

## INIMPUTABILIDADE E DIREITO PENAL DO INIMIGO: A CONVENIENTE CLASSIFICAÇÃO DO LOUCO

### *NON-IMPUTABILITY AND CRIMINAL LAW OF THE ENEMY: THE CONVENIENT CLASSIFICATION OF THE INSANE*

Ana Luiza Gardiman Arruda

Mestra em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.  
Possui graduação em Direito pela mesma universidade. Advogada.

Gustavo Junqueira

Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1996) e mestrado (2003) e doutorado (2009) em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca e Pós-Doutorado em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Atualmente é professor de Direito Penal da graduação e da pós-graduação em sentido estrito da PUC-SP e do Curso Damásio. Professor convidado de cursos de pós-graduação "latu sensu" no COGAE (PUCSP), na Escola Paulista da Magistratura, na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, na Escola Paulista de Direito e na Unitoledo. Defensor Público, foi Diretor da Escola da Defensoria Pública de São Paulo.

**Submetido em:** 16/09/2020

**Aprovado em:** 21/09/2020

**Resumo:** A partir da análise da teoria do Direito Penal do Inimigo e dos estudos de Foucault em relação à loucura, o presente artigo busca compreender a aparente incompatibilidade entre o tratamento conferido pelo Direito aos portadores de transtorno mental que praticam injustos penais e a atual tendência de desinstitucionalização, presente na Lei da Reforma Psiquiátrica. Considerando a obra de Foucault, pretende-se tratar da influência de questões morais na formação da imagem do louco e a difícil confluência entre Medicina e Direito, que impede o tratamento ideal a essas pessoas. Além disso, busca demonstrar a importância e a incompatibilidade do tema em relação à dogmática penal, visando obter substrato suficiente para responder ao questionamento sobre a manutenção ou não do tratamento do portador de transtorno mental no Direito Penal.

**Palavras-chave:** Inimputabilidade. Loucura. Direito Penal do Inimigo. Medida de segurança. Reforma Psiquiátrica.

**Abstract:** Based on the analysis of the theory of Criminal Law of the Enemy and the studies of Foucault concerning madness, this article tries to explain the apparent incompatibility between the treatment

*given by Law to those who carry mental disorder and commit "penal unfairness" and the current trend of non-institutionalization, present in the Law of Psychiatric Reform. Considering Foucault's work, it is proposed to treat the influence of moral issues in the formation of the insane image and the hard confluence between Medicine and Law, fact that prevents the most suitable treatment for those people. Besides that, it tries to demonstrate the importance and the incompatibility of the issue in relation to the criminal dogmatic, aiming at getting enough abstract to answer the questioning whether maintaining or not the treatment of those who carry mental disorder in Criminal Law.*

**Keywords:** Non-imputability. Madness. Criminal Law of the Enemy. Security measure. Psychiatric Reform.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O Direito Penal do Inimigo como um Direito Penal do Autor. 2. A loucura em Foucault: patologia, estigma e justificativa para internação. 3. Dogmática penal e inimputabilidade por doença mental: uma indisfarçável incompatibilidade. 4. Há lugar para o transtorno mental no Direito Penal atual?. Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende tratar da (in)compatibilidade de imposição de sanção criminal ao portador de doença mental que pratica injusto penal, salvo se admitidas as premissas de um Direito Penal do Inimigo, que seria incompatível com os cânones de um Estado Democrático de Direito. As raízes desse problema remetem a temas já consagrados na obra de Foucault, como a internação tida como solução para o excedente populacional e a patologização da loucura a partir da transformação da Psiquiatria em ramo da Medicina, além da dificuldade de adequação dos discursos médico e jurídico nos laudos psiquiátricos e sentenças, impedindo medidas adequadas àquele que sofre com transtorno mental. Há que se constatar, ainda, a incompatibilidade entre a dogmática penal e o tratamento conferido aos inimputáveis praticantes de injustos penais, corroborando a disparidade entre o Direito Penal tal qual é praticado em relação aos inimputáveis e o Estado Democrático de Direito.

O tema é pertinente frente a atual tensão entre o movimento antimanicomial, inspirador da Lei da Reforma Psiquiátrica, lei nº. 10.216/01, e uma tendência reacionária segregacionista, responsável pela ainda tímida aplicação da lei referida. Dessa confluência, é notório o descaso em relação às medidas de segurança, as quais se mostram, na prática, meios de segregação revestidos da falsa promessa de tratamento para cessação de periculosidade, prognóstico passível de erros e que atua ainda mais para a estigmatização, como pretende-se demonstrar a seguir.

Para que o objetivo do artigo seja atingido, será feita análise do Direito Penal do Inimigo como um direito penal do autor, e sua (in)compatibilidade com

as premissas de um Estado Democrático de Direito. Em seguida será debatida a compreensão da loucura como patologia, como estigma e justificativa para internação, dialogando com a obra de Michel Foucault. Fixadas as premissas, será discutida a compatibilidade de categorias básicas da dogmática penal como conduta, dolo e antijuridicidade com a inimputabilidade por doença mental e, ao final, será cotejada a viabilidade de manutenção do tratamento penal ao portador de doença mental.

## 1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO UM DIREITO PENAL DO AUTOR

O Direito Penal do Inimigo, ainda que com renovada roupagem, repisa a existência de dois sistemas penais: um dirigido aos cidadãos, tidos como amigos, e outro para os inimigos, caracterizados como perigosos. A dicotomia, como dito, não é nova, e faz lembrar os patrícios e a plebe na antiga Roma, o senhor e o vassalo feudais, o súdito e o traidor em Hobbes (JAKOBS: 2008; 42). A característica comum é a concepção de um sistema mais rígido para os inimigos, pautado em diferenças fisiológicas, culturais ou econômicas que tornariam o “outro” peculiarmente perigoso, o que justificaria sua separação, expulsão ou aniquilação, amparadas na garantia de segurança para a sociedade, ou, ainda, na reforma socializadora do próprio inimigo. Como ilustra ZAFFARONI (2007, p. 33), tratando das justificativas para a aniquilação do diferente na colonização:

(...) apresentava o genocídio colonialista como uma empresa piedosa, em cujo nome se matavam os dissidentes internos, os colonizadores rebeldes, as mulheres desordeiras. O inimigo desta empresa depois da extinção dos infelizes albigenses e cátaros, era Satã, que deu lugar à primeira de uma longa lista de emergências, que seguiriam pelos séculos afora até a atualidade, ou seja, ameaças mais ou menos cósmicas ou apocalípticas que justificam uma guerra e, por conseguinte, demandam a individualização de um inimigo.

A nova vestimenta do inimigo é hoje outorgada por Jakobs. A premissa do autor, um dos festejados nomes do funcionalismo penal, é que a função do Direito Penal é a manutenção das expectativas normativas essenciais para a configuração social, e, assim, apenas aquele apto a participar da comunicação normativa pode ser tratado como pessoa, pois *“quien no presta la garantia cognitiva de que se comportará como persona en el Derecho, tampoco debe ser tratado como persona en el Derecho”* (2006, p. 174).

Necessário então reconhecer ao lado de um Direito Penal do Cidadão um Direito Penal do Inimigo. O cidadão, mesmo após praticar um crime, persiste como uma fonte segura de expectativas, ou, seja, ainda participa da comunicação

social e é justificável a expectativa de que irá viver de acordo com a configuração social posta. Basta a tradicional pena para anular a indesejada comunicação do crime, pois a ruptura é eventual, ocasional. O inimigo, no entanto, não produz expectativas confiáveis, é refratário à comunicação normativa e, por consequência, se converte em uma fonte de perigos, que turva a comunicação social. Se a pena tem normalmente função comunicativa, mas o inimigo não é apto a compreendê-la e não há expectativa de que tenha o ordenamento como padrão de comportamento, de nada adianta puni-lo normalmente, como um cidadão. Não é digno de confiança, e sua existência perturba a comunicação social. Enquanto fonte de perigos, o inimigo deve ser eliminado.

Dentre as críticas mais frequentes recebidas pela proposta se destaca a dificuldade na legítima identificação do inimigo, pois ao traço característico pode ter os mais diversos e discriminatórios fatores de escolha. Em Jakobs, o inimigo poderia ser caracterizado em face da qualidade dos crimes praticados, como nos crimes contra a dignidade sexual, por escolher o crime como modo de vida, como o criminoso profissional, ou ainda por integrar uma organização criminosa, como no tráfico internacional de drogas ou no terrorismo (2006; 170).

O inimigo não deve ter o mesmo tratamento controlado e limitado reservado ao cidadão, sendo submetido a um direito penal de segurança, de contenção de periculosidade. A pena será indeterminada, desproporcional e vinculada ao risco de prática de crimes no futuro. O Direito Penal do inimigo é prospectivo: a pena pode ser antecipada, ou seja, não é necessário aguardar o mal do crime para que a sanção seja imposta: se é certa ou provável a prática de futuras lesões e se a mera presença do inimigo na comunidade turva a convivência harmônica, não faria sentido aguardar a grave lesão para que venha a reação, ou, em outros termos, é melhor a ação preventiva do que a reação. Nas palavras de Jakobs (2008, p. 14):

um exemplo do primeiro tipo pode ser o trato com um homicida simples, que, atuando em autoria unitária, somente se torna punível quando se prepara imediatamente para a realização do tipo (...); um exemplo do segundo tipo pode ser o trato com o mentor ou homem de trás (seja lá o que for isso) de uma associação terrorista, que já é atingido por uma pena apenas mais branda que a do autor da tentativa de homicídio, quando funda a associação ou quando nela atua (...), ou seja, algumas vezes, anos antes do fato previsto – de modo mais ou menos vago; na realidade, tratar-se-ia de uma custódia de segurança antecipada denominada “pena”.

A antecipação da punição rompe a máxima da imposição do “mal da pena ao mal do crime”, uma vez que é desnecessário aguardar o mal do crime, é pres-

cindível a lesão ao bem jurídico, que poderia ser insuportável para a sociedade, dado o grande perigo representado pelo inimigo (o terrorista é a imagem mais usada). Não se deve aguardar o terrorista explodir a bomba: ele deve ser contido antes de agir. Não se deve esperar o perigoso agir de forma lesiva, ele deve ser anulado em momento anterior. Não se trata do que fez o indivíduo estigmatizado como inimigo, até porque não precisa ter feito nada, mas sim quem ele é, em clara expressão de um direito penal do autor (ZAFFARONI, 2003, p. 131). É a seletividade penal expressa, marcada, confessa.

No âmbito processual as garantias podem ser mitigadas, com diminuição das possibilidades da defesa; o ônus da prova pode ser redistribuído, cabendo à defesa demonstrar a desnecessidade da sanção, além de recursos cerceados e as oportunidades de defesa restringidas. Mais uma vez, dadas as características do autor, menos importa a função comunicativa (própria do direito penal do cidadão) da sentença criminal ou sua sanção, mas sim a rápida imposição de uma medida de proteção, de uma medida de segurança.

No presente trabalho, o foco está na peculiar e estigmatizante característica da loucura, que acaba por atrair todas as consequências já aludidas sobre o Direito Penal do Inimigo: o foco está nas características pessoais do autor, e não no fato, que em regra é desprezado; é intensa a mitigação de garantias processuais, concentradas na estéril indicação de um forma curador durante o processo penal, além da sanção desproporcional, lembrando que mesmo a recente construção do STJ, que na Súmula 527 fixa prazo máximo para a medida de segurança, a medida de tempo foi a pena máxima que, como se sabe, nunca ou quase nunca é fixada na prática forense. O inimputável sofre sanção maior do que o imputável por ser quem é, e não pode ter feito o que fez.

Demonstrado que o direito penal do inimigo é um direito penal do autor, faz-se necessário analisar sua compatibilidade com um Estado Democrático de Direito, e a resposta é, inevitavelmente, negativa, pois, como ensina Ferrajoli (2014, p. 767), “A razão jurídica do Estado de Direito, de fato, não conhece amigos ou inimigos (...)”. A democracia pós-guerra tem como traços marcantes a convicção de que o poder emana do povo, e não de uma determinada coletividade homogênea e padronizada. O pluralismo, o respeito e tolerância à diferença são premissas da moderna democracia, que deve garantir às minorias direitos suficientes para que possam expor suas ideias e propostas e ascender a um protagonismo que possa se tornar majoritário (BOBBIO, 2000, p. 327). O indivíduo, minoria por excelência, também deve ser cercado de garantias, permitindo concluir que a moderna concepção de democracia de direito é umbilicalmente vinculada ao reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana. Dada a

universalidade dos direitos humanos, não se admite a caracterização de alguém como “não-pessoa”, rótulo usado por Jakobs (2006, p. 77) e extremamente criticado por autores como Prittwitz, que o qualifica como inacreditável e inadmissível após 1945 (2004, p. 924-925). Se ao inimigo são confiscados direitos básicos não em razão do que tenha feito, mas sim de quem é, a incompatibilidade da proposta com uma democracia de direito é flagrante. Mais e ainda, se a democracia pós-guerra é lastreada na tolerância e no pluralismo, características pessoais, diferenças culturais, sociais, religiosas ou políticas não poderiam justificar a caracterização do inimigo.

Por fim, em uma democracia ninguém pode ser sancionado por ser como é, mas apenas por fazer algo, o que não por acaso está expresso em nossa Constituição: “art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Se a letra da Constituição vincula a obrigação legal a um fazer ou não fazer, não se pode obrigar o sujeito a ser de uma forma ou outra. O sujeito só pode responder pelo que faz, e não por quem é, restando assim repudiado o direito penal do autor, e por consequência o direito penal do inimigo, pela letra expressa da Constituição.

## **2. A LOUCURA NOS “ANORMAIS” DE FOUCAULT: PATOLOGIA, ESTIGMA E JUSTIFICATIVA PARA INTERNAÇÃO**

Não há uma definição exata ou consensual para a loucura. Como manifestações diversas foram caracterizadas como loucura ao longo do tempo, a sua percepção acaba por exigir o contraponto da razão como elemento de comparação. A loucura não possui sintomas marcados como as (demais) doenças, ela somente existe em um contexto de comparação com o que seja normal, proveniente da razão. Ou seja, a existência da loucura é indissociável da razão, o que a torna um conceito fluido e variável, visto que a percepção da razão não se dissocia da moral vigente em determinada sociedade. De forma objetiva, a loucura tem como um de seus critérios a moral, e dela depende para sua definição. Ainda que se possa perceber traços peculiares em determinadas manifestações da loucura, como ocorre nos chamados loucos furiosos, nos maníacos ou nos violentos, Foucault (2017, p. 180) destaca que a percepção desses sintomas se refere a particularidades em uma base comum, que é a loucura, muitas vezes imperceptível:

É verdade que os dementes, os loucos furiosos, os maníacos ou os violentos podem ser logo reconhecidos: não porém porque sejam loucos e na medida em que o são, mas apenas porque seu delírio tem um modo particular que acrescenta à essência imperceptível de toda loucura os signos que lhe são próprios.

É a essa “base da loucura” que Foucault (2017, p. 81) se refere na comparação com a razão, demonstrando que a percepção marginal do louco parte de um raciocínio instantâneo, de evidências de um lugar comum, que não permite uma definição exata da loucura, mas de todo modo a constata: “Na própria medida em que não sabemos onde começa a loucura, sabemos através de um saber quase incontestável, o que é o louco”.

Existe, então, uma consciência da loucura no século XVIII a partir da razão e sob seus olhos: a percepção do louco parte da consciência do homem razoável. A loucura só é perceptível quando se manifesta, rompendo com a normalidade; e, ao mesmo tempo, apresenta singularidade em ações, gestos, linguagem que se diferenciam do que é considerado normal. Conforme Foucault: “É possível objetar que em toda época sempre houve, do mesmo modo, uma dupla apreensão da loucura: uma moral, sobre um fundo do razoável; outra, objetiva e médica, sobre um fundo de racionalidade”. (FOUCAULT, 2017, p. 184). Percebe-se que esses dois vieses, apesar de possuírem naturezas completamente distintas, foram unidos ou confundidos e formaram a acepção única da loucura no século XVIII. Ou seja, tanto a manifestação de sintomas médicos quanto a constatação de comportamentos moralmente condenados passaram a representar o que se entende por loucura.

A patologização da loucura representou inicialmente o seu afastamento da seara do direito. Crime e loucura são incompatíveis e se excluem, cabendo à medicina o tratamento de infratores com transtorno mental, restando a pena apenas para os livres da determinação patológica, para os sadios. Foucault destaca a dicotomia entre doença e responsabilidade em ordenamentos jurídicos já em 1810: era afastada a responsabilidade penal se o crime fosse praticado em momento de demência. (FOUCAULT, 2010, p. 27). É o que se vê também no atual Código Penal brasileiro, no qual o transtorno mental é previsto como excludente de culpabilidade, que deveria afastar do louco toda a sanção castigo.

A crença na anormalidade do criminoso, que ganha raízes na Escola Positiva e de uma ou outra forma acaba inspirando ou guardando resquícios em diversos movimentos posteriores de Defesa Criminal (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 17), acaba por fomentar a análise de características do criminoso como fonte ou parâmetro para a sanção-castigo. A pena deixa de se referir apenas ao fato praticado e passa a se relacionar diretamente com as características do autor.

A dicotomia louco/medicina x criminoso/Direito perdeu força. Não é possível afirmar que hoje exista uma completa separação entre direito e medicina no trato dos inimputáveis, tampouco dos imputáveis. Segundo Foucault, o exame criminológico foi responsável pela aproximação entre esses discursos, gerando

uma “dupla qualificação médica e judiciária”, (FOUCAULT, 2010, p. 28-29) e isso gerou o “domínio da perversidade”, ou seja, o direito passou a trabalhar com termos contraditórios tais como “preguiça”, “orgulho”, “maldade”, etc.

Todo esse campo das noções da perversidade, postas em circulação em seu vocabulário pueril, permite pôr as noções médicas para funcionar no campo do poder judiciário e, inversamente, as noções jurídicas no campo de competência da medicina. É como ponte, portanto, que ele funciona bem, e funciona tanto melhor quanto mais fraco for epistemologicamente.

As medidas aplicáveis aos portadores de transtorno mental mesclam terapêutica e expiação. Para Foucault, essa dualidade representa a possibilidade de reprimir de qualquer modo a periculosidade (2010, p. 29). Perigo – essência do conceito de inimigo – e perversão compõem a figura do louco, núcleo do exame médico-legal, e atuam em um discurso que amálgama medo e moralização. Isso porque a anomalia é retratada em Foucault como a junção de três figuras encontradas no século XVIII: o monstro humano, o indivíduo a ser corrigido e o sujeito masturbador.

A origem da ideia de “monstro humano” reúne desde logo referências jurídicas e biológicas, vez que explora a anomalia física e a infração da lei. É uma figura incomum, que combina o impossível com o proibido (FOUCAULT, 2010, p. 47), e suscita um sentimento marcante na sociedade, que não almeja apenas uma resposta jurídica à violação da lei, mas também a supressão do convívio, ora por meio da violência e ora pelo tratamento médico. O desenvolvimento da análise da monstruosidade chegará em questionamentos como os de Lombroso, que buscava a explicação para o crime a partir de características físicas do autor (2001, p. 159).

A segunda figura a compor a anormalidade é o “indivíduo a ser corrigido”, que representa os sujeitos desviantes em geral. Diferentemente do monstro que, apesar de ser uma exceção, é facilmente perceptível por suas características próprias e dos atos que pratica, o indivíduo a ser corrigido passa despercebido na sociedade por ser muito comum. Coloca-se a questão sobre a corrigibilidade que, conforme Foucault é um erro, sendo o indivíduo a ser corrigido, na verdade, incorrigível (2010, p. 50):

No fundo, quem deve ser corrigido se apresenta como sendo a corrigir na medida em que fracassaram todas as técnicas, todos os procedimentos, todos os investimentos familiares e corriqueiros de educação pelos quais se pode ter tentado corrigi-lo. O que define o indivíduo a ser corrigido, portanto, é que ele é incorrigível.

Ao se admitir que esse sujeito pode ser corrigido, a sociedade permite e apoia o surgimento de opressivas instituições voltadas para a correção de todo tipo de suposta anormalidade, como aconteceu nos séculos XVIII e XIX com a proliferação das chamadas casas de correção (BICUDO, 2010, p. 102).

A terceira figura de composição da anormalidade é o “sujeito masturbador”, que representa a etiologia sexual das patologias e anomalias. Foucault o retrata a partir da masturbação em referência a uma prática comum na sociedade, mas que não é compartilhada. Seria um segredo universal e uma raiz possível ou mesmo real para anomalias sexuais.

O anormal retratado em FOUCAULT (2010, p. 51) é a junção dessas três figuras - o monstro, o incorrigível, o onanista - que se apresentavam separadamente até o fim do século XVIII e início do século XIX quando então passaram a mesclar-se e dominaram a psiquiatria penal e a psicologia criminal. “É antes de mais nada como monstro, isto é, como natureza contranatural, que o louco criminoso faz sua aparição” (2010, p. 93). Isso porque até meados do século XIX, a psiquiatria não era considerada uma especialidade da ciência médica, mas um ramo da higiene pública que visava a “proteção social, contra todos os perigos que o fato da doença, ou de tudo o que se possa assimilar direta ou indiretamente à doença, pode acarretar à sociedade” (2010, p. 101). Para poder enquadrar a psiquiatria como ramo da medicina foi necessário classificar a loucura como doença, tornando patológicas as manifestações, distúrbios, ilusões. Além disso, a loucura passou a ser entendida como um perigo, de maneira que a psiquiatria, além de proporcionar o tratamento médico adequado à loucura, também podia atuar como higiene pública a fim de barrar esse perigo, excluir o perigoso. Nas palavras de Amaranto (1995, p. 26):

É interessante constatar que o modelo clássico de psiquiatria foi tão amplamente difundido que influencia a prática psiquiátrica até os nossos dias - apesar de terem surgido outros tantos modelos. O que talvez sugira a confirmação de que sua validação social está muito mais nos efeitos de exclusão opera.

O discurso duplo da psiquiatria, aglutinando higiene pública e doença mental como demandas de prevenção, permitiu que uma série de perigos sociais fossem tratados como questões médicas e assim tipificados. Dessa forma, os injustos penais praticados por pessoas portadoras de transtorno mental passaram a ser do interesse da psiquiatria, na tentativa de traçar uma ligação necessária entre crime e loucura, buscando encontrar “o segredo dos crimes que podem habitar toda loucura, ou então o núcleo da loucura que deve habitar todos os indivíduos que podem ser perigosos para a sociedade” (FOUCAULT, 2010, p. 102).

A permanência do viés de higiene pública na psiquiatria manifesta-se a partir dessa relação, que é a sua própria condição, e vai acarretar uma cultura de internação para a contenção do louco criminoso, perigoso. A psiquiatria passa a atuar na contenção e até mesmo estigmatização do louco, o que se manifesta dentro e fora das instituições de custódia. Foucault explica que a psiquiatria do século XIX entendia que o louco acreditava em seu poder superior a todo e qualquer outro poder, inclusive o da instituição. “Portanto, no próprio interior do manicômio, a psiquiatria funciona como sendo a detecção, ou antes, a operação pela qual se vincula a qualquer diagnóstico de loucura e percepção de um perigo possível” (2010, p. 102). Por sua vez, a situação fora do manicômio consistia em detectar o perigo da loucura ou a loucura como indicadora presumida de perigo, mesmo em casos em que ela se manifestava de forma inofensiva.

Para se justificar como intervenção científica e autoritária na sociedade, para se justificar como poder e ciência da higiene pública e da proteção social, a medicina mental tem de mostrar que é capaz de perceber, mesmo onde nenhum outro ainda pode ver, um certo perigo; e ela deve mostrar que, se pode percebê-lo, é por ser um conhecimento médico (FOUCAULT, 2010, p. 103).

Sob o manto do discurso da proteção da sociedade, a psiquiatria preocupou-se em traçar a relação entre crime e loucura para sustentar seus pilares de modo dificilmente contestável, vez que buscava demonstrar cientificamente que o comportamento criminoso já era previsível em determinado sujeito, por ser louco. Conforme Foucault, foi por isso que a psiquiatria sempre demonstrou especial interesse pela loucura que mata, exatamente a que suscita maior medo e insegurança na sociedade, justamente pela dificuldade de compreensão de suas causas. São crimes imprevisíveis e ininteligíveis, ou seja, campo fértil para a análise da psiquiatria que, embasada no medo, assume protagonismo com um papel de superioridade científica.

Já no final do século XIX, a psiquiatria reformula-se novamente: abandona a ideia de loucura parcial admitindo que qualquer sintoma, por mais específico que seja, configura loucura; e passa a utilizar a relação voluntário *versus* involuntário como marco referencial para a caracterização da loucura. Nesse sentido, explica Foucault (2010, p. 134):

O louco é aquele em que a delimitação, o jogo, a hierarquia do voluntário e do involuntário se encontram perturbados. Assim, o eixo da interrogação da psiquiatria não vai mais ser definido pelas formas lógicas do pensamento mas pelos modos específicos da espontaneidade do comportamento, ou, em todo caso, é esse eixo, o da espontaneidade do comportamento, o eixo do voluntário e do involuntário no comportamento, que vai se tornar primeiro.

A partir dessa nova perspectiva, a psiquiatria passa a considerar como loucura diversos sintomas que antes não tinham qualquer ligação com o status de doença mental. A manifestação desses sintomas em determinadas condutas causa uma discrepância em relação às regras de ordem. É essa discrepância que será considerada para a moderação do que seja voluntário ou não. Quando há pouca discrepância entre conduta e ordem, tem-se uma conduta sadia; por outro lado, quando a discrepância é considerável, há campo fértil de atuação para a psiquiatria. É possível perceber, de acordo com a narrativa de Foucault, que a evolução da psiquiatria acarretou um problema sério: foi necessário patologizar a loucura para transformar a psiquiatria em ramo da medicina, porém, a psiquiatria nunca deixou de se ocupar com questões sociais envolvendo o medo na sociedade e a ansiedade pela exclusão do diferente. Quanto mais loucura, maior o protagonismo da psiquiatria e, com o seu avanço, novos sintomas passaram a ser considerados como loucura. O relativizado conceito de loucura ganha novos e mais amplos contornos a partir do cotejo de sua face médica com sua face social, permitindo o uso de duas realidades da norma: “a norma como regra de conduta e a norma como regularidade funcional; a norma que se opõe à irregularidade e à desordem, e a norma que se opõe ao patológico e ao mórbido” (FOUCAULT, 2010, p. 139).

Retomando a análise da psiquiatria de meados do século XIX, Foucault explica que houve um abandono do delírio e da doença, passando a interessar somente o desvio comportamental. A psiquiatria “toma sua referência num desenvolvimento normativo. Não é mais, pois, fundamentalmente, da doença ou das doenças que ela se ocupa; é uma medicina que passa pura e simplesmente por cima do patológico” (2010, p. 270). O desvio é sinal de anormalidade (a-norma), de exclusão normativa, o que culmina em tratamento discriminatório e degradante em relação às pessoas consideradas anormais. A psiquiatria busca tratar a periculosidade dessas pessoas, e as estigmatiza. O anormal é perigoso, potencial inimigo. A periculosidade passa a ser o critério necessário para a imposição e manutenção da internação.

Da narrativa de Foucault, percebe-se a semelhança do tratamento conferido ao louco desde o século XVIII com a tendência de atual do Direito Penal do Inimigo. A segregação do louco ao longo da história sempre esteve próxima ou conectada a uma purificação da sociedade: contenção e exclusão do louco do alcance dos olhos da sociedade produtiva sempre prevaleceu, em detrimento de qualquer possibilidade de cuidado ou medida para a sua integração social. Além, conforme destacado, a própria caracterização do louco foi e permanece controversa na medida em que alcança, além de portadores de transtorno mental e necessitados de tratamento médico, também sujeitos marginalizados na

sociedade, cujo comportamento foge de padrões de suposta normalidade, em uma seleção de alvos/pessoas que devem ser excluídas, afastadas, internadas em instituições totais. É o encontro da seletividade psiquiátrica com a seletividade penal.

### **3. DOGMÁTICA PENAL E INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL: UMA INDISFARÇÁVEL INCOMPATIBILIDADE**

Desde o conflito entre chamada escola clássica e a escola positiva, a liberdade de autodeterminação é a base para um direito penal que reconhece e é obrigado a garantir dignidade ao condenado. Sem o reconhecimento da autodeterminação, a conduta é vista como um fenômeno natural perigoso, como ilustra Lascano (2016, p. 206):

tal situación se puso de manifiesto cuando los postulados del Derecho Penal de Culpabilidad fueron puestos en tela de juicio por las ideas de un Derecho Penal de Peligrosidad propias del positivismo criminológico. La primera concepción sostiene que para que a un ser humano – entendido como persona dotada de dignidad – se le pueda reprochar una conducta, es imprescindible que tenga la capacidad de elegir, o sea, autodeterminarse. En cambio, si se piensa que el hombre solo actúa movido por causas que le determinan y que no es posible distinguir la conducta humana de los restantes hechos de la naturaleza, estaremos en presencia de una caracterización peligrosa del derecho penal.

A teoria do crime foi construída para justificar a imposição da pena, afastando os casos em que não seria cabível sanção por injusta ou desnecessária (ROXIN, 1996, p. 57). Se a base do sistema sancionatório é a realização de um ideal de justiça, o castigo é impregnado de carga moral, como uma retribuição ao criminoso que era livre para escolher o caminho lícito, mas optou pelo caminho do crime. No caso da necessidade da pena para fins preventivos, a premissa é, também, a possibilidade de influenciar no livre comportamento individual por meio da intimidação, da comunicação, do tratamento, do treinamento ou da educação, ressalvada a inocuização. Se as finalidades da pena têm como base a autodeterminação, é possível concluir que a teoria do crime, premissa para a aplicação da pena, tem a mesma essência.

O problema é que, por definição (art. 26 do Código Penal brasileiro), o inimputável por doença mental não tem liberdade de autodeterminação, o que repercute em várias incompatibilidades na teoria do crime. Tais incompatibilidades ganham especial dramaticidade se for lembrado que só pode receber medida de segurança, em tese, aquele que praticou fato típico e antijurídico. Se determina-

das incompatibilidades tornam inviável o reconhecimento da prática de injusto, a medida de segurança enquanto sanção penal seria inviável, ilegítima, e deveria ser afastada do sistema penal. Como ilustração, vale indicar inconsistências dogmáticas na teoria da conduta, na teoria do dolo, na antijuridicidade, na amplitude da ampla defesa e na execução penal.

Na teoria da conduta, a interpretação consolidada dos textos de Hegel (1997, p. 102) permite concluir que retribuição talional só faz sentido se o autor do injusto é racional, e assim brada por meio de sua conduta criminoso uma pretensa nova ordem racional contrária ao Direito (ZAFFARONI, 2002, p. 284; GUARAGNI, 2005, p. 56). É uma imposição deliberada do criminoso de sua vontade individual à vontade geral, e por isso deve ser anulada por meio da pena (LESCH, 1999, p. 12-14), merecendo especial atenção a necessidade de deliberação. Ausente a capacidade de deliberação, e não a mera liberdade de deliberar de acordo com o Direito, tem-se dificuldade para conceber a própria existência de conduta, e por consequência o injusto, e não apenas a culpabilidade, como é comum na doutrina penal. Mesmo diante do conceito finalista de conduta como “movimento corpóreo consciente e voluntário dirigido a uma finalidade” a doença mental pode ser um obstáculo: a doença mental pode turvar a percepção do sujeito sobre sua posição ou a de terceiros como “alguém no mundo”, dificultando a compreensão das possíveis consequências de seus estímulos e movimentos, o que também prejudicaria a caracterização da conduta. Em outras palavras, o transtorno mental, normalmente discutido na culpabilidade, muito se aproxima ou melhor se posiciona na ausência de conduta, criando uma zona de penumbra (ZAFFARONI, 1981, p. 154), mas os limites costumam ser simplificados, desprezados e contornados em busca da simples solução da imposição de medida de segurança.

Na teoria do dolo, como consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, problema ainda maior pode ser percebido. Se o elemento cognitivo (consciência) seria de difícil demonstração em diversos casos em razão do déficit cognitivo do autor, nos tipos que contam com elementares normativas a tarefa é impossível. Na elementar normativa extrajurídica do ato obsceno (Art. 233 do Código Penal), como concluir que o doente mental compreende o caráter obsceno de seu ato? Se a descoberta do próprio corpo pode estar comprometida, com mais razão a sexualidade e seus pudores, ou ainda a “moral sexual média”. Não são raros, no entanto, os casos de longas medidas de segurança de internação pela suposta prática do injusto do ato obsceno<sup>1</sup>. No caso das elementares normativo-jurídicas o tema ganha contorno ainda mais forte: na elementar “alheia” dos crimes de furto e roubo, a incompreensão pode repousar e tantas

<sup>1</sup> v.g. STF *Habeas Corpus* n°. 102489.

vezes repousa na ausência de discernimento sobre o que é o “meu” e o “seu”, o que impede a consciência sobre a subtração de coisa alheia. Sem tal consciência não haveria dolo, afastando o injusto e mais uma vez a possibilidade de imposição de medida de segurança. Mais uma vez, a questão é desprezada, marginalizada, e é desnecessário lembrar que são inúmeros os casos de internados em medida de segurança no Brasil pela prática dos referidos crimes patrimoniais.

Na antijuridicidade a questão também ganha relevo, pois é hoje pacífica a exigência de elementos subjetivos para o reconhecimento das excludentes de antijuridicidade (ROXIN, 1997, p. 596) e, assim, apenas se o indivíduo tem condições de perceber e compreender a injusta agressão poderia reagir em legítima defesa. Da mesma forma, apenas o indivíduo que valora o perigo ao bem jurídico que torna razoável o sacrifício poderia agir acobertado pelo estado de necessidade. No entanto, tais juízos de valor exigem premissas e raciocínios que escapam ou ao menos podem escapar ao portador de doença mental, reforçando a conclusão de que a teoria do crime é costumeiramente sacrificada ou adaptada para se amoldar ao julgamento do inimputável por doença mental, como se sua peculiar dificuldade de compreensão e valoração em nada interferisse no reconhecimento das excludentes. Há um injustificável - e deslegitimador - esforço para analisar tipicidade e antijuridicidade na conduta do inimputável como se imputável fosse. Melhor seria reconhecer que as estruturas do Direito Penal não foram construídas para valorar a ação do inimputável, ou, em outras palavras, o arsenal da técnica jurídico-penal não traz instrumentos hábeis para cuidar do inimputável.

Na seara processual penal o tratamento discriminatório ao doente mental não é diferente. Há poucos anos bastava no procedimento do júri a certeza da inimputabilidade para a aplicação da medida de segurança (antiga redação do art. 411 do Código de Processo Penal, reformada em 2008), mesmo sendo alegada pela defesa tese apta a afastar o injusto penal, como excludente de antijuridicidade. Mesmo após a reforma do Código de Processo Penal, ainda é possível aplicar a sanção penal da medida de segurança sem que o juiz natural (júri) afirme a existência de fato típico e antijurídico, nos termos do art. 415 do Código de Processo Penal e seu parágrafo único (MADEIRA, 2019, p. 1056). Em outras palavras, o imputado autor do injusto recebe a sanção penal sem julgamento do juiz natural, em situação de exclusiva restrição e disposição de direitos fundamentais, oferecida apenas aos doentes mentais.

A doença mental espanca a autodefesa, pois é provável que o acusado não possa oferecer versão verossímil em sua defesa, e mesmo que o faça não será levado a sério, tampouco poderá colaborar satisfatoriamente com a defesa téc-

nica para produzir prova sobre a inexistência do injusto. A nomeação de curador é, em regra, uma mera formalidade: é comum a nomeação aleatória de um curador sem qualquer vínculo pessoal com o réu doente mental e sem preparo técnico psicológico ou psiquiátrico para o mister, com o único objetivo de, simbolicamente, afastar vício de consentimento ou manifestação.

Durante a execução penal o tratamento discriminatório também é evidente: a clara letra do art. 197 da Lei de Execução Penal, que trata do agravo em execução, afirma que não há efeito suspensivo na interposição do recurso, mas é ignorada no caso do inimputável por doença mental: em face da má redação do art. 179 da referida lei, ainda prevalece que o agravo ministerial contra a decisão de desinternação tem efeito suspensivo, ou seja, mesmo com uma recomendação médica sobre a desnecessidade de custódia basta a interposição de recurso da acusação para que o recorrido persista desnecessariamente internado por meses, ou ainda por anos, e não há qualquer repercussão ou responsabilização se reconhecida a manifesta improcedência da impugnação recursal. Em suma, a única situação em que a libertação do sancionado depende da aleatória interposição de recurso pela parte contrária é a desinternação, na medida de segurança, exclusividade do portador de doença mental.

Por fim, necessário ponderar uma questão cultural: o sistema penal é, por natureza e tradição, punitivo, e dá vazão racional ou não aos desejos de vingança e violência da comunidade. Se em si já merece críticas por seu caráter emotivo e cruel, tais críticas se multiplicam quando o direito punitivo se aproxima do inimputável por doença mental, e de nada adianta argumentar que a sanção seria diversa, que o objetivo seria de tratamento ou que os estabelecimentos de custódia seriam ou deveriam ser mais humanizados. A estrutura do Direito Penal trabalha com a busca de premissas que permitam impor dor ao condenado, e os operadores cuidam de centenas de casos por semana nos quais a inimputabilidade sequer é questionada, mesmo diante da imensa probabilidade de dependência química ou outras compulsões, como as sexuais. No caso do autor reconhecidamente portador de doença mental, a premissa de fato será a mesma, ou seja, a lesão a bem jurídico de terceiro, e a imposição de sanção desatrelada da dor pelo reconhecimento de doença mental não traria satisfação às vítimas e à acusação, acostumados ao desate supliciante do processo penal. O consolo vem com a promessa de que a medida de segurança será tão cruel como a pena, ou talvez ainda pior, e que o sentenciado não sairá jamais da custódia. As promessas explicam muito da ausência de controle estatal sobre os hospitais de custódia, que carregam estrutura tão ou mais degradada que os presídios, e, ainda, o grande número de sentenciados à medida de segurança presos em Centros de Detenção Provisória, ou mesmo o grande número de recursos contra decisões

de desinternação, com o objetivo de ampliar o tempo de custódia, a despeito do laudo de desinternação firmado por médicos.

#### **4. HÁ LUGAR PARA O TRANSTORNO MENTAL NO DIREITO PENAL ATUAL?**

A lei da Reforma Psiquiátrica – lei nº 10.216/01 – é fruto do movimento antimanicomial que ganhou relevo no Brasil a partir da década de 1970, e representou significativa mudança de paradigma em relação ao tratamento conferido pelo direito às pessoas portadoras de transtorno mental, à medida em que substituiu a lógica hospitalocêntrica por medidas de tratamento inclusivas, visando possibilitar ao portador de transtorno mental maior participação social, inclusive e principalmente, em relação às decisões de sua própria vida. Esses avanços são sentidos de forma significativa com a redução de leitos hospitalares e a implementação de Centros de Atenção Psicossociais – CAPS. No entanto, é necessário destacar a dificuldade de adequação prática dos preceitos da Lei de Reforma Psiquiátrica à questão dos portadores de transtorno mental que praticam injustos penais.

A tendência do movimento antimanicomial é inclusiva e visa o tratamento do portador de transtorno mental como sujeito de direitos, não mais como objeto. Isso também fica claro com a proposta de abandono de termos como “doença mental”, “louco” e “loucura”, por exemplo, que estigmatizam o portador de transtorno mental, pois “a antipsiquiatria e o movimento antimanicomial demonstram como os rótulos, as significações e as práticas institucionais são fundados a partir da linguagem pela qual o sujeito é traduzido” (CARVALHO, 2015, p. 519). Para Carvalho, esses termos “expõem o que é encoberto nas práticas psiquiátricas e a mudança da linguagem constitui um importante passo na desconstrução da lógica manicomial”. Nota-se uma aproximação entre a antipsiquiatria e a criminologia crítica, conforme destaca Carvalho (2011, p. 224):

O principal ponto de convergência entre a criminologia crítica e a antipsiquiatria está no processo cultural de classificação de determinados tipos de comportamentos não usuais e as reações formais e informais produzidas contra seu autor. Desta forma, crime e loucura, como expressões de condutas desviantes, passam por idênticos processos de definição – produção da linguagem e dos conceitos jurídicos e médicos – e de resposta institucional.

Carvalho (2011, p. 224) destaca o pensamento de Aniyar de Castro no sentido de que o foco da antipsiquiatria são as doenças sem substrato biológico, ou seja, o que a sociedade classifica como doença mental, mas que muitas vezes são apenas comportamentos contrários aos padrões por ela criados. Há que se des-

membrar a ideia de loucura, separando a enfermidade que demanda a técnica psiquiátrica, e que é demonstrada por disfunções médicas, dos comportamentos contrários aos valores sociais, que muitas vezes são entendidos como loucura, o que fica claro em determinados momentos da história em que homossexuais, por exemplo, foram considerados loucos<sup>2</sup>. A mudança de pensamento refletida na cultura social acarreta também a despatologização de uma situação que, em verdade, jamais foi patológica. Excetuando-se os casos em que há uma disfunção comprovada pela medicina, existem pessoas consideradas loucas simplesmente por não se enquadrarem aos padrões sociais. De acordo com a crítica de Foucault, exposta acima, há que se considerar que a loucura é sempre enxergada a partir da ideia de razão que se tem, e o razoável não deixa de ser uma construção e repetição de padrão social.

O discurso penal de proteção a essas pessoas, no entanto, parece gerar uma inversão prática causando, em verdade, violações de direitos, como também já explicitado.

O pressuposto da medida de segurança, que é o tratamento de periculosidade até a sua cessação também é uma falácia conveniente ao sistema, uma vez que a periculosidade não passa de um juízo prognóstico e, como tal, impassível de certezas. Mais do que isso, a capacidade preditiva da periculosidade é baixa, o que se demonstra através do falso positivo: quando o sujeito tido como perigoso não volta a reincidir; e o falso negativo: quando mesmo afastada a periculosidade, o sujeito reincide. Há ainda, aqui, uma falaciosa ligação da prática do crime com o transtorno psíquico, como se o doente mental não pudesse praticar ilícitos não relacionados à sua doença, lembrando que não há prova que o doente mental tenha maior probabilidade de praticar um crime do que o sujeito sadio. Além disso, ao tentar prever uma conduta criminoso futura, a periculosidade atua para a estigmatização do sujeito, na contramão de um Direito Penal que deveria tender à ressocialização.

Ainda no ataque à periculosidade como eixo do trato do inimputável, Mattos (2015, p. 153) argumenta que a ideia de laudo psiquiátrico para comprovar a presença ou não de periculosidade mostra-se incompatível com a sociedade de risco:

---

<sup>2</sup> Sobre o tema: “O homossexualismo passou a existir na CID a partir da 6ª Revisão (1948), na Categoria 320 Personalidade Patológica, como um dos termos de inclusão da subcategoria 320.6 Desvio Sexual. Manteve-se assim a 7ª Revisão (1955), e na 8ª Revisão (1965) o homossexualismo saiu da categoria «Personalidade Patológica» ficou na categoria «Desvio e Transtornos Sexuais» (código 302), sendo que a sub-categoria específica passou a 302.0 - Homossexualismo. A 9ª Revisão (1975), atualmente em vigor, manteve o homossexualismo na mesma categoria e sub-categoria, porém, já levando em conta opiniões divergentes de escolas psiquiátricas “

A lei infraconstitucional denuncia, ao mesmo tempo, a noção de periculosidade como um conceito inoperável juridicamente, pois a exigência de um atestado qualquer, em forma de laudo de ausência de periculosidade, de que qualquer um de nós jamais representará risco para a sociedade é absurda. O risco é inerente à sociedade e não pode nunca ser eliminado.

Há que se destacar, ainda, o problema processual relativo à aplicação da Lei nº. 9.099/95 e a privação de determinados direitos aos portadores de transtorno mental. É o que se verifica, por exemplo, na prática recorrente nos Tribunais de inaplicabilidade dos institutos da referida lei em caso de agente inimputável<sup>3</sup>. Isso porque a suspensão condicional do processo requer a livre manifestação do condenado no sentido do compromisso no cumprimento das condições previstas, o que se entende impossível no caso do condenado inimputável. As medidas despenalizadoras atingem apenas os culpáveis, mas não os inculpáveis, incrementando a reação punitiva contra o doente mental, o que parece inverter a lógica da justificativa e necessidade da sanção.

Há, no entanto, sinais de racionalidade no trato da doença mental no sistema penal brasileiro. De acordo com o Código Penal, a medida de segurança, em suas duas modalidades – internação e tratamento – tem seu prazo condicionado à cessação da periculosidade. Os tribunais mitigaram a possível perpetuidade: apesar de o artigo 97 do Código Penal condicionar o fim da medida de segurança apenas à cessação de periculosidade, os Tribunais Superiores consolidaram que esse prazo também é limitado temporalmente. Para o Supremo Tribunal Federal, o limite da medida de segurança será de trinta anos, em analogia com a previsão do artigo 75 do Código Penal<sup>4</sup>, que veda o cumprimento de penas privativas de liberdade em período superior a tal prazo, regulamentando a vedação constitucional de pena de caráter perpétuo. Já o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 527 segundo a qual: “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”. Possível concluir que a limitação temporal da medida de segurança, aliada à normativa da Lei Antimanicomial que vincula a internação aos casos em que insuficientes os recursos extra-hospitalares, diminuiu a centralidade do conceito de periculosidade. Com tais mudanças, a ideia de inclusão social do portador de

<sup>3</sup> No ARESP 759502 o STJ afasta a possibilidade de suspensão condicional do processo para inimputáveis. [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=75069508&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201501986836&data=20170829&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=75069508&tipo_documento=documento&num_registro=201501986836&data=20170829&formato=PDF)

<sup>4</sup> A Lei 13.964/19 alterou o limite do ar. 75 do Código Penal para 40 anos, mas por ser nova lei gravosa só será aplicada para fatos posteriores a 23 de janeiro de 2020, e ainda não teve repercussão nos tribunais.

transtorno mental remete a uma política de prevenção de manifestações violentas, e não mais de tratamento posterior a tais manifestações, que sempre provoca maior exclusão. Além disso, se a medida de segurança carrega limite máximo, a racionalidade penal se sobrepõe ao controle desenfreado da periculosidade.

Há ainda avanço sobre a escolha da medida adequada. A regra geral, nos termos do art. 97 do Código Penal é a aplicação de internação, cabendo tratamento ambulatorial se o injusto praticado for punível com detenção. Essa previsão é incompatível com a tendência antimanicomial, vez que nivela através da pena prevista em abstrato, e não considera as particularidades do agente portador de transtorno mental. A espécie de sanção penal deve ser adequada às necessidades do sentenciado, e não presumida pela espécie de pena prevista para o crime, como denuncia Duek Marques (1997, p. 10). O Superior Tribunal de Justiça acautou a crítica da doutrina e consolidou, em decisão da 3ª Seção, entendimento de que a medida deve ser sempre a mais adequada, não importando a espécie da pena<sup>5</sup>.

Apesar dos avanços, é difícil dizer que há um movimento gradativo de racionalização na disciplina penal dos doentes mentais. A Reforma Psiquiátrica alterou o panorama do tratamento das pessoas portadoras de transtorno mental no Brasil, mas a dificuldade de adequação dessa tendência ao Direito Penal pátrio revela uma prática em relação aos inimputáveis que se aproxima tanto de um Direito Penal de autor como de um Direito Penal de Inimigo (MATTOS, 2015, p. 156). O injusto praticado por um portador de transtorno mental serve apenas como um estopim para a sua internação e suposto tratamento, no qual se faz perceptível a redução de direitos a essas pessoas. Assim, pune-se o inimputável por ser quem é, e não pelo que fez, e sob o pretexto de tratamento de periculosidade são reduzidos os seus direitos e concretizada a inocuização:

A operação que faz a 'inclusão' manicomial, hospitalocêntrica, excludente em si, baseia-se na gravidade dos sintomas, tanto da doença quanto do fato definido como crime pelo doente praticado. Se a doença não é de possível remissão, se a periculosidade é também um estado 'incurável', o portador de sofrimento mental é o irrecuperável que deve ser 'incluído' para sempre. Incluído em um tipo de modelo que permita a exclusão para sempre (MATTOS, 2015, p. 161).

Diante do conflito entre Direito Penal e inimputabilidade por transtorno mental há correntes que apontam a inconstitucionalidade da medida de segurança e pretendem o tratamento penal do portador de transtorno mental como

<sup>5</sup> EREsp 998.128/MG.

se imputável fosse, ou seja, através do cumprimento de pena. Isso evitaria a desigualdade e a exclusão que hoje apontam para o Direito Penal do Inimigo e resolveria o problema da medida revestida de tratamento, mas que na prática demonstra ser apenas punição.

Não se parece, no entanto, a melhor saída. A aparente igualdade de tratamento com a exclusão da inimputabilidade é falaciosa vez que há necessidade de cuidados com a saúde do portador de transtorno mental que, se já não são devidamente observados durante a execução da medida de segurança, seriam legitimamente negligenciados em caso de cumprimento de pena. Além disso, faz-se necessário pontuar a atual situação precária do sistema carcerário: sucateado, superlotado, sem as condições mínimas de higiene e conforto aos apenados. Não é preciso muito esforço para perceber que esse sistema não está pronto para receber mais uma parcela da população, justamente a que necessita de cuidados.

Na tentativa de traçar uma saída possível, Mattos (2015, p. 153) destaca que se de um lado não se poderia apenar o portador de transtorno mental; de outro, as medidas de segurança são um “câncer de estimação” da sociedade, ao que se mostra plausível a proposta do movimento antimanicomial, mais voltada à prevenção da passagem ao ato pelo agente inimputável em detrimento do tratamento posterior ao injusto.

Quando se trata da possibilidade de compatibilização do transtorno mental com o Direito Penal não há resposta fácil, principalmente ao considerarmos que a tendência político-criminal atual em relação aos inimputáveis é muito próxima do que se entende por Direito Penal do Inimigo. Ainda que a Lei da Reforma Psiquiátrica tenha possibilitado inúmeros ganhos em relação ao tratamento do portador de transtorno mental no Brasil, a sua aplicação aos que praticam injustos penais ainda é tímida, barrada por um sistema excessivamente punitivista, que atua com base no medo da sociedade e sob a promessa da retribuição diante da prática de crimes. Dessa forma, aparentemente, a única maneira possível de adequação seria a adoção de uma política criminal garantista, com especial atenção aos portadores de transtorno mental. No entanto, dificilmente se poderia afirmar que esse seria o fim do problema, vez que o tratamento do inimputável no Direito possui raízes em uma dicotomia de ciências – Medicina e Direito – que não conversam entre si.

## CONCLUSÃO

A incompatibilidade entre loucura e direito penal pode ser verificada sob dois enfoques. De um lado, uma questão histórica e mesmo ideológica envolvendo a exclusão de pessoas que não se enquadravam na normalidade do grupo social.

De acordo com Foucault, essa segregação contou com o apoio da psiquiatria, que necessitava da patologização da loucura para transformá-la em seu objeto de análise enquanto ramo da medicina. De outro lado, a disfunção entre dogmática penal e loucura, verificada a partir do reconhecimento da necessidade de autodeterminação como condição central de aplicabilidade da teoria do crime, o que se verifica ao admitir como premissa o caráter preventivo da pena, e deveria impossibilitar a aplicação do direito penal ao inimputável, vez que este tem, por conceito, afastada a sua autodeterminação.

Essa dualidade traz consequências inadmissíveis pelo direito, como a estigmatização do portador de transtorno mental, a sua segregação social com base na controversa ideia de periculosidade e a aplicação do direito penal mesmo em desconformidade com a própria teoria do crime, acarretando prejuízo ao inimputável, que dificilmente poderá atuar efetivamente em sua autodefesa, tem reduzidos direitos e garantias de natureza penal e processual penal e depende da comprovação de cessação de periculosidade, prognóstico repleto de incertezas, para ver-se livre da medida de segurança. Nesse sentido, é inegável a aproximação ou identificação do tratamento conferido ao inimputável com o Direito Penal do Inimigo.

A aplicação de um Direito Penal do Inimigo não pode ser admitida em um Estado Democrático de Direito, que preza pela legalidade e dignidade humana. Ao suprimir direitos do inimputável e manter punição com base em prognóstico de periculosidade, o Direito Penal atua para a higienização social, afasta o diferente e indesejável do seio social, e ao mesmo tempo se afasta de sua legitimidade democrática, que é a punição pelo fato praticado, não por condições do autor. Além disso, há que se considerar a lei da Reforma Psiquiátrica, legislação mais recente e que prevê a tendência de desinstitucionalização e humanização do tratamento, foi recebida com aplauso e rápida eficácia no trato com portadores de doença mental que não praticaram injustos criminais, ao passo que em relação aos autores de ilícitos penais a regra ainda é o punitivismo disfarçado de tratamento e a cômoda inocuização do inimputável.

Dentre as soluções propostas, comum tentar justificar o tratamento igualitário entre imputáveis e inimputáveis com a imposição de pena para todos, e não mais medida de segurança ao inimputável. Essa alternativa não nos parece razoável, considerando-se haver necessidade de tratamento médico, o encarceramento após a prática de um injusto institucionalizaria um descaso que já existe na prática e seria prejudicial para o indivíduo e para a sociedade. Além disso, restaria ferida a isonomia, pois desiguais teriam o mesmo tratamento, apesar de gritante razão jurídica para um tratamento desigual.

A solução ora proposta é o reconhecimento de que o sistema penal é inadequado para o trato do inimputável, e, assim, reconhecida a inimputabilidade por doença mental, deveria ser extinto o processo penal e a questão seria resolvida na seara extrapenal, quer em um subsistema próprio, como ora ocorre com os inimputáveis pela menoridade, quer na seara cível, com a investigação sobre as carências de saúde do autor. O caminho correto ainda é incerto e pode ser construído, mas inquestionável que por razões políticas, constitucionais e dogmáticas a solução penal é inadequada.

## REFERÊNCIAS

- AMARANTO, Paulo. Loucos pela vida. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. *Por que Punir?* São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto, *et alli*. Dicionário de Política. 5. ed. Tradução de Carmem Varriale *et alli*. Brasília, Editora UNB, 2000.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO, Salo de. Reprovabilidade e Segregação: As rupturas provocadas pela antipsiquiatria nas ciências criminais. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- DIAS, Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique; PENTEADO. Jacques de Camargo. Nova proposta para aplicação da medida de segurança aos inimputáveis. *Boletim do IBCCRIM*, n. 58, p. 10, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et alli*. São Paulo: RT, 2014.
- FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na Idade clássica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- GUARAGNI, Fábio André. *As Teorias da Conduta em Direito Penal*. São Paulo: RT, 2005.
- HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.
- JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- JAKOBS, Günther. *La Pena Estatal: significado y finalidad*. Navarra: Civitas, 2006.
- JAKOBS, Günther. Derecho Penal del Inimigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. In: FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo; CANCIÓ MELIÁ, Manuel. *Teoría Funcional de la pena y de la culpabilidad*. Navarra: Civitas, 2008.

JAKOBS, Günther. Terroristas como personas em derecho?. In: CANCIO MELIA, Manuel; GOMEZ-JARA DIEZ (Coord.). *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Madrid: EDISOFER S.L., 2006.

LASCANO, Carlos Julio. La demonización del inimigo y la crítica al derecho penal del inimigo. In: CANCIO MELIA, Manuel; GOMEZ-JARA DIEZ (Coord.) *Derecho Penal del Inimigo*. v. 2. Buenos Aires: B de F, 2006.

LAURENTI, Ruy. Homossexualismo e classificação internacional de doenças. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 18., n. 5, 1984. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101984000500002>

LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. Tradução de Maristela Bleggi e Oscar Antônio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lens, 2001.

MADEIRA, Guilherme. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2019.

MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída – preliminares para a desconstrução da medida de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Tradução de Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, mar./abr. 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Tratado de Derecho Penal*. t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981

ZAFFARONI, Eugenio Raul *et alli*. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.