel de; SALAZAR, Pedro. (Org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p.41-58.

_____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

PRINS, Adolpho. *La defesa social y las transformaciones del derecho penal*. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1912.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. São Paulo: RT, 2005.

_____. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas considerações críticas. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001, p. 117-127.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. Manicômios, Prisões, Reformas e Neoliberalismo. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 71-76, 1997.

REALE JÚNIOR, Miguel. Prisão albergue, periculosidade e o novo Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.2, n. 3, p. 158-168, 1975.

REIS FILHO, Daniel Aarão. *Ditadura Militar, esquerdas e sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Medidas de Segurança*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

RIBEIRO, Márcio Moisés. *Exorcistas e Demônios: demonologia e exorcismo no mundo luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

RIPOLI, Mariangela. *Diritto e Morale: il neo iluminismo penal di Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Genesi del diritto penale*. Bogotá: Editorial Temis, 1956.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão penal: a bricolagem de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. O papel do Juiz Garantista e a Execução Penal em tempos Neoliberais: Eichmann e Big Brother. In: CARVALHO, Salo. (Org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 319-348.

_____. O juiz e o complexo de Nicolas Marshall. *Ibccrim*, São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>> Acesso em: 23 out. 2008.

_____; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um processo penal democrático: críticas à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROTTERDAM, Erasmo de. *Elogio da loucura*. São Paulo, Rideel, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: e outros escritos*. São Paulo: Cultrix, 1965.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 5-18, jul./dez 1973.

RUSCHE, Geor; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁ, Alvin August de. Personalidades psicopáticas: sofrem ou fazem sofrer. *Justiça*, v. 57, n.170, p. 31-39, abr./jun. 1995.

SAINT-PIERRE, Héctor L. *Max Weber: entre a paixão e a razão*. Campinas: Unicamp, 1994.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 2 ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

_____. *A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Direito Penal*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. *O conceito de político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

SERRANO, Allan Indio. *O Que é Psiquiatria Alternativa*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

SILVA, Eliezer Gomes da. Transtornos mentais e crime: algumas reflexões sobre o complexo diálogo entre a psiquiatria e o direito penal. *Direito e Sociedade*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 81-125, jul./dez. 2001, p.103.

_____. Direitos Humanos como Fundamento Ético-Argumentativo para um Conceito Material de Crime: uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 237-276.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Marcus Vinícius de Oliveira. *A Instituição sinistra mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2001.

SILVA, Valmir Adamor da. *A história da loucura: em busca da saúde mental*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1979.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

_____. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. São Paulo: RT, 2002.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SOARES, Orlando. Incapacidade, imputabilidade e preservação da saúde mental. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 325, p. 78, jan./mar. 1994.

SÓFOCLES. *Antígona. Ajax. Rei Édipo*. Lisboa: Verbo, 1972.

SOUZA, Moacyr Benedicto. *A influencia da Escola positiva no direito penal brasileiro*. São Paulo: EUD, 1982.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____; MORAES, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2007.

TARDE, Gabriel. *A criminalidade comparada*. São Paulo: Nacional de Direito, 1957.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAVOLARO, Douglas. *A casa do delírio*. São Paulo: Senac, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TONINI, Renato Neves. *A arte perniciosa, a repressão penal aos capoeiras na república velha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIDAL-NAQUET, Pierre. *O Mundo de Homero*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

VIEIRA, Trajano. *Três tragédias gregas*. São Paulo: Perspectiva, 1997.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WACQUANT, Löïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. O discurso psiquiátrico na imposição e execução das medidas de segurança. In: CARVALHO, Salo de. (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 595-611.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción de la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964.

_____. *Derecho penal Alemán*. Santiago: Juridica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 2004.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ANEXOS

ANEXO 1: LAUDO PSIQUIÁTRICO E PSICOLÓGICO J.F.B.....	214
ANEXO 2: LAUDO PSIQUIÁTRICO E PSICOLÓGICO H.L.O.....	220
ANEXO 3: LAUDO PSIQUIÁTRICO E PSICOLÓGICO E.P.V.....	223