

MEDIDAS DE SEGURANÇA E A EPISTEME DA PERICULOSIDADE: DO RACISMO CIENTÍFICO À POSITIVAÇÃO NO CÓDIGO DE 1940

SECURITY MEASURES AND THE EPISTEME OF PERICULOSITY: FROM SCIENTIFIC RACISM TO THE POSITIVIZATION OF THE PENAL CODE OF 1940 IN BRAZIL

Mariane Oliveira Junqueira¹

Resumo: A periculosidade é, hoje, o principal fundamento jurídico para a manutenção de medidas de segurança por tempo ilimitado no Brasil. O objetivo desse artigo, portanto, é analisar as origens da periculosidade como episteme construída entre as ciências médicas e criminológicas. Eu pretendo saber quais são os pressupostos teóricos que criaram dogmaticamente a instantânea vinculação do comportamento violento e/ou desviante como intrínseco e permanente à loucura. Por meio de um estudo bibliográfico e doutrinário buscarei entender como se deu a construção do saber criminológico sobre a periculosidade e como se deu a emergência da noção de periculosidade na legislação penal brasileira. Concluo que as teorias criminológicas centrais, fundamentadas no racismo científico, são apropriadas no contexto colonial brasileiro (VILELA, 2018), para a produção da periculosidade racializada. Percebo, por fim, que antes da emergência da periculosidade no Código, essa categoria já era mobilizada tanto no campo de discussão teórico dos juristas, em debates na Revista de Direito Penal, quanto pela jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Periculosidade; Crime; Loucura; Criminologia positiva; Paradigma etiológico.

Abstract: Periculosity is today the main legal basis for maintaining security measures for an unlimited period of time in Brazil. The purpose of this article, therefore, is to analyze the origins of periculosity as an episteme constructed between the medical and criminological sciences. I intend to find out what are the theoretical assumptions that dogmatically created the instantaneous linking of violent and/or deviant behavior as intrinsic and permanent to madness. Through a bibliographic and doctrinal study I will seek to understand how criminological knowledge on dangerousness was constructed and how the notion of dangerousness emerged in Brazilian penal legislation. I conclude that the central criminological theories, grounded in scientific racism, are appropriated in the Brazilian colonial context (VILELA, 2018), for the production of racialized dangerousness. I realize, finally, that before the emergence of periculosity in the Code, this category was already mobilized both in the field of theoretical discussion of jurists, in debates in the Journal of Criminal Law, and by the homeland jurisprudence.

Keywords: Periculosity; Crime; Madness; Positive Criminology; Etiological Paradigm.

INTRODUÇÃO

O pano de fundo deste artigo são as medidas de segurança, especificamente, sua execução no Brasil, o que vou retomar brevemente. Segundo a lei penal, caso haja ação ou omissão que seja considerada injusto penal e seu possível autor seja inimputável², esse sujeito não será condenado a uma pena, se for comprovado que de fato praticou o delito. No caso, se

¹Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2015), Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (2019). Professora substituta da Universidade Federal de Jataí (UFJ). Advogada. E-mail: mojunq@gmail.com.

²Ou seja, alguém considerado, no julgamento, que na época da ação/omissão não tinha possibilidade de distinguir o caráter ilícito do fato praticado.

aplicará uma sanção penal, imposição tecnicamente diversa da pena pelo seu caráter preventivo e curativo, mas que na prática tem sido visto com características até mais danosas que uma pena (DINIZ, 2013).

Outra possibilidade de aplicação de medidas de segurança é quando, durante a execução da pena, há a superveniência de um adoecimento psíquico que impossibilite de cumprir pena. Como no atual código não é possível cumprir ao mesmo tempo, penas e medidas de segurança, a pena é suspensa e aplicada uma medida de segurança. Essas medidas podem ocorrer em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP) ou ambulatorios. Sobre esse espaço de “tratamento” há severas críticas quanto a seu caráter terapêutico, além de uma lista extensa de violações de direitos humanos ocorrendo nesses locais (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2015).

Na dogmática penal, a periculosidade é o fundamento legal que permite que pessoas absolvidas impropriamente para cumprirem medidas de segurança não tenham, na prática, prazo máximo para seu cumprimento. Essa é uma das polêmicas envoltas nas medidas de segurança. Por isso, ainda que interpretações mais restritivas sugiram que o prazo máximo de cumprimento de medidas de segurança seja balizado pela pena em abstrato e que seu tempo máximo respeite o limite constitucional para penas (WEIGERT, 2015), ainda vivemos num país de medidas de segurança que ultrapassam, na prática, qualquer limite legal. Além da polêmica quanto ao tempo, há sérios indicadores do caráter punitivo (DINIZ, 2013) e das péssimas condições estruturais dos estabelecimentos. Para a criminologia, tem sido algum consenso considerar que a função das penas e medidas de segurança sejam o encarceramento e não o cuidado (CARVALHO; WEIGERT, 2013; WEIGERT, 2015, 2017).

A periculosidade é, hoje, o principal fundamento jurídico para a manutenção de medidas de segurança por tempo ilimitado. Por isso, esse escrito tem como objeto a busca por compreender qual fundamento epistemológico que possibilitou o surgimento, como ciência, no centro do mundo colonial, da categoria jurídica de periculosidade, e seu transplante no mundo colonizado. Meu caminho para essa compreensão passará por buscar entender a produção da periculosidade entre as ciências médicas e criminológicas. Depois de entender a construção pela escola clássica e positiva a respeito da periculosidade, buscarei entender como foi sua recepção no Brasil, especialmente os debates para a posterior positivação no Código Penal de 1940. Por fim, busquei entender a atual construção doutrinária, por meio de quais parâmetros se alicerça e produzem a periculosidade.

1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA PERICULOSIDADE

O campo da “medicina mental”, na passagem do século XIX, construiu a vinculação entre a loucura e o crime. Esse seria um campo de intervenção dos médicos alienistas (PERES, 1998, p. 01). Antes da psiquiatria se tornar ciência, se consolida legitimando a existência dos asilos.

Os alienistas eram as figuras que se propunham conferir inteligibilidade a crimes que aparentemente não teriam explicação razoável e/ou aos sujeitos que não se encaixavam no conceito clássico de loucura delirante (CARRARA, 1998, p. 70). As observações de Philippe Pinel³, alienista francês que relatou a existência de loucos não delirantes em observações que realizou nos asilos (CARRARA, 1998, p. 73) e, a partir daí, uniu o diagnóstico organicista e metafísico, causaram polêmica ao traçar alterações na concepção de loucura vigente (BARROS-BRISSET, 2011, p. 08).

Para Barros-Brisset (2011, p. 47), surge com Pinel a concepção de loucura perigosa, “[...] ao classificar o doente mental como aquele que traz em si um déficit moral intrínseco, em razão das lesões deficitárias permanentes que o fazem portador de um mal moral, [...]”. As lesões, diagnóstico organicista, e o intrínseco mal moral, concepção metafísica, explicariam o fato de a loucura trazer consigo a maldade e a delinquência.

Seguindo suas observações, Pinel elabora o conceito de mania sem delírio, descrevendo a existência de uma “loucura parcial” que não atingiria por completo o intelecto e que aparentemente não era perceptível antes da ocorrência do crime. Ainda assim, o alienado manteria o déficit moral e essa limitação deveria excluir sua responsabilidade pelo crime.

Dando continuidade a essa compressão polêmica da loucura que extrapola o delírio, Jean Etienne Dominique Esquirol, discípulo de Pinel, formula uma concepção de loucura nosológica, classificada em monomanias e seguindo a linha de pensamento de uma loucura parcial, que ficaria oculta por boa parte da vida, manifestando-se em apenas uma ideia. A monomania será inicialmente tida como uma manifestação parcial de um delírio persecutório (CARRARA, 1998, p. 71). Apesar de oculto, o delírio estaria presente manifestando a loucura (DORNELLES, 2012, p. 26).

Essa visão será ampliada para monomania instintiva e raciocinante. Na primeira, o mal moral atingiria a vontade do indivíduo que ficaria sem controle dos seus impulsos. Essa loucura,

³Considerado por muitos o pai da psiquiatria, Philippe Pinel introduz a função médica no hospício, com estudos clínicos baseados na observação dos doentes e a concepção de tratamento moral. Ficou conhecido também por libertar os pacientes das correntes (embora não do espaço asilar), e criticar tratamentos violentos (embora esses tenham continuado a existir).

embora por longo tempo silenciosa, se despertaria repentinamente (CARRARA, 1998, p. 73–74). Na segunda, o caráter e a moral seriam atingidos, sem lesionar a inteligência. Para Barros-Brisset (2011, p. 47), as concepções de Esquirol não eram inéditas, mas réplicas do mal moral que definiam as manias sem delírios de seu mentor.

“O tratamento moral de Pinel e Esquirol perdia força em razão da emergência de uma preocupação mais forte em se localizar a loucura na anatomia humana, a tendência passa a ser a descoberta de um “corpo para loucura”” (SILVA, 2007, p. 36). As críticas levantadas a eles se dirigiam também a seu trabalho descritivo sobre os sinais e não razões da loucura.

Na segunda metade do século, Bénédict-Augustin Morel, discípulo de Esquirol (MATSUDA, 2009, p. 25), formula a teoria de degenerescência que substituiu as anteriores, adequando a concepção da loucura moral com viés organicista em voga à época. Segundo essa teoria, a degeneração ou degenerescência era o desvio patológico transmitido hereditariamente, de características físicas e morais, transmissão que afetaria os descendentes de forma exponencialmente agravada (CARRARA, 1998, p.82). Esse desvio afastaria de forma irreversível o sujeito da normalidade e, por consequência, se tornaria incapaz “de formar na humanidade a cadeia de transmissibilidade de um progresso” (BRANCO, 2016, p. 26).

Diferentemente dos alienistas anteriores, Morel entendia que a “hereditariedade mórbida” seria muito mais do que predisposição, ela produziria alteração na formação do sistema nervoso, provocando má formação orgânica e moral (CARRARA, 1998, p.83). O funcionamento alterado do sistema nervoso seria a causa da loucura, condição hereditária numa cadeia de transmissibilidade negativa.

Por ser considerada incurável, a alienação mental, fruto da transmissibilidade defeituosa do sistema nervoso, para ser diagnosticável carecia de “[...] observação médica muito sensível às condições e à trajetória de vida do “doente” e de sua família, pois as fontes da degeneração poderiam tanto ser naturais quanto sócio-morais [...]” (CARRARA, 1998, p.86). Assim, o diagnóstico considerava excentricidades, crimes, extravagância de costumes familiares ou sociais, moralidades, ao mesmo tempo em que observava marcas físicas como deformações sinais de degeneração hereditária.

Para Morel, os humanos eram inicialmente perfeitos, mas esses caracteres hereditários progressivamente causariam a degradação nervosa. Contudo, a ideia de perfeição inicial não foi incorporada por seus discípulos e a teoria da degenerescência sofreu adaptações para se adequar às teorias evolucionistas em voga (CARRARA, 1998, p.97).

Importante contextualizar que esse período de criação de razões para a alienação mental era o mesmo de escravização e justificação de hierarquia entre raças (BRANCO, 2016, p.26-27) para que o colonialismo se fundamentasse por meio de uma justificativa racional e científica. Herbert Spencer (BRANCO, 2016, p.26-27) justifica parte desse processo com a ideia de seleção natural, considerando que os mais aptos na “corrida” da vida seriam os vencedores. O evolucionismo biologicista de Spencer que usa a sociologia para explicar a aptidão para a sobrevivência dos povos do Norte será revalidado pelas pesquisas de Charles Darwin nos países colonizados.

Em 1859, Darwin lança o livro “A origem das espécies” que descreve como o desenvolvimento de um tronco comum entre as espécies originou uma diversidade de grupos e raças diferentes. Para ele, a desigualdade social era explicada por meio da diferença racial, condicionada pela existência de raças superiores e inferiores (BRANCO, 2016, p.28). Nessa ciência à serviço de uma lógica de poder colonizador, o comportamento mental e moral, bem como a estrutura física e cor da pele considerada pertencente às raças superiores era a branca. Mais que isso: o parâmetro de normalidade e anormalidade reforçou a hierarquia dos povos do Norte como mais aptos e atribuiu aos povos colonizados a pecha de incivilizados, irracionais, sendo o imaginário dos loucos degenerados.

Nessa linha de pensamento evolucionista, os mestiços seriam considerados uma sub raça, resultado de uma degeneração racial e social. A construção evolucionista de uma debilidade racial significa a manifestação do Estado numa política eugenista racista de branqueamento populacional e de higienização por meio da segregação dos indivíduos “etiquetados” como anormais (BRANCO, 2016, p.34). “Tratava-se não mais do racismo propriamente étnico, mas do tipo evolucionista, biológico, científico” (BRANCO, 2016, p.37). Essa episteme racial construiu, assim, o conceito de normalidade e de anormalidade.

2 ESCOLA CLÁSSICA E ESCOLA POSITIVA NA CONSTRUÇÃO DA PERICULOSIDADE

No estudo das escolas penais, a Escola Clássica e a Positiva serão as principais escolas, que vão buscar, utilizando métodos diferentes, justificar o poder punitivo a partir de compreensões próprias sobre o crime, o criminoso e a atribuição de responsabilidade penal. Enquanto a Escola Clássica pensava, de forma racionalista/abstrata, no conceito do livre arbítrio, a Positiva, por outro lado, construiu a noção de atavismo, baseando-se em estudos experimentais.

O que se convencionou chamar de disputa entre Escola Clássica e Escola Positiva foi, na verdade, uma disputa, localizada na Itália, de propostas de autores que se fundamentavam no livre arbítrio contra as concepções que se alicerçavam no determinismo para explicar fenômenos da criminalidade. Não houve estruturas de escolas ou espaço de formação no sentido escolástico.

Ambas as “escolas” se constituíram como propostas e construções teóricas de diferentes autores europeus, que embora pudessem ter alicerces variados e metodologias diversas, se identificavam ou passaram a serem lidos como pertencentes a uma ou outra escola. As teorias não eram estáticas, eram elaborações que construíram propostas e refutavam constantes críticas levantadas pelos teóricos da época.

A escola clássica tem como marco inaugural a obra “Dos Delitos e Das Penas”, de Cesare Beccaria, que data de 1764. Sua principal preocupação, fruto das ideias iluministas e liberais da época, centrava-se na legalidade das penas, penas proporcionais aos delitos praticados, previstas em lei e abolição de penas cruéis. A justificativa para a pena era o castigo pelo ato racionalmente praticado. Nessa política criminal liberal, havia uma tentativa de compatibilizar o discurso liberal das penas proporcionais e justas com a violência colonial nas Américas. O que poderia, de início, parecer incongruência teórica, na realidade era utilizado para fundamentar a exploração e o genocídio de outros povos. A legalidade e a abolição de penas cruéis serviam apenas àqueles considerados homens brancos, livres e europeus. A quem não fosse assim considerado, o suplício, a exploração e as penas cruéis, tão criticadas, permaneciam a vigor.

O saber médico foi especialmente útil para tentar compatibilizar o discurso liberal do contrato social com as necessidades do capitalismo industrial. De certa forma, a medicina oferecia uma saída para o paradoxo entre a premissa do contrato social, no qual os pactuantes eram indivíduos livres e iguais, **e o fato que o Estado poderia excluir e usar de violência contra alguns deles, aqueles que não seriam tão iguais (ANITUA, 2008)**. A Medicina apresenta a proposta de modificação dos sujeitos a partir das suas imperfeições, o que foi bastante oportuno para fundamentar as políticas de profilaxia e de correção, neste caso os hospitais psiquiátricos, asilos e prisões. (DAUFEMBACK, 2014, p. 41)

A ideia do fim do suplício é um recorte de uma história eurocêntrica. Enquanto os clássicos debatiam com os positivistas, a América se regia por penas corporais e escravidão. Enquanto a ciência produzia um aparente avanço teórico, as penas e aparelhos corporais se perpetuavam como correção e adestramento do corpo do louco (FOUCAULT, 2006, p. 132). A passagem do suplício para penas mais humanizadas não faz parte da história da loucura que até hoje permanece com tratamentos questionáveis, entre os quais a eletroconvulsoterapia.

Por outro lado, a difusão das propostas da Escola Positiva se deu principalmente pelas obras inaugurais de Cesare Lombroso, com estreia em 1879 do livro “O homem delinquente”; de Enrico Ferri com o livro “Sociologia Criminal” (1891); e de Raffaele Garofalo, com o livro “Criminologia - Um estudo do crime, suas causas e da teoria da repressão”(1885). Os mais famosos divulgadores europeus do que se convencionou chamar de Escola Positiva foram esses três autores, que embora buscassem ter sincronia em suas vertentes teóricas e fortalecessem o método de estudo positivo, apresentavam diferentes explicações para a criminalidade por meio de seus campos de estudos: antropológico, sociológico e jurídico (ANDRADE, 1994, p. 130).

Lombroso, na obra mais conhecida da escola positiva, realizou pesquisa empírica catalogando características dos sujeitos aprisionados. Utilizando-se do diálogo com o campo da antropologia criminal, listou, de acordo com os achados quantitativos em sua amostra, o que havia em comum entre aqueles indivíduos. Por meio do estudo realizado, chegou à premissa de que haveriam criminosos natos que poderiam ser identificados facilmente a partir das características elencadas. Seu estudo tinha a pretensão de lançar cientificidade para o estudo da criminalidade, aferindo sua origem com critérios quantitativos. Além de ter um estudo muito baseado nos trabalhos de Darwin e Spencer, o que contribuiu para a construção do racismo científico (DUARTE, 1998; FRANKLIN, 2017), Lombroso cometeu um “erro amostral”: buscou a característica dos delinquentes naqueles selecionados, desconsiderando o processo de seletividade penal (ANDRADE, 1994).

Foi de Ferri, então, considerado o maior expoente e o mais autêntico representante da Escola Positiva, que veio a segunda resposta sobre as causas do crime. Desenvolvendo a Antropologia lombrosiana e orientando-se por uma perspectiva sociológica, admitiu uma tríplice série de causas ligadas à etiologia do crime: individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social) e, com elas, ampliou a originária tipificação lombrosiana da delinquência. Conectando e investigando esta tríade de causas deu origem, por sua vez, à Sociologia Criminal que representa, então, o desenvolvimento da Criminologia etiológica numa perspectiva sociológica (ANDRADE, 1994, p. 137).

De forma diferente da abordagem metodológica da Escola Clássica, que se inspirava no método das ciências naturais, a Escola Positiva inaugura os estudos criminológicos como ciência a partir da construção do método experimental. A escola clássica entendia a responsabilidade criminal medida a partir de critérios subjetivos de observação psicológica sobre a liberdade do livre arbítrio. Por outro lado, a escola positiva, segundo a construção de Ferri sobre a influência da físiopsicologia positiva na vontade humana (FERRI, 2006, p. 13), entende que ela está “[...] completamente submetida às influências naturais, não só de ordem moral ou psicológico, senão também de ordem puramente físico [...]” (FERRI, 2006, p. 19).

Valendo-se da estatística, conclui a inconsistência do livre-arbítrio já que as vontades individuais sofreriam influência “do meio físico e social”.

A ciência criminal clássica justificava o direito de punir segundo o livre-arbítrio e a liberdade moral. Em decorrência do livre-arbítrio, o homem seria responsabilizado por seus atos, na medida em que pudesse decidir praticar seus atos. Como o delinquente teria escolhido cometer o crime, na medida de sua escolha, seria responsabilizado.

Discordando desse pressuposto, Ferri nega a possibilidade de responsabilidade e culpabilidade moral, em decorrência de não existir livre-arbítrio ou vontade livre. E, por outro lado, por existir o “determinismo físico e moral” (FERRI, 2006, p. 33), a negação do livre-arbítrio não estaria negando concomitantemente a responsabilidade penal (FERRI, 2006, p. 88).

Na lógica do sistema preconizado pelo positivismo a negação do livre-arbítrio acarreta a negação da responsabilidade moral como fundamento da responsabilidade penal. Por outro lado, se qualquer crime é a expressão sintomática de uma personalidade antissocial, que é sempre mais ou menos anormal, e, portanto, mais ou menos perigosa, os “imputáveis” ou “moralmente irresponsáveis”, do classicismo, são os que mais correspondem ao tipo de criminoso. (ANDRADE, 1994, p. 139-140)

A fim de construir um critério para a responsabilidade jurídica, Raffaele Garofalo introduz, na segunda edição de sua obra “Criminologia” (1891), o critério da temeridade. Esse critério foi definido como “[...]o caráter mais ou menos temível do delinquente [...]” e a concepção de que podem ser examinadas determinadas condições sob as quais este sujeito poderá deixar de ser temível (FERRI, 2006, p. 206).

Garofalo cria “o conceito de temibilidade, ligado à perversidade constante do delinquente e o perigo por ele representado[...]” (DAUFEMBACK, 2014, p. 45), tendo por parâmetro o que Ferri chama de “poder ofensivo do delinquente” e a probabilidade de “recaídas” (FERRI, 2006, p. 208). A temibilidade estaria ligada ao risco de uma presença perigosa.

Formula o conceito de “temibilidade do delinquente” significando a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade do mal previsto que há que se temer por parte dele, depois substituído pelo termo mais expressivo de periculosidade. Também CRISPIGNY ocupa um lugar especial nesta projeção jurídica do positivismo criminológico no âmbito da reforma e do Direito Penal italiano, desenvolvendo técnico-juridicamente o conceito de valor sintomático do delito como expressão da periculosidade do autor proveniente, sobretudo, de FERRI (ANDRADE, 1994, p. 141-142).

Essa parece ser uma expressão clara do caráter individualizante que a escola positiva analisava no criminoso, o crime. A categoria servia como mensuração para a quantidade de perigo que um sujeito representava. A periculosidade não surge como negação da ideia da temibilidade, já que a usa para seu fundamento inicial. “Para o autor, aquela lembrava mais

uma impressão subjetiva do que uma realidade objetiva, ou seja, a temibilidade de um indivíduo é antes a consequência do que é a sua periculosidade” (DUARTE, 1998).

De acordo com a temibilidade, as medidas punitivas seriam determinadas a partir da categoria de delinquente em questão, levando em conta sua capacidade/nível/intensidade de ser antissocial e seu ato ser mais ou menos gravoso (FERRI, 2006, p. 207). “Nasce a noção de periculosidade que orienta para uma atenção às qualidades do criminoso e não dos seus atos em si” (DAUFEMBACK, 2014, p. 71).

Para FERRI, a intuição empírica da capacidade para delinquir já existiria no princípio da proporcionalidade das penas da Escola Clássica, tendo assumido valor científico na organização da justiça penal por ação da Escola Positiva por iniciativa da GARÓFALO, ao exprimir a idéia de que a penalidade se deve medir não pela gravidade do crime ou pelo dever violado ou pela impulsão criminosa, mas pela temibilidade do delinqüente. (1931, p. 275) (DUARTE, 1998, p. 157).

Ferri reúne critérios para medir, a partir dos pressupostos da escola positiva, a forma de sanção social, os meios e o grau de defesa aplicável a cada crime. Tem como ponto de partida, para construir sua teoria positiva da responsabilidade jurídica, o trabalho de Garofalo que “[...] agrega ao critério da finalidade [...] o da adaptação do delinquente ao meio social” (FERRI, 2006, p. 206). A pena, segundo o critério da adaptação e da temeridade, se aplicará a partir da análise de verificação da possibilidade do delinquente se adaptar ao meio social e deixar de ser temível.

Ferri não nega a construção do critério da temeridade, mas avança na discussão e explica que há uma diversidade de categoria de delinquentes com diferentes níveis de antissociabilidade de seus atos. E, por isso, a cada categoria de delinquente, entende ser cabível um meio adequado de defesa social (FERRI, 2006, p. 207). Para os criminosos natos perigosos e os criminosos loucos, vistos como um “risco permanente”, Ferri entende ser necessária a aplicação dos “meios eliminatórios”. Por outro lado, para os ocasionais/passionais, entende que os meios “temporários e os reparatórios” serão suficientes para a defesa social contra seus atos.

Prosseguindo, a fim de construir uma teoria positiva da responsabilidade penal, a escola positiva descarta o critério clássico da responsabilidade moral, utilizando um critério “[...] superior aos hábitos mentais subjetivos” (FERRI, 2006, p. 221) que seria o critério da responsabilidade social. O fundamento do direito de punir é a defesa social e a responsabilidade social dela decorrente (ANDRADE, 1994, p. 140).

A Escola Positiva trouxe ao centro do debate penal a contramão da construção do livre-arbítrio dos autores clássicos, a análise do delinquente e de sua personalidade.

Do programa positivista emerge, portanto, a delimitação de um ‘Direito Penal do autor’ baseado no determinismo e na responsabilidade social, no qual o potencial de periculosidade social constitui a medida da pena (que requer uma rigorosa

‘individualização’ e indeterminação de limites) e a justifica como instrumento de defesa social (ANDRADE, 1994, p. 143).

Em “Sociologia Criminal”, publicado em 1891, Ferri explica que o determinismo não escusava a responsabilidade social, o fundamento da responsabilidade penal, que tinha função de defesa social contra os criminosos. “Nestes princípios a sociedade, defendendo-se contra o indivíduo criminal, encontrará de um lado os meios necessários para sua própria conservação e de outro os limites que esta mesma necessidade lhe impõe[...]” (FERRI, 2006, p. 221). Viver em sociedade traria responsabilidade pelos atos cometidos pelos homens (FERRI, 2006). Para Ferri, assim como as pessoas estão determinadas a cometerem crimes, a sociedade o está em reagir.

A periculosidade social, capacidade de cometer crimes, é o que Ferri chama de anormalidade. Seria anormal todas as pessoas que cometem crimes porque estão predeterminadas a fazê-lo. Todos que não cometem crimes são os normais.

Assim enfatiza a “necessidade metódica” de ver o “crime no criminoso”, seja do ângulo do legislador, do juiz ou do cientista penal e condena o “erro metódico” do classicismo em ignorar que a personalidade antissocial do delinqüente deve estar na primeira linha porque o crime é sobretudo sintoma revelador da personalidade perigosa de seu autor. FERRI (1931, p. 45, 49 e 80) (ANDRADE, 1994, p. 139).

Pelo fato de todos os que cometem crimes serem tidos como anormais, Ferri discorda da isenção da responsabilidade social dos criminosos anormais. Por isso, ele discorda da responsabilidade moral e do livre-arbítrio, fundamentados tanto pelos clássicos, como Carrara, como por autores ecléticos (FERRI, 2006).

Enfim, parece ser conseqüente ver nesta Criminologia uma matriz significativa para a conformação de uma imagem estereotipada da criminalidade e do criminoso (a qual condiciona a própria seleção) mediante as seguintes representações que, de resto, imprimiu à ideologia da defesa social: a) criminalidade ontológica; b) determinismo/periculosidade: distinção entre homens normais e anormais/perigosos e identificação da delinqüência com a anormalidade e periculosidade (o “mal”); c) identificação da violência com a violência individual, que se encontra por sua vez no centro do conceito jurídico-dogmático de crime, imunizando a violência institucional e estrutural. (ANDRADE, 1994, p. 416).

O determinismo da noção da periculosidade imprimiu a episteme racial na noção hegemônica de normalidade e anormalidade, atribuindo unicamente aos indivíduos os fatores de causas da criminalidade. Essa essencialização do indivíduo louco como sendo perigoso tem raízes no saber médico, que passou a se desdobrar para participar da decisão sobre a periculosidade.

Não é possível afirmar que no Brasil tenha havido a formação de uma Escola Criminológica Positiva, embora tenham existido algumas tentativas reconhecidas nos esforços de Moniz Sodré e Viveiros de Castro. Mas houve sim uma apropriação retórica dos juristas de todas as terminações biológicas e sociológicas das variações criminológicas da época. Tal apropriação sedimentou-se no saber dos juristas durante

a primeira metade do século XX e os serviu com variações de sentido para formular políticas diversas de fundo político penal intervencionista e antiliberal. (PRANDO, 2012, p. 21).

Não apenas as escolas criminológicas “são apropriadas e subvertidas em contextos coloniais” (VILELA, 2018, p. 2022) mas a “a experiência colonial permanece nas estruturas fundamentais do sistema penal” (VILELA, 2018, p. 2022), desde a criação da ideia do indivíduo criminoso até a produção de sentidos de periculosidade intrínsecos aos indivíduos.

3 CHEGADA DA PERICULOSIDADE NO CÓDIGO PENAL DE 1940 NO BRASIL

A genealogia da periculosidade (BARROS-BRISSET, 2011) considera a construção do conceito por meio do saber médico (alienistas) e sua apropriação pelos saberes criminológicos positivistas, um dobramento discursivo do que se tornou o direito penal e a psiquiatria. O entendimento de que o perigo era intrínseco à loucura foi usado para justificar espaços específicos de segregação de forma que o discurso oficial contivesse a “imprevisibilidade” dos loucos e das loucas e se pudesse chamar a figura do saber especializado do alienista nos julgamentos criminais antes mesmo de haver previsão em legislação penal para tais casos (CARRARA, 1998; FOUCAULT, 2006). Se em Foucault os alienistas franceses foram convocados pelo judiciário para tornar inteligível os crimes inexplicáveis dos sujeitos tidos como loucos, na Revista de Direito Penal no Brasil, entre os anos de 1933-1940, há o registro de uma disputa pelo reconhecimento da importância da medicina no sistema penal (PRANDO, 2012, p. 132).

Partindo da concepção de temibilidade de Garofalo, e idealizado por Ferri como periculosidade, a categoria que incorpora em si a junção entre o saber médico e penal será motivo de disputa discursiva, materializada na Revista de Direito Penal sobre a autonomia dos juristas e a ameaça de perda de poder aos médicos (PRANDO, 2012, p. 132). Tratava-se não só de incorporar a medicina enquanto auxiliar, como se fez com a criminologia, mas de se materializar disputas entre saberes e poderes e se decidir a hegemonia como ciência na área.

Nesse debate, um médico que se destacou foi Heitor Carrilho que ressaltava a importância da psiquiatria para definir a temibilidade dos criminosos, de quem falaremos adiante. Além de diretor do primeiro manicômio, o médico foi figura influente como professor e membro do Conselho Penitenciário e Serviço Nacional de Doenças Mentais (FRY, 1985). Para ele, o conceito de periculosidade era a constatação por um profissional médico de uma anormalidade intrínseca ao indivíduo louco. O que “não equivalia exatamente a um diagnóstico psiquiátrico, mas os considerados doentes mentais eram também vistos como perigosos [...]”

(OLIVEIRA JÚNIOR, 2005, p. 38). Mas, para os que careciam de diagnóstico sobre a loucura perigosa, a vitória da medicina se transcreveu no novo Código de 1940, passando a ser poder competente para definir a loucura e a periculosidade criminal.

O conceito biodeterminista sobre periculosidade social abordado anteriormente carecia de validação. Esses novos elementos, medida de segurança e periculosidade foram importantes inovações que o Código de 1940 trouxe, com assimilação de postulados da criminologia positivista no Brasil. “E é este potencial de periculosidade social, que os positivistas identificaram com "anormalidade" [...] que constitui o critério e a medida da penalidade e justifica a introdução, no sistema, das medidas de segurança por tempo indeterminado.”(ANDRADE, 1994, p. 142).

Embora tenham sido inovações legislativas, não era a primeira vez que um código penal brasileiro previa que os loucos não seriam considerados criminosos. Ser “louco de todo gênero” era condição para excluir o crime no Código Criminal do Império de 1830⁴, regido sob os princípios da Escola Clássica e “tendo sido influenciado pelo liberalismo da Constituição de 1824, pelo Código Francês de 1810 e o Código Napolitano de 1819.” (CORREIA, 2007, p. 52). A polícia médica encaminharia o louco, de acordo com a determinação do magistrado, ou à suas respectivas famílias, ou “às casas a eles destinadas” (BRASIL, 1830).

Nessa época sequer se cogitava a construção de manicômios criminais, havendo apenas as Santas Casas de Misericórdia em substituição aos cárceres para os loucos (CORREIA, 2007). Em um movimento de criação de um hospício de alienados, foi construído o Hospício Pedro II⁵, inaugurado em 1852 com a transferência dos loucos que ficavam nas Santas Casas de Misericórdia. Com a instauração da República, o hospício passou a ser chamado de Hospital Nacional dos Alienados.

Além da primeira referência no Código Criminal de 1830 aos loucos que cometiam crimes, a próxima Codificação Criminal, de 1890⁶, inseriu a noção de imputabilidade do agente

⁴“Art.10. Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze annos. 2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime. Art. 12. Os loucos que tiverem commettido crimes, serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas familias, como ao Juiz parecer mais conveniente” (BRASIL, 1830).

⁵“No dia 10 de julho de 1841, graças à iniciativa generosa de José Clemente Pereira, foi publicado o decreto que ordenou a construção de um asilo no Rio de Janeiro. Sob o patrocínio do Imperador Pedro II, esse asilo foi inaugurado em 1852 e foi originalmente planejado para trezentos pacientes de ambos os sexos.”(REY, 2012, p. 382)□

⁶“Art. 27. Não são criminosos: § 3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação; Art. 29. Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alineados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do publico” (BRASIL, 1890).

(CORREIA, 2007, p. 53) incorporando premissas do classicismo (FRY, 1985, p. 122). Além disso, a adesão a princípios liberais também se demonstrou no banimento de “[...]penas infamantes ou a pena de morte e instituindo a prisão como reação penal básica [...]” (CARRARA, 1998, p. 111). Nessa compreensão, as pessoas são dotadas de livre-arbítrio e a punição deve ser aplicada segundo a gravidade dos crimes. Contudo, “[...] mesmo num sistema que olhava para os *crimes* e distribuía *punições*, estavam presentes já, nas entrelinhas dos códigos, duas *personagens* - o reincidente e o irresponsável -, cujos contornos ainda vagos seriam definidos por especialistas como Heitor Carrilho” (FRY, 1985, p. 123).

Embora se ventilasse nas entrelinhas essa mudança para a centralidade do crime no criminoso a partir do conceito de reincidência, a ideia de impunidade, fortemente levantada como crítica pelos positivistas, trazia a concepção de um Código Criminal que já nascia defasado pela influência do classicismo, frente às novas ciências biologicistas em ascensão à época (BRANCO, 2016).

A ideia de impunidade se dirigia, principalmente, ao tratamento excepcional que recebiam os sujeitos com “perturbação dos sentidos e inteligência o ato de cometer o crime” (FRY, 1985, p. 123). Sem punição penal, novamente a previsão era de que o controle que iria vigiar os loucos criminosos era a família e, caso não fosse suficiente para manter a segurança, hospitais de alienados seria seu destino.

Em 1903, apareceu uma lei especial para a organização da assistência médico-legal a alienados no Distrito Federal e que se pretendia modelo para a organização desses serviços nos diversos estados da União (Dec. n.º 1132, de 22/12/1903). Segundo tal legislação, cada Estado deveria reunir recursos para a construção de manicômios judiciários e, enquanto tais estabelecimentos não tivessem sido erigidos, dever-se-iam construir anexos especiais aos asilos públicos para o recolhimento desse tipo de alienados. O ano de 1903 marca, portanto, o momento em que a construção de manicômios judiciários se torna proposta oficial (CARRARA, 1998, p. 49).

Carrara afirma que foi provavelmente em decorrência desta mudança legislativa que surgiu a Seção Lombroso, uma ala separada no Hospital Nacional apenas para loucos criminosos (CARRARA, 1998, p. 49). Nesse hospital, dirigido por Juliano Moreira, Heitor Carrilho se tornaria responsável pelo setor dos loucos criminosos. (FRY, 1985, p. 130).

Nos anos que se seguiram, houve algumas propostas de modificação do Código, dentre elas, o Decreto nº 22.213 de 14 de dezembro de 1932, que adotou a denominada Consolidação das Leis Penais, com base em trabalho do Desembargador Vicente Piragibe, devido às inúmeras alterações realizadas no texto de 1890. Porém, o mesmo texto foi mantido com uma pequena modificação: mencionava “completa perturbação de sentidos e de inteligência” e não mais “privação” a tal respeito para determinar a irresponsabilidade penal do agente (ALVES, 1998, p. 54 *apud* CORREIA, 2007, p. 54).

Na esteira de construir um critério moderno de responsabilidade penal, que conciliasse a legalidade como critério vinculador das decisões à lei, na década de 1920, um cerne da

periculosidade consolidou-se por meio de previsões legais específicas correcionalistas que previam “apreciação da índole do preso” para aplicar técnicas de regeneração adequadas (BRASIL, 1924). O uso de critérios que se referiam à personalidade do delinquente para determinação de suspensão condicional da pena e livramento condicional continuavam a consolidar a preocupação com o delinquente como central para o sistema punitivo (PRANDO, 2012, p. 238). Essa vinculação da correção do delito na figura do criminoso era o início da adesão de ideias da criminologia positivista em nossa legislação. “Olhando o panorama brasileiro de finais do século XIX, é realmente notável o modo como se acotovelavam teorias e idéias que, na Europa, haviam surgido em momentos históricos bem distintos” (CARRARA, 1998, p. 111).

Além das incorporações legislativas da centralidade do crime na personalidade do criminoso, no saber médico brasileiro, que tinha Heitor Carrilho como um influente pensador, já havia construção do entendimento de que os crimes dos presos eram expressões de sua "condição mórbida" (CARRILHO, 1931b, 21 *apud* FRY, 1985, p. 130). Ou seja, o crime seria consequência da doença mental. Para Carrilho, a vadiagem era decorrência da esquizofrenia (FRY, 1985, p. 130) e de "anomalias mentais corrigíveis" (FRY, 1985, p. 131) e a temibilidade estaria ligada à "personalidade mórbida" (CARRILHO, 1930a, 174 *apud* FRY, 1985, p. 131).

Em que pese a influência de teóricos positivistas como “[...] Lombroso, Ferri, Ingenieros e Grispighi [...]”, eles “[...] surgem nos textos de Carrilho não como *savants* europeus transplantados integralmente para o Brasil, mas como pontos de referência e de legitimação [...]” do pensamento e prática do médico (FRY, 1985, p. 124). Embora inspirado por essas referências, ele irá construir sua própria classificação de diagnósticos de delinquente, havendo originalidade em sua criação. Isso porque as dinâmicas de controle e relações de poder não são mecânicas e universais. Rayell Connel afirma que “[...] nenhum dos processos de expansão do capital, nem a reivindicação por uma universalidade sobre a qual se baseiam, transforma cada lugar e cada coisa da mesma maneira” (CONNEL; PEARSE, 2015, p. 81). Assim, em que pese a historiografia tradicional construir uma história linear e homogênea sobre o controle, observamos uma relação direta entre o controle social e o contexto de onde emergem saberes, discursos e práticas que o fundamentam. Há construções periféricas de processos de controle que contam com fluxos e influências mútuas na relação Norte-Sul, mas não com a mimetização de suas práticas (PRANDO, 2012).

Assim, com certa originalidade, Carrilho movimentou em sua prática discursiva questionamentos sobre "consciência", temibilidade e possibilidade de correção dos delinquentes. Na classificação de Carrilho, a temibilidade era a medida de influência do

diagnóstico no cometimento de crimes. Levando o em conta sua experiência na Seção Lombroso categoriza as doenças mentais com temibilidade em: 1) Loucos morais; 2) Epiléticos de poucos ataques; 3) Paraphrenicos; 4) Schisophrenicos; 5) "Os débeis mentais e imbecis"; 6) "Os maníacos"; 7) Os "paranóides reivindicadores" que "vivem a protestar"; 8) Os "perversos sexuais"; 9) Os "alcoolistas crônicos"; 10) Os "simuladores" (CARRILHO, 1932a *apud* FRY, 1985, p. 128). Para Carrilho, a psiquiatria seria um caminho para estudar e explicar os crimes hediondos a partir do estudo do "caráter" e "temperamento" dos presos, e por isso, ele propõe a difusão nas prisões de seções⁷ psiquiátricas à Subcomissão Legislativa do Regime Penitenciário.

Em um segundo momento Carrilho divide sua classificação em "alienados", "não alienados" e "epiléticos". O primeiro grupo seria passível de controle pela profilaxia social realizada no Hospital dos Alienados. Já os "epiléticos, impulsivos ou com tendência à prática de crime" foram classificados como "sem ética nem moral". Os casos com ausência de delírios foram para Carrilho as mais difíceis de identificação, se enquadrando nos casos de crimes "terríveis" (FRY, 1985, p. 128).

Um fato marcante para a criação do primeiro manicômio brasileiro foi um motim, em 1919. Houve uma revolta dos internos em forma de motim na Seção Lombroso. Peter Fry justifica neste motim o impulso realizador do manicômio (FRY, 1985, p.125). Estes internos foram removidos para o novo Manicômio Judiciário em 30 de abril de 1921, estabelecimento dirigido por Heitor Carrilho por toda sua vida.

Além da prática discursiva do saber médico que incorporava a temibilidade e periculosidade, o Decreto nº. 14.831 de 25.05.1921 que aprova o regulamento do Manicômio Judiciário já trazia consigo a internação por "symptomas de loucura" e necessidade de "observação especial ou a tratamento". Nesse decreto, a segurança pública e a discricionariedade do juiz eram o parâmetro para internação dos irresponsáveis penalmente (inciso III) no Manicômio Judiciário (BRASIL, 1921).

É notório que antes de materializar expressamente a concepção da periculosidade nas legislações penais, a prática discursiva médico-psiquiátrica brasileira já havia incorporado conceitos referentes a temibilidade, produzido classificação de criminosos segundo diagnósticos e disputado, junto às práticas judiciárias, a presença da psiquiatria. Antes da entrada da medida de segurança para a legalidade não havia apenas a emergência de práticas

⁷ Sessões psiquiátricas como espaços específicos nos presídios reservados aos loucos criminosos.

de separação dos loucos criminosos, mas a inauguração do primeiro Manicômio Judiciário Brasileiro.

Além das práticas médico-psiquiátricas, a jurisprudência já utilizava a periculosidade como fundamento para decisões, um conceito que mantinha estreita relação com as práticas policiais de antes de 1930 (PRANDO, 2012, p. 243). Segundo Foucault (2008), há uma estreita relação entre práticas de poder instituídas e a formação do saber que, neste caso, era o saber dogmático-criminológico.

Embora a periculosidade não tenha sido utilizada exclusivamente para individualizar o crime no criminoso louco, sendo também utilizada para analisar a personalidade dos imputáveis, dois casos emblemáticos influenciaram ainda em 1920 profundamente a dogmática penal para a constituição das medidas de segurança no Brasil (PRANDO, 2012, p. 245). Preto do Amaral e Febrônio Índio do Brasil foram as duas figuras que ficaram famosas no repertório de debates jurídicos e médicos por conta de seus crimes que levantaram demandas às ciências médicas para conferir inteligibilidade aos seus atos (PRANDO, 2012).

Naquele momento histórico, no ano 1927, José Augusto do Amaral⁸ foi preso e “condenado sem julgamento” como o primeiro assassino em série brasileiro. Acusado de homicídio e necrofilia, filho de escravizados do Congo e Moçambique, foi torturado pela polícia, o que gerou sua confissão. Não chegou a ser condenado, morrendo na prisão por tuberculose (CAMPOS, 2003). O triste em sua história é a construção do discurso midiático e científico de que esse “monstro negro” teria de forma hereditária predisposição para o crime, tendo marcas da sua doença mental em características físicas e no teor dos crimes sexuais (GOIZ, 2017). Nosso primeiro caso icônico de exercício jurisprudencial da periculosidade é adjetivado como monstro racializado como negro.

O segundo caso que gerou amplo debate foi o de Febrônio Índio do Brasil. No ano de 1927 o jovem, racializado como mulato, escritor de um livro de profecias, foi acusado de assassinato de jovens e “loucura moral”, duas acusações que lhe renderam a fama de ser quem inaugurou o primeiro manicômio judiciário brasileiro. Sua loucura moral foi produzida como decorrente da miscigenação e da homossexualidade (CALIL, 2015; CARRARA, 1998, p. 16).

Em ambos os casos é possível perceber que a miscigenação marca a descrição da loucura moral. Febrônio foi preso, posteriormente institucionalizado no recém-inaugurado manicômio judiciário (primeiro do país, construído em 1921). Foi o paciente 0001, antes

⁸ Sobre as representações de degenerescência no caso Preto Amaral ver: SOUZA CAMPOS, P. F de. Os crimes de preto Amaral: representações da degenerescência em São Paulo. 2003, 325f. Tese (Doutorado em História e Sociedade) Faculdade de Ciências e Letras – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, 2003.

mesmo da transferência dos loucos criminosos que ficavam na Seção Lombroso. A constatação por perícia médica do perigo intrínseco a esses dois sujeitos racializados como negros e mestiços garantiu sua prisão indefinida.

A periculosidade apropriada como reflexo do positivismo jurídico, antes de ser colocada como norma em legislação penal brasileira, já era adotada pela medicina-psiquiátrica, jurisprudência e doutrina. Isso demonstra que a enunciação discursiva (FOUCAULT, 2008) da periculosidade se formou como prática muito antes de entrar para a legalidade. Mais do que isso: a lei não era, até 1930, central como fonte doutrinária e jurisprudencial (PRANDO, 2012, p.238). E o saber dos juristas, até aquela data, se centrava no saber exteriorizado pela retórica criminológica (PRANDO, 2012).

No contexto brasileiro de emergência de uma modernização penal, houve a busca para se construir uma centralidade na lei, no juiz como seu intérprete e na defesa social como justificativa para o controle penal (PRANDO, 2012, p. 243). Nesse contexto, o critério racional da periculosidade, como forma de defesa social, fazia parte da modernização do saber penal (PRANDO, 2012, p. 235). Essa racionalização seria proporcionada pela discricionariedade do magistrado e pelo uso dos estudos científicos produzidos pelo saber criminológico.

Embora influenciado por essa construção criminológica, Nelson Hungria se apropriou do conceito, e para justificar as críticas que fazia à criminologia, o chamou de forma retórica de conceito racional, não científico (PRANDO, 2012, p. 236). A tecnicização do direito após 1930 proporcionou a consolidação deste critério como medida de defesa social. Ainda que houvesse debates naquela época, eles não negavam o critério, mas decidiam os limites e condições de aplicação (PRANDO, 2012, p. 248).

A defesa social ocupou tanto a retórica criminológica quanto o processo de dogmatização do direito penal, e seu correspondente foi o critério da periculosidade. Fazia parte da modernização do sistema penal a entrada da periculosidade na legalidade e sua assimilação como parâmetro interpretativo para a dogmática penal (PRANDO, 2012, p. 238).

Apesar dessas alterações, somente a partir da promulgação do Código Penal de 1940, em contexto ditatorial, que o critério positivista da periculosidade entrou na legalidade juntamente com as medidas de segurança (PRANDO, 2012, p. 238). Se antes de 1930 não havia muita submissão à lei, mas consolidação jurisprudencial do conceito da periculosidade, após essa data, o esforço de tecnicização do direito, tornará a prática judiciária retoricamente mais “racional e moderna” mediante a submissão à lei e à doutrina.

4 A CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA DA PERICULOSIDADE NA MEDIDA DE SEGURANÇA: AS DEFINIÇÕES LEGAIS E AS CONSTRUÇÕES DOUTRINÁRIAS

As medidas de segurança foram criadas como uma espécie do gênero sanção penal, aplicadas a partir de uma sentença absolutória imprópria, que ao absolver o sujeito, o submete a um tratamento compulsório que pode ser de internação ou ambulatorial. Enquanto a culpabilidade é o que justifica a pena, a periculosidade justifica as medidas de segurança. A periculosidade evidencia um discurso jurídico penal baseado na concepção de “anormalidade” e no saber criminológico positivista, presente previamente à entrada da periculosidade na legalidade.

Embora inauguradas no Código Penal de 1940, as medidas de segurança deixaram de ser aplicadas aos imputáveis, cabendo apenas àqueles com inimputabilidade, a partir da reforma de 1984⁹. Isso foi provocado pela mudança do sistema dualista cumulativo (duplo binário), que previa aplicação cumulada ou sucessiva de pena e medida de segurança, para o sistema dualista alternativo (vicariante), que prevê apenas a aplicação de pena (fundada na culpabilidade) ou de medida de segurança (fundada na periculosidade) (SANTOS, 2012, p. 471).

As doutrinas majoritárias¹⁰ interpretam, hoje, as medidas de segurança a partir de três dispositivos legais: o Código Penal de 1940¹¹ (CP de 1940), o Código de Processo Penal de 1941¹² (CPP de 1941) e a Lei de Execução Penal de 1984¹³ (LEP de 1984) e seguem ignorando os reflexos da Lei Federal nº.10.216/2001 nas medidas de segurança. Dentre as doutrinas mapeadas, apenas Greco (2017) citou os impactos da lei federal nas medidas de segurança, embora não analise a dogmática das medidas a partir da referida lei. Este foi o único momento que falou da legislação antimanicomial. Cabe destacar o que o autor escreve:

É importante ressaltar que a classe médica, há alguns anos, vem se mobilizando no sentido de evitar a internação dos pacientes portadores de doença mental, somente procedendo a internação dos casos reputados mais graves quando o convívio do doente com seus familiares ou com a própria sociedade torna-se perigoso para estes e para ele próprio. Em virtude desse raciocínio, surgiu em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental (GRECO, 2017, p. 838).

⁹ A Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, altera as disposições do CP de 1940 a respeito das medidas de segurança, que antes podiam ser aplicadas cumulativamente à pena aos imputáveis (BRASIL, 1984).

¹⁰ O saber dos juristas é um importante ambiente para se entender como se desdobrou a construção da periculosidade. Aqui, mapearei a construção doutrinária sobre a periculosidade a partir de quatro autores: Bitencourt, Damásio de Jesus, Juarez Cirino e Greco.

¹¹ Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, com as alterações dadas pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984 (BRASIL, 1940).

¹² Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (BRASIL, 1941).

¹³ Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984 (BRASIL, 1984).

Nas demais doutrinas estudadas (BITENCOURT, 2012; JESUS, 2011; SANTOS, 2012), essa legislação sequer é citada. Em decorrência disso, não se fala em uma leitura das medidas de segurança privilegiando o cuidado em liberdade. Esses doutrinadores explicam as medidas de segurança apenas por meio da legislação penal.

Greco descreve a finalidade das medidas de segurança como “providência legal curativa” (GRECO, 2017, 839). Damásio (JESUS, 2011) concorda que a medida tem finalidade curativa e preventiva, enquanto Bitencourt (2012) acrescenta que ela tem finalidade também repressiva. Para Juarez Cirino (2012), a finalidade metodológica da medida de segurança é tanto prever crimes futuros por meio do conceito da periculosidade, quanto evitar que esses crimes aconteçam. Essa finalidade é o fundamento da crise das medidas de segurança. Assim, explica Santos:

A crise das medidas de segurança decorre da inconsistência desses fundamentos: primeiro, nenhum método científico permite prever o comportamento futuro de ninguém; segundo, a capacidade da medida de segurança para transformar condutas antissociais de inimputáveis em condutas ajustadas de imputáveis não está demonstrada.” (SANTOS, 2012, p. 606).

Enquanto Bitencourt (2012) e Damásio (JESUS, 2011) classificam as medidas de segurança em medida de segurança detentiva (internação) e restritiva (ambulatorial), Juarez Cirino (SANTOS, 2012) as nomeia também como estacionárias e ambulantes. Para Damásio, a escolha por medida de segurança detentiva (internação) e restritiva (ambulatorial) vai depender da pena em abstrato prevista para o crime praticado (2011). A medida de segurança de internação aparece como substituto do regime penal mais gravoso e, por isso, não deve ser cabível para casos de crimes de bagatela, sendo necessário para seu prognóstico fatos com violência ou ameaça dela (SANTOS, 2012, p.615). Por isso, para a doutrina penal, a internação se relaciona com a gravidade do crime e não da doença. Ela substitui a prisão em regime inicialmente fechado, segundo a analogia: reclusão (internação) e detenção (ambulatorial).

Contudo, para Greco, a escolha do tratamento, seja internação ou ambulatorial, deve visar atender à “situação do agente”, independentemente da disposição legal do artigo 97 do CP, para o qual, na medida de segurança, cabe internação (reclusão) e, em caso de detenção, cabe tratamento ambulatorial (GRECO, 2017, p.839). Por outro lado, Juarez Cirino embora não condicione o tratamento à necessidade do sujeito, entende que o tratamento ambulatorial é condicionado à pena de detenção (SANTOS, 2012), requisito que para Bitencourt é somado a requisitos extralegais como “condições pessoais do agente” (BITENCOURT, 2012, p. 1879-1880).

A internação ou o tratamento ambulatorial, segundo a LEP (art. 171, 172), necessita de “expedição de guia para a execução” (GRECO, 2017, p. 839) “expedida pela autoridade judiciária” (GRECO, 2017, p. 839). Por outro lado, a internação pelo SUS, nos moldes da Lei nº10.216/2001, carece de laudo médico descrevendo os sintomas clínicos e o diagnóstico inicial que geram a necessidade de internação para emissão de AIH (autorização de internação hospitalar), segundo Dossiê 03 tratado no último capítulo.

A periculosidade é definida para Bitencourt como “um estado subjetivo mais ou menos duradouro de antissociabilidade. É um juízo de probabilidade” (2012, p. 1878). Damásio ressalta que a periculosidade é a probabilidade de delinquir e não a possibilidade. Damásio dialoga muito com fatores construídos pela Sociologia Criminal de Ferri, entendendo periculosidade como determinada por fatores e sintomas. Os fatores, segundo ele, seriam internos e externos, de personalidade, mas também de condições morais e culturais, considerando o convívio familiar e vida social. Os sintomas seriam os antecedentes que dão indicativos de periculosidade (JESUS, 2011, p. 590). Assim descreve o autor:

[...] de ordem externa ou interna, referentes às condições físicas individuais, morais e culturais, condições físicas do ambiente, de vida familiar ou de vida social, reveladores de sua personalidade. Ao lado dos fatores, há os sintomas de periculosidade, que são os antecedentes criminais, civis ou administrativos, os motivos determinantes da prática delituosa e suas circunstâncias (natureza, modo de realização do tipo, meios empregados, objeto material, momento da prática, lugar, consequência etc.). Há certos dados, explica José Frederico Marques, que funcionam como fatores e sintomas, como as condições de vida e o caráter. (JESUS, 2011, p. 590).

Para Damásio (JESUS, 2011) e Bitencourt (2012, p. 591), a periculosidade é entendida como presumida aos inimputáveis (art. 97 CP) ou real para os semi-imputáveis, considerada apenas quando há prova de necessidade de tratamento (BITTENCOURT, 2012, p. 1878). Embora Juarez Cirino (SANTOS, 2012) seja o único que levanta crítica ao conceito de periculosidade como prognóstico futuro da psiquiatria, relembando as críticas ao conceito de doença mental levantadas pela antipsiquiatria, ele afirma que a periculosidade pode ser “pode ser o resultado de presunção legal (arts. 26 e 97, CP) ou de determinação judicial (arts. 26, parágrafo único, e 98, CP)” (SANTOS, 2012, p. 612). Essa concepção é muito semelhante à construção feita pelos autores anteriores sobre periculosidade presumida ou real.

Interessante notar que a noção de presunção de periculosidade não é expressa no atual código penal. A versão anterior do código, artigo 78, previa como presunção de periculosidade os casos do artigo 22 (inimputáveis). Na atual versão do código, não se fala expressamente em presunção. Portanto, tornou-se construção doutrinária de que os inimputáveis têm periculosidade presumida (concepção que se reflete nas sentenças estudadas).

Os doutrinadores explicam que a periculosidade é avaliada por laudo médico, citando a legislação penal a respeito. Sobre isso, Santos (2012) questiona a periculosidade como prognóstico de crime futuro e critica a capacidade técnica de um médico psiquiatra para fazê-lo (SANTOS, 2012, p. 607).

O tempo de duração para Greco dura “enquanto houver necessidade do tratamento destinado à cura ou à manutenção da saúde mental do inimputável.” (GRECO, 2017, p. 840). Segundo o Código Penal, esse tempo é indeterminado, seguindo o critério da periculosidade para sua extinção. Muitos doutrinadores, como Greco (2017), Bitencourt (2012) e Santos (2012), explicam o risco da inconstitucionalidade da perpetuidade das medidas. Para Bitencourt (2012), esse limite seria o da pena abstratamente cominada, já que a constituição veda a prisão perpétua.

O STF já havia julgado como limite máximo os 30 anos previstos pela CF (HC 97.621, de 2009; HC 84.219, de 2005; HC 107.777/RS de 2012), porque a medida de segurança tem caráter de pena. Mas este assunto não é pacífico e sobre ele os precedentes do STJ¹⁴ entendem ser indeterminado o tempo de cumprimento de medida de segurança (GRECO, 2017, p. 846).

Além dessa concepção de limite máximo de 30 anos, o STJ em 2015 se posicionou por meio da Súmula nº 527, explicando que o limite máximo da medida de segurança deveria ser tomado levando em conta o limite máximo da pena prevista em abstrato para o delito. Contudo, nas extinções das medidas, esses limites não são citados, considerados ou calculados (nos dossiês do PAILI). Apenas a periculosidade e a prática de novo crime são levadas em consideração. Esse dado é confirmado pelo Censo de 2011 dos HCTP, que encontrou pessoas em medida de segurança presas há mais tempo do que o permitido constitucionalmente. Esse limite, na prática, é ignorado com a concepção da periculosidade.

Segundo o artigo 175 da LEP, após o prazo mínimo de internação, “condições pessoais do agente” seriam analisadas para determinar a periculosidade. Para Santos, não é necessária a espera do prazo mínimo, podendo ser a qualquer tempo solicitado (arts. 176-177, LEP).

¹⁴“1. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o instituto da prescrição é aplicável na medida de segurança, estipulando que esta ‘é espécie do gênero sanção penal e se sujeita, por isso mesmo, à regra contida no art. 109 do Código Penal’ (RHC nº 86.888/SP, Rel. Min. Eros Grau, 1ª T., DJ 2/12/2005). 2. Considerando-se que o máximo da pena abstratamente cominada ao delito é de 30 (trinta) anos, o prazo prescricional seria de 20 (vinte) anos, nos termos do art. 109, inciso I, do Código Penal, de tal sorte que não se vislumbra que tenha transcorrido o referido lapso entre cada um dos marcos interruptivos, não podendo falar-se, então, em prescrição da pretensão punitiva. 3. Aliás, também não há como se reconhecer a prescrição da pretensão executória no caso em comento, porquanto o início do cumprimento da medida de segurança pelo paciente interrompeu o transcurso da prescrição, nos termos do art. 117, inciso V, do Código Penal. 4. Esta Corte Superior firmou entendimento de que a medida de segurança é aplicável ao inimputável e tem prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade (Precedentes STJ). 5. Ordem denegada” (STJ, HC 145.510/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 7/2/2011)”. (GRECO, 2017, p.846).

(SANTOS, 2012, p. 620). Essas condições deveriam ser descritas em relatório contendo laudo psiquiátrico (Art. 175, II, LEP). Após a emissão do relatório, deveria haver a escuta do MP e defensor, garantindo, ainda na execução, o contraditório. A decisão judicial seria posterior às diligências, escuta das partes e não apenas uma imposição judicial. Segundo a LEP (art. 176 da LEP), não é necessário o esgotamento do período mínimo para pedido de análise da cessação de periculosidade.

Ainda que tenha uma leitura mais garantista de medidas de segurança como tratamento e não como pena, Grego reproduz a ideia de perigo da liberdade. “Mas não podemos liberar completamente o paciente se este ainda demonstra que, se não for corretamente submetido a um tratamento médico, voltará a trazer perigo para si próprio, bem como para aqueles que com ele convivem” (GRECO, 2017, p. 842). Além de reproduzir a ideia do perigo, a doutrina também fala em mal, assim descrito: “[...] exame de cessação de periculosidade se verifique que o paciente já se encontra completamente restabelecido do mal que o afligia, sendo que, neste caso, o juiz determinará sua liberação[...]” (GRECO, 2017, p. 843).

O Código Penal prevê a liberação condicional da medida de segurança (§ 3º do art. 97 do Código Penal). Greco descreve a liberação condicional como desinternação e submissão a tratamento ambulatorial, ou liberação do tratamento por completo por libertação do “mal que o afligia” (GRECO, 2017, p. 843). A doutrina, ainda que tentando ser crítica, segue discursivamente reproduzindo a episteme da periculosidade.

A liberação é condicionada a requisitos determinados pelo juiz com base art. 178 da Lei de Execução Penal. Fala-se em liberação condicional também porque essa liberdade, além de ser condicionada a certos requisitos, é provisória, podendo ser restabelecido o regime de tratamento anterior, como se fosse uma regressão de regime de pena (§ 3º do art. 97 do Código Penal). As condições de revogação não precisam de se referirem à nova prática de crime. A legislação fala de “fato indicativo de periculosidade”, concedendo ampla discricionariedade ao magistrado, que poderá considerar como indicativo de periculosidade não só o descumprimento das condições impostas, mas qualquer comportamento que julgar desviante, como recusa a tratamento (GRECO, 2017). Por outro lado, para Bitencourt, descumprir condições para o livramento condicional não poderia causar sua revogação (2012, p.1890). Segundo a lei penal, o juiz pode determinar a reinternação a qualquer momento (§ 4º do art. 97 do Código Penal).

A doutrina majoritária convencionou chamar a sentença que determina medida de segurança de sentença absolutória imprópria por compreender um tratamento compulsório ao mesmo tempo em que absolve. Essa sentença não é de absolvição de forma convencional, e, por isso, a doutrina quis enfatizar tal diferença, ressaltando que ela está “sendo impropriamente

chamada de absolutória a decisão que o absolve, mas, contudo, deixa a seqüela da medida de segurança.” (GRECO, 2017, p. 844).

De forma diferente dos inimputáveis, o semi-imputável será condenado e sua pena poderá ser reduzida (art. 26 do Código Penal). Ou em caso excepcional, segundo Bitencourt (2012) e Damásio (JESUS, 2011), substituída por medida de segurança. Embora o código afirme que essa redução de pena é uma faculdade do juiz, para Greco, é um direito subjetivo do condenado (GRECO, 2017, p. 844).

O Código prevê conversão de pena privativa de liberdade em internação (art. 98 CP) em caso de necessidade de tratamento “curativo”, “pelo prazo mínimo de um ano a três anos, nos termos do art. 97 e seus §§ 1º ao 4º” (GRECO, 2017, p. 844). No caso de semi-imputável, Greco e Bitencourt entendem que o tratamento, seja ambulatorial ou de internação, não pode ultrapassar o tempo de pena previsto na condenação sob pena de a medida de segurança ser tratamento mais gravoso, ainda que a lei determine o prazo final como indeterminado (pois o art. 98 nos remete ao art. 97 e seus §§ 1º ao 4º) (GRECO, 2017, p. 845; BITENCOURT, 2012, p. 1884). Santos explica que, nesse caso, “o limite máximo da medida de segurança aplicada deve coincidir com a pena criminal aplicável no caso concreto, se o autor fosse imputável.” (SANTOS, 2012, p. 618).

No caso de superveniência de doença mental (art. 682, § 2º, do CPP), Greco entende que o tratamento deve durar o tempo da pena substituída e será calculado como detração penal segundo art. 42 do CP (GRECO, 2017, p. 845).

Na extinção de punibilidade das medidas de segurança (art. 96 do Código Penal), o problema impera no cálculo da prescrição, já que o inimputável não tem pena cominada na sentença por ser absolvido (art. 26 do Código Penal). O critério que Greco¹⁵ e Santos sugerem é o de se considerar, para o cálculo da prescrição, a pena máxima prevista em abstrato para o delito e aplicação do art. 109 do CP (GRECO, 2017, p. 845; SANTOS, 2012, p. 621).

Greco, interpretando o art. 99 do Código Penal, entende como direito do inimputável ser submetido a tratamento em instituição com características hospitalares, sendo vedada, portanto, em decorrência deste direito, a prisão em “cela de delegacia policial, ou mesmo a uma penitenciária em razão de não haver vaga em estabelecimento hospitalar próprio, impossibilitando-lhe, portanto, o início de seu tratamento.” (GRECO, 2017, p. 846). Para

¹⁵Cita a jurisprudência do STJ a respeito, que explica que o STF decidiu a respeito da prescrição ser aplicada em medida de segurança no caso RHC nº 86.888/SP, Rel. Min. Eros Grau, 1ª T., DJ 2/12/2005.

corroborar com sua interpretação, o autor cita decisão do STJ, HC 300.976/SP de 2015¹⁶, que entende violação do princípio da individualização da pena o inimputável aguardar vaga de internação em HCTP em penitenciária. Ele também cita decisão¹⁷ que entende configurar constrangimento ilegal tal ato. Contudo, essas decisões não são unânimes e encontramos no Tribunal de Justiça de Goiás julgados que não entendem a prisão do inimputável como constrangimento ilegal.

Greco cita Mirabete para falar sobre a interpretação de tal prisão como constrangimento ilegal, explicando que, em ausência de vaga de internação, o correto seria o tratamento ambulatorial, mas nunca a prisão (MIRABETE, p.368 apud GRECO, 2017, p. 847).

Greco explica a instituição recente do que nomeia como internação cautelar. A Lei nº 12.403/2011, inciso VII, “previu, [...] a chamada internação provisória, como espécie de medida cautelar diversa da prisão” (BRASIL, 2011). Essa disposição legal consequentemente alterou “o art. 319 do Código de Processo Penal” (GRECO, 2017, p. 847). A previsão legal possibilitaria aos acusados terem acesso à tratamento médico por meio de internação (nos casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça, para inimputável ou semi-imputável, com risco de reiteração) em substituição à prisão preventiva no decorrer do processo penal, antes da sentença e conversão de pena em medida de segurança ou em absolvição imprópria e imposição de medida de segurança.

Embora os reflexos da luta antimanicomial não terem atingido as construções doutrinárias majoritárias¹⁸, depois de muitas práticas alternativas à lógica manicomial serem construídas, houve consolidação de normativas a respeito da aplicação da Lei nº10.216/2001 nas medidas de segurança.

¹⁶“Viola o princípio da individualização da pena, cujo espectro de incidência é ampliado, teleologicamente, para englobar a medida de segurança, a segregação, em penitenciária, de inimputável que aguarda vaga em hospital de custódia para receber tratamento em regime de internação” (STJ, HC 300.976/SP, Rel. Min. Ericson Marinho – desembargador convocado do TJSP, 6ª T., DJe 16/03/2015) (GRECO, 2017, p.846).

¹⁷“Tratando-se de medida de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, caracteriza-se o constrangimento ilegal se o paciente encontra-se em prisão comum, ainda que não haja local adequado para o cumprimento da medida. No caso, segundo informações obtidas via contato telefônico com a Vara das Execuções Penais de São Paulo, capital, o paciente encontra-se acautelado em presídio comum desde junho de 2009, aguardando, até o presente momento, vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento da medida de internação, sem previsão para transferência, evidenciado, assim, o constrangimento ilegal. Habeas corpus parcialmente concedido para determinar, não a colocação do paciente em liberdade, conforme requerido pela defesa, mas a sua imediata transferência para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, sendo que, na falta de vagas, deve o Juiz das Execuções avaliar, com as cautelas devidas, a possibilidade de substituição da medida de internação por tratamento ambulatorial (HC 190.705/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues [Desembargador convocado do TJ-CE], DJe 18/4/2011).

¹⁸Construções doutrinárias minoritárias, como as do jurista Haroldo Caetano, partem da experiência do PAILI para interpretar dogmaticamente as medidas de segurança a partir de Lei nº10.216/2001.

Depois de 10 anos de consolidação da Lei nº10.216/2001, de trabalhos publicados, do surgimento de programas inéditos, algumas normativas foram se consolidando para responder à “lacuna legislativa”¹⁹ da reforma psiquiátrica nas medidas de segurança. Em 20 de abril de 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução nº 113/2010²⁰ que buscava uniformizar a execução de medidas de segurança, determinando que a sentença²¹ que decretasse a medida de segurança fosse executada nos termos da Lei nº. 10.216/2001. No mesmo ano, o órgão responsável pelo aprimoramento da política criminal, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), emitiu Resolução nº4/2010²², que recomenda a adoção da política antimanicomial na execução das medidas de segurança, que deve acontecer em serviços substitutivos em meio aberto, de modo antimanicomial. Essa resolução orienta que a medida deverá ser determinada de forma individualizada visando a inserção social, que os Estados deverão ter programa de atenção ao paciente judiciário²³ e que as autoridades devem evitar determinar internação em manicômio judiciário.

No ano seguinte, houve continuidade do avanço do entendimento do órgão de controle e aperfeiçoamento do judiciário. O CNJ publicou a Resolução nº 35/2011²⁴ que recomenda a aplicação da política antimanicomial nas medidas de segurança, as quais devem ser executadas sem afastamento do meio social dos indivíduos. E quando houver dependência institucional, deve haver a promoção da reinserção social. Aqui, o entendimento de uso da internação na rede de saúde pública e não no manicômio foi reiterado.

O entendimento foi se consolidando de tal forma que, em 2014, o Ministério da Saúde emitiu juntamente com o Ministério da Justiça uma Portaria Interministerial²⁵, reafirmando o já dito pelos Conselhos, mas agora com força de normativa do executivo. Esses enunciados

¹⁹Usamos aspas por não acreditar que se trata de lacuna legislativa, mas de resistência do judiciário à desmanicomialização e desinstitucionalização das medidas de segurança, já que aplicar a reforma psiquiátrica implica em suspender a lei penal que tornou-se inconstitucional e ilegal ao fazer uso da internação como punição dos loucos infratores. Sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade das medidas de segurança ler Coleção Pensando o Direito, Loucura e Direito Penal: uma análise crítica das medidas de segurança (DINIZ; SILVA, 2011) □.

²⁰Dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências.

²¹Sentença penal absolutória, que absolve o sujeito e decreta o cumprimento de um tratamento compulsório chamado de medida de segurança.

²²Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais de Atenção aos Pacientes Judiciários e Execução da Medida de Segurança.

²³Orienta que tais programas de acompanhamento ao paciente judiciário devem “realizar o acompanhamento psicológico, jurídico e social do paciente judiciário usando a rede substitutiva de serviços de saúde mental;” (BRASIL, 2010).

²⁴Dispõe sobre as diretrizes a serem adotadas em atenção aos pacientes judiciários e a execução da medida de segurança.

²⁵Em 2014, o Ministério da Saúde, em conjunto com o Ministério da Justiça, emitiu a Portaria Interministerial nº 01, de 02 de janeiro de 2014, que institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (CORREIA; PASSOS, 2017).

“determinam que na execução da medida de segurança devem ser observados os princípios estabelecidos pela Lei nº. 10.216/2001, com o tratamento e cuidado em saúde mental realizado nos serviços substitutivos em meio aberto” (CORREIA; PASSOS, 2017, p. 132).

Além da portaria citada, há no mesmo ano as Portarias nº 94 e 95 do Ministério da Saúde que tratam com especificidade do tema do louco infrator. Por meio dessas portarias há a instituição de Equipe de Avaliação e Acompanhamento (EAP), e por meio de suas determinações, já foram criadas iniciativas recentes de programas semelhantes ao PAILI em outros Estados. Esses programas em curso se instituíram no PiauÍ (PI), Pará (PA), Pernambuco (PE) e Maranhão (MA).

São normativas que afirmam as políticas inauguradas há bastante tempo pelo PAILI e pelo PAIPJ. Embora não sejam leis que obriguem juízes a aplicarem a não internação da Lei nº 10.216/2001, as normativas demonstram uma consolidação do entendimento da necessidade de tratamento em liberdade por meio da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) para os loucos infratores. Esse tratamento em liberdade para os loucos não decorreu de uma criação dogmática ou do judiciário, mas uma criação do campo da saúde mental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse artigo, abordei como a periculosidade, fundamento das medidas de segurança por tempo ilimitado, se construiu como episteme, especialmente fundada na ciência racista e colonial “transplantada” para os povos colonizados da América Latina. A tautologia entre loucura – crime e perigo foi o enlace de uma construção sofisticada, fruto do encontro dos saberes psi com os saberes criminológicos.

Na prática criminal brasileira, o racismo não se apresenta apenas como parte da episteme da periculosidade, mas como constituição do sistema penal colonial. A experiência colonial funda e estrutura o sistema penal com fundamento no racismo.

O corpo racializado marca a criação do primeiro manicômio judiciário no Brasil. Na prática discursiva do judiciário, a periculosidade era movimentada, bem antes de se constituir como saber positivado no código. Os principais expoentes do campo, à época, discutiam qual campo seria o mais adequado para conferir intelegibilidade pelos atos de loucura. O encontro entre judiciário e saberes psi (WEIGERT, 2015) definiu gestão compartilhada sobre a “loucura perigosa.”

Por fim, revisitei a dogmática para entender, sua leitura a respeito da periculosidade e os desafios para a compressão de uma necessária reforma psiquiátrica nas medidas de segurança.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira De. **Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida**. 1994. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. Genealogia do conceito de periculosidade. **Responsabilidades**, v. 1, n. 1, p. 37–52, 2011. Disponível em: http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_01_1/02-GENEALOGIA_DO_CONCEITO_DE_PERICULOSIDADE.pdf. Acesso em: 21 jan. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CALIL, Carlos Augusto. Aí vem o Febrônio. **Teresa revista de Literatura Brasileira**, v. 15, p. 101–116, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/teresa/article/view/98598/97258>. Acesso em: 14 fev. 2019.

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

CARVALHO, Salo De; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Reflexões iniciais sobre os impactos da Lei 10.216/2001 nos sistemas de responsabilização e de execução penal. **Responsabilidades**, v. 2, n. 2, p. 285–304, 2013. Disponível em: http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/PM_Reflexoes_Iniciais_sobre_os_Impactos_da_Lei_de_Reforma_Psiquiatrica-libre.pdf. Acesso em: 12 set. 2018.

CONNEL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global**. São Paulo: nVersos, 2015.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Inspeções aos manicômios**. Relatório Brasil 2015. Brasília: CFP, 2015.

CORREIA, Ludmila Cerqueira. **Avanços e impasses na garantia dos direitos humanos das pessoas com transtornos mentais autoras de delito**. 174 f. Universidade Federal da Paraíba, Paraíba, 2007.

CORREIA, Ludmila Cerqueira; PASSOS, Rachel Gouveia. **Dimensão jurídico-política da reforma psiquiátrica brasileira**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

DAUFEMBACK, Valdirene. **Relações entre a Psicologia e o Direito Penal: o uso dos saberes psicológicos no contexto da culpabilidade e da dosimetria da pena no Tribunal do Júri**. 2014. 185 f. Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18990/1/2014_ValdireneDaufemback.pdf. Acesso em: 18 nov. 2018.

DINIZ, Debora Rodrigues. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011** [recurso eletrônico]. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília, 2013.

DINIZ, Debora Rodrigues; SILVA, Janaína Lima Penalva Da. **Loucura e direito penal: uma análise crítica das Medidas de Segurança**. In: *Série Pensando o Direito*, v. 35, n. 001/2010, p. 52, 2011.

DORNELLES, Renata Portella. **“O círculo alienista”**: reflexões sobre o controle penal da loucura. 2012. 225 f. Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e racismo: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil**. 1998. 399 f. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.

FERRI, Enrico. **Sociologia Criminal**. Sorocaba: Editora Minelli, 2006.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FOUCAULT, Michel. **O poder psiquiátrico**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. **Raça, gênero e criminologia: Reflexões sobre o controle social das mulheres negras a partir da criminologia positivista de Nina Rodrigues**. 2017. 150 f. Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/24000/1/2017_NailaIngridChavesFranklin.pdf. Acesso em: 28 fev. 2019.

FRY, Peter. Direito positivo versus direito clássico: a psicologização do crime no Brasil no pensamento de Heitor Carrilho. In: **Cultura da psicanálise**. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 116–141.

GOIZ, Juliana de Almeida Martins. Um crime de cor, do sistema penal racista ao tribunal racial: reflexões sobre a condenação de Preto Amaral em 1927. **Aedos Revista do corpo discente do PPG-História da UFRGS**, v. 9, n. 20, p. 164–181, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. Niterói: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio De. **Direito penal, volume 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATSUDA, Fernanda Emy. **A medida da maldade: Periculosidade e controle social no Brasil**. 2009. 138 f. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

OLIVEIRA JÚNIOR, Alcidesio De. **“Penas especiais para homens especiais”**: as teorias biodeterministas na Criminologia Brasileira na década de 1940. 2005. 154 f. Casa de Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/3998/2/000002.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2018.

PERES, Maria Fernanda Tourinho. A estratégia da periculosidade: psiquiatria e justiça penal em um hospital de custódia e tratamento. **Psychiatry On-line Brazil**, n. 3, 1998.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social**. 2012. 294 f. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

REY, Philippe-Marius. O Hospício de Pedro II e os alienados no Brasil (1875). **Rev. Latinoam. Psicopat. Fund**, v. 15, n. 2, p. 382–403, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlpf/v15n2/12.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino Dos. **Direito Penal: parte geral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SILVA, Janaína Lima Penalva Da. **O direito fundamental à singularidade do portador de sofrimento mental: uma análise da Lei nº 10.216/01 à luz do princípio da Integridade do Direito**. 2007. 146 f. Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

VILELA, Ana Laura Silva. Violência Colonial e Criminologia: Um confronto a partir do documentário Concerning Violence. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2011–2040, out. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000402011&lng=pt&tlng=pt.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Entre silêncios e invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciais brasileiros**. 2015. 1–211 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Mulheres em cumprimento de medida de segurança: silêncio e invisibilidade nos manicômios judiciais brasileiros. *In: Sofrimento e clausura no Brasil contemporâneo: estudos críticos sobre fundamentos e alternativas às penas e medidas de segurança*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 131–150.

Recebido em: 09/06/2020

Aceito em: 15/07/2020